

Précisions relatives à ce texte

Au moment de la rédaction du texte intitulé « La preuve dans un contexte électronique », la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, L.Q. 2001, c. 32, n'était pas en vigueur. Il importe toutefois de noter qu'elle est maintenant en vigueur et ce, depuis le 1^{er} novembre 2001. Le caractère actuel du texte demeure, mais il est nécessaire de faire les ajustements qui s'imposent lors de la lecture dudit texte.

LA PREUVE DANS UN CONTEXTE ÉLECTRONIQUE*

*Par Me Michel Gagné***

Montréal, le 21 septembre 2001

* Ce texte est publié dans *Développements récents en droit de l'Internet*, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Éditions Yvon Blais Inc., 2001.

** L'auteur est associé chez McCarthy Tétrault.
Il tient à remercier Monsieur Marc-André Landry, étudiant en droit, pour sa précieuse collaboration dans l'élaboration de ce texte.

Introduction.....	1
1. L'introduction en preuve d'information contenue sur support informatique sous l'égide du <i>C.c.Q.</i>	3
1.1 Analyse des dispositions du <i>C.c.Q.</i> traitant de l'information contenue sur support informatique.....	3
1.1.1 Cadre d'application.....	4
1.1.2 Conditions de recevabilité.....	8
1.1.3 Force probante.....	9
1.2 Analyse des dispositions du <i>C.c.Q.</i> traitant de la reproduction de certains documents.....	10
1.2.1 Cadre d'application.....	10
1.2.2 Conditions d'admissibilité.....	11
1.2.3 Force probante.....	13
1.3 Application des dispositions du <i>C.c.Q.</i> à deux situations réelles : la signature électronique et les courriels.....	13
1.3.1 La valeur juridique de la signature électronique sous l'égide du <i>C.c.Q.</i>	14
1.3.2 La valeur juridique des courriels sous l'égide du <i>C.c.Q.</i>	16
2. Analyse de la législation canadienne et internationale en matière de documents électroniques.....	21
2.1 Analyse des propositions de la CNUDCI et de la Conférence pour l'harmonisation concernant les documents électroniques.....	22
2.2 Les dispositions du <i>C.c.Q.</i> en matière d'inscriptions informatisées et de reproduction de documents et les nouvelles règles uniformes régissant les documents électroniques : une analyse comparative.....	25
2.3 La valeur juridique des documents électroniques sous l'égide de la <i>Loi sur la preuve au Canada</i>	27
3. L'introduction en preuve d'information contenue sur support informatique sous l'égide de la <i>Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information</i>	30
3.1 Le fonctionnement général de la <i>Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information</i> et son objet.....	31
3.2 La notion de « document » au sens de la <i>Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information</i>	34
3.3 Des nouvelles règles d'admissibilité des Écrits.....	35

3.3.1	L'objet des nouvelles dispositions 2837 à 2840 <i>C.c.Q.</i>	35
3.3.2	La valeur juridique des Écrits lorsqu'ils sont établis sur un support faisant appel aux technologies de l'information sous le nouveau régime de preuve	36
3.3.2.1	Les critères généraux d'admissibilité des documents électroniques contenant un Écrit	37
3.3.2.2	Les critères d'admissibilité concernant les copies de loi, d'actes authentiques et semi-authentiques et d'actes sous seing privé seulement	40
3.3.3	La valeur juridique des copies et des documents résultant d'un transfert	42
3.3.3.1	La copie d'un document	43
3.3.3.2	Le transfert de documents d'un support à un autre	45
3.4	La validité juridique du document technologique en tant qu'élément matériel et en tant que déclaration enregistrée	46
3.5	Application des nouvelles dispositions du <i>C.c.Q.</i> à deux situations réelles : la signature électronique et les courriels	47
3.5.1	La valeur juridique de la signature électronique sous l'égide du nouveau régime de droit de la preuve	47
3.5.2	La valeur juridique des courriels sous l'égide du nouveau régime de preuve	48
4.	Conclusion	49

Introduction*

Depuis quelques années, notre société assiste à ce que d'aucun appelle une révolution technologique. De l'avènement du micro-ordinateur dans nos foyers et sur nos bureaux à l'Internet en passant par l'arrivée de la télécopie et plus récemment, de la signature électronique, nos façons de communiquer ont été transformées. Or, c'est souvent par la communication qu'évoluent des situations juridiques. Que nous pensions aux offres de contracter, à la conclusion des contrats eux-mêmes ou encore, au libelle diffamatoire, il s'agit de communications qui entraînent des effets juridiques que nous connaissons. Or, si le droit substantif qui encadre ces situations juridiques n'a pas été affecté par l'arrivée des nouvelles technologies, les contrats se formant toujours par le consentement des parties peu importe la façon par laquelle ce consentement est exprimé, les règles du droit de la preuve ont dû être adaptées à cette nouvelle réalité. En effet, il n'est plus vrai que seuls l'écrit, le témoignage et les autres moyens de preuve permettent d'établir le consentement réciproque des parties à être liées par un contrat, car depuis quelques années et pour l'avenir, une personne peut manifester sa volonté à être liée par contrat par un simple « clic » de souris. Dans un contexte litigieux, est-il possible de mettre en preuve cette acceptation? Le cas échéant, quels sont les critères d'admissibilité d'un tel élément de preuve et quelle est la façon de le présenter au tribunal?

Déjà lors de l'adoption du *Code civil du Québec*¹ (ci-après « *C.c.Q.* »), le législateur québécois s'adaptait à cette nouvelle réalité, notamment par l'adoption des articles 2837 à 2839 *C.c.Q.* Ce faisant, il définissait la notion « d'inscription informatisée », établissait les critères d'admissibilité en preuve d'une telle inscription et en déterminait la force probante. À la section VII du Chapitre premier du Livre de la preuve du *C.c.Q.*², il poursuivait en définissant les règles relatives à la reproduction de certains documents. Pour certains³, il s'agissait là d'une législation « avant-gardiste ».

* Le présent document est à jour en date du 19 septembre 2001.

¹ L.Q. 1991, c. 64.

² Articles 2840 à 2842 *C.c.Q.*

³ BARREAU DU QUÉBEC, *Mémoire sur la Loi sur la normalisation juridique des nouvelles technologies de l'information*, Août 2000, p. 12.

En 1996, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (ci-après « CNUDCI ») adoptait la *Loi type sur le commerce électronique*⁴ (ci-après « *Loi type O.N.U.* ») dans le but de fournir aux pays membres un modèle de législation en matière de nouvelles technologies et que de cette façon, les lois nationales de chaque pays aient un fonctionnement semblable et réfèrent à des concepts compatibles favorisant ainsi les échanges commerciaux au niveau mondial. Nombres d'États, notamment Singapour, les États-Unis et la Suisse, ont adopté des lois qui tendent à accomplir cet objectif d'uniformisation juridique mondiale. Au Canada, la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada (ci-après « Conférence pour l'harmonisation ») a publié la *Loi uniforme sur le commerce électronique*⁵ (ci-après « *Loi type du Canada* ») dans l'objectif d'adapter la *Loi type O.N.U.* à la réalité canadienne et de fournir par le fait même un modèle de législation « canadien » aux différents parlements de la fédération. S'inspirant de la *Loi type du Canada* et de la *Loi type O.N.U.*, le législateur fédéral⁶ et celui de plusieurs provinces⁷ ont déjà sanctionné des projets de lois en la matière ou sont sur le point de le faire. Le 21 juin dernier, le législateur québécois a lui aussi suivi le mouvement en adoptant la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*⁸ (ci-après « *Loi québécoise* »), laquelle entrera en vigueur par décret, le cas échéant. La *Loi québécoise* devrait modifier l'ordre juridique québécois, particulièrement en ce qui a trait au droit de la preuve.

⁴ On peut trouver une copie de ce texte, sur le site Internet de la CNUDCI, à l'adresse suivante : <http://www.uncitral.org/french/ecletcom/ml-ec-htm>.

⁵ On peut trouver une copie de ce texte sur le site Internet de la Conférence pour l'harmonisation, à l'adresse suivante : <http://www.law.ualberta.ca/alri/ulc/current/fueca99a.htm>.

⁶ *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, ch. 5.

⁷ Alberta : *Electronic Transactions Act*, Bill 21, (2001) [non en vigueur]; Colombie Britannique : *Electronic Transactions Act*, S.B.C. 2001, c. 10 [en vigueur]; Manitoba : *Electronic Commerce and Information Act*, S.M. 2000, c. E55 [en vigueur pour certaines parties]; Nouveau Brunswick : *Electronic Transactions Act*, Bill 70 (2001) [non en vigueur]; Nouvelle-Écosse : *Electronic Commerce Act*, S.N.S. 2000, c. 26 [en vigueur]; Ontario : *Electronic Commerce Act, 2000*, S.O. 2000, c. 17 [en vigueur]; Ile-du-Prince-Édouard : *Electronic Commerce Act*, Bill 25, 2001 [en vigueur]; Saskatchewan : *Electronic Information and Documents Act*, 2000, S.S. 2000, c. E-7.22 [en vigueur pour certaines parties]; Yukon : *Electronic Commerce Act*, S.Y. 2000, c. 10 [en vigueur].

⁸ L.Q. 2001, c. 32.

En somme, les juristes québécois, qui commencent à peine à assimiler les règles du *C.c.Q.* traitant des inscriptions informatisées, devront bientôt travailler avec de nouvelles règles relatives à la l'introduction en preuve d'information contenue sur support informatique.

Il importe donc, dans un *premier temps*, d'analyser les règles du *C.c.Q.* se rapportant aux inscriptions informatisées et à la reproduction de documents puisqu'il s'agit toujours du droit en vigueur. Dans un *deuxième temps*, ne serait-ce pour comprendre l'esprit qui anime la *Loi québécoise*, il est utile, d'une part, d'examiner les règles de preuve proposées par les modèles de lois fournis par la CNUDCI et la Conférence pour l'harmonisation et d'autre part, de voir ce qui s'est fait au niveau fédéral canadien en matière de preuve des documents électroniques. *Enfin*, la présente étude du droit québécois en matière d'admissibilité en preuve des documents électroniques ne saurait évidemment être complète sans qu'il y soit traité de la *Loi québécoise*. Par conséquent, les règles de preuve qui devraient entrer en vigueur dans un avenir plus ou moins rapproché, selon la volonté du gouvernement, sont abordées en troisième partie d'analyse.

1. L'introduction en preuve d'information contenue sur support informatique sous l'égide du C.c.Q.

1.1 Analyse des dispositions du C.c.Q. traitant de l'information contenue sur support informatique

Le *C.c.Q.* traite des inscriptions informatisées à ses articles 2837 à 2839 *C.c.Q.*, au Chapitre de l'écrit. Bien que ces articles puissent être abrogés et remplacés si la *Loi québécoise* entre en vigueur, il convient néanmoins d'en discuter puisque, d'une part, il s'agit toujours du droit applicable au Québec et puisque que, d'autre part, la procédure de mise en vigueur par décret comporte son lot d'incertitude, et de ce fait, il est possible que les présentes dispositions du *C.c.Q.* restent en vigueur pour un bon moment et même que la loi modificatrice n'entre jamais en vigueur.

Par conséquent, il importe de définir le cadre d'application de ces dispositions, de décrire les conditions d'admissibilité des éléments de preuve visés et d'en déterminer la force probante.

1.1.1 Cadre d'application

C'est à l'article 2837 *C.c.Q.* que la notion d'*inscriptions informatisées* est définie:

«*Art. 2837. Lorsque les données d'un acte juridique sont inscrites sur support informatique, le document reproduisant ces données fait preuve du contenu de l'acte, s'il est intelligible et s'il présente des garanties suffisamment sérieuses pour qu'on puisse s'y fier.*»

Pour apprécier la qualité du document, le tribunal doit tenir compte des circonstances dans lesquelles les données ont été inscrites et le document reproduit.» [nos soulignements]

Malgré l'apparente clarté de cette disposition, il est utile de s'attarder sur certains concepts utilisés lors de la rédaction de celle-ci afin d'en saisir le sens véritable.

Acte juridique et fait juridique – Lors de l'adoption des articles 2837 à 2839 *C.c.Q.*, le législateur a clairement exprimé sa volonté d'appliquer les nouvelles règles de preuve aux seuls actes juridiques. Les inscriptions informatisées reproduisant des faits juridiques demeurent donc soumises aux règles traditionnelles de preuve. Pour bien saisir la portée des nouvelles règles, il importe donc de distinguer les deux notions.

«L'acte juridique est toute manifestation de volonté individuelle qui est destinée à créer, modifier ou éteindre un droit». ⁹ L'acte juridique le plus courant est le contrat.

Un fait juridique désigne, quant à lui, tout acte ou événement qui ne peut être qualifié d'acte juridique. Autrement dit, les conséquences juridiques d'un fait juridique, s'il y en a, n'ont habituellement pas été prévues ni voulues par la personne qui a posé le geste. Cela n'empêche pas que les fait juridiques, notamment la fraude, le dol, une agression physique, puissent avoir des conséquences juridiques. La différence entre un acte juridique et un fait juridique réside donc en la volonté des parties à être liées juridiquement. ¹⁰

⁹ Jean-Louis BAUDOUIN, Pierre-Gabriel JOBIN, *Les Obligations*, 5^e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1998, p. 40.

¹⁰ Sur la distinction entre « acte juridique » et « fait matériel », on peut consulter, en plus des auteurs précités : Jean-Claude ROYER, *La preuve civile*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, par.

Avant de terminer sur la distinction entre un fait juridique et un acte juridique, il importe de citer deux décisions qui appliquent, à tort selon nous, le régime de preuve établi par les articles 2837 à 2839 *C.c.Q.* à des documents qui rapportent des faits juridiques. Dans l'affaire *Hydro-Québec c. Benedek*¹¹, le tribunal affirmait qu'une facturation électronique était admissible en preuve par le biais de l'article 2837 *C.c.Q.* Dans *Commission des normes du travail c. 9015-9237 Québec inc.*¹², le juge Bourduas soumettait les rapports du CIDREQ (une fiche informatisée en provenance de l'Inspecteur général des institutions financières décrivant principalement la structure corporative d'une entreprise) au régime de preuve applicable aux inscriptions informatisées. Or, ces deux documents ne constatent aucun acte juridique et dès lors, on ne peut les admettre en preuve en vertu du régime des inscriptions informatisées.

Les décisions *Québec (Procureur général) c. Martel-Vien*¹³ et *Messer Griesheim Industries Canada Inc. c. Tecnogaz Québec Inc.*¹⁴ confirment d'ailleurs cette interprétation. Dans la première, le tribunal refuse d'inclure un état de compte inscrit sur support informatique dans la définition d'inscription informatisée soulignant, à juste titre, qu'il ne s'agit pas d'un acte juridique. Dans la deuxième affaire, le tribunal affirme qu'un rapport concernant des coûts de production « sont des chiffres internes à Messer [une partie] et ne constatent en rien un acte juridique ».¹⁵

L'inscription – Il semble y avoir une certaine controverse doctrinale relativement au deuxième élément de l'article 2837 *C.c.Q.* En effet, il existe un débat entre les auteurs à savoir si les dispositions portant sur les inscriptions informatisées exigent que la formation du contrat se fasse simultanément avec l'inscription sur support informatique et si les dispositions 2837 à 2839 *C.c.Q.* écartent la règle de la meilleure preuve. D'une

131 et ss.; Benoît MOORE, « De l'acte juridique et du fait juridique ou d'un critère de distinctions », (1997) 31 *Revue juridique Thémis* 277.

¹¹ [1995] R.L. 436 (C.Q.).

¹² D.T.E. 2000T-159 (C.Q.).

¹³ [1999] R.L. 309 (C.Q.).

¹⁴ B.E. 2000BE-910 (C.S.) [en appel].

¹⁵ *Ibid.* par. 158.

part, le professeur Ducharme¹⁶ considère que pour respecter la règle de la meilleure preuve, laquelle s'impose à tous les écrits, il doit y avoir simultanété entre la formation de l'acte juridique et son inscription sur support informatique. D'autre part, les professeurs Trudel, Lefebvre et Parisien¹⁷ prétendent que l'intention du législateur était d'écartier la règle de la meilleure preuve et de permettre la transcription des actes juridiques conclus verbalement ou par écrit sur support informatique. Ils fondent principalement leurs prétentions sur des motifs d'efficacité économique.

Enfin, le professeur Jean-Claude Royer souligne que l'article 2837 *C.c.Q.* n'exige pas qu'il y ait simultanété entre l'inscription des données sur support informatique et la formation de l'acte juridique.¹⁸ Le professeur Royer considère toutefois que lorsqu'un contrat, verbal ou écrit, est conclu et que, par la suite, il est inscrit postérieurement sur support informatique, ce contrat ne pourrait être prouvé par la production de ce qui a été inscrit sur support informatique, car autrement, ce serait admettre une preuve secondaire d'un contrat et cela, contrairement à la règle de la meilleure preuve.¹⁹ C'est là, à notre avis, l'interprétation de l'article 2837 du *C.c.Q.* la plus en accord avec l'intention du législateur.

En pratique, même si l'article 2837 *C.c.Q.* ne spécifie pas qu'il doit y avoir simultanété entre l'inscription des données sur support informatique et la formation de l'acte juridique, il nous est difficile d'entrevoir des situations où il pourrait y avoir absence de simultanété tout en présentant des garanties suffisamment sérieuses pour qu'on puisse s'y fier et en respectant la règle de la meilleure preuve. De toute façon, étant donné que l'article 2839 *C.c.Q.* stipule que «*le document reproduisant les données d'un acte juridique inscrites sur support informatique peut être contredit par tous les moyens*»; cette controverse doctrinale revêt une importance pratique très limitée. En

¹⁶ Léo DUCHARME, Précis de la preuve, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur, 1996, p. 143.

¹⁷ Pierre TRUDEL, Guy LEFEBVRE et Serge PARISIEN, La preuve et la signature dans l'échange de documents informatisés au Québec, Québec, Les Publications du Québec, 1993, p. 21 et ss. Notons que le professeur Trudel maintient sa position dans : Pierre TRUDEL et autres, Droit du cyberspace, Montréal, Les Éditions Thémis, 1997, p. 19-5 et ss.

¹⁸ Jean-Claude ROYER, *supra* note 10, par. 406.

¹⁹ *Ibid.* par. 407 et 408.

effet, l'article 2839 *C.c.Q.* confère à une inscription informatisée un statut, pour fins de preuve, inférieur à celui d'un acte sous seing privé en ce qu'aucun commencement de preuve n'est exigé pour pouvoir contredire un acte visé à l'article 2837 *C.c.Q.* alors que l'article 2863 *C.c.Q.* exige la présence d'un commencement de preuve pour que l'on puisse, par une preuve testimoniale, contredire un acte juridique constaté par écrit.

Support informatique – Il ne fait aucun doute que le vocable « support informatique » vise les moyens technologiques dont le mode de communication est perceptible par la lecture. Les transactions bancaires effectuées au guichet automatique, les paiements par carte de débit et les achats faits par Internet sont ainsi soumis au régime de preuve des inscriptions informatisées; les auteurs²⁰ sont unanimes à ce sujet et les Commentaires du Ministre²¹ sont sans équivoque.

De plus, il semblerait qu'un contrat dont les données sont transmises par la voix et inscrites sur support informatique de façon simultanée soit soumis à l'application de l'article 2837 *C.c.Q.* Les propos du ministre de la Justice sont éloquentes à ce sujet : l'article 2837 *C.c.Q.* couvre « les contrats verbaux, dont les données sont directement inscrites sur support informatique [...]»²² [nos soulignements]

Par ailleurs, à la lecture de la décision *Du May (1985) Inc. c. U.A.P. inc.*²³, *division traction*, on comprend que la télécopie ne serait pas un support informatique. Dans cette affaire, le tribunal a affirmé qu'une lettre transmise par télécopieur, par laquelle une entreprise résilie un contrat, ne constituait pas une inscription informatisée, mais un écrit instrumentaire sous seing privé.

²⁰ Jean-Claude ROYER, *supra* note 10, par. 409; Léo DUCHARME, *supra* note 16, par. 469 et ss.

²¹ Commentaires du Ministre de la justice, tome II, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 1776, art. 2837.

²² *Ibid.*

²³ R.E.J.B. 1997-03115 (C.Q.).

1.1.2 Conditions de recevabilité

Intelligibilité – La première condition de recevabilité d'un acte juridique dont les termes sont inscrits sur support informatique est qu'il doit être intelligible. Cet élément d'intelligibilité est défini dans son sens usuel :

«L'adjectif intelligible doit être pris ici dans le sens d'un document qui peut être lu directement, c'est-à-dire dans le sens d'un document qui peut être compris, qui est accessible, clair et limpide.»²⁴

Ainsi, un document sur lequel apparaît un langage pouvant être compris par une machine seulement ne pourrait constituer un document intelligible.

Fiabilité – Pour être recevable en preuve, un document informatique doit aussi être fiable, au sens de l'article 2837 *C.c.Q.* Pour le professeur Royer, un document est fiable « lorsque l'inscription, la conservation et la reproduction des données se sont effectuées dans des circonstances qui permettent au tribunal de conclure que le document reproduit vraisemblablement l'acte juridique. »²⁵

Pour mieux cerner la notion de fiabilité, il est utile de référer à l'article 2838 *C.c.Q.* qui établit une présomption de fiabilité :

« Art. 2838. L'inscription des données d'un acte juridique sur support informatique est présumée présenter des garanties suffisamment sérieuses pour qu'on puisse s'y fier lorsqu'elle est effectuée de façon systématique et sans lacunes, et que les données inscrites sont protégées contre les altérations. Une telle présomption existe en faveur des tiers du seul fait que l'inscription a été effectuée par une entreprise. »

Cette disposition reçoit notamment application dans le cas des nombreuses transactions effectuées à l'aide d'une carte de débit comme le dépôt, le paiement de factures ou l'achat. Il s'agit d'une présomption simple au sens de l'article 2847 *C.c.Q.* qui peut, par exemple, être renversée lorsqu'il est démontré que le système informatique

²⁴ Léo DUCHARME, *supra* note 16, p. 145-146. Voir aussi à cet effet : Jean-Claude ROYER, *supra* note 10, par. 410.

²⁵ Jean-Claude ROYER, *supra* note 10, par. 410.

de l'entreprise connaissait des difficultés au moment de la création du document concerné.²⁶ Outre cette présomption, la fiabilité d'un document se prouve par témoin, par présomption ou par aveu.²⁷

1.1.3 Force probante

À l'article 2837 *C.c.Q.*, il est prévu que si les deux conditions d'admissibilité de cette preuve sont remplies, le document fait preuve de son contenu. Le caractère de cette force probante est renforcé par l'article 89 du *Code de procédure civile*²⁸ (ci-après « *C.p.c.* ») qui oblige la personne qui souhaite contester la validité d'un acte juridique inscrit sur support informatique, à l'alléguer expressément et à appuyer ses allégations d'un affidavit à cet effet. À défaut, le document est reconnu et sa fiabilité admise. De plus et tel que mentionné auparavant, l'article 2838 *C.c.Q.* établit une présomption de fiabilité qui allège d'autant le fardeau de la preuve de la partie qui souhaite introduire en preuve un acte juridique dont les termes sont inscrits sur support informatique.

L'article 2839 *C.c.Q.* diminue toutefois la portée de l'article 2838 *C.c.Q.* en ce qu'il précise que le document reproduisant les données d'un acte juridique peut être contredit par tous moyens. Ainsi, l'interdiction de contredire par témoignage les termes d'un contrat constaté par écrit que l'on retrouve à l'article 2863 *C.c.Q.* ne s'applique pas aux inscriptions informatisées. Par conséquent, il est plus facile de contester un tel document qu'un acte sous seing privé ou qu'un acte notarié.

La problématique de l'acte notarié et des autres actes juridiques soumis à des exigences de forme – Avant de terminer notre analyse des inscriptions informatisées, il convient de traiter brièvement des actes juridiques dont la validité dépend du respect de certaines formalités, tel l'acte notarié ou encore, le testament devant témoins. Serait-il possible de contracter un acte notarié par le biais de l'inforoute? Si certains auteurs prédisent qu'une « attestation électronique notariée » pourrait éventuellement remplacer

²⁶ *Association des constructeurs du Québec c. Noresco, S.E.N.C.*, R.E.J.B. 1998-05941, par. 13 et 14 (C.Q.).

²⁷ Jean-Claude ROYER, *supra* note 10, par. 411.

²⁸ L.R.Q., c. C-25.

l'exigence d'une signature notariée prévue à l'article 2693 *C.c.Q.* concernant la constitution d'une hypothèque immobilière²⁹, dans l'immédiat, les actes juridiques dont la validité dépend du fait qu'ils soient notariés ne peuvent, à notre avis, être constitués autrement que par écrit. En effet, la *Loi sur le notariat*³⁰, exige qu'un acte notarié soit fait en minute et sur papier.³¹ C'est donc le régime de preuve des actes authentiques qui s'applique à ces documents.

1.2 Analyse des dispositions du *C.c.Q.* traitant de la reproduction de certains documents

Les articles 2840 à 2842 *C.c.Q.* traitent de la reproduction de certains documents.³² Ces articles indiquent qu'en certaines circonstances la reproduction d'un document pourra être admise à titre de preuve et avoir la même force probante qu'un original aux termes de l'article 2860 *C.c.Q.* Avant d'aller plus loin dans l'analyse de ces dispositions, rappelons que ces dispositions seront modifiées par la *Loi québécoise*, si celle-ci entre en vigueur.

1.2.1 *Cadre d'application*

Documents visés – Aux termes de l'article 2840 *C.c.Q.*, seules les reproductions de documents qui sont en possession de l'État et des personnes morales de droit public ou privé peuvent être acceptées en preuve. *A contrario*, une personne physique ne pourrait produire en preuve une reproduction d'un document en lieu et place de l'original sans enfreindre la règle de la meilleure preuve, à moins, bien entendu, d'être dans la situation prévue au deuxième alinéa de l'article 2860 *C.c.Q.* Notons aussi que devant les tribunaux, il est de pratique courante de produire en preuve des documents reproduits par photocopie, de consentement des parties, étant donné que les règles de recevabilité de moyens de preuve ne sont pas d'ordre public.³³

²⁹ Pierre TRUDEL et autres, *supra* note 17, p. 19-9.

³⁰ L.R.Q., c. N-2.

³¹ *Ibid.*, article 35.

³² Ces articles ont remplacé la *Loi sur la preuve photographique de documents*, L.R.Q., c. P-22, art. 2, abrogée par L.Q. 1992, c. 57, art. 656.

³³ Article 2859 *C.c.Q.*; Jean-Claude ROYER, *supra* note 10, par. 998 à 1000.

Pour les fins de notre discussion, nous nous attarderons plus spécifiquement aux personnes morales de droit privé, donc aux sociétés par actions.³⁴ Mentionnons seulement que les auteurs Ducharme et Royer ne s'entendent pas sur l'étendue du mot «État». Pour Royer, celui-ci inclurait le parlement, le gouvernement et ses organismes aux niveaux provincial et fédéral.³⁵ Pour Ducharme, seul l'État québécois serait visé par les articles 2840 à 2842 *C.c.Q.*³⁶

Aucune spécification n'est prévue aux articles 2840 à 2842 *C.c.Q.* quant aux documents qui peuvent être reproduits. Il s'ensuit logiquement que n'importe quel document, même celui venant tout juste d'être conçu, qu'il constate un acte juridique ou qu'il relate un fait matériel, peut être reproduit et par la suite déposé en preuve. En somme, des reproductions de documents, tels des relevés d'appels, des relevés d'inventaires et très certainement un acte juridique dont les termes sont inscrits sur support informatique, provenant de l'État ou de personnes morales, pourraient être légalement produits en preuve si les autres conditions d'admissibilité sont remplies, bien entendu.

1.2.2 Conditions d'admissibilité

Pour connaître les conditions d'admissibilité d'une reproduction de document « ou d'un extrait suffisant pour en permettre l'identification »³⁷, il suffit de lire les articles 2841 et 2842 *C.c.Q.* :

« Art. 2841. Pour que la reproduction fasse preuve de la teneur du document, au même titre que l'original, elle doit reproduire fidèlement l'original, constituer une image indélébile de celui-ci et permettre de déterminer le lieu et la date de la reproduction.

En outre, la reproduction doit avoir été faite en présence d'une personne spécialement autorisée par la personne morale ou par le Conservateur des archives nationales du Québec.

³⁴ Article 2188 *C.c.Q.*

³⁵ Jean-Claude ROYER, *supra* note 10, p. 1272.

³⁶ Léo DUCHARME, *supra*, note 16, p. 1149.

³⁷ Article 2840 *C.c.Q.*

Art. 2842. La personne qui a été désignée pour assister à la reproduction d'un document doit, dans un délai raisonnable, attester la réalisation de cette opération dans une déclaration faite sous serment, laquelle doit porter mention de la nature du document et des lieu et date de la reproduction et certifier la fidélité de la reproduction. » [Nos soulignements.]

Forme de la reproduction – Sur le plan de la forme, la reproduction doit être fiable et constituer une image indélébile du document. Une reproduction trop pâle et illisible ne rencontre pas ces premiers critères.³⁸ De plus, la reproduction doit indiquer la date et le lieu de l'opération.

Procédure de reproduction – Pour s'assurer de la fiabilité de la reproduction et que celle-ci soit décrite de façon à comprendre la nature du processus, le législateur impose de suivre la procédure d'attestation décrite à l'article 2842 *C.c.Q.* La jurisprudence semble divisée quant au caractère impératif de cette procédure d'attestation.

Dans l'affaire *Otis c. Équipements J.G.M. inc.*³⁹, la Cour a, dans un premier temps, refusé d'admettre en preuve la reproduction d'un chèque faite par une banque au motif qu'il manquait l'attestation exigée par l'article 2840 *C.c.Q.* Elle a toutefois permis à celui qui invoquait le document au soutien de ses allégations, de corriger cette lacune. Lors de la reprise de l'audition, une nouvelle photocopie du chèque sur lequel était apposée la seule signature de la directrice de la banque fut déposée en Cour. Le tribunal jugea que la reproduction ne respectait toujours pas les dispositions concernant la reproduction de documents et déclara la preuve irrecevable.⁴⁰

Dans la décision *Bleau c. Bélair, compagnie d'assurances*⁴¹, une compagnie d'assurances désirait produire en preuve une reproduction de la proposition d'assurance. La reproduction remplissait tous les critères d'admissibilité prévus aux articles 2840 à 2842 *C.c.Q.*, sauf en ce qui concerne l'attestation de la personne autorisée qui avait été

³⁸ *Banque nationale du Canada c. Simard*, J.E. 96-1172 (C.Q.).

³⁹ J.E. 97-1543 (C.Q.).

⁴⁰ *Otis c. Équipements J.G.M. inc.*, B.E. 97BE-876 (C.Q.).

⁴¹ J.E. 99-1278 (C.S.).

constituée plusieurs années après que l'original ait été reproduit alors que le *C.c.Q.* exige qu'elle soit faite dans un délai raisonnable. Considérant que l'objectif de fidélité et d'authenticité avait été atteint de par le processus de reproduction mis sur pied par la compagnie et que les témoignages de deux représentants de la compagnie qui avaient assisté à la reproduction étaient convaincants, le tribunal a reçu la reproduction en preuve.

Mode de reproduction – Par ailleurs, il est intéressant de noter que le législateur n'a pas déterminé un mode de reproduction spécifique. Ainsi, tant la photographie, la photocopie ou la copie numérique pourraient servir à reproduire un document. Enfin, notons que le *C.c.Q.* n'a pas conservé l'exigence de la destruction de l'original, prévue auparavant à l'ancienne *Loi sur la preuve photographique de documents*⁴², pour pouvoir mettre en preuve la reproduction.

1.2.3 Force probante

La reproduction d'un document conforme aux articles 2840 à 2842 *C.c.Q.* fait preuve de la teneur du document au même titre que l'original.⁴³

1.3 Application des dispositions du *C.c.Q.* à deux situations réelles : la signature électronique et les courriels

Afin de pouvoir évaluer le caractère utile et actuel des dispositions qui nous régissent toujours en matière de documents électroniques, il est intéressant de les appliquer à des situations réelles. Dans la partie qui suit, nous traiterons de certains aspects juridiques de la signature électronique et des courriels ainsi que de la façon d'introduire en preuve ces deux éléments qui appartiennent au monde des nouvelles technologies. Il serait toutefois impossible de vouloir cerner en quelques lignes toutes les problématiques que peut soulever la signature électronique en droit de la preuve.⁴⁴

⁴² *Supra* note 32.

⁴³ Article 2841 *C.c.Q.*

⁴⁴ Certains auteurs ont par ailleurs consacré un ouvrage entier à cette question Voir entre autres: Pierre TRUDEL, Guy LEFEBVRE et Serge PARISIEN, *supra* note 17, p. 66 et ss.; Serge PARISIEN et Pierre TRUDEL, L'identification et la certification dans le commerce électronique, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996.

1.3.1 La valeur juridique de la signature électronique sous l'égide du C.c.Q.

La présente partie est consacrée à l'étude de la valeur juridique de la signature électronique sous l'égide du C.c.Q. Toutefois, étant donné la nouveauté de la chose, il est utile, à notre avis, de définir sommairement la signature électronique.

Définition – La signature électronique est un code qui permet d'identifier un individu et d'exprimer son consentement à être lié.⁴⁵ Il s'agit donc d'un code personnel par lequel l'auteur d'un document signifie aux tiers qu'il est bien celui de qui émane le document⁴⁶ ou toute autre acceptation et qui, inversement, assure aux tiers que le document origine effectivement de l'émetteur. Dans les faits, la signature électronique vise les mêmes fins que la signature manuscrite ou classique et, tout comme cette dernière, elle constitue une marque personnelle et distinctive. Seulement, contrairement à la signature manuscrite, la signature électronique exige l'intervention d'un tiers, qu'il soit le concepteur d'un logiciel, un gestionnaire de réseau ou encore, une entreprise se spécialisant dans la mise sur pied d'un système de signature électronique, lequel agira principalement au niveau de la génération de la signature. Autrement dit, pour pouvoir signer un document électroniquement, il faut se faire octroyer par un tiers une signature électronique personnelle, alors que la signature manuscrite est une création du signataire.

Ainsi, les systèmes de signature électronique permettent l'identification des personnes qui émettent un document ou qui manifestent une volonté et se veulent un moyen d'assurer aux tiers de l'origine d'un document. Pour atteindre ces objectifs, il faut que le système fonctionne d'une manière particulière afin d'offrir un service qui soit sécuritaire.

Plusieurs systèmes de signature électronique existent déjà et tout porte à croire que plusieurs autres seront conçus dans les prochaines années. Les auteurs Trudel, Lefebvre et Parisien en dénombraient six en 1993⁴⁷, notamment la cryptographie

⁴⁵ Pierre TRUDEL, Guy LEFEBVRE et Serge PARISIEN, *supra* note 17, p. 59 et ss.

⁴⁶ Notons toutefois que la cryptographie asymétrique ne permet pas d'identifier l'émetteur d'un document.

⁴⁷ Pierre TRUDEL, Guy LEFEBVRE et Serge PARISIEN, *supra* note 17, p. 87.

symétrique (DES), la cryptographie asymétrique (RSA) et la cryptographie asymétrique à double chiffrement, chacun de ces systèmes possédant leur propre fonctionnement, assurant un niveau de sécurité différent et présentant des caractéristiques distinctes. Depuis, d'autres systèmes se sont déjà ajoutés tel le *Digital Signature Algorithm* (DSA) adopté par la *National Institute of Standards and Technology* américain, en plus des technologies biométriques et nous en passons. Avant de terminer l'énumération des systèmes de signature électronique, soulignons seulement que le numéro d'identification personnel (NIP) utilisé dans le cadre de transactions bancaires constitue aussi une forme de signature électronique.⁴⁸

Admissibilité de la signature électronique sous l'égide du C.c.Q. – L'article 2827 *C.c.Q.* définit la signature de la manière suivante:

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

Selon certains auteurs, cette définition est suffisamment large pour inclure la signature électronique⁴⁹ et c'est aussi notre avis. Le ministre de la Justice avait d'ailleurs soulevé cette interprétation dans ses commentaires en vue de l'adoption du *C.c.Q.* en 1994.⁵⁰ Une telle signature pourrait d'ailleurs faire partie des circonstances dont le tribunal doit tenir compte lorsqu'il évalue de la fiabilité d'une inscription informatisée.⁵¹

Considérations pratiques – Avant de terminer cette brève étude de la signature électronique, il est tout à-propos d'émettre quelques observations. Dans un premier temps, malgré les nombreuses littératures qui concernent la signature électronique, à

⁴⁸ Léo DUCHARME, *supra* note 16, par. 470 et ss.; Serge PARISIEN et Pierre TRUDEL, *supra* note 17, p. 99; Pierre TRUDEL et autres, *supra* note 17, p. 19-37 et ss.; Nicole L'HEUREUX, *Droit bancaire*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 398.

⁴⁹ S. PARISIEN et P. TRUDEL, *supra* note 43, p. 32; David G. MASSE, «Le cadre juridique en droit civil québécois des transactions sur l'inforoute», (1997) 42 R.D. McGill, 403 ; Pierre TRUDEL et autres, *supra* note 17, p. 19-10 et ss.

⁵⁰ COMMENTAIRES DU MINISTRE DE LA JUSTICE, *supra* note 21, p. 1771, art. 2827 *C.c.Q.*

⁵¹ Article 2837 *C.c.Q.*

notre connaissance, peu de gens ou d'entreprises utilisent à l'heure actuelle la signature électronique que ce soit pour transiger ou pour signer des courriels. Mise à part son utilisation dans le cadre des transactions bancaires ou encore dans le cas des sites internet ou autres qui restreignent l'accès par l'obligation d'un mot de passe, l'usage de la signature électronique semble assez peu répandu. On verra davantage les entreprises négocier des contrats par courriel et au moment de signer la version finale d'un contrat se rencontrer pour une séance de signature ou encore, procéder par l'échange de documents signés via la télécopie.⁵²

Par ailleurs, s'il existe un danger de fraude par rapport à la signature électronique et que ce risque justifie que l'on accorde une importance particulière à la sécurité des transactions et à la confidentialité de la signature électronique, il ne faut pas oublier qu'un fait demeure : même la signature manuscrite, malgré tous les efforts déployés par leur auteur pour qu'elle soit inimitable, peut être copiée par quiconque entre en possession d'un document sur lequel est apposée la signature. Dès lors, il existe un potentiel de fraude.

1.3.2 *La valeur juridique des courriels sous l'égide du C.c.Q.*

Le courrier électronique ou les courriels sont de plus en plus utilisés, que ce soit dans le cadre de relations interpersonnelles ou commerciales. Par conséquent, il importe de s'y attarder car ceux-ci peuvent devenir une source importante d'information lors d'un litige. De fait, tout porte à croire que les courriels pourraient être considérés comme des écrits au sens des articles 397 et 398 *C.p.c.* et qu'une partie interrogée dans le cadre d'un interrogatoire au préalable pourrait donc être forcée de communiquer à son adversaire des courriels qui sont pertinents au litige. Dans l'affaire *Corporation de Financement Commercial Transamérique Canada c. Beaudoin*⁵³, la Cour d'appel devait se pencher sur l'interprétation du mot « écrit », ou « document » dans sa version anglaise, qui se trouve à l'article 398 *C.p.c.* :

⁵² Sur la formation des contrats par télécopie, voir notamment : Vincent GAUTRAIS, « La formation des contrats par télécopieur », (1995) 29 *Revue juridique Thémis* 377.

⁵³ *Corporation de Financement Commercial Transamérique Canada c. Beaudoin*, [1995] R.D.J. 633 (C.A.).

«Art. 398. Après production de la défense, une partie peut assigner à comparaître [...] pour y être interrogé sur tous les faits se rapportant au litige ou pour donner communication et laisser prendre copie de tout écrit se rapportant au litige.[...]»

La Cour devait décider si le terme «écrit» pouvait inclure un enregistrement audio. C'est dans ce contexte qu'elle citait la définition suivante du mot «document», prévue à la règle 447 des *Règles de Pratique de la Cour fédérale*⁵⁴ devenue depuis la règle 222 :

«[...] document includes information recorded or stored by means of any device and includes an audio recording, video recording, film, photograph, chart, graph, map, plan, survey, book of account or machine readable information. »

en ajoutant :

«Je suis d'accord avec une telle approche. La technologie évolue à un rythme fulgurant à l'ère de l'audiovisuel et de l'informatique et je ne crois pas que l'on doive stériliser les règles de procédure par une interprétation figée dans le passé.»⁵⁵

Il semble donc que la Cour d'appel ait déjà pris le virage technologique et que selon l'interprétation qu'elle fait de l'article 398 *C.p.c.*, les courriels soient inclus dans la notion d'« écrit ».

Par conséquent, c'est là le cœur de notre propos, il faut s'interroger sur l'admissibilité des courriels en preuve.

Cette question nous amène à traiter de quelques règles traditionnelles de preuve et de faire la distinction entre l'acte juridique contenu dans le courrier électronique et le fait juridique. L'admissibilité du contenu d'un courrier électronique dépendra en effet de son contenu.

⁵⁴ *Règles de la Cour fédérale*, DORS/98-106.

⁵⁵ *Corporation de Financement Commercial Transamérique Canada c. Beaudoin*, *supra* note 53, p. 637.

Acte juridique – Si le contenu d'un courrier électronique constate un acte juridique (par exemple un contrat), il nous semble qu'il n'est pas visé par l'article 2837 *C.c.Q.* En effet, nous entrevoyons mal comment un échange par courrier électronique pourrait rencontrer les conditions de l'article 2837 *C.c.Q.* discutées plus avant. Les courriels ont selon nous une valeur en preuve équivalente à de la correspondance écrite et pourraient constituer un commencement de preuve pouvant donner ouverture à la preuve d'un acte juridique par témoignage.⁵⁶

Fait juridique – L'article 2857 *C.c.Q.* prévoit que la preuve de tout fait pertinent au litige peut être faite par tout moyen. Cet article est suffisamment large pour inclure les courriels électroniques. Toutefois, la production d'un tel document doit respecter la règle interdisant la preuve par ouï-dire prévue à l'article 2843 *C.c.Q.* Ainsi, serait inadmissible le courriel relatant qu'une personne a commis un geste particulier. Il faudrait plutôt interroger la personne qui a été témoin de l'événement. Il en serait autrement pour le contenu d'un courriel dont une personne s'est servi pour faire de fausses représentations. Dans ce dernier cas, il s'agirait d'un écrit rapportant un fait visé à l'article 2832 *C.c.Q.* et il pourrait être admis en preuve à titre d'aveu contre son auteur.⁵⁷ Dans les cas où l'auteur d'un courriel relate un fait juridique, c'est le contenu du message qui détermine donc son admissibilité. Dans d'autres circonstances, un courriel pourrait être admissible en preuve à titre de déclaration, si le tribunal estime que les conditions d'admissibilité prévues aux articles 2870 ou 2871 *C.c.Q.* sont rencontrées. On peut notamment penser qu'un courriel par lequel un employé d'une entreprise, décédé au moment du procès, décrirait un procédé frauduleux de négociation, pourrait être admis en preuve aux termes de l'article 2870 *C.c.Q.* à titre de déclaration contemporaine. Aussi, un rapport d'événement, un rapport médical inscrit sur ordinateur par exemple, pourrait être admis à titre de témoignage en vertu des articles 2820 ou 2871 *C.c.Q.*

Considérations pratiques – Ainsi, le courrier électronique peut être admissible en preuve en certaines circonstances. Il est donc impératif que leurs utilisateurs fassent preuve de prudence, car le contenu des courriels pourrait être communiqué à la partie

⁵⁶ Articles 2862 à 2865 *C.c.Q.*

⁵⁷ Article 2857 *C.c.Q.*

adverse dans le cadre d'un litige et être très préjudiciable pour son auteur ou l'employeur de celui-ci. On peut facilement s'imaginer l'effet qu'aurait la production d'un courriel en contre-interrogatoire pour démontrer que le témoin a fait des déclarations antérieures incompatibles.⁵⁸

Ces considérations permettent d'ouvrir une parenthèse sur ce qui se fait aux États-Unis en matière d'administration de la preuve, où, par exemple, les tribunaux ont déjà permis à l'expert d'une partie d'aller chercher des *informations effacées* sur le disque dur de l'autre partie.⁵⁹ À notre avis, les règles québécoises de divulgation de la preuve ne permettraient pas une telle ordonnance, ce qui ne veut pas dire qu'il serait impossible de demander la divulgation de documents enregistrés sur un disque dur. Dans l'affaire *D. & G. Enviro Group inc.*⁶⁰, la Cour d'appel, dans un *obiter*, a laissé entendre qu'il serait possible d'ordonner la fouille d'un disque dur. Seulement, toute communication de document électronique devra se faire dans le respect des règles québécoises qui diffèrent à certains égards des règles de divulgation des juridictions de *common law*.⁶¹ La décision de la Cour d'appel de 1998, *Technologie Labtronix inc. c. Technologie Micro contrôle inc.*⁶², est très instructive à ce sujet.

Parmi les motifs de l'appel, les appelants contestaient une ordonnance de la Cour supérieure fondée sur l'article 2810 *C.c.Q.* par laquelle, le juge du procès, désireux de connaître la date et l'heure où un document a été modifié pour la dernière fois, a décidé d'aller lui-même au bureau de l'avocat où ledit document avait été préparé et faire

⁵⁸ Article 310 *C.p.c.*

⁵⁹ *Easley, McCaleb & Assocs. Inc. c. Perry*, No. E-2663 (Ga. Super. Ct., July 13, 1994). La portée de cette décision a été limitée à la recherche des seules informations pertinentes dans les décisions suivantes : *Strausser c. Yalamachi*, 669 So. 2d 1142 (Fla. App. 1996); *Fennell v. First Step Design*, 83 F. 3d 526 (1st Cir. 1996).

⁶⁰ Voir sur ce point : *D & G Enviro Group inc. c. Bouchard*, R.E.J.B. 2000-18862 (C.A.); cette décision a été citée dans : *Beaudoin c. Banque de développement du Canada*, R.E.J.B. 2001-23944 (C.S.).

⁶¹ Pour un exposé plus complet des règles relatives à la communication de documents, voir notamment : Jean Claude ROYER, *supra* note 10, par. 615 et ss.; Denis FERLAND et Benoît EMERY, *Précis de procédure civile du Québec*, 3^e éd. vol. 1, Cowansville, Yvon Blais, 1997, p. 49 et ss.; *C.U.M. c. Chubb du Canada, compagnie d'assurances*, R.E.J.B. 98-04956 (C.A.); *Air Canada c. Airco*, R.E.J.B. 99-14937 (C.S.); *General Footwear Co. Ltd. c. Burroughs Business Machines Ltd.*, R. & F., vol. 3, 363 (1976 – C.A.).

⁶² R.E.J.B. 1998-07742 (C.A.) [décision antérieure : J.E. 97-228 (C.S.)].

procéder, par un préposé du bureau, à l'analyse du matériel informatique. De l'avis de la Cour d'appel, cette ordonnance était *ultra vires* des pouvoirs de juge du procès et portait atteinte à la vie privée de l'avocat. Le juge Michel Proulx suggère une façon de procéder qui aurait été plus appropriée :

«S'il [le juge de première instance] s'était, dans un premier temps, limité à exposer aux parties en quoi la recherche dans l'ordinateur pouvait être utile à la manifestation de la vérité, il aurait pu, dans un deuxième temps, inviter les requérants et les défendeurs à faire connaître leur position sur cette question. De deux choses l'une, ou bien les défendeurs auraient accepté que la vérification se fasse à leurs bureaux et alors le *même effet* que celui ici recherché par le premier juge aurait été obtenu; ou encore, un refus aurait été exprimé et le juge aurait pu en tirer les inférences appropriées, à la lumière des arguments invoqués.»⁶³ [Les italiques sont de l'original.]

Ainsi, l'accès d'une partie à un document doit se faire dans le respect de la vie privée. De plus, en vertu des règles québécoises de la communication de documents, seuls les documents pertinents au litige, dont une partie a possession, peuvent être communiqués. Par conséquent, les documents effacés ou détruits, ne pourraient possiblement pas faire l'objet d'un *subpoena duces tecum* ou d'une demande d'engagement à l'occasion d'un interrogatoire préalable. On pourrait toutefois croire qu'un document effacé, mais techniquement susceptible d'être récupéré sur le disque dur d'un ordinateur, existe toujours et pourrait faire l'objet d'un *subpoena duces tecum* ou d'une demande d'engagement. Dans l'appréciation du critère de la pertinence d'un document, il faut se rappeler que la jurisprudence québécoise interdit à une partie de procéder par une recherche à l'aveuglette lorsqu'elle demande que des documents lui soient communiqués. Une demande de communication de l'ensemble des documents enregistrés sur un disque dur constituerait une « expédition de pêche », selon l'expression consacrée.⁶⁴ Enfin, c'est là la grande différence entre le système québécois d'administration de la preuve civile et celui des juridictions de *common law*, les parties à un litige régies par les règles québécoises ne sont tenues de divulguer que les documents

⁶³ *Ibid.* par. 103.

⁶⁴ Voir : *supra* note 61.

demandés par la partie adverse alors qu'en vertu des règles de *common law*, les parties sont soumises à la règle de la pleine divulgation de la preuve (« full disclosure »).⁶⁵ En Ontario par exemple, les règles 30.01 à 30.11 des *Rules of civil procedures*⁶⁶ obligent les parties au début des procédures à faire un affidavit de documents par lequel elles indiquent à l'autre partie les documents pertinents qu'elles ont en leur possession et qui peuvent être pertinents au litige.⁶⁷

Ainsi, on ne peut incorporer directement les principes jurisprudentiels développés en *common law* et pour le peu qu'on en sache, les règles relatives à la communication de documents demeurent applicables même en présence de documents électroniques. Cependant, on constate que l'obtention des courriels semble prendre une place de plus en plus importante dans les litiges aux États-Unis.⁶⁸ Il sera intéressant de suivre l'évolution du droit canadien et québécois et de la pratique devant nos tribunaux à l'égard de ces questions.

2. Analyse de la législation canadienne et internationale en matière de documents électroniques

En 1996, la CNUDCI adoptait la *Loi type O.N.U.* et fournissait du même coup un modèle de loi pour les États membres. On le sait déjà, le Canada s'est lui aussi doté d'un modèle législatif par le biais de la *Loi type du Canada*. Le Québec a suivi le mouvement en adoptant la *Loi québécoise*. Pour mieux comprendre le mouvement dans lequel s'inscrit cette nouvelle loi, il est donc utile de faire un survol des propositions faites tant par la CNUDCI que par la Conférence pour l'harmonisation.

⁶⁵ Sur la distinction entre la portée de la notion de pertinence au Québec et dans le reste du Canada, voir : Jean-Claude ROYER *supra* note 10, par. 617.

⁶⁶ R.R.O. 1990, Reg. 194.

⁶⁷ Pour une version annotée des règles de pratique de l'Ontario : Gary D. WATSON et Michael McGOWAN, *Ontario Civil Practice – 2001*, Scarborough, Carswell, 2000, p. 576 et ss. Voir aussi les règles 222 à 233 de la Cour fédérale annotées : David SGAYIAS et autres, *Federal Court Practice – 2000*, Scarborough, Carswell, 1999, p. 516 et ss.

⁶⁸ Pour s'en convaincre, on peut consulter les textes publiés dans le cadre de la conférence du Defense Research Institute : «*Electronic Discovery : Best Practices*», Chicago, The DRI Course Book Series, juin 2001.

Dans le même sens, le législateur fédéral a déjà apporté des modifications à la *Loi sur la preuve du Canada*⁶⁹, par l'adoption de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*⁷⁰, qui seront aussi abordées sommairement dans la présente partie de l'analyse.

2.1 Analyse des propositions de la CNUDCI et de la Conférence pour l'harmonisation concernant les documents électroniques

La *Loi type O.N.U.* est animée par le désir de la CNUDCI de favoriser le développement du commerce international. Or, les nouvelles technologies peuvent être d'une grande utilité dans l'atteinte de cet objectif. En effet, la rapidité des nouveaux moyens de communication permet d'accélérer le processus commercial entre deux individus à l'échelle mondiale. Seulement, pour que les informations communiquées soient pleinement efficaces, il fallait leur donner une valeur juridique universelle. Les textes légaux internationaux ne pouvant cependant être applicables directement dans les juridictions nationales, la CNUDCI a proposé aux États membres de l'O.N.U., un modèle de loi, la *Loi type O.N.U.*, dont les règles, si elles sont adoptées par les nations, permettraient l'échange efficace de documents commerciaux.

La *Loi type du Canada* vise principalement les mêmes fins que la *Loi type O.N.U.* en ce qu'elle tente d'éliminer les obstacles au commerce électronique en dressant une équivalence entre les documents établis sur support papier et les documents inscrits sur support électronique.⁷¹ Il importe de noter toutefois que la *Loi type du Canada* comporte aussi une partie relative aux communications avec le gouvernement qui établit principalement qu'il est possible de communiquer avec les gouvernements canadiens par des moyens qui font appel aux nouvelles technologies. Sauf cette distinction, les principes avancés par les deux modèles législatifs sont à peu de choses près les mêmes et c'est pourquoi ils seront étudiés simultanément.

⁶⁹ L.R. 1985, ch. C-5 [ci-après «*Loi sur la preuve*»].

⁷⁰ *Supra* note 6.

⁷¹ Pour une analyse de la *Loi type du Canada*, on peut lire le texte de John D. Gregory publié dans la revue juridique informatique *Lex Electronica* : John D. GREGORY, « The Uniform Electronic Commerce Act », vol. 6, no 1, *Lex Electronica*, printemps 2000 (www.lex-electronica.org/articles/v6-1/gregory.htm).

Pour atteindre l'objectif visé, les deux lois types, dans un premier temps, éliminent toute distinction entre l'information incluse dans un « message de données »⁷² ou un « document électronique »⁷³ et celle transmise sous forme écrite sur support papier. Ainsi, un document électronique a la même valeur juridique qu'un document écrit si l'information incorporée dans un tel document peut être lue ultérieurement.⁷⁴ Toutefois, alors que l'article 6 de la *Loi type O.N.U.* ne faisait que suggérer que certains écrits ne puissent être établis sous forme électronique, la *Loi type du Canada*, à son article 2, propose que les testaments et leurs codicilles, les fiducies créées par testament ou par un codicille, une procuration visant les questions financières et caritatives d'individus ainsi que les opérations immobilières et droits réels immobiliers ne puissent être assujettis à la règle générale de l'équivalence des supports de documents. La Conférence pour l'harmonisation explique que l'exclusion de ces opérations juridiques ne « signifie pas que ces documents ne devraient pas être créés sous forme électronique. [Elle] indique plutôt que [ces opérations juridiques] nécessitent des règles plus précises ou de plus grandes précautions pour leurs utilisateurs que les règles et précautions énoncées dans une loi générale comme la loi uniforme [*Loi type du Canada*]. »⁷⁵

De plus, les textes proposés accordent à la signature électronique la même valeur qu'une signature manuscrite si le système de signature électronique utilisé permet l'identification du signataire et si sa fiabilité est suffisante⁷⁶. Pour encadrer davantage le fonctionnement de la signature électronique et surtout, pour assurer le respect de certains standards de fiabilité, mentionnons que la CNUDCI a adopté, le 5 juillet 2001, une *Loi*

⁷² Article 2 a) de la *Loi type O.N.U.* : « Le terme « message de données » désigne l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie. »

⁷³ Article 1 a) de la *Loi type du Canada* : « électronique : créé, enregistré ou mis en mémoire sous forme numérique ou par des moyens électroniques, magnétiques ou optiques ou par d'autres moyens capables de créer, d'enregistrer ou de mettre en mémoire de façon similaire à ceux-ci. »

⁷⁴ Articles 5 et 6 de la *Loi type O.N.U.*; article 5 de la *Loi type Canada*.

⁷⁵ Cette citation est tirée d'une version annotée de la *Loi type du Canada* publiée par la Conférence pour l'harmonisation sur leur site Internet, dont l'adresse est la suivante : <http://www.law.ualberta.ca/alri/ulc/current/fueca99a.htm>.

⁷⁶ Article 7 de la *Loi type O.N.U.*

*type sur les signatures électroniques.*⁷⁷ De par cette loi, la CNUDCI propose une série de critères généraux qui doivent être rencontrés pour qu'une méthode de signature électronique soit considérée fiable. De plus, elle établit la norme de conduite qui doit être adoptée par les signataires, par les prestataires de services de certification et par la partie qui se fie à la signature pour qu'un système soit utilisé d'une façon sécuritaire.

Enfin, la Conférence pour l'harmonisation et la CNUDCI, établissent que des documents peuvent être reproduits ou conservés sur support électronique sans que cela n'affecte leur valeur juridique à condition, bien entendu, que la reproduction ou que la méthode de conservation soit fiable et qu'elle permette l'accès aux documents ainsi reproduits ou conservés.⁷⁸

Par ailleurs, à l'article 6, la Conférence pour l'harmonisation propose que personne ne soit obligé d'utiliser ou d'accepter de l'information conservée sous forme électronique. Il s'agit d'une proposition de la Conférence pour l'harmonisation qui ne se retrouve pas dans le document produit par la CNUDCI, mais qui, à notre sens, devrait être reprise par les lois canadiennes. Cette disposition assure le respect des personnes, encore nombreuses, qui ne sont pas encore à l'aise avec les nouvelles technologies ou qui n'y ont pas accès.

En somme, la *Loi type O.N.U.* et la *Loi type du Canada* proposent que les messages de données aient la même valeur juridique que les documents traditionnels en établissant des critères d'admissibilité tournant autour de quatre axes : fiabilité, intégrité, sécurité et intelligibilité. Ces critères généraux sont assez précis pour guider les juristes, mais assez larges pour suivre l'évolution rapide des nouvelles technologies.

L'intégration des principes de la *Loi type O.N.U.* dans les juridictions nationales se fait à bon rythme. Singapour a été le premier État à adopter une loi fondée principalement sur ce modèle législatif.⁷⁹ Les États-Unis ont récemment adopté la

⁷⁷ *Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques*, Comité des Nations Unies sur le droit commercial international, 5 juillet 2001.

⁷⁸ Article 8 de la *Loi type O.N.U.*; articles 7 à 9, 11 et 12 de la *Loi type du Canada*.

⁷⁹ Le texte de la loi singapourienne a été publiée sur Internet : www4.gov.sg/cca/eta

*Electronic Signatures in Global and National Commerce Act*⁸⁰ qui reprend les principes d'admissibilité des documents électroniques. En Europe, le mouvement est aussi enclenché⁸¹. Le Canada a lui aussi été actif dans ce domaine et ce tant au niveau fédéral que provincial.⁸² Il importe maintenant de voir les modifications ou les ajouts apportés par le législateur fédéral à la *Loi sur la preuve*. Mais tout d'abord, comparons brièvement les dispositions actuelles du *C.c.Q.* aux règles proposées par la CNUDCI et la Conférence pour l'harmonisation afin de voir si le *C.c.Q.*, dans sa forme actuelle, répond efficacement aux impératifs du droit commercial moderne tel qu'identifié par les deux organismes.

2.2 Les dispositions du *C.c.Q.* en matière d'inscriptions informatisées et de reproduction de documents et les nouvelles règles uniformes régissant les documents électroniques : une analyse comparative

L'analyse des dispositions 2837 à 2842 *C.c.Q.* effectuée en première partie ne serait pas complète sans que ces articles adoptés en 1991 soient comparés aux textes législatifs élaborés par la CNUDCI et la Conférence pour l'harmonisation.

D'entrée de jeu, il est raisonnable de soutenir que le législateur avait été clairvoyant lors de la rédaction des articles 2837 à 2842 *C.c.Q.* Dans un premier temps, la reconnaissance, aux articles 2837 *C.c.Q.* et suivants, de la validité juridique des actes juridiques constatés par documents électroniques est un élément essentiel de la réforme souhaitée par la CNUDCI. Cependant, pour des raisons légitimes, le législateur a amenuisé l'équivalence entre les inscriptions informatisées et les autres écrits contenant un acte juridique en permettant à l'article 2839 *C.c.Q.* la contestation de l'authenticité des premières par tous moyens alors que les façons de contester les deuxièmes sont plus limitées. Quant à l'impossibilité d'établir un acte notarié autrement que sur papier, il

⁸⁰ S. 761, 106^e Congrès, 2^e Session, 24 janvier 2000.

⁸¹ Sur les réformes européennes, on peut lire les textes de maître Valérie Sédaillan, avocate à la Cour de Paris, et de maître Michel Jaccard, avocat helvétique, qui ont été publiés dans la revue juridique électronique *Juriscom.net* : Valérie SÉDAILLAN, « Commerce électronique : les réformes européennes », 12 juin 1999, dans *Juriscom.net* (www.juriscom.net/pro/1/ce19990612/htm); Michel JACCARD, « Deux nouveaux projets législatifs suisses sur la signature et le commerce électronique », 14 juillet 2001, dans *Juriscom.net* (www.juriscom.net/pro/2/ce20010714.htm).

⁸² *Supra* note 6 et 7.

s'agit évidemment d'une incompatibilité avec les visées des modèles de loi, mais qui à la lecture des exclusions à l'application de la *Loi type du Canada*, semble justifiée par des impératifs de sécurité des documents et de stabilité des actes juridiques qu'ils constatent.

De plus, le *C.c.Q.* se conforme au principe de l'équivalence des moyens de conservation de l'information en ce qu'il permet que les documents électroniques rapportant un fait juridique soient admis en preuve.

En ce qui a trait à la signature électronique, elle est, selon toute vraisemblance, incluse dans la définition de la *signature* que l'on retrouve à l'article 2827 *C.c.Q.*.

Au chapitre de la reproduction de documents, les exigences contenues aux articles 2840 à 2842 *C.c.Q.* sont semblables et compatibles avec celles contenues à l'article 10 de la *Loi type du Canada* et celles de l'article 8 de la *Loi type O.N.U.* Les trois documents législatifs exigent en effet tous que la reproduction soit fidèle à l'original et que sa fiabilité soit démontrée.

En somme, les modifications à apporter aux dispositions du *C.c.Q.* en matière d'admissibilité en preuve des documents informatiques pour les rendre parfaitement compatibles avec les modèles de lois fournis par la CNUDCI et la Conférence pour l'harmonisation sont peu nombreuses et leur importance plutôt minime. D'abondant, on peut raisonnablement penser que l'interprétation judiciaire de ces dispositions aurait pu, dans une certaine mesure, adapter ces dispositions aux nouveaux besoins. Il ne faut pas oublier que les textes législatifs de tradition civiliste sont écrits d'une manière relativement large pour permettre aux interprètes de ces textes de les faire évoluer au fil des nouvelles réalités et d'en combler les lacunes. Malgré le peu de changements législatifs à effectuer et la possibilité de laisser aux tribunaux le soin d'interpréter les dispositions du *C.c.Q.* de façon à répondre aux besoins du commerce électronique, le législateur québécois a préféré adopter la *Loi québécoise*.

2.3 La valeur juridique des documents électroniques sous l'égide de la *Loi sur la preuve au Canada*

L'impact des règles contenues dans la *Loi sur la preuve* au Québec est somme toute limité en matière civile, celles-ci ne s'appliquant qu'aux affaires relevant de la compétence du Parlement du Canada. Néanmoins, ne serait-ce que pour des fins de comparaison avec les règles du *C.c.Q.* ou de la *Loi québécoise* dont l'étude sera entreprise sous peu, il est utile d'examiner les dispositions de la *Loi sur la preuve* qui régissent l'introduction en preuve de documents électroniques.

Art. 29 de la Loi sur la preuve – Tout d'abord, l'article 29 crée une présomption de fiabilité et d'exactitude pour les registres des institutions financières. Cette présomption s'applique si le document est un livre ou un registre ordinaire de l'institution financière. On doit également démontrer que l'inscription dont on veut obtenir la production a été faite dans le cours normal des affaires de l'institution. Autre condition, le document doit être sous le contrôle de l'institution financière. Enfin, on exige que la copie soit conforme à l'original. Cette disposition a été interprétée comme permettant la production de registres d'institutions financières tenus sur ordinateur.⁸³

Art. 30 de la Loi sur la preuve –À l'instar de l'article 29, l'article 30 crée également une présomption d'exactitude d'un document informatisé, mais cette fois en faveur de documents commerciaux. Cette présomption s'applique aux documents préparés dans le cours ordinaire des affaires et peut faire preuve de son contenu à condition que les faits rapportés dans les documents puissent être prouvés à l'aide du témoignage. L'alinéa 10 de l'article exclut toutefois certains types de documents, dont ceux préparés en vue d'une enquête ou d'une procédure judiciaire. Comme pour

⁸³ *R. c. Best* (1978) 43 C.C.C. (2d) 336 (C.A.C.B.); *R. c. Mullen*, (1979) 47 C.C.C. (2d) 499 (C.A. Ont.); *R. c. Bell*, (1982) 35 O.R. (2d) 164 (C.A. Ont.). Ces décisions sont citées par Francine Champigny : Francine CHAMPIGNY, Informatique et preuve en droit civil québécois, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1988, p. 37; et par Serge Parisien et Pierre Trudel : Serge PARISIEN et Pierre TRUDEL, *supra* note 44, p. 23.

l'article 29, on a jugé que l'article 30 visait, par son alinéa 4, les documents provenant d'un ordinateur.⁸⁴

Ces deux présomptions ne sont pas sans rappeler celle prévue à l'article 2838 *C.c.Q.* en matière d'inscription informatisée.

Art. 31.1 et ss. de la Loi sur la preuve – Ces articles ont été ajoutés suite à l'entrée en vigueur de la partie III de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*.⁸⁵

Ces articles utilisent le vocable « document électronique »⁸⁶ pour désigner une information conservée par un moyen électronique. Cette notion vise toute information sans exception, sauf dans la mesure prévue par une autre disposition législative ou toute autre norme applicable, y compris l'usage.⁸⁷

L'article 31.1 prévoit qu'il incombe à la personne qui veut mettre en preuve un document électronique de démontrer que ce document est authentique.

Dans le cas d'une reproduction d'un document sur support informatique, l'article 31.2 (1) a) ajoute qu'il est nécessaire de faire la preuve de la fiabilité d'un système d'archivage pour qu'un document électronique satisfasse à la règle de la meilleure preuve. Le second alinéa de cet article atténue la portée de cette exigence en précisant que le document électronique satisfait à la règle de la meilleure preuve, en l'absence de preuve contraire, si le document imprimé paraît avoir été utilisé comme un document représentant l'information emmagasinée en mémoire.

⁸⁴ *R. c. Vanlerberghe*, (1979) 6 C.R. (3d) 222 (C.A.C.B.); *R. c. Sanghi*, (1971) 6 C.C.C. 123 (C.A.N.E.); *R. c. Mullen*, *supra* note 83. Ces décisions sont citées par : F. CHAMPIGNY, *supra* note 83, p. 36.

⁸⁵ *Supra* note 6.

⁸⁶ Article 31.8 de la *Loi sur la preuve* : « document électronique : ensemble de données enregistrées ou mises en mémoire sur quelque support que ce soit par un système informatique ou un dispositif semblable et qui peuvent être lues ou perçues par une personne ou par un tel système ou dispositif. Sont également visés tout affichage ou toute sortie imprimée ou autre de ces données. »

⁸⁷ Article 31.5 de la *Loi sur la preuve*.

L'article 31.3 modifie également l'article 31.2 (1) a) en édictant que le système d'archivage est présumé fiable dans trois circonstances : (i) si l'intégrité du document n'a pas été compromise par le système d'archivage, (ii) si le document électronique a été enregistré par la partie adverse et enfin, (iii) si le document électronique a été « mis en mémoire par une personne dans le cours ordinaire des affaires qui n'est pas partie à l'instance » et qui n'agissait pas sous l'autorité de la partie demandant son admission en preuve.

Qui plus est, en vertu de l'article 31.4 de la *Loi sur la preuve*, le gouverneur en conseil peut adopter des règlements « établissant des présomptions relativement aux documents électroniques portant une signature électronique sécurisée ».⁸⁸ Le cas échéant, l'article 31.2 (1) b) de la *Loi sur la preuve* prévoit qu'un document visé par une telle présomption satisfait à la règle de la meilleure preuve.

L'obligation de faire la preuve de la fiabilité d'un système d'archivage électronique n'est donc pas aussi intense qu'elle y paraît à première vue. Lorsque cette preuve doit être faite malgré tout, l'article 31.5 permet que l'on mette en preuve les usages ou normes généralement utilisés dans le milieu pour mettre en mémoire certains types d'information sous forme électronique afin de démontrer l'authenticité du document.

En somme, en ce qui concerne les matières de compétence fédérale, les documents électroniques, qu'ils rapportent un fait juridique ou qu'ils constatent un acte juridique (la définition de document électronique ne faisant aucune distinction⁸⁹), tout comme les documents archivés sur support informatique sont admissibles en preuve. L'authenticité des documents électroniques doit être prouvée. Pour satisfaire à la règle de

⁸⁸ L'article 31.8 de la *Loi sur la preuve* définit les signatures électroniques sécurisées par un renvoi à l'article 31 (1) de la *Loi fédérale sur la protection des renseignements personnels*. Cette disposition définit la signature électronique de la manière suivante : « signature électronique : signature constituée d'une ou de plusieurs lettres, ou d'un ou plusieurs caractères, nombres ou autres symboles sous forme numérique incorporée jointe ou associée à un document électronique. » Les signatures électroniques sécurisées sont des signatures électroniques qui résultent de l'application de toute technologie ou de tout procédé prévu par règlement du gouvernement.

⁸⁹ *Supra* note 86.

la meilleure preuve, un document archivé doit provenir d'un système d'archivage qui a été démontré ou présumé fiable. Par ailleurs, il faut se rappeler que le législateur fédéral a établi des présomptions d'authenticité pour les documents émanant des institutions financières ou des entreprises commerciales.

3. **L'introduction en preuve d'information contenue sur support informatique sous l'égide de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information**

Tel que mentionné précédemment, la *Loi québécoise*, sanctionnée le 21 juin 2001, modifiera d'une façon importante le droit en vigueur. En effet, l'analyse des dispositions du *C.c.Q.* accomplie en première partie ne pourrait bientôt plus servir qu'à faire l'historique législatif des nouvelles règles de droit puisque ces dispositions seront toutes remplacées dès l'entrée en vigueur de la nouvelle loi⁹⁰, le cas échéant. Il faut donc procéder à l'examen de ces nouveaux articles 2837 à 2842 *C.c.Q.* et des dispositions de la *Loi québécoise* qui les complètent et afin d'être en mesure d'introduire en preuve l'information contenue sur support informatique dès l'entrée en vigueur de la loi nouvelle.

Pour ce faire, il ne suffit pas cependant de parcourir les dispositions du *C.c.Q.* telles que modifiées par la *Loi québécoise* et d'en interpréter le contenu. La nouveauté du régime et sa particularité sont telles, qu'il est essentiel, dans un *premier temps*, d'en examiner le fonctionnement général et l'objet qu'il vise à accomplir. La notion de document, au cœur de la *Loi québécoise*, mérite, dans un *deuxième temps*, d'être définie. Cette démarche accomplie, nous serons plus à même d'analyser, dans un *troisième temps*, l'effet des modifications sur le droit en vigueur et de déterminer la valeur juridique des documents électroniques au lendemain de l'entrée en vigueur de la *Loi québécoise*. Dans un *quatrième temps*, nous appliquerons, comme nous l'avons fait en première partie, les nouvelles dispositions aux cas de la signature électronique (dorénavant définie et encadrée par la *Loi québécoise*) et des courriers électroniques.

⁹⁰ Article 78 de la *Loi québécoise*.

3.1 Le fonctionnement général de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* et son objet

L'étude du fonctionnement général et de l'objet de la nouvelle loi passe nécessairement par un questionnement sur l'intention du législateur à la lumière des démarches faites par la CNUDCI et la Conférence pour l'harmonisation. Tel que mentionné, ces deux organismes ont fourni aux législateurs nationaux, du monde entier ou du Canada selon le cas, des modèles de lois en matière de documents électroniques dans le but de faciliter le commerce international quand il passe par l'échange d'information contenue sur support informatique. Or, même si le législateur québécois prétend, aux premiers articles de la loi, vouloir accomplir les mêmes objectifs, les moyens pris pour atteindre ceux-ci ne traduisent peut-être pas parfaitement cette volonté et pourraient même aller à l'encontre de ces objectifs en raison de la complexité de certaines dispositions de la *Loi québécoise*.⁹¹

À l'article premier de la *Loi québécoise*, le législateur décrit l'objet de la loi :

«Art. 1. La présente loi a pour objet d'assurer :

1° la sécurité juridique des communications effectuées par les personnes, les associations, les sociétés ou l'État au moyen de documents quels qu'en soient les supports ;

2° 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 électroniques, magnétiques, optiques, sans fil ou autres ou faisant appel à une combinaison de technologies ;

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 ;

4° le lien entre une personne, une association, une société ou l'État et un document technologique, par tout moyen qui

⁹¹ Pour une critique générale de la première version de la *Loi québécoise, Loi sur la normalisation juridique des nouvelles technologies de l'information*, avant-projet de loi, 1^{ère} session, 36^e législature (ci-après « Avant-projet de loi »), voir : BARREAU DU QUÉBEC, *supra* note 3, p. 20.

permet de les relier, dont la signature, ou qui permet de les identifier et, au besoin, de les localiser, dont la certification ;

5° la concertation en vue de l'harmonisation des systèmes, des normes et des standards techniques permettant la communication au moyen de documents technologiques et l'interopérabilité des supports et des technologies de l'information. » [Nos soulignements]

À la lecture de cette disposition, il est raisonnable de penser que la *Loi québécoise*, quant à son objet du moins, ressemble aux deux modèles de loi déjà analysés. D'abondant, l'article 2 énonce ce qui suit :

« Art. 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.» [Nos soulignements]

Le législateur détermine donc le principe moteur de la loi : l'interchangeabilité des supports technologiques et l'équivalence de l'écrit et des supports informatiques. Encore une fois, il s'agit d'un principe soutenu par les deux lois types. Cependant, c'est au niveau des principes que s'arrête la ressemblance entre les trois textes de loi.

D'une part, le style utilisé pour rédiger le texte de la *Loi québécoise* en lui-même diffère de celui employé lors de la rédaction de la *Loi type O.N.U.* et de la *Loi type du Canada* et même de celui qui sert habituellement dans l'élaboration des textes législatifs de tradition civiliste, et ce, à deux niveaux. Premièrement, le législateur québécois, au lieu de référer aux termes déjà définis par les lois types ou connus du droit civil québécois, a créé un vocabulaire entièrement nouveau ou presque. Les nouvelles règles se fondent sur des termes tels que « document », « document technologique », « support », « cycle de vie d'un document », « document source » et bien d'autres encore qui ne sont jamais très bien définis, ce qui aura pour effet de laisser les juristes et les justiciables dans l'incertitude quant à la portée de ces nouvelles dispositions.

Deuxièmement, plutôt que d'élaborer des règles générales qui permettent à la législation de suivre l'évolution des nouvelles technologies, le législateur encadre l'utilisation des nouvelles technologies selon une approche très interventionniste qui pourrait constituer un frein à l'efficacité économique. L'encadrement de la signature électronique par la mise sur pied d'un système de surveillance étatique est un exemple de l'interventionnisme québécois.

D'autre part, il existera, lors de l'entrée en vigueur de la *Loi québécoise*, deux sources législatives encadrant l'admissibilité et la validité juridique des documents électroniques. Les nouveaux articles 2837 à 2842 *C.c.Q.* et les autres modifications apportées au *C.c.Q.* par la *Loi québécoise* constitueront une de ces sources. D'autres règles de preuve se trouveront par ailleurs dans la *Loi québécoise* elle-même, à l'extérieur du *C.c.Q.*

Il y aura donc dualité de régime de preuve, sans pour autant, que l'on puisse savoir lequel prédomine sur l'autre, le législateur ayant omis de le préciser et l'interdépendance des régimes ne permettant pas de le dire. Cependant, le problème de la prédominance des lois est en partie réglé par le fait que le contenu des nouvelles dispositions du *C.c.Q.* reprend généralement les principes élaborés dans la *Loi québécoise*. En fait, lorsque les nouvelles dispositions du *C.c.Q.* ne renvoient pas directement à la *Loi québécoise*, le *C.c.Q.* réitère habituellement les règles qui y sont établies. Malgré l'absence de conflit de lois, il importe de décider quelle sera la source législative qui servira de référence en matière de règle de preuve. À notre avis, les dispositions du *C.c.Q.* continueront d'être la source première des règles de preuve, quitte à ce qu'elles soient complétées par les dispositions de la *Loi québécoise*. Les dispositions préliminaires du *C.c.Q.* indiquent d'ailleurs que le *C.c.Q.* constitue la loi fondamentale dans les matières qu'il traite. De plus, bien que la méthode de rédaction législative par renvoi puisse être source d'interprétations multiples, il faut se rappeler que les nouvelles dispositions du *C.c.Q.* visent le même objectif que les deux modèles de loi étudiés précédemment. Ainsi, il faut se laisser guider par la volonté du législateur de rendre équivalent tout document ou toute information peu importe le support utilisé pour conserver cette information. C'est de cette façon que les juristes québécois et les

justiciables pourront réussir à surmonter les difficultés d'interprétation présentées par les nouvelles dispositions du *C.c.Q.* et à travailler avec les règles de preuve qui seront applicables aux documents électroniques. Il ne faut toutefois pas croire que l'utilisation d'une telle méthode d'interprétation permet d'enrayer complètement l'incertitude entraînée par l'adoption de la *Loi québécoise*, car plusieurs de ces articles sont complexes, techniques et ambigus.

Il est à prévoir que la *Loi québécoise* entrera bientôt en vigueur et dès lors, la recevabilité en preuve de documents électroniques dépendra des critères définis aux nouveaux articles du *C.c.Q.* et à la nouvelle loi. Il importe donc d'analyser ces modifications et de comprendre, autant que cela puisse se faire, comment introduire en preuve l'information contenue sur support informatique sous l'égide du nouveau régime.

3.2 La notion de « document » au sens de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*

La notion de « document » est au centre de la *Loi québécoise* qui la définit de la manière suivante :

« *Art. 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 au moyen de tout mode d'écriture, y compris d'un système de symboles transcritibles 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° de l'article 1 sont qualifiés dans la présente loi de documents technologiques. »

Cette définition du terme document est très large⁹² et permet d'englober toute communication écrite, sonore ou visuelle, qui a été figée d'une manière logique par un moyen traditionnel ou issu des nouvelles technologiques. L'article 71 de la *Loi québécoise* illustre bien cette nouvelle réalité lorsqu'il édicte que la notion de document «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, [...], certificat, [...] chèque, constat d'infraction, décret, [...] écrit, [...] enregistrement sonore, magnétoscopique ou informatisé, facture, [...] manuscrit [...]. »

S'agissant d'un document électronique, donc d'un document établi sur un support faisant appel aux nouvelles technologies, le document peut être fragmenté ou être composé de plusieurs autres documents.⁹³

3.3 Des nouvelles règles d'admissibilité des Écrits

3.3.1 *L'objet des nouvelles dispositions 2837 à 2840 C.c.Q.*

La *Loi québécoise* remplace la présente section des Inscriptions informatisées par une nouvelle section qui a pour titre : « Des supports de l'écrit et de la neutralité technologique. » Les nouvelles dispositions du *C.c.Q.*, contrairement aux anciennes, ne définissent pas un nouveau type d'écrit, mais établissent plutôt des règles concernant l'admissibilité en preuve et la validité juridique des documents contenant des copies de lois, des actes authentiques, des actes semi-authentiques, des actes sous seing privé et des autres écrits lorsque ces documents « font appel à des technologies de l'information ». C'est là du moins notre interprétation du terme « écrit » que l'on retrouve à la nouvelle version de l'article 2837 *C.c.Q.* qui se lit comme suit :

« Art. 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

⁹² Le Barreau du Québec critique d'ailleurs cette définition : Barreau du Québec, *supra* note 3, p. 20.

⁹³ Article 4 de la *Loi québécoise*.

au sens de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information. » [Nos soulignements]

Selon nous, il est clair que le terme « écrit » que l'on retrouve au nouvel article 2837 *C.c.Q.* vise les écrits définis aux articles 2812 à 2836 *C.c.Q.* (ci-après «Écrits»).

Par ailleurs, l'équivalence des supports sur lesquels pourront être établis des Écrits nous fait dire que, dorénavant, un Écrit n'aura pas nécessairement la forme à laquelle nous sommes habitués. En effet, un Écrit pourrait être constitué verbalement ou visuellement, à condition de respecter les autres critères de formation de ces documents. Dorénavant, il serait légalement et hypothétiquement possible d'établir un acte sous seing privé sur un support visuel ou sonore à condition de signer l'acte juridique en la manière prévue à la *Loi québécoise*,⁹⁴ notamment par la signature électronique ou par des mesures biométriques⁹⁵ tels que les points de la rétine ou la reconnaissance vocale. Il reste à voir dans quelle mesure les justiciables utiliseront cette opportunité législative et comment le développement des technologies permettra de constituer des Écrits technologiques conformes aux articles 2812 à 2836 *C.c.Q.*

3.3.2 *La valeur juridique des Écrits lorsqu'ils sont établis sur un support faisant appel aux technologies de l'information sous le nouveau régime de preuve*

L'interchangeabilité des supports – Le nouvel article 2837 *C.c.Q.* introduit le principe de l'interchangeabilité des supports sur lesquels sont inscrits les Écrits au *C.c.Q.* appliquant à ces documents particuliers les principes développés aux articles 2 et 5 de la *Loi québécoise*. L'Écrit conserve donc la même valeur juridique qu'il soit établi sur un support traditionnel ou faisant appel aux nouvelles technologies. Autrement dit, peu importe qu'un Écrit soit constaté sur support papier ou autre, sa force probante sera évaluée de la même façon et les moyens d'en contester la validité seront les mêmes.

Il existe cependant des limites à l'interchangeabilité des supports, des critères d'admissibilité en preuve des Écrits établis par support faisant appel à des nouvelles technologies. Certaines de ces limites sont communes à tous les Écrits et d'autres ne

⁹⁴ Articles 38 et ss. de la *Loi québécoise*.

⁹⁵ Articles 43 à 45 de la *Loi québécoise*.

concernent que les copies de loi, les actes authentiques et semi-authentiques et les actes sous seing privé.

3.3.2.1 *Les critères généraux d'admissibilité des documents électroniques contenant un Écrit*

Il existe deux critères d'admissibilité en preuve des documents technologiques qui supportent un Écrit quel qu'il soit et qui restreignent d'autant la généralité du principe de l'interchangeabilité des supports. Le premier se retrouve à l'article même qui érige ce principe en règle de droit. Le deuxième critère d'admissibilité d'un Écrit porté sur un support faisant appel aux technologies de l'information est fonction de la définition d'« original » d'un document technologique aux termes de l'article 12 de la *Loi québécoise*.

Limite imposée par l'article 2837 C.c.Q. – Premièrement, lorsque la loi exige spécifiquement l'« emploi d'un support ou d'une technologie spécifique », il est nécessaire, aux termes de l'article 2837 *C.c.Q.*, de se conformer à cette exigence. Par exemple, on ne pourrait signifier une déclaration directement à une partie autrement que sur support papier, et ce, notamment, en raison de l'obligation de remettre copie de la déclaration en main propre ou d'en laisser copie à son domicile.⁹⁶ Qui plus est, l'article 144 *C.p.c.* demande à celui qui effectue la signification d'en dresser le procès-verbal « au verso de l'original de l'acte signifié ou sur une feuille qui y est jointe. » Par ailleurs, un acte notarié ne saurait être conclu sur un autre support que le papier, puisqu'il s'agit là d'une exigence de la *Loi sur le notariat*.⁹⁷

L'original d'un document électronique comme meilleure preuve – La règle de meilleure preuve édicte que « [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 en tiennent légalement lieu. »⁹⁸ Afin d'adapter cette règle à la réalité des documents technologiques,

⁹⁶ Article 123 *C.p.c.*

⁹⁷ *Supra* note 30.

⁹⁸ Article 2860 *C.c.Q.*

le législateur, par le biais de l'article 80 de la *Loi québécoise*, ajoute à l'article 2860 *C.c.Q.*, le paragraphe suivant :

« 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. »

L'article 12 de la *Loi québécoise* prévoit qu'un « document technologique peut *remplir* les fonctions d'un original ».

Pour ce faire, l'intégrité du document technologique doit *d'une part*, être assurée. C'est à l'article 6 de la *Loi québécoise* que l'on définit la notion d'intégrité d'un document :

« *Art. 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.

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. »

Ces critères relatifs à l'intégrité d'un document ne sont pas sans rappeler les exigences de fiabilité des inscriptions informatisées. À notre sens, la notion d'intégrité vise davantage les moyens techniques utilisés pour conserver le document que le contenu informationnel de celui-ci. Autrement dit, pour qu'un document technologique soit admissible en preuve, il faudra démontrer que le support faisant appel aux nouvelles technologies permet de conserver l'information contenue dans le document de façon intégrale. Ainsi, un document technologique pourrait être intègre sans pour autant faire preuve de la véracité du contenu du document.

L'article 7 de la *Loi québécoise* aménage une présomption d'intégrité des documents technologiques qui renverse le fardeau de la preuve en matière d'intégrité d'un document. C'est celui qui conteste l'admission du document en preuve qui doit, par prépondérance de preuve, établir qu'il y a eu atteinte à son intégrité.

D'autre part, lorsque le document remplit des fonctions particulières d'original, il doit rencontrer d'autres critères pour être considéré ainsi et valoir à titre de meilleure preuve.

Premièrement, s'il constitue la source première d'une reproduction, les composantes du document doivent être conservées.⁹⁹ Notons toutefois qu'en cas de perte des composantes, la reproduction si elle a été faite conformément aux nouveaux articles 2841 et 2842 *C.c.Q.*, pourrait aussi être admise à titre de meilleure preuve en tant que copie qui tient lieu d'original.¹⁰⁰

Deuxièmement, si le document électronique présente un caractère unique, les composantes du document ou de son support doivent permettre d'affirmer ce caractère.¹⁰¹ À notre avis, cette deuxième possibilité énumérée à l'article 12 de la *Loi québécoise*, quant aux fonctions d'original qu'un document peut remplir, pourrait viser un certificat d'actions émis sous forme électronique ou encore reproduit sur un support qui fait appel aux nouvelles technologies.

Enfin, si le document est la forme première d'un document relié à une personne, les composantes du document ou de son support doivent permettre d'affirmer le caractère unique du document, d'identifier la personne et maintenir le lien entre la personne et ledit document pour la durée du cycle de vie du document.¹⁰² Dans le cas où un document original est un contrat signé électroniquement et conclu directement par le biais de l'inforoute, il faudrait, à notre avis, respecter les conditions prescrites au dernier alinéa de l'article 12 de la *Loi québécoise*.

⁹⁹ Articles 12 al. 1 (1) de la *Loi québécoise*.

¹⁰⁰ Article 2860 *C.c.Q.* tel que modifié par la *Loi québécoise*.

¹⁰¹ Article 12 al.1 (2) de la *Loi québécoise*.

¹⁰² Article 12 al.1 (3) de la *Loi québécoise*.

3.3.2.2 *Les critères d'admissibilité concernant les copies de loi, d'actes authentiques et semi-authentiques et d'actes sous seing privé seulement*

L'article 2838 *C.c.Q.* tel que modifié par la *Loi québécoise* prévoit des conditions d'admissibilité des documents technologiques qui ne s'appliquent qu'aux copies de loi, d'actes authentiques et semi-authentiques et d'actes sous seing privé.

Le respect des autres exigences de la loi – Premièrement, le futur article 2838 *C.c.Q.* stipule que la validité juridique des copies de loi, d'actes authentiques et semi-authentiques et d'actes sous seing privé établis par des documents technologiques dépend du fait que ces documents remplissent ou non les autres « exigences de la loi ». À notre avis, les exigences dont il est ici question sont celles qui ont trait aux conditions de formes propres à chacun de ces Écrits. C'est l'absence des « autres écrits » à la liste des Écrits dressée par cette nouvelle disposition qui fonde notre raisonnement. En effet, une des principales différences entre les « autres écrits » et les Écrits visés par le nouvel article 2838 *C.c.Q.*, est que la validité des premiers n'est aucunement reliée à l'accomplissement de formalités alors que celle des derniers en dépend.

Les copies de loi doivent être attestées par un officier public compétent ou publiées par un éditeur autorisé qui apposent sur celles-ci leur signature ou leur sceau.¹⁰³ Sous le nouveau régime de preuve, la signature électronique est clairement reconnue comme un moyen légal de signer un document.¹⁰⁴ Qui plus est, l'article 13 de la *Loi* québécoise permet de remplacer un sceau traditionnel par un procédé technologique présentant les mêmes caractéristiques. Ainsi, dans l'éventualité où les officiers publics et les éditeurs autorisés se doteraient d'une signature électronique valable ou d'un procédé semblable, il ne fait aucun doute que les copies de loi contenue dans un document technologique dûment signé ou marqué d'un sceau électronique seraient admissibles en preuve aux termes de l'article 2838 *C.c.Q.*, sous réserve de remplir les autres conditions.

Les actes authentiques sont ceux qui ont été « reçu[s] ou attesté[s] par un officier public compétent selon les lois du Québec ou du Canada, avec les formalités requises par

¹⁰³ Article 2812 du *C.c.Q.*

¹⁰⁴ Article 38 et ss. et 75 [disposition transitoire] de la *Loi québécoise*. Voir aussi : *Infra*, p. 55 et ss.

la loi. »¹⁰⁵ Les remarques faites plus haut quant à l'admissibilité des copies de loi sous le nouveau régime s'appliquent aux actes authentiques en faisant les adaptations nécessaires, sauf en ce qui a trait aux actes notariés puisque la *Loi sur le notariat*¹⁰⁶ stipule qu'ils doivent être reçus sur du papier.¹⁰⁷

Les articles 2822 et 2823 *C.c.Q.* déterminent qu'un acte qui « émane apparemment d'un officier public étranger compétent », qu'une copie d'un document dont il est dépositaire ou que la procuration sous seing privé faite à l'étranger qu'il certifie, constituent un acte semi-authentique. Un document technologique qui présente les mêmes qualités pourrait donc être admis en preuve sous l'égide des nouvelles dispositions.

Enfin, un document électronique qui contient un acte juridique et qui est signé par les parties serait considéré comme un acte sous seing privé au sens des articles 2826 à 2830 *C.c.Q.*

L'intégrité d'un document technologique – Deuxièmement, l'article 2838 *C.c.Q.*, dans sa version proposée par la *Loi québécoise*, exige aussi que l'intégrité des documents technologiques contenant des copies de loi, des actes authentiques ou semi-authentiques ou encore un acte sous seing privé soit assurée que ce soit par le biais de la présomption établie à l'article 2840 *C.c.Q.* ou par la démonstration que les critères prévus au premier alinéa du nouvel article 2839 *C.c.Q.* sont remplis.

Pour s'assurer qu'un document est intègre, le législateur a repris au nouvel article 2839 *C.c.Q.* les critères élaborés à l'article 6 de la *Loi québécoise*. Ainsi, « 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 voulues ».¹⁰⁸ La partie qui désire produire en preuve un document électronique doit donc être en mesure de démontrer que

¹⁰⁵ Article 2813 du *C.c.Q.*

¹⁰⁶ *Supra* note 30.

¹⁰⁷ *Ibid.*, article 35.

¹⁰⁸ Article 2839 al. 1 *C.c.Q.*

les moyens techniques pris pour conserver l'information permettent de la préserver dans sa totalité. Tel que mentionné précédemment, il faut distinguer l'intégrité du document de la véracité de son contenu.

Seulement, la partie qui désire introduire un document technologique en preuve aura le fardeau de démontrer que l'intégrité du document a été assurée seulement dans les cas où la partie adverse, par prépondérance de preuve, aura établi une atteinte à l'intégrité du document. En effet, le nouvel article 2840 *C.c.Q.* établit une présomption semblable en tous points à celle prévue à l'article 7 de la *Loi québécoise*, par laquelle le fardeau de la preuve est renversé quant à la démonstration de l'intégrité du document.

Les documents pouvant servir de commencement de preuve – Soulignons, que le deuxième alinéa du nouvel article 2839 *C.c.Q.*¹⁰⁹ prévoit que dans les cas où la présomption est renversée et que l'intégrité d'un document n'est ni assurée ni déniée, ce document peut néanmoins, selon les circonstances, être reçu à titre d'élément matériel ou de témoignage et servir de commencement de preuve au sens de l'article 2865 *C.c.Q.*

Conclusion – En somme, la *Loi québécoise* accomplit un des objectifs visés par la CNUDCI et la Conférence pour l'harmonisation puisque, advenant son entrée en vigueur, tous les documents qui constatent un Écrit auront la même valeur juridique. De surcroît, par l'établissement de la présomption d'intégrité, il deviendra plus facile d'introduire en preuve un document technologique. L'ajout de cette présomption s'explique certainement par des raisons de saine administration du système judiciaire.

3.3.3 *La valeur juridique des copies et des documents résultant d'un transfert*

Les articles 2841 et 2842 *C.c.Q.*, advenant l'entrée en vigueur de la *Loi québécoise*, se liront comme suit :

« Art. 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.

¹⁰⁹ Cette disposition reprend le troisième alinéa de l'article 5 de la *Loi québécoise*.

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.

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

Cadre d'application des nouvelles dispositions – À la lecture de ces dispositions, nous remarquons, d'une part, que la possibilité de reproduire des documents ne sera plus réservée à l'État et aux personnes morales, et que dorénavant, les personnes physiques pourront aussi reproduire des documents qui, si la procédure établie est respectée, vaudront au même titre que l'original. D'autre part, nous constatons que le législateur a prévu deux moyens de reproduire un document: la copie et le transfert d'un document.

3.3.3.1 La copie d'un document

Dans un premier temps, une reproduction peut être effectuée par l'obtention d'une *copie* sur un même support ou sur un support ne faisant pas appel à une technologie différente. La copie d'un document original ou d'un document technologique qui remplit

cette fonction en vertu de l'article 12 de la *Loi québécoise*¹¹⁰ doit être certifiée pour avoir la même valeur juridique que le document ainsi reproduit.

Personne qui peut procéder à la certification – Lorsque le document copié est en possession de l'État, d'une personne morale, d'une société ou d'une association, la certification sera faite « par une personne en autorité responsable de la conservation du document ». Les nouvelles dispositions étant muettes quant à la certification par une personne physique, il revient à la personne elle-même de certifier la copie.

La forme et le moment de la certification – À la lecture des articles 2841 et 2842 *C.c.Q.*, on pourrait être porté à penser qu'il existe deux processus d'attestation distincts concernant la copie d'un document sur un support de même nature. Le législateur traite en effet de la certification d'une copie, laquelle doit être appuyée *au besoin* d'une déclaration. Seulement, ni la *Loi québécoise* ni le *C.c.Q.* n'identifient les cas où il serait nécessaire d'appuyer une copie certifiée d'une déclaration. Par ailleurs, les deux mêmes articles, selon une lecture stricte du libellé, ne définissent pas la forme de la certification d'une copie alors qu'au contraire, le contenu de la déclaration y est bien indiqué. À notre avis, il y a lieu d'aller au-delà du libellé de ces articles et d'en retirer les règles suivantes. Lorsqu'il est de la volonté de la personne qui fait la copie d'un document que la copie obtenue soit considérée, au niveau juridique, tel un original, cette même personne doit la certifier en faisant « une déclaration établissant les circonstances et la date de la reproduction, le fait que la copie porte la même information que le document reproduit et l'indication des moyens utilisés pour assurer l'intégrité de la copie ». Il n'est pas nécessaire, selon nous, que cette déclaration soit assermentée. En somme, le législateur, à notre sens, aurait repris une procédure semblable à celle qui existe sous l'égide du *C.c.Q.* actuel dans le cas d'une reproduction de documents.

Aussi, notons que pour démontrer la fiabilité d'une copie d'un document technologique, le paragraphe ajouté à l'article 2860 *C.c.Q.* par la *Loi québécoise* réfère à l'article 16 de cette loi. Aux termes de cette dernière disposition, l'exigence de certifier une copie d'un document technologique est comblée par l'utilisation d'un « procédé de

¹¹⁰ Voir : *supra*, p. 38 et ss.

comparaison permettant de reconnaître que l'information de la copie est identique à celle du document source.» À notre connaissance, il existe en effet des logiciels qui permettent de procéder à de telles comparaisons lorsque l'information contenue sur un document technologique est exprimée sous forme de mots.

3.3.3.2 *Le transfert de documents d'un support à un autre*

Dans un deuxième temps, les nouvelles dispositions dressent les conditions d'admissibilité d'un transfert de l'information que porte un document vers un support faisant appel à une technologie différente. Étant donné le libellé même du deuxième alinéa de l'article 2842 *C.c.Q.*, il est raisonnable de soutenir que ces règles servent à mettre en preuve l'information transférée selon une méthode semblable à celle établie par l'article 17 de la *Loi québécoise*, c'est-à-dire la reproduction d'information sur un autre support dans le but de pouvoir détruire l'original sans affecter la valeur juridique de l'information.

La documentation – Dans le cas du transfert d'un document, la reproduction résultant d'un tel transfert doit être documentée.¹¹¹ Les dispositions qui modifient le *C.c.Q.* ne fournissent aucun détail quant au contenu de la documentation qui doit être fournie avec le document reproduit et renvoient à la *Loi québécoise*. L'article 17 de la nouvelle loi stipule que :

« 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. »

Par ailleurs, pour savoir quand il est nécessaire de fournir cette documentation, il faut, à notre avis, encore référer à l'article 17 de la *Loi québécoise*. À son deuxième alinéa, l'article 17 prévoit que dans le cas où l'on transfère l'information sur un autre

¹¹¹ Article 2841 *C.c.Q.* tel que modifié par la *Loi québécoise*.

support et que, par la suite, on détruit le support original, il est nécessaire de documenter le transfert.

Considérations pratiques – Devant les tribunaux, la procédure de transfert de documents vers un autre support devrait, selon toute vraisemblance, être fréquemment utilisée. À moins que le mode de fonctionnement des tribunaux soit redéfini, tout porte à croire que les documents technologiques, surtout lorsqu'il s'agit d'un texte ou d'une image, seront transférés sur support papier afin de permettre au tribunal de prendre connaissance du document. Pour ce faire, à moins que le dépôt d'une reproduction sur support papier ne se fasse de consentement, il y aurait lieu de faire la déclaration visée au nouvel article 2842 *C.c.Q.*

3.4 La validité juridique du document technologique en tant qu'élément matériel et en tant que déclaration enregistrée

Avant de terminer l'étude des modifications au droit de la preuve entraînées par la *Loi québécoise*, il importe de traiter des ajouts faits aux articles 2855 et 2874 *C.c.Q.*

De la présentation d'un élément de preuve – Le Chapitre cinquième du Livre de la preuve prévoit les règles relatives à la présentation d'un élément de preuve défini comme « un moyen de preuve permettant 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. » Ont été considérés comme des éléments matériels de preuve : les cartes, les plans, les croquis, les photographies, les enregistrements audio-visuels et sonores.¹¹² Différents moyens technologiques, dont la reconstitution par ordinateur, sont utilisés en preuve devant les tribunaux pour reconstituer le déroulement d'un accident ou pour illustrer le fonctionnement d'une invention protégée par un brevet par exemple. Dès lors, il s'agirait d'un document technologique : une information contenue sur un support faisant appel aux technologies de l'information est un document technologique.

¹¹² Jean-Claude ROYER, *supra* note 10, par. 928 et ss.

Jusqu'à l'adoption de la *Loi québécoise*, la présentation de tout élément matériel, « pour avoir force probante, [devait] faire l'objet d'une preuve distincte qui en [établisait] l'authenticité. »¹¹³ Dorénavant, la *Loi québécoise* ajoute que les documents technologiques sont présumés authentiques à moins que la technologie utilisée ou que le support sur lequel est établie l'information ne permettent pas d'affirmer ni de dénier l'intégrité du document. Autrement dit, la preuve d'authenticité de l'élément matériel n'est plus toujours nécessaire lorsqu'il s'agit d'un document technologique. Toutefois, il faut se rappeler que le fait que l'authenticité n'ait pas à être démontrée n'établit aucunement la force probante d'un élément de preuve.

La déclaration enregistrée – Cette même présomption a aussi été ajoutée à l'article 2874 *C.c.Q.* qui stipule que « 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. »

3.5 Application des nouvelles dispositions du *C.c.Q.* à deux situations réelles : la signature électronique et les courriels

En première partie d'analyse, le caractère utile et actuel des anciennes dispositions du *C.c.Q.* avait été analysé. En effet, par des exemples tirés de la nouvelle réalité juridique, les courriels et la signature électronique, nous avons pu nous rendre compte que les règles de preuve qui étaient contenues au *C.c.Q.* permettaient de répondre aux besoins de la nouvelle économie, du moins en ce qui concerne ces deux moyens de communication. À des fins de comparaison, il est utile d'appliquer les nouvelles dispositions à ces mêmes deux exemples.

3.5.1 *La valeur juridique de la signature électronique sous l'égide du nouveau régime de droit de la preuve.*

La *Loi québécoise*, tel que mentionné précédemment, encadre la signature électronique par le biais de son chapitre III intitulé de l'« Établissement d'un lien avec un document technologique ».

¹¹³ Article 2855 *C.c.Q.*

L'article 38 de la *Loi québécoise* prévoit qu'un lien entre une personne et un document peut être établi par tout moyen ou procédé, en autant que ce procédé permette (i) d'identifier la personne qui a effectué la communication et son lien avec le document, et (ii) d'identifier le document.

Il est évident que la preuve de la signature peut, la plupart du temps, établir le lien entre un document et son auteur. L'article 39 de la *Loi québécoise* est d'ailleurs sans équivoque sur ce point. Cet article précise de plus, que la signature peut être effectuée par tout procédé pour autant que l'article 2827 *C.c.Q.* soit respecté. Comme nous l'avons dit en première partie, l'article 2827 *C.c.Q.* est rédigé de façon telle que la signature électronique rencontre les critères qui y sont énoncés. Cette signature est donc opposable à son auteur, à condition que l'intégrité du document ait été assurée et que le lien entre le document et la signature soit maintenu.¹¹⁴

Le législateur québécois, contrairement à ses homologues canadiens et internationaux, ne s'est toutefois pas limité à définir l'équivalence des procédés de signature. Il a en effet érigé un ensemble de règles spécifiques qui encadrent la totalité du système de signature électronique de la certification jusqu'à la prestation des services de certification.

L'objectif du présent article n'étant pas de faire l'étude de l'organisation du système québécois de signature aux moyens des nouvelles technologies, nous n'élaborerons pas davantage sur ce sujet. Retenons simplement, que la signature par un autre moyen que la signature manuscrite est valable en droit civil, mais que pour pouvoir utiliser une telle signature, il sera nécessaire de remplir les conditions élaborées par la *Loi québécoise*.

3.5.2 *La valeur juridique des courriels sous l'égide du nouveau régime de preuve*

La valeur des courriels sous l'égide des nouvelles dispositions ne fait aucun doute. En effet, le principe de l'interchangeabilité des supports implique nécessairement que

¹¹⁴ Art 39 al. 2 de la *Loi québécoise*.

l'information échangée par courriel, qu'il s'agisse d'un acte sous seing privé (*i.e.* un contrat signé par un moyen technologique), d'un acte authentique (*i.e.* un acte de naissance sur lequel est apposé un sceau technologique) ou encore un écrit non instrumentaire relatant un fait aux termes de l'article 2832 *C.c.Q.* (*i.e.* une lettre personnelle).

L'admissibilité en preuve d'un courriel dépend donc de la nature de l'information qu'il contient, comme c'était le cas sous le régime des anciennes dispositions du *C.c.Q.*

4. Conclusion

Avant de terminer, il nous semble opportun d'insister un peu plus sur l'aspect pratique des dispositions concernant l'admissibilité en preuve de documents électroniques. Dans un premier temps, quel que soit le degré de clarté des dispositions de la *Loi québécoise* traitant de l'admissibilité en preuve de documents électroniques, il faut se rappeler l'objectif clairement identifié tant par les instances internationales que nationales: faciliter la communication de documents dans un contexte de mondialisation, notamment dans le cadre commercial. Par conséquent, que l'on interprète les règles actuelles ou les nouvelles dispositions du *C.c.Q.* telles que modifiées par la *Loi québécoise*, il faut se laisser guider par cette volonté législative d'admettre les documents électroniques en preuve. Autrement dit, l'ensemble des règles du *C.c.Q.*, avant ou après qu'elles soient modifiées par la *Loi québécoise*, le cas échéant, doivent toujours être interprétées de façon à permettre aux parties d'introduire en preuve les documents électroniques qui sont fiables, intègres ou qui présentent des garanties suffisamment sérieuses pour que l'on puisse s'y fier.

Dans un deuxième temps, considérant que le droit de la preuve concerne essentiellement les moyens de faire reconnaître un droit par opposition aux règles de droit substantif, il faut se rappeler que les règles de preuve servent à faire apparaître le droit et à faire ressortir la vérité. C'est dans cette logique qu'il faut aussi interpréter les règles d'admissibilité de documents électroniques et éviter de faire perdre de droits aux justiciables en raison d'un manquement à une procédure technique alors que les objectifs de la règle ont été accomplis. D'ailleurs, sauf dans les cas où l'existence d'un document

est au centre d'un litige, il est de pratique courante de voir les avocats présenter, avec le consentement de l'autre partie, une photocopie non certifiée de documents. Autrement dit, il ne faut pas croire que le seul défaut de respecter les procédures de reproduction aura nécessairement pour effet d'empêcher l'introduction d'une copie d'un document. Cependant, toute entreprise ou organisation qui utilise des documents sur support électronique, spécialement pour conclure des contrats, aurait avantage à s'assurer qu'elle sera en mesure au besoin de les produire en preuve dans des conditions qui respecteront les exigences de la *Loi québécoise*.