

L'IMPACT DES TECHNOLOGIES DE L'INFORMATION SUR LE SYSTÈME DE PREUVE DU DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS

Claude FABIEN

Volume 106, Number 3, December 2004

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1045711ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1045711ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

FABIEN, C. (2004). L'IMPACT DES TECHNOLOGIES DE L'INFORMATION SUR LE SYSTÈME DE PREUVE DU DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS. *Revue du notariat*, 106(3), 493–511. <https://doi.org/10.7202/1045711ar>

THÈME 3

Droit civil et technologies de l'information

L'IMPACT DES TECHNOLOGIES DE L'INFORMATION SUR LE SYSTÈME DE PREUVE DU DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS

Claude FABIEN*

INTRODUCTION	495
I- Impact positif : intégration réussie du document technologique	497
A. Notions et principes	497
B. Intégration par assimilation	498
C. Régime juridique <i>prêt à porter</i>	499
II- Impact négatif : intégration moins réussie	500
A. Preuve de la fiabilité du document technologique	501
B. Problème de la preuve du document technologique	505
C. Technique législative.	508
CONCLUSION	511

* Professeur à la Faculté de droit, Université de Montréal.

INTRODUCTION

Les organisateurs de notre colloque ont choisi un thème particulièrement bien inspiré. Dans le souci de rapprocher du thème général le sujet qu'ils m'ont confié, je l'ai reformulé pour vous entretenir brièvement de « l'impact des technologies de l'information sur le système de preuve du droit civil québécois ».

Pour être fidèle à leur vision, je me suis enquis du sens du mot *impact*. Le dictionnaire me dit¹ :

IMPACT 1- Collision, heurt. Point d'impact : endroit où le projectile vient frapper. 2- Effet d'une action forte, brutale. *L'impact de la nouvelle a été terrible.*

L'image qui m'est venue est celle des films de science-fiction où un astéroïde frappe la planète Terre en déclenchant une succession de cataclysmes. Je me suis demandé si c'était bien là la vision de nos organisateurs.

En continuant la lecture, j'ai vu poindre un second sens, figuré, qualifié de *sens critique*, où *impact* signifie plus prosaïquement :

Effet, influence, comme dans l'expression *l'impact de la recherche sur le développement économique.*

J'en retiens que le choix du terme *impact* était sans doute approprié puisqu'il ouvre toute grande la porte de l'appréciation et de la critique. Ainsi, un impact peut être négatif comme il peut être positif, ce qui me convient tout à fait puisque le rapport d'impact que je m'appête à faire présentera un bilan mixte contenant du meilleur et du pire.

Mon rapport portera exclusivement sur l'impact des technologies sur le façonnement du droit de la preuve, c'est-à-dire l'impact législatif. Il est trop tôt pour juger de leur impact sur l'application et la pratique du droit de la preuve devant les tribunaux.

1. *Le nouveau petit Robert*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2004, p. 1315.

Pour s'y reconnaître, je fais un bref rappel historique. Le *Code civil du Bas Canada*, adopté en 1866, ne contenait aucune disposition sur les technologies de l'information, jusqu'à ce qu'il cesse d'avoir effet, en 1994. Les technologies de l'information ont frappé le droit de la preuve en deux vagues.

La première vague a été celle du *Code civil du Québec* adopté en 1991 et entré en vigueur en 1994. Le nouveau Code a fait apparaître les *inscriptions informatisées* dans trois articles de droit nouveau (art. 2837-2839 C.c.Q.) du Livre de la preuve. Ainsi les *inscriptions informatisées* devenaient recevables pour faire preuve de tout acte juridique.

Cette première vague prêtait le flanc à plusieurs critiques. La couverture était limitée à la preuve des actes juridiques. Il n'y avait rien sur la preuve des faits, même si, dans bien des cas, l'ordinateur remplace le support papier pour y consigner des faits. Il n'y avait rien sur la numérisation des techniques d'enregistrement du son, de l'image et du mouvement. La force probante de ces *inscriptions informatisées* était plus faible que celle du support papier, puisque l'acte sur support numérique pouvait être contredit par tout moyen. Enfin, il n'y avait rien sur la coexistence du support papier et du support numérique pour un même acte, en regard de l'application de la règle de la meilleure preuve de l'article 2860 C.c.Q.

Ce régime aura vécu 10 ans, jusqu'à ce que survienne, en 2001, la vague déferlante de la *Loi sur le cadre juridique des technologies de l'information*². Il s'agit d'une loi considérable par sa facture : elle contient plus de cent articles. Elle a entraîné la modification de dix articles du Code civil et contient elle-même au moins autant de règles de preuve à caractère substantif. Elle introduit une nouvelle terminologie. Elle couvre plus large que le régime précédent : toutes les technologies et tous les moyens de preuve sont visés. Sous couvert du principe apparemment inoffensif de *neutralité technologique*, elle opère un véritable coup d'État. Elle met fin à la suprématie et au monopole du papier comme support de la preuve. Elle élève le support numérique à la même dignité que le support papier. C'est la révolution technologique qui *impacte* le droit de la preuve civile.

2. *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, L.Q. 2001, c. 32, sanctionnée le 21 juin 2001 et entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2001, ci-après appelée « la Loi ».

Quel bilan faire de cet impact ? Et puisque cet impact peut être positif comme négatif, quel critère d'évaluation faut-il retenir ?

On aimerait disposer de données empiriques tirées du développement du commerce électronique ou de l'évolution des litiges devant les tribunaux. Trois ans d'expérience, c'est bien peu. De telles données ne sont pas disponibles. Mon évaluation se limitera à l'impact sur le façonnement du droit de la preuve à la lumière d'un critère choisi arbitrairement mais qui me semble indispensable au succès des nouvelles règles : celui de leur intégration harmonieuse dans le système de preuve déjà en place. Mon analyse repose donc sur le postulat que, sans intégration harmonieuse, le système risque de devenir défectueux et dysfonctionnel, alors que l'intégration harmonieuse est garante du succès.

À la lumière de ce critère, se dégage une zone d'impact négatif où l'intégration des technologies est moins réussie, mais tout d'abord une zone où elle semble tout à fait réussie par ses notions et principes (A), par le mécanisme d'intégration par assimilation auquel elle a recours (B) et enfin par les conséquences qui en découlent pour les nouvelles formes de preuve (C).

I- Impact positif : intégration réussie du document technologique

A. Notions et principes

Le nouveau héros de la pénétration des technologies de l'information dans le domaine de la preuve s'appelle le *document technologique*.

Le *document* est défini de la façon la plus large possible par l'article 3 de la Loi. Il s'agit de toute information portée par un support stable et durable. La longue énumération de l'article 71 de la Loi nous indique, sans l'épuiser, la longue liste des formes et des désignations que peut prendre le document. Cette liste englobe toute information qui peut être mise sur papier, mais aussi sur pellicule, sur ruban magnétique, magnétoscopique, sur disque ou sur ordinateur.

La notion de *document technologique* reçoit une définition tout aussi large, en combinant l'article 3 et l'article 1 de la Loi. Est qualifié de *technologique* tout document qui est sur un support

faisant appel aux technologies de l'information, « qu'elles soient électronique, magnétique, optique ou autres ou faisant appel à une combinaison de ces technologies ». Emporté par son enthousiasme, le législateur nous balance une énumération largement ouverte par les termes « ou autres ». On pourrait arguer que les technologies de l'écriture et du papier sont de hautes conquêtes du genre humain et qu'elles sont incluses par les termes choisis. Mais ce serait mesquin de ne pas vouloir comprendre l'intention législative d'embrasser tout, à l'exclusion du document sur support papier.

L'intégration du document technologique dans le droit de la preuve est facilitée par deux principes : la neutralité technologique et l'équivalence fonctionnelle.

Le principe de la neutralité technologique est implicite dans la Loi mais il coiffe les nouveaux articles 2837 à 2840 C.c.Q. dans une rubrique bien explicite. Le législateur affirme ainsi n'avoir aucun parti pris envers une option technologique particulière et vouloir traiter sur un pied d'égalité le document papier et le document technologique, sans favoriser l'un au détriment de l'autre.

L'équivalence fonctionnelle est mentionnée en toutes lettres dans l'énumération des buts de la Loi (art. 1). Elle constitue un moyen pour réaliser la neutralité technologique. Il s'agit d'un principe en vertu duquel le régime juridique du support d'une information est déterminé non pas par sa nature, ses attributs matériels ou la technologie qu'il utilise, mais plutôt par la fonction qu'il accomplit. Si un contrat a été fait par les parties sur support informatique, on devrait traiter ce support de la même manière qu'un support papier parce qu'il accomplit en réalité la même fonction. Cette approche ouvrait la voie à l'intégration du document technologique par voie d'assimilation.

B. Intégration par assimilation

L'expression *intégration par assimilation* est une invention de mon cru pour expliquer comment le législateur a réussi à faire entrer le document technologique dans notre système de preuve, sans déranger les autres moyens de preuve. Ils sont toujours au nombre de cinq, tels que nommés dans l'article 2811 C.c.Q. : l'écrit, le témoignage, la présomption, l'aveu et la présentation d'un élément matériel.

Le document technologique n'est pas un sixième moyen de preuve. Il représente tout simplement une forme particulière que peut prendre l'un ou l'autre des moyens de preuve traditionnels. Le document technologique reçoit la qualification du moyen de preuve dont il accomplit la fonction. Pour que le principe de l'équivalence fonctionnelle soit bien compris, le législateur en a fait trois applications expresses. Lorsque le document technologique sert de support à un acte juridique signé, il reçoit la qualification d'écrit instrumentaire signé (art. 2837-2838 C.c.Q.). Lorsque le document technologique sert de support à la représentation sensorielle d'un son, d'une image ou du mouvement, il reçoit la qualification d'élément matériel de preuve (art. 2834 et 2835 C.c.Q.). Lorsque le document technologique sert de support à un témoignage extrajudiciaire qu'il a enregistré, cet enregistrement reçoit la qualification implicite d'élément matériel (art. 2874 C.c.Q.).

J'aime bien dire que le document technologique est un mode de preuve *caméléon*. Il prend la couleur et la forme du moyen de preuve dont il accomplit la fonction. Voilà une solution ingénieuse !

Je déplore toutefois que le législateur n'ait pas poussé jusqu'au bout son petit exercice de qualification. Il nous force à combler trois fois les blancs. En premier lieu, il n'a rien prévu pour l'écrit instrumentaire non signé habituellement utilisé dans le commerce (art. 2831 C.c.Q.), comme par exemple les coupons de caisse remis au client à la sortie des magasins ou le relevé d'opération produit par le guichet automatique de banque. Pourtant l'envahissement de l'ordinateur dans ce domaine est si massif qu'il aurait dû attirer l'attention du législateur. En deuxième lieu, le législateur n'a rien prévu pour le témoignage extrajudiciaire écrit sur ordinateur par son auteur ou par un tiers (art. 2871 et 2872 C.c.Q.). Il nous laisse deviner qu'il faut le qualifier d'écrit. En troisième lieu, il n'a rien prévu pour l'aveu extrajudiciaire qu'une partie peut faire soit en l'écrivant dans un courriel, soit sous la forme d'une déclaration orale enregistrée en mode numérique. Il nous laisse deviner qu'il faut désormais qualifier d'écrit le premier document technologique, alors que le second doit être qualifié d'élément matériel.

C. Régime juridique prêt à porter

Ce petit exercice de qualification fait apparaître un indéniable avantage de la méthode de qualification par assimilation. Une fois trouvée la bonne qualification, le document technologique est

soumis aux règles qui régissent le moyen de preuve auquel il est assimilé. C'est la méthode du *prêt-à-porter* : il n'y a rien à modifier ni à ajuster. Ainsi, le document technologique est instantanément doté d'un régime de recevabilité comme moyen de preuve et d'un régime de force probante, sans que le législateur ait en à modifier quoi que ce soit au régime de droit commun. Économie de moyens, efficacité et clarté ! Voilà une opération tout à fait réussie et le secret d'une intégration harmonieuse.

Certes, tout n'est pas parfait. Il reste quelques petits problèmes à régler. J'en mentionne deux.

Le relevé d'opération du guichet automatique de banque ne porte apparemment pas de signature. Si on le qualifie d'écrit instrumentaire non signé, la loi permet de le contredire par tout moyen (art. 2836 C.c.Q.). Si on le qualifie d'écrit sous seing privé, il ne peut pas, en principe, être contredit par témoin (art. 2863 C.c.Q.). Or, si le relevé d'opérations livré par le guichet ne porte pas de signature apparente, le fichier numérisé qui se trouve dans la mémoire de l'ordinateur contient une identification du client équivalant à une signature (art. 2827 C.c.Q.). On peut donc dire que ce document numérisé constitue un écrit sous seing privé opposable au client de la banque.

Comme deuxième problème, l'enregistrement numérique des conversations par lesquelles s'est formé un contrat doit-il être qualifié d'élément matériel de preuve ou d'écrit instrumentaire signé ? L'enjeu de la qualification est le même que dans le cas précédent : l'élément matériel peut être contredit par tous moyens (art. 2856 C.c.Q.), alors que l'écrit sous seing privé ne peut pas être contredit par témoin (art. 2863 C.c.Q.).

Rassurez-vous, ces petites énigmes n'ont rien d'inquiétant. Le bilan de l'intégration harmonieuse du document technologique est jusqu'ici tout à fait positif.

II- Impact négatif : intégration moins réussie

Le constat cesse d'être positif lorsque l'on examine deux autres dimensions importantes de l'intégration du document technologique dans notre système de preuve. Il s'agit de la preuve de la fiabilité du document technologique (A) et du problème de la preuve du document technologique (B). En outre, l'intégration n'a pas été servie par une technique législative adéquate (C).

A. Preuve de fiabilité du document technologique

Selon la théorie classique de la preuve, tout élément de preuve est soumis à une condition générale de recevabilité : sa fiabilité doit être prouvée ou admise. Cette règle s'est exprimée dans la notion classique d'*authenticité*. Le tableau d'un grand maître est dit authentique lorsqu'il a véritablement été peint par la personne identifiée par la signature et lorsqu'il est aujourd'hui dans le même état que lorsqu'il a été signé.

En droit de la preuve, la notion d'authenticité a aussi deux composantes. Est authentique, l'élément de preuve dont la source apparente constitue la source réelle et qui a conservé son intégrité, c'est-à-dire qu'il n'a pas été altéré depuis sa création. Cette notion s'applique à toutes les formes d'écrits sur support papier, instrumentaires ou non instrumentaires, mais aussi à l'élément matériel de preuve.

Encore selon la théorie classique, le fardeau de la preuve de l'authenticité repose sur les épaules de la partie qui veut produire un élément de preuve dans le procès. La seule dérogation est celle de l'écrit dit authentique : il jouit d'une présomption légale d'authenticité et c'est la partie qui conteste cette authenticité qui a le fardeau de prouver le faux. Cette dérogation exceptionnelle est justifiée par le fait que l'écrit authentique est confectionné par une personne digne de confiance : l'officier public, dont l'incarnation la plus répandue est le notaire.

Le législateur a cru opportun de bouleverser ce paysage pour faire place au document technologique. Il en résulte plusieurs anomalies. Je me limiterai à en mentionner trois.

1. Notion d'intégrité et d'authenticité

La première anomalie tient à la confusion entre les notions d'authenticité et d'intégrité. Dans ses modifications de 2001 au Code civil, le législateur emploie les deux termes. Lorsqu'il traite des écrits instrumentaires signés (art. 2837 et 2840 C.c.Q.), il emploie uniquement le terme *intégrité*, nouveau au Code civil, alors qu'il emploie le terme familier d'*authenticité* à propos de la preuve de fiabilité requise pour l'élément matériel, à l'article 2855 C.c.Q., et pour l'enregistrement du témoignage extrajudiciaire, à l'article 2874 C.c.Q. Ces deux dispositions, à leur tour, réfèrent à l'article 5

de la Loi, qui emploie plutôt le terme *intégrité*. Voilà, à tout le moins, du vocabulaire instable pour traiter d'une question pourtant cruciale dans l'économie du système !

Les deux termes sont-ils synonymes ? Sûrement pas ! L'article 2839 C.c.Q. définit tant bien que mal la notion d'intégrité. Est *intègre* le document qui n'est pas altéré, qui est maintenu dans son intégralité et dont le support procure à l'information la stabilité et la pérennité voulue, selon le langage utilisé par le législateur. On comprend que la notion d'intégrité ne vise pas le lien entre le document et son créateur, entre la source apparente et la source réelle, une préoccupation qui est au centre de la notion d'authenticité. Cette dimension de la question semble avoir été oubliée par le législateur.

2. *Présomptions légales d'intégrité et d'authenticité*

La deuxième anomalie tient à la création de présomptions légales d'intégrité et d'authenticité.

Après avoir déclaré que l'écrit sur support technologique fait preuve à condition que « son intégrité soit assurée » (art. 2838 C.c.Q.), le législateur se hâte de créer une présomption légale d'intégrité (art. 2840 C.c.Q.). Pour renverser cette présomption, celui qui conteste le document doit prouver par prépondérance de preuve qu'il y a eu atteinte à l'intégrité du document. Il établit par ailleurs des présomptions dites d'authenticité pour l'élément matériel (art. 2855 C.c.Q.) et l'enregistrement du témoignage extrajudiciaire (art. 2874 C.c.Q.). Dans tous les cas, le fardeau de la preuve repose sur la partie qui conteste la fiabilité de ces éléments de preuve.

Il s'agit là d'une dérogation majeure au système de preuve du droit commun. Normalement, c'est la partie qui produit un élément de preuve qui a le fardeau d'en prouver la fiabilité, c'est-à-dire l'authenticité. Seul l'acte dit authentique jouit d'une présomption légale : elle est justifiée par l'intervention de l'officier public dans la création de l'écrit. Il n'y a pas de telle garantie dans la fabrication de l'écrit sur support technologique : il n'y a pas de raison de créer une présomption légale d'intégrité.

Mais il y a plus. On pourrait se rassurer en pensant que la question de l'authenticité, quant à la source de l'écrit, sera régie par le droit commun et que le promoteur du document aura le fardeau

de prouver que la source apparente est bien la source réelle du document. Il n'en est rien.

L'article 39 de la Loi crée une présomption d'authenticité de la signature opposable à son signataire apparent, à condition que l'intégrité du document ait été assurée depuis la signature. Comme l'intégrité du document est elle-même présumée, celui contre lequel le document technologique est produit, fait face à une double présomption d'intégrité du document et d'authenticité de la signature.

Par ailleurs, le mécanisme de contestation de la présomption d'intégrité est fort complexe. Si la partie adverse établit par prépondérance de preuve qu'il y a eu atteinte à l'intégrité du document (art. 2840 C.c.Q.), le promoteur du document peut revenir à la charge et tenter de prouver son intégrité.

Normalement, le résultat devrait être binaire : ou bien il réussit, ou bien il échoue. Le législateur a prévu une troisième possibilité (art. 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.

Le commencement de preuve est une notion classique du droit de la preuve. Il sert à autoriser la preuve testimoniale d'un acte qui ne pourrait autrement être prouvé par témoin (art. 2862 C.c.Q.). Il est défini à l'article 2865 C.c.Q. : il est de l'essence du commencement de preuve qu'il rende vraisemblable l'acte juridique à prouver. Il ne peut avoir cette vertu que s'il est constitué d'un élément de preuve dont la fiabilité (comprenez l'*authenticité*) est dûment prouvée. Il est inouï que, selon la Loi de 2001, un écrit vicié, imparfait, dont l'intégrité ou l'authenticité est douteuse, puisse servir de commencement de preuve. Il s'agit d'une dérogation inexplicable au droit commun.

3. *Dualité de régimes de contestation*

Comme dernière anomalie, il convient de signaler la multiplication des régimes de preuve de fiabilité, qui fait vivement contraste avec le droit commun qui n'en connaît qu'un. Dans le cas de l'écrit instrumentaire, celui qui conteste la présomption

d'intégrité doit prouver par prépondérance de preuve qu'il y a eu atteinte à l'intégrité du document (art. 2840 C.c.Q.). Dans le cas de l'élément matériel (art. 2835 C.c.Q.) et de l'enregistrement du témoignage extrajudiciaire (art. 2874 C.c.Q.), il lui suffit de prouver, selon l'article 5 de la Loi, « que le support ou la technologie utilisée ne permet ni d'affirmer ni de dénier que l'intégrité du document est assurée ».

À cette dualité de régime s'ajoute une deuxième dualité résultant d'un silence du législateur à propos de l'aveu (art. 2852, 2867 C.c.Q.) ou du témoignage (art. 2872, 2873 C.c.Q.) extrajudiciaires écrits sur support numérique. Pour suppléer au silence du législateur, il faut tirer le régime de preuve de fiabilité des articles 5 à 7 de la Loi, qui est à l'image du régime prévu pour l'écrit instrumentaire aux articles 2837 à 2840 C.c.Q. On se retrouve ainsi avec un régime de présomption différent selon que le témoignage extrajudiciaire a été enregistré (art. 2874 C.c.Q.) ou qu'il a été écrit par ordinateur par son auteur ou par un tiers (art. 2872, 2873 C.c.Q.). Cette disparité n'est pas justifiée pour des éléments de preuve de même nature.

Voilà donc un volet de la réforme qui fait penser au chien dans le jeu de quilles, bref tout le contraire de l'intégration faite en harmonie avec l'économie du système en place. Elle traduit un certain degré de méconnaissance des notions de droit civil qui ont été touchées. Notamment, la notion d'authenticité aurait dû être mieux comprise et exploitée. Elle a le potentiel requis pour être adaptée aux nouveaux modes de preuve. Quant à la notion de commencement de preuve, le législateur aurait dû renoncer à l'embrigader dans sa réforme, au lieu de la travestir de la sorte.

Mais la critique la plus sérieuse en est une de principe. Le législateur a solennellement affirmé le principe de la neutralité technologique dans le titre qui coiffe les articles 2837 à 2840 C.c.Q. Pourtant, il trahit ce principe lorsqu'il édicte le régime de preuve de fiabilité applicable à l'écrit sous seing privé sur support technologique : ce dernier jouit d'une présomption légale d'authenticité comparable à celle dont jouit l'acte notarié, alors que l'écrit sous seing privé sur support papier demeure subordonné à une preuve d'authenticité sans l'aide de quelque présomption que ce soit. Il y a là une indéniable supériorité accordée au document technologique et un déséquilibre incompatible avec le principe de neutralité.

B. Problème de la preuve du document technologique

Il y a un deuxième champ où l'intégration du document technologique est moins réussie : c'est celui de la preuve du document technologique. Cette fois, ce n'est pas l'intervention du législateur qui cause problème, mais plutôt son silence apparent sur une difficulté inhérente à la nature du document technologique.

1. Problématique : l'opacité du document technologique

Voici le problème. Le juge peut voir et entendre par ses propres sens les moyens de preuve dans leur forme traditionnelle. Il a un accès direct à la preuve. Il peut tenir dans ses mains le document sur support papier ou l'élément matériel de preuve ; il peut voir et entendre le témoin ou l'enregistrement du témoignage. Il en va tout autrement du document technologique. Le juge ne peut ni le voir ni l'entendre dans sa forme numérique et à l'endroit où il réside, c'est-à-dire dans l'ordinateur. Dans ce sens, le document technologique est *opaque*.

Le papier sorti de l'imprimante n'est pas le document technologique. Pensons au célèbre tableau du peintre Magritte qui montre une pipe. L'artiste a écrit sous la pipe : « Ceci n'est pas une pipe. » Nous comprenons ce qu'il voulait dire : « Ceci n'est que l'image d'une pipe : on ne peut pas fumer avec elle ! » L'analogie vaut pour le papier sorti de l'imprimante : il n'est que la représentation du document technologique. Si je déchire le papier, je ne détruis pas le document technologique pour autant.

Comment le plaideur s'y prendra-t-il pour faire une preuve du document technologique que le tribunal pourra percevoir par ses propres sens ? Comme le tribunal vit dans un univers de papier, il aura tendance à privilégier le dépôt d'une représentation du document technologique sur support papier, susceptible d'être conservé au dossier du procès. Faudra-t-il faire la preuve de l'authenticité de cette représentation sur papier ? Est-ce là la seule façon de prouver le document technologique ? Pour répondre à ces questions, il y a lieu de distinguer entre le document qualifié d'écrit et le document qualifié d'élément matériel.

2. Preuve du document qualifié d'écrit

Lorsque le document technologique est qualifié d'écrit, il est assujéti à la règle de la meilleure preuve de l'article 2860 C.c.Q. : seul l'original du document ou la copie qui légalement en tient lieu peut faire preuve du document.

Comme l'original du document est illisible, on l'oublie et on cherche du côté d'un moyen qui peut légalement le remplacer. Ce moyen semble fourni par les articles 2841 et 2842 C.c.Q. qui traitent « des copies et des documents résultant d'un transfert ».

On se heurte alors à une difficulté d'interprétation sur les notions de « copie » et de « transfert ». La distinction a des conséquences puisque la procédure de certification n'est pas la même dans l'un ou l'autre cas.

L'article 2841 édicte ceci :

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.

Posons alors la question : la représentation du document technologique sur un support papier produit par une imprimante est-elle une « copie » ou un « document résultant d'un transfert » ? La copie d'un document technologique peut-elle être un papier ou sera-t-elle nécessairement un autre document technologique ? La prudence exigerait peut-être que la déclaration écrite faite par la personne compétente cumule l'information requise pour « certifier » une copie et « documenter » un transfert.

On peut penser que la preuve de l'authenticité de la représentation sur papier du document technologique peut également être faite par témoin, en vertu du droit commun.

Il y aura lieu aussi d'exploiter les présomptions d'authenticité édictées aux articles 15 et 33 de la Loi : le tiers est en effet dispensé de prouver 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 déposée.

Enfin, en application de l'article 2860 C.c.Q. :

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.

Comme les pertes de fichiers par force majeure ou par le fait d'un tiers sont fréquentes dans l'univers informatique, cette disposition risque d'être invoquée souvent. Il sera alors possible de faire la preuve du document technologique par tous les moyens, y compris par témoins.

3. Preuve du document qualifié d'élément matériel

Il en va autrement de la preuve du document technologique qualifié d'élément matériel, comme une photo numérique ou l'enregistrement du son ou du mouvement par quelque technologie que ce soit. La règle de la meilleure preuve de l'article 2860 C.c.Q. ne s'applique pas à l'élément matériel. Il n'y a donc pas de meilleure preuve. Tous les moyens sont alors bons pour prouver le document technologique.

S'il s'agit d'une photo, on aimerait y joindre le certificat ou la documentation prévue aux articles 2841 et 2842 C.c.Q., pour dispenser de témoigner de vive voix la personne qui atteste que la photo imprimée est conforme au document technologique ou à la réalité photographiée à l'origine. Les articles 2841 et 2842 C.c.Q. ne le permettent pas puisqu'ils s'appliquent exclusivement aux écrits.

Si le document technologique est l'enregistrement du son ou du mouvement, la partie qui produit le document a normalement le fardeau de prouver que le son ou l'image dont le tribunal prend connaissance est la reproduction fidèle du document technologique ou, autrement dit, que l'appareil ou le système de reproduction est fiable. Mais cette preuve peut sans doute être allégée en invoquant une présomption de faits découlant du fonctionnement habituellement normal de l'appareil ou du système, ou même en invoquant la connaissance d'office du tribunal sur l'aptitude d'un tel appareil ou système à reproduire fidèlement le document source.

Encore ici, on peut dire que la rencontre entre le droit civil et la technologie n'est pas des plus heureuses. Le problème est nouveau et inhérent au caractère illisible ou opaque du document technolo-

gique. Il fallait mettre au point une méthode simple et claire pour permettre de faire la preuve du document technologique. Le législateur a peut-être péché ici par excès de discrétion.

C. Technique législative

On a reproché au législateur d'avoir fait preuve d'une « technique législative inappropriée » dans sa loi de 2001 et les modifications au droit civil de la preuve³. Dans le bilan de l'impact de la technologie, il convient d'en dire un mot, puisqu'ils constituent autant d'entraves à l'intégration harmonieuse. Nous distinguerons entre des défauts qui ont un lien direct avec la matière de la Loi et d'autres qui relèvent de la technique législative en général.

1. Défauts en lien avec la matière

On est d'abord frappé par certaines lacunes dans l'aménagement du nouveau système. Il est étonnant qu'aucune disposition spécifique n'ait été prévue pour l'écrit instrumentaire non signé (art. 2831 C.c.Q.) qui est pourtant la forme la plus envahissante du document technologique. Le même silence enveloppe le témoignage (art. 2871, 2872 C.c.Q.) et l'aveu (art. 2867 C.c.Q.) extrajudiciaires faits par écrit, en forme numérique. L'absence de disposition expresse rend malaisée la recherche du régime de recevabilité et de preuve de fiabilité applicable à ces formes de preuve.

Une incohérence s'est glissée dans l'article 2874 C.c.Q. qui laisse entendre que l'enregistrement d'un témoignage puisse être autre chose qu'un document technologique, alors que sa définition même (art. 1 et 77 de la Loi) englobe toute espèce d'enregistrement.

Le vocabulaire et le style de rédaction de certaines dispositions semblent avoir été fortement teintés par l'objet de l'intervention législative. La gestation de la Loi a sûrement bénéficié de l'apport de spécialistes de l'informatique et des sciences de l'information. Toutes ces sciences ont leur propre terminologie. Il appartenait aux juristes de transposer et traduire ces termes et ces concepts dans le langage du droit civil, chaque fois que cela était possible et en privilégiant la rétention du terme juridique consacré par l'usage

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

lorsque toutes choses étaient égales. Ainsi, avant de créer de toutes pièces la notion d'intégrité et d'en faire le pivot de sa réforme, le législateur aurait dû s'attacher à mieux comprendre et exploiter la riche notion d'authenticité. Il aurait pu aussi éviter certaines métaphores comme « le cycle de vie » (art. 6) ou des tournures d'application difficile comme celles de l'article 2839 C.c.Q. :

L'intégrité d'un document est assurée, lorsqu'il est possible de vérifier que l'information n'en est pas altérée [...] ou

Lorsque le support ou la technologie utilisé ne permet ni d'affirmer ni de dénier que l'intégrité du document est assurée [...]

La preuve de tels faits risque de constituer un défi considérable lorsque viendra le temps de la faire devant le tribunal.

Bref, il semble que la difficulté de la matière ait amené rapidement le législateur à se résigner à un traitement d'exception, au lieu de pousser davantage ses efforts d'intégration harmonieuse.

2. Défauts d'ordre général

Ces défauts liés à la matière sont sans doute exacerbés par certains défauts d'ordre général, susceptibles de se retrouver dans d'autres interventions législatives sans lien avec la technologie.

Les nouvelles règles qui modifient le droit de la preuve sont dispersées entre le Code civil et la Loi. Dans certains cas, la disposition du Code renvoie expressément à l'extérieur du Code, à une disposition de la Loi. Par exemple, les articles 2841 et 2860 C.c.Q. réfèrent à l'article 12 de la Loi. L'article 2842 C.c.Q. réfère à l'article 17 de la Loi. Les articles 2855 et 2874 C.c.Q. réfèrent à l'article 5 de la Loi.

Certains renvois auraient pu être évités, lorsque le même texte se trouve déjà incorporé au Code. Par exemple, l'article 5, auquel renvoient les articles 2855 et 2874 C.c.Q., édicte la même règle que l'article 2839, alinéa 2 C.c.Q.

Il y a enfin des cas où il n'y a pas de renvoi dans le Code civil ni aucun autre moyen de savoir que des règles de preuve à caractère substantif sont édictées dans la Loi seulement. J'en signale trois exemples. Les articles 15 et 33 de la Loi édictent une présomption

d'authenticité de la copie d'un document technologique, opposable à l'État ou à une entreprise. L'article 18 de la Loi édicte une règle de prévalence de l'article 17 sur toute autre règle d'irrecevabilité en matière de transfert de document technologique. L'article 39 de la Loi établit une présomption légale d'authenticité de la signature apposée à un document technologique, opposable à son auteur apparent. Voilà autant de dispositions dont on ne soupçonne pas l'existence en lisant le Code civil.

Enfin, il y a lieu de signaler les redondances entre la Loi et le Code. Il y a des cas de redondance parfaite. Il y a des cas de redondance imparfaite où l'arrangement des mots n'est pas le même, comme entre les articles 5 à 7 de la Loi et les articles 2839 et 2840 C.c.Q., à moins qu'un alinéa ne soit carrément supprimé, comme dans l'article 2839 C.c.Q. qui ne reproduit pas l'alinéa 3 de l'article 6 de la Loi, rédigé comme suit :

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.

Ainsi, dans l'appréciation de l'intégrité, on tient compte des mesures de sécurité dans la Loi, mais pas dans le Code. Voilà autant de péchés qu'il ne faut pas commettre lorsque l'on modifie le Code civil. Le législateur doit veiller à ce que le Code civil se suffise à lui-même. Seuls les renvois incontournables devraient être admis. Ils devraient alors être d'une clarté lumineuse.

Ces défauts de technique législative n'ont pas de lien direct avec les technologies de l'information. Ils s'expliquent peut-être par la hâte avec laquelle on a cru nécessaire de procéder. Il est aussi possible que le parti pris de vouloir codifier dans une même loi l'ensemble du cadre juridique des technologies de l'information ait conduit le législateur à privilégier la cohérence de l'ensemble, au détriment des parties. Il eût été préférable qu'un plus grand soin soit accordé au régime de preuve. Il fallait le concevoir non pas comme un volet accessoire du cadre juridique des technologies de l'information mais comme un rouage vital du système de preuve de droit commun, dont l'insertion devait se faire avec le plus grand soin et un souci dominant d'intégration harmonieuse.

CONCLUSION

Je vous ai entretenu de l'impact des technologies de l'information sur le façonnement du droit de la preuve. Je vous ai présenté un bilan mixte, sur la base du critère de l'intégration harmonieuse du document technologique dans notre système de preuve.

Bilan largement positif quant à l'intégration du document technologique par voie d'assimilation à l'un ou l'autre des moyens de preuve connus, avec comme conséquence l'emprunt intégral des règles de recevabilité et de force probante du droit commun. C'est une réussite qu'il convient de saluer.

Bilan négatif quant au régime de preuve de la fiabilité du document technologique et quant au problème de la preuve du document technologique. Dans le premier cas, l'intervention législative perturbe l'économie générale de notre système de preuve. Dans le second cas, le législateur pêche par omission pour avoir sous-estimé le problème et n'avoir pas conçu une solution efficace. Ces faiblesses ont paru exacerbées par une technique législative qui présente certaines déficiences.

Je ne vous ai pas entretenu de l'impact de la nouvelle Loi sur l'application du droit. D'une part, la Loi de 2001 est jeune et n'a pas fait beaucoup parler d'elle. La jurisprudence est quasi muette. Les seuls cas qui ont préoccupé les plaideurs sont liés à l'utilisation d'enregistrement de faits ou de déclarations qu'il faut désormais qualifier de documents technologiques. Aucune décision n'a touché de plein front les questions qui nous ont préoccupé dans notre bilan d'impact. Comment expliquer ce silence ? Il est possible que les plaideurs s'ingénient à éviter ou à contourner les problèmes soulevés par le nouveau régime de preuve par document technologique, qui mystifie encore la plupart des juristes.