

La preuve des documents technologiques

Vincent Gautrais* et Patrick Gingras**

Introduction	269
Avant-propos	269
1. Document technologique	270
2. Équivalence fonctionnelle	277
3. Neutralité technologique	279
1. Règle de la meilleure preuve et notions sous-jacentes	281
1.1 Original	282
1.2 Distinction de copie et de transfert	285
1.3 Copie certifiée	292
2. Moyens de preuve et documents technologiques	294
2.1 Acte sous seing privé technologique	294
2.1.1 Admissibilité en preuve	294
2.1.1.1 Intégrité	296

© Vincent Gautrais et Patrick Gingras, 2010.

* Professeur agrégé, avocat, Faculté de droit de l'Université de Montréal. Titulaire de la Chaire de l'Université de Montréal en droit de la sécurité et des affaires électroniques.

** Avocat et agent de marques de commerce, ministère de la Justice du Québec. Les opinions exprimées dans le présent article n'engagent que son auteur et ne représentent pas nécessairement celles du ministère de la Justice du Québec.

2.1.1.2	Présomptions d'intégrité	302
2.1.1.3	Signature	303
2.1.2	Contestation d'un écrit technologique selon l'article 89 C.p.c.	306
2.2	Autre écrit technologique.	307
2.2.1	Autre écrit technologique constatant un acte	308
2.2.2	Autre écrit technologique constatant un fait	308
2.3	Élément matériel technologique	310
2.4	Témoignage technologique.	313

INTRODUCTION

La preuve des documents technologiques*** commence petit à petit à donner lieu au Québec à une jurisprudence variée¹ et à une doctrine qui s'affirme². Néanmoins, il est malheureusement possible de constater quelques variations dans l'interprétation à donner à la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*³, ci-après désignée la « Loi », et ce, au niveau de ces deux sources du droit. Au-delà des principes directeurs de cette Loi, nous voudrions proposer un éclairage sur les principaux changements que les technologies de l'information occasionnent en matière de preuve. Aussi, et au-delà d'une présentation des modifications sous-jacentes à la notion de la règle de la meilleure preuve, il importera de présenter certains moyens de preuve qui peuvent se « matérialiser » technologiquement.

AVANT-PROPOS

Les personnes morales et physiques sont de plus en plus confrontées à des preuves technologiques dont il n'est pas toujours

*** Les auteurs tiennent à remercier Gilles De Saint-Exupéry, étudiant à la maîtrise en droit des technologies de l'information (Université de Montréal), pour son aide dans la relecture du présent article.

1. Voir tout au long de cet article la vingtaine de décisions citant la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* (L.R.Q. c. C-1.1). Le recensement des décisions est à jour au 18 juin 2010.
2. Voir notamment FABIEN (Claude), « La preuve par document technologique », (2004) 38 *Revue juridique Thémis* 533 – 611; GAGNÉ (Michel), « La preuve dans un contexte électronique », dans *Développements récents en droit de la preuve*, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, (Cowansville : Blais, 2001), p. 93; MARSEILLE (Claude), « Règle de la nécessité de l'original », dans *Preuve et prescription*, JurisClasseur Québec, (Montréal : LexisNexis, 2008); ROYER (Jean-Claude) et al., « Les documents technologiques », *La preuve civile*, 4^e édition, (Cowansville : Blais, 2008); DE RICO (Jean-François) et al., « Le cadre juridique des technologies de l'information », dans *Développements récents en droit criminel 2008*, Service de la formation continue du Barreau du Québec, (Cowansville : Blais, 2008); LACHANCE (Martine), « Le document technologique » (2005) 107 *Revue du Notariat* 351; LAFONTAINE (M.), « Technologies de l'information au Québec : une technique législative inappropriée », dans BEAULNE (Jacques) (Dir.), *Mélanges Ernest Caparros*, (Montréal : Wilson & Lafleur, 2002), p. 105; TESSIER (Pierre) et al., « La preuve devant le tribunal », dans *Preuve et procédure*, Collection de droit 2008-2009, École du Barreau du Québec, vol. 2, 2008.
3. L.R.Q. c. C-1.1.

facile de connaître tant l'admissibilité que la force probante. Un courrier électronique, une photographie numérique, un fichier en format PDF, une page Internet, une vidéo, etc., peuvent-ils être utilisés en preuve par une partie? Comment cette preuve se doit-elle d'être gérée? Par qui? Ces éléments de preuve doivent-ils être considérés comme des écrits, des éléments matériels, des témoignages?

Une chose est sûre, la Loi est venue modifier le droit en la matière – notamment et principalement le *Code civil du Québec* et le *Code de procédure civile* – et oblige en bien des cas les personnes à documenter leurs façons de faire. Elle a aussi apporté des précisions sur les notions d'« écrit », de « signature », d'« original » et de « copie et transfert » qui sont régulièrement utilisées par les juges.

Mais au-delà de règles somme toute assez détaillées et bien souvent nouvelles en matière de preuve, il y a des principes fondateurs sur lesquels il importe de s'arrêter préalablement.

1. Document technologique

À la différence des législations du reste du Canada⁴ et des autres pays⁵, la Loi a choisi d'utiliser le terme de document « technologique » plutôt qu'« électronique », faisant ainsi référence aux « technologies de l'information », les documents « électroniques » étant associés, techniquement, à une « technologie » en particulier, la première incluant la seconde⁶. Soit. Mais au-delà de cette précision

4. En effet, il y a des lois en Alberta, *Electronic Transaction Act*, <http://www.ijcan.org/ab/laws/sta/e-5.5/20060115/whole.html>; en Colombie-Britannique, *Electronic Transaction Act*, http://www.qp.gov.bc.ca/statreg/stat/E/01010_01.htm; à l'Île-du-Prince-Édouard, *Electronic Commerce Act*, <http://www.ijcan.org/pe/laws/sta/e-4.1/20060115/whole.html>; au Manitoba, *Loi sur le commerce et l'information électroniques*, <http://www.ijcan.org/mb/legis/loi/e-55/20060115/tout.html>; au Nouveau-Brunswick, *Loi sur les opérations électroniques*, <http://www.canlii.org/nb/legis/loi/e-5.5/20050801/tout.html>; en Nouvelle-Écosse, *Electronic Commerce Act*, <http://www.canlii.org/ns/laws/sta/2000c.26/20060115/whole.html>; en Ontario, *Loi de 2000 sur le commerce électronique*, <http://www.canlii.org/on/legis/loi/2000c.17/20050801/tout.html>; en Saskatchewan, *Electronic Information and Document Act*, <http://www.ijcan.org/sk/laws/sta/e-7.22/20060115/whole.html>; à Terre-Neuve, *Electronic Commerce Act*, <http://www.ijcan.org/nl/laws/sta/e-5.2/20051121/whole.html> et au Yukon, *Electronic Commerce Act*, <http://www.canlii.org/yk/legis/loi/66/20041124/tout.html>.

5. Voir notamment la *Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique*, J.O. du 14 mars 2000 (France).

6. Comme d'ailleurs cela apparaît à l'article 1 al. 2 de la Loi : « La présente loi a pour objet d'assurer (...) 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 électronique, magnétique,

terminologique, il est possible de définir cette notion à travers trois questions qui sont souvent posées sur cette notion.

Question 1 : De quoi est composé un *document* ?

La notion de document est au cœur de la Loi. L'article 3 al. 1 définit cette notion en lui attribuant deux qualités inhérentes, soit l'*information* même et le *support* sur lequel cette information est portée :

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. [Les italiques sont nôtres.]

L'*information* constitue le contenu même du document, sa substance. Celle-ci n'est pas restreinte par l'emploi d'un mode d'écriture en particulier. Toutefois, elle doit être délimitée et structurée et se doit d'être intelligible. L'*information* est la raison d'être du document. Ainsi, à titre d'illustration, l'image d'une photographie, le texte d'un document ou l'échange verbal d'un enregistrement sonore constituent tous une information au sens de la Loi.

Le *support* quant à lui est l'élément « matériel »⁷, et ce, avec toute la polysémie associée à ce terme. Il est donc la base « concrète » qui porte l'information⁸. Que ce soit une feuille de papier, une clé USB, un disque dur d'ordinateur, un cédérom ou un ruban magnétique, le support porte l'information selon ses spécifications propres. Ainsi, un texte et une photographie imprimés sur une feuille de papier pourraient être reproduits sur une clé USB respectivement dans un format TXT et un format BMP ou JPEG par exemple. Dans ces deux cas, l'information serait la même, mais délimitée et structurée d'une façon logique qui serait différente de celle utilisée pour son support précédent, et ce, compte tenu des exigences du nouveau support qui porte le texte et la photographie.

optique, sans fil ou autres ou faisant appel à une combinaison de technologies ; (...) ». Par ailleurs, voir aussi : MINISTÈRE DES SERVICES GOUVERNEMENTAUX, *Glossaire*, disponible à http://www.msg.gouv.qc.ca/gel/loi_ti/glossaire/g051.asp.

7. Ou composante matérielle.

8. MINISTÈRE DES SERVICES GOUVERNEMENTAUX, *Glossaire*, disponible à http://www.msg.gouv.qc.ca/gel/loi_ti/glossaire/g152.asp.

En matière de preuve, l'information et le support constituent un tout symbiotique, c'est-à-dire un document, et ce tout, cette association des deux composantes, va permettre de qualifier le moyen de preuve. En revanche, c'est le support qui va déterminer si le document est technologique ou non⁹.

Aussi, et en toute déférence, nous croyons qu'une erreur de terminologie doit être relevée dans la décision *Solmax-Textel Géosynthétiques c. Solution Optimum*¹⁰, où l'on s'interrogeait sur la qualification de deux écrits sur support électronique pour lesquels les défendeurs n'avaient pas conservé de copie sur support papier, à savoir le support original des documents. En effet, nous sommes d'avis que l'on ne pourrait, aux fins de la qualification d'un moyen de preuve, différencier l'information du support. Dans cette décision, le juge en est venu à la conclusion que ces écrits étaient des documents technologiques, ce qui est bien entendu le cas¹¹, mais que « [p]ar contre, le support sur lequel se trouve [les écrits] peut être [quant à lui] qualifié d'élément matériel de preuve »¹². Une telle apparence de scission entre l'information et le support nous semble dommageable dans un contexte où une même information, selon le support qui la porte, pourrait être assujettie à un régime de preuve différent.

En d'autres mots, si l'on prend l'illustration d'un écrit, ce dernier va rester un écrit, et ce, quelle que soit la nature de son support (papier ou technologique). À titre d'exemple, un texte reçu par courrier électronique, qu'il ait été imprimé sur une feuille de papier ou qu'il soit uniquement disponible *via* la boîte de réception d'un logiciel de courriers électroniques, devrait toujours être qualifié d'écrit, et ce, peu importe son support. Le même courrier électronique qui afficherait uniquement des photographies, qu'il soit imprimé sur une feuille de papier ou qu'il soit simplement disponible *via* la boîte de réception dudit logiciel de courriers électroniques devra quant à lui être qua-

9. Par. 3(4) de la Loi. Par ailleurs, malgré ce qu'énonce le tribunal dans la décision *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Compagnie d'arrimage de Québec ltée*, 2010 QCCQ 942, ce n'est pas les données contenues aux documents provenant du système informatique qui constituent des documents technologiques, mais bien les données portées par un support technologique qui forment ensemble un document technologique.

10. *Solmax-Textel Géosynthétiques c. Solution Optimum*, 2007 CanLII 4677 (C. sup. Qué.).

11. *Infra*, question 2 de la présente section.

12. *Solmax-Textel Géosynthétiques c. Solution Optimum*, préc., note 10, par. 17. L'intérêt de la partie demanderesse dans cette décision était de faire reconnaître l'élément de preuve, soit l'écrit sur support électronique, comme élément matériel afin de pouvoir obtenir une expertise en vertu de l'article 402 al. 2 *C.p.c.* Toutefois, bien que le juge reconnaisse la preuve comme étant un élément matériel, il refuse d'accorder l'expertise pour d'autres motifs.

lifié d'élément matériel du fait de la nature de l'information que l'on y trouve, soit des photographies. C'est ce même raisonnement qui devrait s'appliquer à une vidéo enregistrée sur un DVD, un disque dur ou une cassette VHS.

Le support qui porte l'information ne devrait donc pas à lui seul avoir d'incidence sur la qualification du moyen de preuve. Toutefois, s'il est de nature technologique, il aura un impact sur la détermination des règles de preuve qui pourront être différentes de celles du papier¹³.

Question 2 : Qu'est-ce qu'un *document technologique* ?

Que l'on soit face à un contrat en format PDF, une déclaration enregistrée sur un ruban magnétique, un courrier électronique disponible *via* la boîte de réception d'un logiciel de courriers électroniques ou une page Internet, ces moyens de preuve ont tous une chose en commun : ils peuvent tous être qualifiés comme étant des documents technologiques au sens de la Loi. C'est donc à juste titre que le tribunal convient :

[qu']une copie de sauvegarde ou une copie miroir d'un disque dur est un ensemble de documents technologiques au sens de la [Loi].¹⁴

Si la notion de document s'avère être la pierre angulaire de la Loi, la notion de document technologique quant à elle en constitue un sous-ensemble important. À la différence du document, le document technologique ne bénéficie pas d'une définition aussi précise¹⁵.

Mais pour le définir, et sans que cela ne soit formellement écrit nulle part, nous croyons que le document technologique pourrait être opposé au document « non technologique », c'est-à-dire à celui faisant appel au support papier ou à tout autre support physique de même nature¹⁶. À plusieurs reprises, nous pouvons constater dans la Loi des régimes distincts pour les documents technologiques, ce qui sous-tend que des règles de preuve distinctes s'appliquent pour le « non technologique »¹⁷. Le document technologique peut donc être défini

13. C'est par exemple le cas, comme nous le verrons, du paragraphe 5(3) de la Loi et des articles 89 al. 4 *C.p.c.* et 2874 et 2855 *C.c.Q.* qui prévoient des régimes distincts pour les documents sur support papier et ceux sur support technologique.

14. *Bouchard c. Société industrielle de décolletage et d'outillage (SIDO) ltée*, 2007 CanLII 2272 (C. sup. Qué.).

15. Voir par. 3(4) de la Loi.

16. Comme nous le constaterons ultérieurement, la Loi établit certaines distinctions à l'égard des documents sur support technologique de ceux sur support papier.

17. Voir par exemple les art. 2855 et 2874 *C.c.Q.*

par rapport à ce qu'il n'est pas. Toutefois, il importe de se rappeler qu'un document technologique est un sous-ensemble faisant partie de la notion de document au sens de la Loi.

Le document technologique peut aussi être défini de manière plus positive. Ainsi, un document est qualifié de document technologique lorsque le support qui porte l'information fait appel aux technologies de l'information :

que celles-ci soient électronique, magnétique, optique, sans fil ou autres ou faisant appel à une combinaison de technologies.¹⁸

Évidemment, les deux composantes du document se retrouvent aussi dans le document technologique. Néanmoins, à l'égard de ce dernier, la notion de support réfère à deux sous-notions, soit le support physique lui-même et la technologie qu'il emploie.

Comme nous l'avons constaté précédemment¹⁹, le *support* physique est la composante matérielle qui porte l'information. Dans un contexte technologique, ce support fait appel aux technologies de l'information afin de porter l'information. À titre d'exemple, nous croyons que peuvent être considérés comme des supports faisant appel aux technologies de l'information les éléments suivants :

- une disquette;
- un cédérom;
- un DVD;
- une carte mémoire;
- une clé USB;
- un disque dur;
- etc.²⁰

Ils permettent tous de sauvegarder des documents faisant appel à différentes *technologies de l'information* comme par exemple :

- des textes ou des fichiers en format PDF ou HTML;

18. Voir par. 1(2) et art. 3 al. 4 de la Loi. Par ailleurs, malgré ce qu'énonce le tribunal dans la décision *Stadacona, s.e.c./Papier White Birch c. KSH Solutions*, 2010 QCCS 2054, un fichier informatique doit être considéré comme un document, de surcroît, technologique.

19. *Supra*, question 1 de la présente section.

20. Pour une plus grande liste d'exemples, voir : WIKIPEDIA, http://fr.wikipedia.org/wiki/Cat%C3%A9gorie:Stockage_informatique.

- des photographies en format BMP ou GIF ;
- des documents en format DOC (Word) ou XLS (Excel) ;
- des vidéos en format AVI ou MOV ;
- etc.²¹

Un contrat conclu sur une feuille de papier ne pourrait donc pas, considérant qu'aucune technologie de l'information n'est employée pour délimiter et structurer l'information, être qualifié de document technologique. De ce fait, la *technologie* réfère donc :

aux savoirs théoriques et pratiques de nature scientifique dans le domaine de la préparation, de la circulation et de la conservation de l'information.²²

Au meilleur de notre compréhension, il nous apparaît que la notion de « technologie », telle qu'utilisée dans la Loi, ne devrait pas être opposée à celle de « format » que l'on y trouve aussi²³. Si cette dernière nous paraît devoir être vue comme un sous-ensemble de la première, dans le cadre de l'analyse qui est faite par après, les deux notions semblent pouvoir être utilisées indifféremment. En effet, le *format* peut se définir comme une :

structure définie de données contenues sur un support magnétique ou autre, établie selon des règles qui régissent le stockage, l'affichage, la manipulation, l'impression ou la transmission de ces données.²⁴

La technologie et le format réfèrent donc tous les deux aux éléments structurants qui assurent l'intelligibilité de l'information portée par un support technologique²⁵.

À ce jour, la jurisprudence a été confrontée à divers documents technologiques, bien que ces documents n'étaient généralement plus, au moment de leur dépôt en preuve, considérés comme des documents

21. Pour davantage d'exemples, voir WIKIPEDIA http://fr.wikipedia.org/wiki/Liste_d%27extensions_de_fichiers.

22. MINISTÈRE DES SERVICES GOUVERNEMENTAUX, *Glossaire*, disponible à http://www.msg.gouv.qc.ca/fr/enligne/loi_ti/glossaire/g157.asp.

23. Voir les art. 10, 17 et 65 de la Loi.

24. GRAND DICTIONNAIRE TERMINOLOGIQUE, http://www.granddictionnaire.com/BTML/FRA/r_Motclef/index1024_1.asp.

25. MINISTÈRE DES SERVICES GOUVERNEMENTAUX, *Glossaire*, disponible à http://www.msg.gouv.qc.ca/gel/loi_ti/glossaire/g065.asp.

technologiques²⁶, mais plutôt comme des documents puisqu'ils avaient été transférés sur un support papier. Un courrier électronique²⁷, un agenda électronique²⁸ et une page Internet²⁹, lorsqu'ils sont portés par un support faisant appel aux technologies de l'information, sont considérés comme des documents technologiques. Toutefois, lorsqu'un tel document technologique aura fait l'objet d'un transfert vers un support ne faisant pas appel aux technologies de l'information, et que le document résultant du transfert sera déposé en preuve, celui-ci devra plutôt être considéré comme un document, et non comme un document technologique. Ainsi, bien que le tribunal ait reconnu que les pages Internet du site Web du ministère des Transports du Québec constituent des documents technologiques au sens de la Loi³⁰, nous sommes d'avis que les transcriptions de celles-ci sur des feuilles de papier qui ont été déposées en preuve auraient plutôt dû être considérées comme des documents résultant du transfert de documents technologiques.

Question 3 : La *Loi* s'applique-t-elle aussi au document sur support papier (télécopie, photocopie, etc.)?

La réponse n'est pas simple, car si certaines dispositions sont applicables à tous les types de support, qu'ils fassent appel ou non aux technologies de l'information, d'autres sont propres aux documents technologiques. Par exemple, les articles 2855 et 2874 *C.c.Q.*, portant respectivement sur la preuve par un élément matériel et la déclaration extrajudiciaire³¹, établissent un régime distinct entre un document en général, peu importe son support, et le document technologique. Le premier exige systématiquement une preuve d'authenticité alors que le second, non.

La Loi a donc prévu certaines règles distinctes selon les supports; plus exactement, si un régime général a été construit, des exceptions existent aussi, et ce, sans que cela ne soit ni rare (le droit étant toujours régulé par des principes donnant lieu à des exceptions) ni contraire au principe de neutralité technologique, que nous verrons plus tard.

26. *Citadelle, Cie d'assurance générale c. Montréal (Ville)*, 2005 CanLII 24709 (C. sup. Qué.).

27. *Vandal c. Salvas*, 2005 CanLII 40771 (C. Qué.) et *Intercontinental Corporate Technology Services Ltd. c. Bombardier inc.*, 2008 CanLII 5086 (C. sup. Qué.).

28. *Lefebvre Frères ltée c. Giraldeau*, 2009 CAnLII 404 (C. sup. Qué.).

29. *Bérubé c. Doncar Dionne Soter Mécanique.*, 2008 CanLII 2743 (Commission des lésions corporelles du Québec).

30. *Cintech Agroalimentaire, division inspection inc. c. Thibaudeau*, 2008 CanLII 6196 (C. Qué.).

31. *Infra*, partie 2.

À titre d'exemple, une télécopie est donc susceptible d'être traitée au regard d'un régime distinct selon que celle-ci ait donné lieu à une transmission du document se retrouvant sur un support papier ou plutôt qu'elle demeure sur l'ordinateur de son destinataire à la suite de sa réception (document technologique). De la même manière, une photographie numérique, en dépit de la synonymie du terme, sera aussi traitée différemment au niveau de la preuve de celle qui apparaît sur un support « classique » papier.

2. Équivalence fonctionnelle

L'équivalence fonctionnelle est l'un des principaux concepts de la Loi³².

À l'égard d'un document, elle s'entend comme étant la possibilité pour un individu d'utiliser un même document faisant appel à son libre choix d'employer des supports différents pourvu qu'ils portent la même information, que leur intégrité soit assurée et qu'ils « respectent tous deux les règles de droit qui les régissent »³³ :

Afin d'atteindre les objectifs de cette nouvelle loi, il faut interpréter *la volonté du législateur de manière à innover dans le choix des moyens à prendre pour se conformer à la règle de droit.*

(...)

[Elle] montre bien l'intention du législateur de *permettre le recours aux technologies de l'information dans la mesure où une technologie n'est pas strictement interdite par la loi.*³⁴ (Les italiques sont nôtres.)

À titre d'exemple, qu'une carte d'embarquement pour un vol en avion soit transmise par courrier électronique sur le téléphone intelligent d'un passager, tel un Blackberry, ou qu'elle soit accessible sur le site Internet de la compagnie aérienne pour impression sur une feuille de papier, puisque l'information communiquée est la même, mais qu'elle est portée par un support différent, ces deux documents auront la même « valeur juridique », la même portée juridique, dès lors qu'ils remplissent tous deux les mêmes fonctions que le document est censé avoir. En pratique, dans cet exemple, ils peuvent en

32. Art. 1 de la Loi; voir aussi : *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique*, http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html

33. Art. 9 de la Loi.

34. *Entreprises Robert Mazeroll c. Expertech - Bâtisseur de réseaux Inc.*, 2005 CanLII 131 (C. Qué.).

effet être utilisés pour la même finalité, soit accéder à l'avion. Peu importe que le passager arrive à la porte d'embarquement avec sa carte d'embarquement imprimée sur une feuille de papier ou avec son Blackberry affichant sa carte d'embarquement, dans ces deux situations, ladite carte permettra d'accéder à l'avion et d'attendre le décollage en tout confort.

Ce principe fut notamment employé par la Cour suprême du Canada dans la décision *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*³⁵ pour interpréter la notion de clause externe au sens de l'article 1435 C.c.Q. dans le cadre d'un contrat sur support électronique :

[...] L'accès à la clause sur support électronique ne doit pas être plus difficile que l'accès à son équivalent sur support papier. Cet énoncé découle tant de l'interprétation de l'art. 1435 C.c.Q. que du principe d'équivalence fonctionnelle qui sous-tend la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information.

Il ressort de la preuve au dossier que le consommateur peut accéder directement à la page du site Internet de Dell où figure la clause d'arbitrage en cliquant sur l'hyperlien en surbrillance intitulé « Conditions de vente » (ou « Terms and Conditions of Sale » dans la version anglaise de ce site). Ce lien est reproduit à chaque page à laquelle le consommateur accède. Dès que le consommateur active le lien, la page contenant les conditions de vente, dont la clause d'arbitrage, apparaît sur son écran. En ce sens, cette clause n'est pas plus difficile d'accès pour le consommateur que si on lui avait remis une copie papier de l'ensemble du contrat comportant des conditions de vente inscrites à l'endos de la première page du document.³⁶ (Les italiques sont nôtres.)

La notion d'équivalence fonctionnelle permet ainsi l'interchangeabilité des supports et des technologies qui les portent, et ce, en leur offrant de conserver la « même valeur juridique »³⁷. Il en résulte donc que tout individu dispose d'une liberté de choix quant au support du document qu'il souhaite utiliser, sous réserve des règles de droit applicables. Par ailleurs, il importe de rappeler qu'en vertu de l'article 29 al. 1 de la Loi, l'on ne peut exiger de quelqu'un qu'il se procure un support ou une technologie spécifique pour transmettre ou recevoir un document, et ce, à moins que la loi ou une convention

35. *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 801.

36. *Id.*, voir le par. 5.

37. MINISTÈRE DES SERVICES GOUVERNEMENTAUX, *Glossaire*, disponible à http://www.msg.gouv.qc.ca/gel/loi_ti/glossaire/g129.asp.

le prévoit expressément. De même, nul n'est tenu d'accepter, conformément à l'article 29 al. 2 de la Loi, de recevoir un document sur un autre support que le papier ou au moyen d'une technologie dont il ne dispose pas.

Sans que cela ne soit expressément noté dans la décision *Mont-Royal (Ville) c. Saleh*³⁸, le juge en est venu à la conclusion que le témoin ne pouvait pas utiliser son ordinateur et, le cas échéant, le « print-out » du contenu de ses notes afin de rafraîchir sa mémoire, en comparant les fonctions d'une technologie par rapport à une autre; en appliquant une approche fonctionnelle. En effet, que l'une des parties ne puisse prendre connaissance de ses notes en utilisant directement un logiciel de traitement de texte disponible sur son ordinateur ou qu'il ne puisse le faire en utilisant plutôt une copie de celles-ci imprimées sur une feuille de papier, dans les deux cas, ces documents ont été considérés comme des équivalents fonctionnels où l'on considère que le témoin ne pourrait, par leur utilisation, produire un témoignage contemporain et intègre dans le cadre du procès³⁹.

3. Neutralité technologique

Bien que la neutralité technologique ne soit pas explicitement prévue dans la Loi, elle constitue aussi l'un des fondements importants des nouvelles dispositions sur la preuve. En premier lieu, il y est fait une référence expresse dans le titre même de la Section 6 du *Code civil du Québec* qui traite des documents technologiques : « Des supports de l'écrit et de la neutralité technologique ». En second lieu, la neutralité technologique constitue un principe que l'on ne peut dissocier de l'équivalence fonctionnelle des documents que nous venons de présenter.

38. *Mont-Royal (Ville) c. Saleh*, 2009 CanLII 2914 (Tribunal administratif du Québec).

39. À ce sujet, le juge écrit aux par. 45 et 46 : « [...] la transcription de l'enregistrement de l'audience du 20 novembre 2008 correspondant au témoignage de monsieur Saleh, confirme la non-contemporanéité et non-intégrité des notes que ce dernier a compilées dans son ordinateur, plus particulièrement aux pages 213 à 215 lorsqu'il répond à des questions spécifiques sur le sujet de la part du procureur de la partie expropriante. Il confirme, en effet, avoir ajouté, touché, ajusté, amendé et complété ses notes en fonction de documents consultés et des témoignages entendus lors de l'audience. Quelle est la valeur probante de ces notes ... tout en précisant ici que l'intégrité du témoin lui-même n'est aucunement en cause.

Le Tribunal est donc d'avis que le témoin Saleh, pour les raisons précisées ci-devant conformément à la loi s'appliquant ainsi qu'à la doctrine et la jurisprudence sur le sujet, ne peut utiliser ni son ordinateur ni le « print-out » ou contenu de ce dernier en regard des notes compilées aux fins de la présente cause. ».

En dépit de quelques critiques notamment quant à l'imprécision qui est associée à cette notion⁴⁰, il est possible d'identifier deux grandes tendances dans la manière de percevoir ce concept⁴¹. Une première est de croire que les technologies de l'information et le papier se valent et disposent des mêmes attributs. Cette croyance n'est d'ailleurs peut-être pas étrangère aux propos tenus par la Cour suprême dans la décision *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs* qui affirme l'élément suivant :

Certains aspects des documents informatiques sont régis par la loi. En effet, devant le nombre croissant d'actes juridiques conclus par Internet, le législateur québécois est intervenu et a énoncé des règles relatives à ce nouvel environnement. *Ainsi, la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, L.R.Q. c. C- 1.1., prévoit qu'un document a la même valeur juridique, qu'il soit sur support papier ou technologique (art. 5)*. Un contrat peut donc être conclu aussi bien en utilisant un support électronique qu'un support papier, par exemple en remplissant un formulaire sur une page Internet [...] ⁴² [Les italiques sont nôtres.]

En toute déférence, l'esprit de la Loi, tout comme sa lettre à l'article 5, semble davantage considérer qu'un document sur support papier ou sur un support technologique dispose d'une même « valeur juridique » dès lors qu'il « respecte par ailleurs les mêmes règles de droit »⁴³. Une règle de droit qui en matière de preuve semble directement associée à la notion d'intégrité⁴⁴.

Aussi, il nous semble plus juste de définir la neutralité technologique conformément à une seconde vision, moins ambitieuse, selon laquelle ce principe correspond davantage à un désintéressement du cadre technologique par le législateur⁴⁵; il s'agirait donc d'un

40. GAUTRAIS (Vincent), « La couleur du consentement électronique », (2003), 16-1 *Cahiers de propriété intellectuelle* 61-130.; REED (Chris), « Taking Sides on Technology Neutrality », (2007) 4:3 *SCRIPTed* 263, 269, disponible à <http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/script-ed/vol4-3/reed.asp>; KOOPS (Bert-Jaap), « Should ICT Regulation be Technology-Neutral » in KOOPS (Bert-Jaap) (Dir.), *Starting Points for ICT Regulation: deconstructing prevalent policy one-liners*, (The Hague: TMC Asser Press, 2006), p. 77; BENNETT-MOSES (Lyria), « Recurring Dilemmas: The Law's Race to Keep Up With Technological Change », (2007) *UNSW Law Research Paper* No. 2007-21, p. 4, disponible à l'adresse <http://ssrn.com/abstract=979861>.

41. Voir GAUTRAIS, préc., note 40.

42. *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, préc., note 35.

43. Art. 5 al. 2 de la Loi.

44. Art. 5 *in fine* de la Loi.

45. MINISTÈRE DES SERVICES GOUVERNEMENTAUX, *Glossaire*, disponible à http://www.msg.gouv.qc.ca/gel/loi_ti/glossaire/g109.asp. Le glossaire prévoit en

principe de rédaction législative. En d'autres mots, sous réserve que la loi n'exige l'emploi exclusif d'un support⁴⁶ ou d'une technologie spécifique, et dans la mesure où ce choix respecte les règles de droit, toute personne peut utiliser le support ou la technologie de son choix pour créer un document et en assurer son intégrité⁴⁷.

Cette neutralité encourage donc l'utilisation de tout support ou toute technologie qui respecte les règles de droit. Un document pourrait ainsi faire autant appel à un support papier qu'à un support technologique. De plus, un même support pourrait faire appel à plusieurs technologies. À titre d'exemple et en l'absence de dispositions plus précises, un formulaire pourrait remplir les mêmes fonctions quel que soit le support de l'information utilisé, une feuille de papier, un cédérom ou une clé USB, dans un format PDF ou TXT par exemple.

1. RÈGLE DE LA MEILLEURE PREUVE ET NOTIONS SOUS-JACENTES

D'inspiration de *Common Law*⁴⁸, ce principe est peu à peu devenu une « règle de prudence pour les juges et les plaideurs »⁴⁹. Une souplesse qui fut reprise dans le *Code civil du Québec* où, même si le principe est énoncé à l'article 2860, les exceptions sont nombreuses,

effet :

« Caractéristique d'une loi qui énonce les droits et les obligations des personnes de façon générique, sans égard aux moyens technologiques par lesquels s'accomplissent les activités visées. La loi est désintéressée du cadre technologique spécifique mis en place.

La loi ne spécifie pas la technologie qui doit être installée pour la réalisation et le maintien de l'intégrité des documents et l'établissement d'un lien avec un document. De plus, elle n'avantage pas l'utilisation d'une technologie au détriment d'une autre ».

46. Pour le papier : *Loi sur la protection du consommateur* (L.R.Q. c. P-40.1) aux art. 25, 54.4, 54.7, 54.8 et *Loi sur les sociétés par actions*, projet de loi n° 63 (sanctionné – 4 décembre 2009), 1^{ère} sess., 39^e légis. (Qc), art. 61, 467, 475, 479, 485.

47. Art. 2 de la Loi.

48. La doctrine s'accorde en effet sur l'idée que ce principe provient majoritairement de l'ordonnance de Carleton du 25 février 1777 qui substitua, en matières commerciales, les règles de preuve anglaises aux règles françaises en vigueur jusqu'alors. D'après l'article 7 de cette ordonnance : « Pour établir la preuve des faits, en matières commerciales, l'on aura recours, dans toutes les cours de juridiction civile dans la province du Québec, aux règles régissant la preuve prescrites par les lois anglaises ». Cité dans Arthur Georges DOUGHTY, *Documents concernant l'histoire constitutionnelle du Canada (1759-1791)*, t. 1, (Ottawa : Archives canadiennes, 1911), p. 447.

49. NADEAU (André) et al., *La preuve en matières civiles et commerciales*, (Montréal : Wilson & Lafleur, 1965), n° 349, p. 103.

notamment pour les documents technologiques avec l'article 89 par. 4 du *Code de procédure civile*⁵⁰.

Néanmoins, il importe d'examiner comment ce principe né et directement inspiré par un support technologique précis⁵¹, le papier, va se concevoir sous un autre. Il s'agit donc bien d'un travail de « raccommodage »⁵² : s'assurer que l'original puisse désormais devenir technologique. C'est ce que nous verrons en premier lieu avec ce concept clé, soit l'original, tel qu'énoncé aux articles 12 et 16 de la Loi. En deuxième lieu, il s'agira de proposer un éclairage sur la distinction qui est proposée entre les notions de copie et celle de transfert, respectivement aux articles 15 et 17 de la Loi (et repris à l'article 2841 *C.c.Q.*). Enfin, nous examinerons l'hypothèse prévue dans la Loi où il est possible de certifier une copie afin de densifier son utilisation en preuve.

1.1 Original

Si l'original « origine » du support papier, le développement du commerce électronique se devait de permettre que cette exigence formelle puisse également être réalisée dans un environnement technologique. L'approche utilisée dans la Loi répond à la même méthode d'équivalence fonctionnelle⁵³ utilisée pour l'écrit et la signature. L'article 12 opère une distinction précise des fonctions pour lesquelles l'original est exigé. Il est en effet prévu que l'original est susceptible de remplir trois fonctions distinctes :

Un document technologique peut remplir les fonctions d'un original. À cette fin, son *intégrité* doit être assurée et, lorsque l'une de ces fonctions est d'établir que le document :

1° est la source première d'une reproduction, les composantes du document source doivent être conservées de sorte qu'elles puissent servir de référence ultérieurement ;

2° présente un caractère unique, les composantes du document ou de son support sont structurées au moyen d'un procédé de traitement qui permet d'affirmer le caractère unique du document, notamment par l'inclusion d'une composante exclusive

50. Cette disposition, avant la Loi, a clairement établi un régime dérogatoire aux « Inscriptions informatisées ». Cette mesure a été, avec l'entrée en vigueur de la Loi, répétée aux documents technologiques.

51. Mais qui ne fait pas appel aux technologies de l'information.

52. GAUTRAIS (Vincent), *Le contrat électronique international*, (Bruxelles : Bruylant, 2002), p. 110.

53. *Supra*, section sur l'équivalence fonctionnelle de l'avant-propos.

ou distinctive ou par l'exclusion de toute forme de reproduction du document ;

3° est la forme première d'un document relié à une personne, les composantes du document ou de son support sont structurées au moyen d'un procédé de traitement qui permet à la fois d'affirmer le caractère unique du document, d'identifier la personne auquel le document est relié et de maintenir ce lien au cours de tout le cycle de vie du document. » [Les italiques sont nôtres.]

Un juge qui doit évaluer le respect de la condition d'un original doit donc au préalable tenter d'identifier pourquoi, pour quelle fonction, cette condition formelle est exigée.

La première hypothèse, sans doute la plus fréquente, est celle où l'original est la « source première d'un document ». C'est assurément la finalité que l'on retrouve sous l'article 2860 *C.c.Q.* qui est à la base de la règle de la meilleure preuve. En effet, si l'on considère qu'un original doit être produit, c'est qu'il y a des *a priori* négatifs quant à l'altération rendue possible lors d'une reproduction. La « source première » est donc valorisée et préférée, sous réserve des multiples exceptions. Dans un tel cas, il existe donc une double condition pour satisfaire cette exigence formelle : le document, pour valoir original doit être intègre et doit être conservé de manière à « servir de référence ultérieurement ».

De ce fait, nous croyons qu'une « liste de transactions quotidiennement envoyée à une banque, qui vient en fait d'un registre informatique auquel le témoin ne peut accéder par le terminal de la banque »⁵⁴, constitue un document technologique pouvant remplir les fonctions d'un original au sens du 1^{er} paragraphe de l'article 12 de la Loi. De même, dans *Stefanovic c. ING Assurances*⁵⁵, les entrées informatiques apparaissant aux pages 4 à 14 du fichier informatique d'ING⁵⁶ pourraient aussi constituer un document technologique remplissant les fonctions d'un original. Toutefois, dans ces deux cas, ce n'est pas un document technologique qui fut déposé en preuve, mais plutôt des documents sur support papier résultant du transfert de ces documents technologiques.

La deuxième fonction qu'un original est susceptible de remplir est celle de l'unicité prévue au 2^e paragraphe de l'article 12 de la Loi. Il est possible de donner à cette fonction, moins commune que

54. *R. c. Ladouceur*, 2003 CanLII 14163 (C. Qué.).

55. *Stefanovic c. ING Assurances*, 2007 CanLII 10363 (C. Qué.).

56. *Id.*, par. 53 à 63.

la première, l'exemple du connaissement maritime qui autorise son détenteur à prendre possession des marchandises dans le port d'arrivée⁵⁷. Il est également possible de donner l'exemple du chèque. En pareils cas, la Loi dispose qu'outre le caractère intègre du document, ce dernier doit disposer d'une composante technologique permettant d'assurer cette condition d'unicité. La Loi n'en dit pas plus, neutralité technologique oblige. Toutefois, cette composante servant à réaliser ces documents pourra s'appuyer sur des standards ou normes techniques approuvés par un organisme reconnu visé à l'article 68 de la Loi. À charge entre autres pour le Comité pour l'harmonisation des systèmes et des normes⁵⁸ de proposer des technologies qui pourraient satisfaire cette exigence⁵⁹.

Enfin, la dernière fonction qui a été identifiée au 3^e paragraphe de l'article 12 de la Loi est celle où l'original cumule les deux fonctions précédentes (source première et unicité) en plus de faire un lien avec une personne. Là encore, nous pouvons illustrer ce dernier alinéa par un contrat signé ou un testament qui peut devoir être fait par un écrit original et signé⁶⁰.

L'article 12 a tenté d'appliquer rigoureusement le principe d'équivalence fonctionnelle⁶¹. Une application passablement plus précise des autres textes de loi équivalents qui ne s'arrêtent généra-

57. LE BAYON (Alain), *Dictionnaire de droit maritime*, (Rennes : Presses Universitaires de Rennes, 2004).

58. Art. 63 et suiv. de la Loi. Voir aussi : MINISTÈRE DES SERVICES GOUVERNEMENTAUX, *Foire aux questions*, disponible à http://www.msg.gouv.qc.ca/gel/loi_ti/faq/normes.asp#83.

59. *Id.*

60. Voir les articles 716 et suivants, 726 et 727 *C.c.Q.* pour les trois formes possibles de testament. Le testament notarié ne peut être fait technologiquement, faute de règlement d'application de la *Loi du notariat*. Pour le testament olographe, la condition de l'original, bien que non expressément requise, semble nécessaire dans la mesure où l'on mentionne la nécessité d'un document « entièrement » écrit et signé par le testateur. En revanche, là encore, il ne peut se faire technologiquement dans la mesure où l'on ne peut utiliser un « moyen technique ». Enfin, pour le testament devant témoins, il peut quant à lui être rédigé par un « moyen technique », mais le testateur et les témoins doivent parapher chaque page (article 728 al. 1 *C.c.Q.*). Cela dit, les deux dernières formes de testament pourraient néanmoins être reconnues même si elles utilisent un support technologique sur la base de l'article 714 *C.c.Q.* qui dispose : « Le testament olographe ou devant témoins qui ne satisfait pas pleinement aux conditions requises par sa forme vaut néanmoins s'il y satisfait pour l'essentiel et s'il contient de façon certaine et non équivoque les dernières volontés du défunt. ».

61. Par ailleurs, en vertu de l'article 14 de la Loi, il importe de préciser qu'au plan de la forme, un ou plusieurs procédés peuvent être utilisés pour remplir les fonctions prévues à l'article 12. Ceux-ci doivent toutefois faire appel aux caractéristiques du support qui porte l'information.

lement qu'à la seule première fonction que l'original est susceptible d'avoir⁶².

1.2 Distinction de copie et de transfert

La copie se définit par l'original dont elle provient et, comme lui, est une notion directement inspirée du support papier. Il est possible et désormais utile de la circonscrire comme la :

[r]eproduction d'un document source qui en conserve l'information et la forme.⁶³

Ainsi, outre la reproduction du contenu informationnel que toute reproduction se doit d'avoir, en ce qui concerne la copie, la forme, soit l'agencement de l'information, semble également devoir être identique au document source.

Mais cette situation doit être mise en perspective avec une autre opération de « reproduction » différente, nommée transfert. Cette dernière, selon notre compréhension, consiste à confectionner un document qui en fin de compte pourra remplacer le document source. D'une part, la copie implique la multiplication de l'information sur un même support ou avec une même technologie (document source et document(s) copié(s)), alors que le transfert vise à remplacer le document source qui pourra alors être détruit, soit de déplacer l'information d'un support à un autre en faisant appel à une technologie différente⁶⁴. D'autre part, alors que la copie entend être fidèle quant à l'information et à la forme, le transfert est beaucoup plus attaché à l'information, et semble autoriser des modifications de forme⁶⁵. Nous y reviendrons.

Dans la décision *Lefebvre Frères c. Giraldeau*⁶⁶, il s'agissait de savoir si l'on pouvait recevoir en preuve un agenda électronique, rédigé plus de 10 ans auparavant et qui avait donné lieu à une impression (transfert) sur un support papier. Il ne fait aucun doute que le document en cause implique un écrit technologique au sens du *Code civil du Québec* et de la Loi. Ce qui est plus problématique,

62. Voir par exemple l'article 9 al. 4 de la *Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux* de 2005. http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention.htm.

63. MINISTÈRE DES SERVICES GOUVERNEMENTAUX, *Glossaire*, disponible à http://www.msg.gouv.qc.ca/gel/loi_ti/glossaire/g035.asp.

64. *Id.*, http://www.msg.gouv.qc.ca/gel/loi_ti/glossaire/g161.asp.

65. *Id.*, http://www.msg.gouv.qc.ca/gel/loi_ti/glossaire/g161.asp.

66. *Lefebvre Frères ltée c. Giraldeau*, 2009 QCCS 404 (C. sup. Qué.).

et sur quoi le juge ne donne pas de réponse franche, est de savoir si cet écrit doit être traité comme une copie ou comme un document résultant du transfert au regard des articles 17 et suivants de la Loi. Dans le premier cas, il s'agit de vérifier que, conformément à l'article 15 de la Loi :

(...) *le procédé employé (pour réaliser la copie) doit présenter des garanties suffisamment sérieuses pour établir le fait qu'elle comporte la même information que le document source.* (...) [Les italiques sont nôtres.]

Dans le second cas, il faut s'assurer que le document résultant du transfert comporte la même information que le document source et que son intégrité est assurée. Pour ce faire, le transfert pourrait être documenté conformément à l'article 17 al. 2 de la Loi. La documentation du transfert s'avère importante, car à défaut de la détenir, le document résultant du transfert n'aura pas la même force probante que le document source. Dans ce cas, et sous réserve des règles de preuve applicables, une partie pourrait s'objecter au dépôt en preuve d'un tel document transféré.

Dans *Lefebvre Frères c. Giraldeau*, sur ce point, il est sûr, au regard des faits, qu'aucune documentation n'a été élaborée. Pourtant, le juge admet *de facto* en preuve l'impression sur support papier de l'agenda électronique, sans aucune preuve, ni mention de la documentation. Bien que le juge cite l'article 17 de la Loi dans la liste des articles applicables, nous ne pouvons déterminer au regard de cette décision quel régime s'applique dans cette hypothèse. Par conséquent, nous croyons qu'il importe de chercher des éléments de distinction entre les deux, ce à quoi ce jugement, en associant les deux concepts, n'est pas parvenu⁶⁷. D'où l'intérêt de les examiner.

La *copie* est le corollaire de l'original. Ces notions sont techniquement reliées au support papier pour lequel la Loi a fort justement apporté un statut par le biais d'une fiction. Si la notion d'original bénéficie d'une description assez précise, celle de copie est passablement vague, car principalement associée au seul critère de « garanties suffisamment sérieuses »⁶⁸, ce qui a donné lieu à peu d'interprétation jurisprudentielle⁶⁹. Néanmoins, l'article 2841 al. 1 *C.c.Q.* considère

67. *Id.*, note 66, par. 83 : « De la preuve examinée et entendue, le Tribunal est satisfait que les *copies* de relevés d'agendas électroniques produits sous la pièce D-27 sont complètes et reflètent fidèlement le contenu desdits agendas sur support électronique. Leur *transfert* sur papier reflète de façon adéquate les informations qui y ont été insérées. ». [Nos italiques].

68. Art. 15 de la Loi.

69. *Di Marco c. Bradford*, 2003 CanLII 7414 (C. Qué.), voir notamment le par. 19.

qu'une copie implique une duplication de l'information sur un même support, ou sur un support qui fait appel à une même technologie en affirmant :

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. [Les italiques sont nôtres.]

Pour être plus précis, nous distinguerons donc deux hypothèses concernant la notion de copie.

En premier lieu, une copie peut impliquer qu'aucun changement de support ne soit constitué. En d'autres mots, la nature du support restera la même. Concrètement, il s'agit par exemple de la situation où un écrit original sur support papier est photocopié sur une autre feuille de papier, la reproduction étant comme son nom l'indique une « copie » au regard de l'article 2841 *C.c.Q.* Cette hypothèse est assez simple encore une fois dans la mesure où la copie est initialement une notion directement liée au support papier. Mais cette disposition permet aussi de transposer la copie à un environnement uniquement technologique et il est possible d'envisager une situation courante même en jurisprudence⁷⁰, où un fichier par exemple en format PDF ou XLS (Excel) serait reproduit sur un même support, tel le même disque dur d'un ordinateur ou une autre clé USB semblable. Par ailleurs, la sauvegarde d'une photographie en format JPEG dans un autre répertoire d'un cédérom constitue elle aussi une copie. Implicitement, cette première hypothèse nécessite donc une technologie qui n'est pas différente de celle du document source.

Ainsi, voici des exemples qui peuvent être considérés comme des copies selon la première hypothèse de l'article 2841 *C.c.Q.* :

- le texte d'une feuille de papier est photocopié sur une autre feuille de papier ;
- un fichier en format PDF enregistré sur le disque dur d'un ordinateur est reproduit et enregistré sur le même disque dur de l'ordinateur ;
- un fichier en format XLS (Excel) enregistré sur une clé USB est reproduit et enregistré sur une autre clé USB semblable ;

70. Par exemple *Bouchard c. Société industrielle de décolletage et d'outillage (SIDO) ltée*, préc., note 14.

- un fichier en format JPEG enregistré sur un cédérom est reproduit et enregistré sur le même cédérom.

En second lieu, la copie peut être faite sur un « *autre* » support qui « *ne fait pas appel à une technologie différente* ». Cette seconde hypothèse constitue assurément la situation la plus courante en pratique. Cette précision réfère au fait qu'une distinction existe entre le « support » qui supporte l'information et la « technologie » qui permet notamment de la lire (logiciel, langage, etc.)⁷¹. Prenons l'exemple d'un fichier en format PDF qui, plutôt que d'être copié sur un même support, tel que par exemple un même disque dur, l'est sur un autre support comme une clé USB. Le document en cause garde intacte sa technologie (le format PDF) et par conséquent sa forme ainsi que son apparence, mais est passé sur un support distinct de celui du document source. Bien que le support soit différent, puisque celui-ci ne fait pas appel à une technologie différente, il en résulte une copie au sens de l'article 2841 C.c.Q. Par ailleurs, la transmission par courrier électronique d'une photographie en format JPG vers une boîte de courriers électroniques, Gmail ou Hotmail par exemple, constitue elle aussi une copie. Implicitement, cette seconde hypothèse nécessite la même technologie, mais un nouveau support.

Voici des exemples qui peuvent être considérés comme des copies selon la seconde hypothèse de l'article 2841 C.c.Q. :

- un fichier en format PDF enregistré sur le disque dur d'un ordinateur portable est reproduit et enregistré sur une clé USB ;
- un fichier en format JPEG enregistré sur le disque dur d'un ordinateur est reproduit et transmis en pièce jointe d'un courrier électronique vers une boîte de courriers électroniques Gmail.

Enfin, rappelons que dans les situations où il y aura lieu d'établir que le document constitue une copie, celle-ci devra, sur le plan de la forme, respecter les exigences de l'article 15 al. 3 de la Loi.

Le *transfert*, quant à lui, est une opération qui permet d'associer une « valeur juridique » à un document lors du passage d'un support à un autre ou d'une technologie à une autre, dès lors que cette opération est documentée. Cette opération se distingue donc bien de celle de copie que nous venons de voir.

Tout comme pour la copie, il existe donc deux hypothèses qu'il importe de distinguer au sein de la notion de transfert.

71. *Supra*, avant-propos.

En premier lieu, un transfert peut impliquer qu'aucun changement de support ne soit constitué, mais que la technologie diffère. À titre d'exemple, il s'agit de la situation où une personne désire « transformer » un document de format DOC (Word) en format PDF afin de le conserver sur le disque dur de son ordinateur ou de « transformer » une vidéo de format AVI en format MPEG afin de la conserver sur une clé USB. Implicitement, cette première hypothèse nécessite donc une technologie différente de celle du document source tout en conservant le support original. C'est notamment un tel transfert qui est à l'origine de la décision *Stadacona, s.e.c. / Papier White Birch c. KSH Solutions*.

En second lieu, le transfert peut impliquer un nouveau support de même qu'une nouvelle technologie. C'est par exemple l'hypothèse de notre fichier en format DOC (Word) qui, plutôt que d'être copié sur un même support, tel le disque dur d'un autre ordinateur, est « transformé » en format PDF et enregistré sur une clé USB. De même, l'enregistrement sur une clé USB en format PDF d'une page Internet constitue un transfert, tout comme l'impression d'un courrier électronique sur une feuille de papier.

Voici des exemples qui peuvent être considérés comme des transferts selon l'article 2841 C.c.Q. :

- un fichier en format DOC (Word) est imprimé sur une feuille de papier;
- le texte d'une feuille de papier est numérisé et sauvegardé dans un fichier en format PDF sur le disque dur d'un ordinateur;
- un fichier en format DOC (Word) enregistré sur le disque dur d'un ordinateur est transformé en format PDF et enregistré sur le même disque dur de l'ordinateur;
- un fichier en format DOC (Word) enregistré sur le disque dur d'un ordinateur est transformé en format PDF et enregistré sur une clé USB;
- un fichier en format HTML (Page Internet)⁷² disponible via le fureteur d'un ordinateur est sauvegardé en format PDF et enregistré sur une clé USB;
- un courrier électronique⁷³ reçu *via* une boîte de courriers électroniques Hotmail est imprimé sur une feuille de papier.

72. *Cintech Agroalimentaire, division inspection inc. c. Thibaudeau*, préc., note 30.

73. *Vandal c. Salvas*, préc., note 27.

À l'égard du transfert, l'article 17 al. 2 de la Loi énonce que :

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

À la lecture de cet alinéa, il appert que la documentation afférente au transfert ne devrait être créée dans les cas où il est dans l'objectif de détruire le document source. Dans un tel contexte, la documentation afférente au transfert devrait être conforme aux exigences de l'article 17 de la Loi. Tout particulièrement, elle pourra être jointe, directement ou par référence, soit au document résultant du transfert, soit à ses éléments structurants ou à son support, et devra comprendre au minimum conformément à l'article 17 al. 3 de la Loi :

(...) 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.

Ainsi, une telle documentation, bien que fortement à conseiller, ne semble toutefois pas être obligatoire. Dans cette situation, la documentation permettra de démontrer aisément la « valeur juridique » du document résultant du transfert et légalement en tenir lieu⁷⁴. En effet, dans les cas où il n'est pas prévu de détruire le document source⁷⁵, s'il n'existe aucune documentation afférente au transfert, il sera toujours possible, advenant une contestation portant sur l'intégrité du document résultant du transfert, qu'une partie requière le dépôt en preuve du document source. Dans un tel cas, étant donné que ce document sera l'original ou une copie certifiée de celui-ci, la documentation ne s'avérera plus nécessaire. Toutefois, dans les situations où le document source aura été détruit et qu'il n'existera aucune documentation eu égard au transfert de celui-ci, nous croyons que le tribunal disposera toujours d'une certaine latitude pour juger

74. Art. 2841 C.c.Q.

75. Un tel constat est soutenu par l'article 2841 al. 2 C.c.Q. qui précise que « le document résultant du transfert de l'information, *s'il est documenté*, peu[t] légalement tenir lieu du document reproduit. » [Nos italiques].

de la pertinence et de l'intégrité d'une preuve. Cela fut notamment le cas dans la décision *Lefebvre Frères c. Giraldeau*⁷⁶.

En résumé et à titre d'exemple, prenons le cas où un contrat sur support papier aurait été conclu entre deux parties. L'une d'elles, la personne « A », numérise le document en format PDF (ce qui constitue un transfert au regard de l'article 2841 C.c.Q.) et le communique par courrier électronique, en pièce jointe, à la personne « B ». Le document reçu en format PDF par cette dernière constitue alors une copie de celui envoyé par la personne « A ». Si la personne « B » désire de nouveau reproduire le document, la qualification risque alors d'être différente selon la manière employée. D'une part, la reproduction peut être envisagée comme une copie si, par exemple, le document numérique est archivé dans le même format dans l'ordinateur de la personne « B » ou même sur un autre support (autre ordinateur, disque dur externe, clé USB, etc.). D'autre part, la reproduction peut être considérée comme un transfert si le document est, par exemple, conservé avec une technologie distincte (comme par exemple si le fichier en format PDF est transformé en format JPEG (image) ou HTML (texte)).

Au-delà de la présente tentative d'expliquer plus avant, et concrètement, les éléments de distinction qui sont proposés dans la Loi, il importe aussi de rechercher la justification d'une telle opposition entre les notions de « copie » et « transfert ». En d'autres mots, quelle est la « rationalité » qui justifie une distinction entre ces deux concepts ?

Selon nous, la raison d'être de cette distinction est que la reproduction d'un document technologique présente plus de variétés que celle des documents sur support papier. Généralement, la reproduction d'un support papier sera une copie où l'information et la forme seront forcément les mêmes pour que la copie puisse valoir en preuve (respect du critère de l'intégrité). La photocopie par exemple, même quand elle est de piètre qualité, représente identiquement l'information, mais aussi la forme du document source. Or, c'est différent pour les documents technologiques. En effet, il est possible de reproduire technologiquement une copie avec une information et une forme identiques, mais il est possible aussi de « transférer » l'information dans une forme distincte. Aussi, du fait de cette perte quant au format, il semble opportun qu'il faille la compenser par l'obligation de documentation. En effet, à la perte d'« [e]ncrage » avec la matière physique que le support papier présente, il importait d'associer un

76. *Lefebvre Frères ltée c. Giraldeau*, préc., note 66, par. 83.

élément extérieur qui puisse faire état du caractère en bien des cas processuel que le document technologique présente⁷⁷. « Paper contract is an act; electronic contract is a process »⁷⁸.

1.3 Copie certifiée

À cet égard, et au-delà de la distinction entre les notions de copie et transfert, il importe de souligner que les deux notions ne s'opposent pas. En effet, il est notamment prévu aux articles 2841 al. 2 et 3 et 2842 al. 2 *C.c.Q.* qu'une copie puisse être certifiée, processus qui à certains égards n'est pas si différent de la notion de documentation :

Art. 2841 al. 2 : (...) 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. (...).

En effet, qu'est-ce que cette procédure de certification si ce n'est une certaine forme de documentation ? On peut ainsi imaginer qu'une copie sera certifiée par le seul fait de voir une personne en autorité, identifiée comme telle dans une entreprise ou à l'intérieur d'un ministère ou organisme, et ce, au regard d'un processus qui semble dégager une certaine crédibilité. Sur la base de la neutralité technologique, la Loi ne pouvait aller plus loin dans la précision.

77. GAUTRAIS, *préc.*, note 52, p. 96.

78. KATSH (Ethan), *Law in a digital world*, (New York: Oxford University Press, 1995), p. 129.

Au-delà de cette exigence relative à la personne responsable de la certification, il est également prévu certains critères qui viennent préciser la manière dont celle-ci doit s'opérer. Deux articles sont en l'occurrence applicables. En premier lieu, l'article 2842 al. 2 *C.c.Q.* précité réfère à une possible déclaration, que l'on peut imaginer venir de la personne responsable, qui viendrait étayer la qualité de la copie quant aux « circonstances » et à la « date » de ladite copie. Ce premier critère attaché à cette exigence de déclaration est surtout « organisationnel ». En second lieu, l'on doit envisager la certification de la copie au regard de l'article 2860 al. 3 *C.c.Q.* qui mentionne explicitement l'article 16 de la Loi⁷⁹. Un article qui réfère davantage ici à une solution technologique de « procédé de comparaison ». Sans être impératifs, ces deux critères de satisfaction de la certification de la copie semblent être présentés dans la lettre de la Loi et du *Code civil du Québec* comme des solutions possibles pour s'assurer de la qualité de la copie.

Il importe aussi d'ajouter que, contrairement à ce qui a déjà été vu dans certaines jurisprudences⁸⁰ et selon une analyse littérale de l'article 2841 al. 2 *C.c.Q.*, si la certification d'une copie n'est pas faite selon une procédure précisément et impérativement prescrite par la Loi, le fait même de certifier une copie pourrait ne pas être considéré comme étant obligatoire. Ceci est d'autant plus vrai que le *Code civil du Québec* dispose de la souplesse requise, et notamment dans l'hypothèse courante de l'application de la règle de la meilleure preuve de l'article 2860 al. 2 *C.c.Q.*, où la preuve de la copie peut se faire par tous moyens.

Enfin, dernière précision, le terme de certification ne doit pas être compris comme faisant référence aux articles 47 et suivants de la Loi qui traitent davantage de certification numérique⁸¹. La copie certifiée est plutôt considérée comme un synonyme de la copie vidimée (copie certifiée conforme) qui renforce la preuve tant de l'intégrité que de l'auteur du document en cause⁸².

79. Art. 16 de la Loi : « Lorsque la copie d'un document doit être certifiée, cette exigence peut être satisfaite à l'égard d'un document technologique au moyen d'un procédé de comparaison permettant de reconnaître que l'information de la copie est identique à celle du document source. ».

80. Voir par exemple *Intercontinental Corporate Technology Services Ltd. c. Bombardier inc.*, préc., note 27. Dans cette décision, le juge énonce clairement que la certification est obligatoire.

81. MINISTÈRE DES SERVICES GOUVERNEMENTAUX, *Loi annotée par sujets*, disponible à http://www.msg.gouv.qc.ca/gel/loi_ti/sujets/certification.asp et MINISTÈRE DES SERVICES GOUVERNEMENTAUX, *Glossaire*, disponible à http://www.msg.gouv.qc.ca/gel/loi_ti/glossaire/g020.asp.

82. *Id.*, http://www.msg.gouv.qc.ca/gel/loi_ti/glossaire/g034.asp.

2. MOYENS DE PREUVE ET DOCUMENTS TECHNOLOGIQUES

Le *Code civil du Québec* prévoit cinq différentes formes de moyens de preuve à l'article 2811. Nous nous permettons de faire un choix en traitant seulement de l'acte sous seing privé et des autres écrits⁸³ en ce qui a trait aux écrits. Ensuite, et toujours sur la base des quelques interprétations jurisprudentielles eu égard aux documents technologiques, nous discuterons de l'élément matériel et du témoignage.

2.1 Acte sous seing privé technologique

L'acte sous seing privé est celui qui constate un acte juridique et porte la signature des parties⁸⁴. Aucune autre formalité n'est exigée à l'égard de cet acte. On pourra donc le qualifier de document technologique au sens de la Loi lorsqu'il sera porté par un support faisant appel aux technologies de l'information.

L'admissibilité en preuve d'un acte sous seing privé porté par un support technologique ou résultant d'un transfert s'est vu modifier par la Loi. Bien qu'aucune décision concernant l'admissibilité en preuve d'un tel acte n'ait été, à notre connaissance, répertoriée depuis l'entrée en vigueur de la Loi, il importe d'analyser la façon de procéder pour admettre en preuve un tel acte.

Cette question, quoique importante, ne doit pas dans le cadre de l'admissibilité en preuve laisser de côté la notion d'intégrité sur laquelle la Loi se fonde et celle de signature. Également, il importera de discuter des modalités de contestation qui sont désormais offertes.

2.1.1 Admissibilité en preuve

Qu'il soit technologique ou non, tout acte sous seing privé déposé en preuve se doit de respecter les règles de droit applicables. De ce fait, la partie qui entend invoquer un tel acte doit en faire la preuve puisqu'elle incombe en effet à celui qui prétend (*actor incumbit probatio*)⁸⁵.

83. Ce choix éditorial est grandement motivé par la jurisprudence qui au Québec n'a donné lieu, au meilleur de notre connaissance, à aucun cas relatif aux copies des lois et aux actes semi-authentiques. Également, les actes authentiques requièrent une intervention réglementaire telle que prévue selon la *Loi sur le notariat* (L.R.Q. c. N-3).

84. Art. 2826 C.c.Q.

85. Art. 2811 et 2828 C.c.Q.

Une fois prouvé, l'acte sous seing privé fera preuve de l'acte juridique qu'il renferme et des déclarations des parties qui s'y rapportent directement. Ainsi, à l'égard d'un contrat intervenu entre deux personnes, soit A et B, si la personne « A » oppose à la personne « B » le contrat qu'elles ont signé, celui-ci fera preuve, sous réserve d'être contesté de la manière prévue au *Code de procédure civile*, de l'acte juridique qu'il renferme et des déclarations des parties qui s'y rapportent directement⁸⁶.

L'article 2860 *C.c.Q.* énonce la règle de la production d'un acte juridique constaté dans un écrit ou du contenu d'un écrit. Il se lit comme suit :

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

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

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

Conformément à l'article 2860 al. 1 *C.c.Q.*, un acte sous seing privé se doit d'être prouvé par la production de l'original ou d'une copie qui légalement en tient lieu. En pratique, une partie pourrait ainsi produire :

- un document technologique remplissant l'une des trois fonctions qu'un original peut avoir en vertu de l'article 12 de la Loi;
- un document technologique qui constitue une copie certifiée⁸⁷ de l'acte sous seing privé technologique;
- un document technologique ou non résultant du transfert de l'acte sous seing privé.

En analysant la jurisprudence portant sur la Loi, il nous a été possible de constater qu'il y a, à notre connaissance, peu de décisions

86. Art. 2829 *C.c.Q.*

87. Art. 2841, 2842 et 2860 *C.c.Q.*

portant sur l'admissibilité en preuve d'un écrit technologique. Dans les faits, force est d'admettre que les décisions qui étudient cette question portent non pas sur des écrits technologiques, mais plutôt sur des écrits technologiques ayant fait l'objet d'un transfert sur un support papier, et ce, que l'écrit technologique (document source) soit détruit ou non⁸⁸. Par conséquent, ce n'est non pas l'écrit technologique qui est généralement déposé en preuve, mais plutôt un document sur support papier résultant du transfert d'un document source qualifié d'écrit technologique. Dans un tel cas, nous ne sommes donc plus confrontés à un document technologique, mais plutôt à un document⁸⁹.

Soulignons enfin que l'article 2860 al. 2 *C.c.Q.* prévoit que lorsqu'une partie ne pourra, malgré sa bonne foi et sa diligence, produire l'original de l'écrit ou la copie qui légalement en tient lieu, que celle-ci soit un document technologique ou non, la preuve pourra ainsi être faite par tous moyens. Il va sans dire, tout comme pour la latitude dont le tribunal dispose pour juger de la pertinence et de l'intégrité d'une preuve⁹⁰, cette exception pourra sûrement être utile pour une partie dans les situations où, à l'égard d'un document technologique, elle ne serait pas en mesure de satisfaire aux exigences afférentes à la production en preuve d'un acte sous seing privé technologique.

2.1.1.1 Intégrité

La partie qui souhaite déposer un acte sous seing privé afin que celui-ci soit reconnu comme un original ou une copie certifiée doit démontrer, outre le fait que le document émane réellement de son auteur, c'est-à-dire de la personne qui y a apposé sa signature, que son intégrité est assurée⁹¹. En pratique, et c'est souvent le cas, une telle démonstration peut se faire par la reconnaissance du document par le témoignage du signataire de l'acte.

88. *Cintech Agroalimentaire, division inspection inc. c. Thibaudeau*, préc., note 30.

89. *Supra*, questions 1 et 2 de la section sur le document technologique de l'avant-propos.

90. *Supra*, section sur le document technologique de l'avant-propos et *Lefebvre Frères ltée c. Giraldeau*, préc., note 66.

91. Art. 2838 *C.c.Q.* ; GAUTRAIS (Vincent), « Le contrat électronique au regard de la Loi relative à l'encadrement des technologies de l'information », dans GAUTRAIS (Vincent) (Dir.), *Le droit du commerce électronique*, (Montréal : Thémis, 2002), p. 3-56 ; DUCHARME (Léo), *Précis de la preuve*, 6^e éd., Coll. Bleue, (Montréal : Wilson et Lafleur, 2005).

Bien que les articles 2839 al. 1 *C.c.Q.*⁹² et 6 de la Loi⁹³ définissent l'intégrité d'un document, nous croyons qu'une telle preuve de l'intégrité d'un document, bien qu'obligatoire à détenir, n'aurait pas à être présentée au tribunal lorsqu'un témoin peut confirmer que c'est bel et bien le document qu'il a signé. Toutefois, une telle preuve pourrait néanmoins être utilisée advenant l'impossibilité, pour une quelconque raison, d'obtenir une reconnaissance du document par un témoin.

L'intégrité est l'état d'une chose qui est demeurée intacte⁹⁴. Ainsi, un document, technologique ou non, sera intègre si l'information qu'il contient n'a pas été modifiée depuis sa création⁹⁵, qu'elle est maintenue dans son intégralité et que son support lui procure la stabilité et la pérennité voulue⁹⁶. Il en est de même pour l'acte sous seing privé établi sur un support faisant appel aux technologies de l'information⁹⁷, tel un contrat signé par les parties et sauvegardé en format PDF sur un disque dur. Dès lors, un contrat conclu en format PDF ou sur une feuille de papier ne serait plus intègre si l'une des parties avait, à l'insu de l'autre, et dans le but d'en changer le sens, modifié certaines clauses une fois le contrat signé⁹⁸.

L'intégrité, lorsqu'elle est maintenue pendant tout son cycle de vie, et sous réserve que le document respecte les règles de droit qui lui sont applicables⁹⁹, permet à un document d'acquérir une « valeur juridique ». Cette notion de « valeur juridique » n'est pas un

92. Art. 2839 al. 1 *C.c.Q.* : « L'intégrité d'un document est assurée, lorsqu'il est possible de vérifier que l'information n'en est pas altérée et qu'elle est maintenue dans son intégralité, et que le support qui porte cette information lui procure la stabilité et la pérennité voulue. ».

93. *Supra*, note 3, 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. ».

94. MINISTÈRE DES SERVICES GOUVERNEMENTAUX, *Glossaire*, disponible à http://www.msg.gouv.qc.ca/gel/loi_ti/glossaire/g084.asp.

95. De même que maintenue durant le cycle de vie du document.

96. Art. 6 de la Loi.

97. Art. 2838 *C.c.Q.*

98. ROYER (Jean-Claude), *La preuve civile*, 4^e édition, (Cowansville : Blais, 2008), p. 231.

99. MINISTÈRE DES SERVICES GOUVERNEMENTAUX, *Loi annotée par sujets*, disponible à http://www.msg.gouv.qc.ca/gel/loi_ti/sujets/cycle.asp.

terme usuel dans le *Code civil du Québec* et est précisée en vertu de l'article 5 al. 1 de la Loi comme suit :

La valeur juridique d'un document, notamment le fait qu'il puisse produire des effets juridiques et être admis en preuve, n'est ni augmentée ni diminuée pour la seule raison qu'un support ou une technologie spécifique a été choisi.¹⁰⁰

Le document technologique pourra ainsi servir aux mêmes fins et produire les mêmes effets juridiques que le document sur support papier, et ce, dans les situations où il respecte les règles de droit qui lui sont applicables¹⁰¹.

Dans les faits, le respect de la condition d'intégrité est le constat que le document auquel nous sommes confrontés porte la même information depuis sa création. À cet égard, lorsque nécessaire, une telle preuve d'intégrité pourra notamment se faire par le témoignage de la personne tenue de conserver intègre ledit document ou la démonstration des mesures de sécurité mises en place pour protéger le document au cours de son cycle de vie¹⁰². Il va sans dire qu'il s'avère complexe d'exposer des exemples pratiques à cet égard puisque jusqu'à maintenant, nous n'avons répertorié aucune jurisprudence démontrant une telle preuve d'intégrité. Par ailleurs, nous croyons que, dépendamment du support utilisé et de la technologie employée, de même que des règles de sécurité applicables, l'intégrité pourra ainsi être protégée par des moyens ou procédés appropriés au support du document. De ce fait, chaque situation pourrait être considérée comme un cas unique¹⁰³.

Notons à titre de comparaison, comme vu précédemment, que l'intégrité est aussi précisée pour les notions de copie et de transfert. Ainsi, à l'égard des copies certifiées et des documents résultant du transfert, l'intégrité pourra notamment être démontrée par une comparaison de ceux-ci, c'est-à-dire du document source avec, selon le cas, la copie ou le document résultant du transfert.

Également, en ce qui a trait aux « simples » copies, c'est-à-dire celles non certifiées, leur intégrité sera sujette au procédé employé

100. MINISTÈRE DES SERVICES GOUVERNEMENTAUX, *Glossaire*, disponible à http://www.msg.gouv.qc.ca/gel/loi_ti/glossaire/g165.asp.

101. Art. 9 de la Loi.

102. Par. 6(3) de la Loi.

103. Il convient de souligner que le comité pour l'harmonisation des systèmes et des normes pourra élaborer des guides de pratiques sur les mesures de sécurité et les mesures de gestion adéquates pour assurer l'intégrité d'un document technologique au cours de tout son cycle de vie. Voir art. 64 et s. de la Loi.

afin de réaliser ladite copie et, conformément à l'article 15 de la Loi, devra présenter des garanties suffisamment sérieuses pour établir le fait qu'elle comporte la même information que le document source.

Enfin, et contrairement à certaines décisions¹⁰⁴ et à certains auteurs¹⁰⁵ qui laissent croire que l'article 7 de la Loi¹⁰⁶ crée une présomption d'intégrité d'un document technologique, nous sommes plutôt d'avis que cet article exempte seulement la partie désireuse de déposer en preuve un document technologique de démontrer que le *support* du document employé ou que la technologie utilisée assure l'intégrité de l'information portée par le support technologique¹⁰⁷ :

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

En d'autres mots, l'admissibilité en preuve d'un acte sous seing privé technologique sera sujette à la démonstration de l'intégrité de l'information qu'il porte et non pas, à ce stade-ci, à la démonstration que le support utilisé et les technologies employées permettent d'assurer l'intégrité du document. Une telle preuve sera toutefois nécessaire si la partie adverse démontre une atteinte à l'intégrité du document, et ce, afin de justifier que l'information est intègre compte tenu de son support utilisé et de la technologie employée.

L'article 7 de la Loi constitue donc une exemption de preuve visant à faciliter l'usage des technologies de l'information lors de la présentation d'un document technologique en preuve. En aucun cas l'article 7 ne saurait constituer une présomption d'intégrité à l'égard d'un document technologique. Il incombe donc à la partie qui souhaite

104. Voir notamment *Montréal (Ville) c. Bolduc*, 2009 CanLII 30774 (Cour municipale de Montréal); *Vandal c. Salvas*, préc., note 27; *Stefanovic c. ING Assurances*, préc., note 55; *Citadelle, Cie d'assurance générale c. Montréal (Ville)*, préc., note 26. La toute récente décision *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Compagnie d'arrimage de Québec ltée*, 2010 QCCQ 942 (C. Qué.) prévoit en effet, ce qui ne nous apparaît pas, en toute déférence, juste : « 120] Les inscriptions informatisées et les factures sont donc recevables en preuve, sans avoir à prouver leur intégrité (art. 2840 C.c.Q.) à moins que la partie adverse n'établisse qu'il y aurait eu atteinte à leur intégrité ».

105. FABIEN, préc., note 2.

106. Voir aussi l'article 2840 C.c.Q. qui énonce le même principe.

107. GAUTRAIS, préc., note 91.

déposer un document en preuve de démontrer l'intégrité du document, sous réserve de l'article 89 par. 4 du *C.p.c.*¹⁰⁸.

En pratique, une telle justification de l'intégrité devra se faire au moment du dépôt en preuve du document technologique. Ainsi, une requête déposée au stade préliminaire visant à accéder à tous les ordinateurs d'une tierce partie (afin de valider l'intégrité des copies des fichiers électroniques) nous semble inopportune dans un contexte où le *Code de procédure civile* prévoit un tel mécanisme de contestation. À cet égard, la décision *2414-9098 Québec c. Pasargad Development*¹⁰⁹ souligne :

S'il s'avère un jour que la preuve révèle qu'il y a eu dissimulation ou modification illégitime des fichiers fournis, il y aurait alors lieu de sanctionner le comportement de celui qui en serait responsable. Pour l'instant, demander que Pasargad paie ces frais est totalement injustifié, d'autant plus qu'elle ne peut nécessairement dicter à Bélec sa conduite. [Les italiques sont nôtres.]

Dans cette décision, le fait que l'expert des demandeurs n'a pas été en mesure d'ouvrir lui-même l'ordinateur de la tierce partie et, de ce fait, de valider les fichiers reçus et leur intégrité, n'a pas été jugé comme problématique.

Enfin, et considérant les diverses possibilités qu'offrent les technologies de l'information, notamment dans le cadre de la réalisation de copies ou de transferts de l'information portée par un support à un autre, il importe de noter que la Loi prévoit à l'article 10¹¹⁰ certaines hypothèses où des modifications, notamment de forme, ou que le seul fait qu'un document comporte de façon apparente ou

108. *Infra*, sous-section sur la contestation d'un écrit technologique selon l'article 89 *C.p.c.* de la section sur l'acte sous seing privé technologique de la présente partie.

109. *2414-9098 Québec c. Pasargad Development Corporation*, 2009 QCCS 3351 (C. sup. Qué.).

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

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

sous-jacente de l'information différente relativement au support ou à sa sécurité, ne porteraient pas forcément atteinte à l'intégrité d'une copie ou d'un document résultant d'un transfert. De tels changements, dont par exemple la perte de certaines métadonnées¹¹¹ lorsqu'elles concernent la sécurité d'un document, ne devraient donc pas, conformément à la Loi, constituer des atteintes à l'intégrité du document¹¹². Par ailleurs, quant à tout autre changement apporté qui pourrait avoir une incidence sur l'intégrité, ils devront être effectués par la personne habilitée et selon les modalités de la Loi, soit l'article 21. C'est notamment de tels changements qui, à notre avis, ont été apportés aux documents technologiques déposés en preuve dans la décision *Stadacona, s.e.c. / Papier White Birch c. KSH Solutions*. Bien qu'aucune documentation ne fut produite et que les documents sources à l'origine du transfert n'ont, selon notre compréhension, pas été détruits, nous croyons qu'en communiquant à la partie demanderesse les documents technologiques dans un format PDF, soit un format différent de celui d'origine, celle-ci ne pouvait examiner les effets qu'une modification à l'échéancier des travaux pouvait induire sur les autres éléments de l'échéancier. Dans le présent cas, où la partie défenderesse poursuivait la partie demanderesse en dommages résultant d'un retard dans l'exécution des travaux de modernisation, les modifications apportées à l'échéancier étaient un élément important de la preuve et l'accès aux documents technologiques dans leur format d'origine aurait dû, à notre avis, être autorisé par le tribunal¹¹³.

En terminant, précisons que tout document dont le support ou la technologie ne permettent ni d'affirmer, ni de dénier que l'intégrité en est assurée, pourra, selon les circonstances, être admis à titre de témoignage ou d'élément matériel de preuve et servir de commencement de preuve comme prévu à l'article 2865 *C.c.Q.* Nous y reviendrons¹¹⁴.

111. MINISTÈRE DES SERVICES GOUVERNEMENTAUX, *Glossaire*, disponible à http://granddictionnaire.com/btml/fra/r_motclef/index1024_1.asp.

112. Par ailleurs, l'article 11 de la Loi prévoit qu'en cas de divergence entre l'information de documents portée par des supports différents ou faisant appel à des technologies différentes et qui sont censés porter la même information, le document dont il est possible de vérifier que l'information n'a pas été altérée et qu'elle a été maintenue dans son intégralité a préséance sous réserve d'une preuve contraire.

113. *Stadacona, s.e.c. / Papier White Birch c. KSH Solutions inc.*, préc., note 18.

114. Par. 5(3) de la Loi.

2.1.1.2 Présomptions d'intégrité

L'alinéa 4 de l'article 15 de la Loi crée une présomption d'intégrité à l'égard de toute copie effectuée par une entreprise¹¹⁵ ou l'État. Une telle présomption exempte donc un tiers de démontrer l'intégrité de la copie qu'il souhaite déposer en preuve à l'égard de l'entreprise ou de l'État. Une telle présomption est toutefois seulement applicable à la copie et non au document résultant du transfert.

La Loi offre une seconde présomption à son article 33. Ainsi, toute personne jouit d'une présomption d'intégrité à l'égard de tout exemplaire ou copie d'un document d'une entreprise¹¹⁶ ou de l'État qu'elle génère à partir d'un système, y compris un logiciel, mis à sa disposition par l'un d'eux.

Une telle présomption en faveur de la personne qui génère le document empêche donc une entreprise ou un État d'exiger qu'elle démontre l'intégrité de l'exemplaire ou de la copie. Dans les faits, une telle présomption s'avère intéressante puisqu'il peut être parfois difficile et complexe pour une personne de présenter une telle preuve. Dans de telles situations, le document devient admissible par son simple dépôt, sous réserve des règles applicables, et ce, sans la nécessité d'en démontrer l'intégrité. L'entreprise ou l'État pourrait toutefois toujours contester cette dernière.

À titre d'exemple, nous sommes d'avis qu'une confirmation d'achat d'un produit générée à même le site Web du magasin *Archambault* ou des *Rôtisseries St-Hubert*, ou reçue par courrier électronique bénéficie d'une telle présomption, et ce, tout comme pour un avis généré par le site Web d'un ministère ou d'une municipalité confirmant l'accomplissement de certains actes dont le paiement d'une somme d'argent. Une telle présomption aurait aussi existé en faveur de M^{me} Thibaudeau si son employeur avait été le ministère des Transports du Québec. Dans la décision *Cintech Agroalimentaire, division inspection inc. c. Thibaudeau*¹¹⁷, cette dernière déposa en preuve les distances entre certaines villes du Québec, lesquelles provenaient du site Web du ministère des Transports, afin de justifier ses frais de déplacement.

115. Au sens de l'article 1525 al. 3 C.c.Q.

116. Au sens de l'article 1525 al. 3 C.c.Q.

117. *Cintech Agroalimentaire, division inspection inc. c. Thibaudeau*, préc., note 30.

2.1.1.3 Signature

Selon l'article 2827 *C.c.Q.*, la signature :

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

À l'égard d'un document technologique, la signature répond entre autres à deux fonctions fondamentales, soit l'identité du signataire et la manifestation de son consentement. Deux fonctions propres à la notion d'équivalence fonctionnelle que l'on retrouve d'ailleurs uniformément tant dans les autres droits nationaux¹¹⁸ que dans les documents internationaux¹¹⁹.

Dans la décision *Montréal (Ville) c. Bolduc*¹²⁰ de la Cour municipale de la Ville de Montréal, le tribunal devait déterminer si un constat d'infraction est valide par la seule apposition, par procédé électronique, des nom, prénom, numéro de matricule et numéro d'unité de l'agent de la paix en lettres moulées, alors qu'une signature est requise au regard du *Règlement sur la forme des constats d'infraction*¹²¹. Sans que l'on puisse en déduire une argumentation parfaitement claire, le tribunal répond par l'affirmative, admettant en preuve ledit constat dûment signé. Portée en appel devant la Cour supérieure¹²², le tribunal en vient de nouveau à la même conclusion, soit que l'apposition des nom, prénom, numéro matricule et numéro d'unité de l'agent de la paix constitue une signature, mais non pas sur la base de l'article 2827 *C.c.Q.*, mais plutôt à la lumière de diverses définitions de la notion de « signature » provenant de nombreux dictionnaires consultés¹²³.

118. Notamment la *Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique*, article 4 intégrant l'article 1316-4 du Code civil français. Ceci vaut aussi pour la plupart des lois provinciales du reste du Canada.

119. Voir par exemple l'article 9 al. 3 de la *Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux*, préc., note 62.

120. *Montréal (Ville) c. Bolduc*, préc., note 104.

121. *Règlement sur la forme des constats d'infraction* (L.R.Q., c. C-25.1, r. 0.1.1).

122. *Montréal (Ville) c. Bolduc*, 500-36-005161-099 (C. sup. Qué.) (08 février 2010). Par ailleurs, il importe de souligner qu'une requête pour permission d'appeler du jugement de la Cour supérieure a été accueillie le 19 avril 2010. *Bolduc c. Montréal (Ville de)*, 2010 QCCA 755 (CanLII).

123. Comme l'ont d'ailleurs déjà fait les juges de la Cour d'appel de l'Alberta dans la décision *Leopky c. Meston*, 2008 ABQB 45.

Indirectement, en énonçant que l'agent de la paix n'avait pas seulement apposé son nom au constat d'infraction, mais qu'il était « allé plus loin [en y] ajout[ant] des éléments qui font que sa signature est unique », dont l'ajout de son numéro de matricule et de son numéro d'unité, le tribunal a ainsi reconnu l'une des deux fonctions fondamentales, soit l'identité du signataire. Ces éléments ont ainsi permis de rendre distinctive la signature :

(...) en ce qu'elle permet au défendeur d'individualiser, sans doute possible, l'agent qui a attesté les faits mentionnés au constat d'infraction. *L'ajout du matricule et du numéro d'unité constitue le « code de validation » de sa signature. En effet, il n'y a qu'une personne qui peut, au SPVM, signer un document, Gagnon Pascal, matricule 1676, unité 429.* [Les italiques sont nôtres.]

Comme le souligne le tribunal, il importe de garder à l'esprit l'objet de la loi. Ainsi, la signature apposée au constat d'infraction est requise « afin de permettre au défendeur de s'assurer de l'identité de la personne qui lui décerne le constat d'infraction et qui a constaté les faits qui y sont relatés ». Elle démontre de ce fait la volonté (le consentement) de l'agent de la paix à délivrer ledit constat à la lumière des faits qu'il a constatés. Une telle signature respecte donc, d'après nous, l'article 39 al. 1 de la Loi.

Cette décision contraste toutefois avec la décision *Québec (Ville) c. Lortie*¹²⁴ de la Cour municipale de la Ville de Québec où, à l'égard de faits semblables, le tribunal est en venu à la conclusion que l'attestation prévue au constat ne comporte pas de signature puisque seulement le nom en lettres moulées et le matricule du policier apparaissent.

Encore une fois, la réponse à donner à cette controverse jurisprudentielle pourrait être traitée au regard de l'équivalence fonctionnelle. En effet, une signature sert à identifier le signataire¹²⁵ et à manifester son consentement comme l'indique l'article 2827 *C.c.Q.* Deux fonctions qui semblent dans ces deux décisions ne pas véritablement poser de problème, l'identité du policier et sa volonté de sanctionner le contrevenant étant pour le moins caractérisées.

D'une part, quant à l'identité, elle n'est nullement contestée par l'automobiliste ; et si cette première fonction est forcément associée à un certain niveau de confiance, l'on peut dans un cas comme celui-ci

124. *Québec (Ville) c. Lortie*, 2008 CanLII 26333 (Cour municipale de Montréal).

125. Art. 39 al. 2 de la Loi.

tenir compte du contexte général pour considérer que la simple apposition du nom dactylographié de l'agent de police suffise en pareilles circonstances. D'ailleurs, l'identité pourrait aisément être prouvée en faisant venir à la cour ce dernier.

D'autre part, relativement à la manifestation de volonté, elle ne fait ici aucun doute non plus, la remise du document étant pour le moins non équivoque. Aussi, si la manifestation de volonté est souvent associée à un certain degré de formalisme – comme par exemple dans les hypothèses de contrats de consommation électroniques¹²⁶ –, le degré de formalisme va dépendre du niveau de vulnérabilité du signataire qui s'engage. Or ici, ce dernier est un policier qu'il n'est nul besoin de protéger par une telle mesure. Au-delà de cette définition « fonctionnelle » que le *Code civil du Québec* propose, il est donc important d'interpréter le niveau de formalisme requis en se basant sur les circonstances et le contexte de l'exigence légale :

Étant donné ma conclusion au sujet des exigences établies par le par. 742.6 (4), il n'est pas nécessaire de décider si le nom dactylographié du policier constitue une signature au sens de cette disposition. Je soulignerais tout simplement que, lorsque cette question se pose, il convient d'y répondre, d'une part, en tenant compte du contexte, et notamment de l'importance de l'attestation personnelle, et, d'autre part, en faisant preuve de la souplesse nécessaire pour permettre le recours à la technologie en constante évolution.¹²⁷

Ce même constat fut sensiblement repris par la Cour supérieure dans la décision *Montréal (Ville) c. Bolduc* alors que le Tribunal énonce :

Il ne faut également pas perdre de vue que le motif invoqué par l'appelant relève de la forme et que celle-ci doit s'incliner devant le fond comme le rappellent si bien les auteurs Lebel et Roy :

« À l'instar du Code de procédure civile, le Code de procédure pénale fait l'objet d'une interprétation généreuse. Les tribunaux y font prévaloir la substance sur la forme, écartant ainsi le formalisme d'autrefois. »

Accueillir l'appel ferait triompher la forme sur la substance alors que l'appelant n'a pas démontré que ce prétendu vice de forme lui cause un quelconque préjudice. Le Tribunal est d'avis

126. *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, préc., note 35.

127. *Montréal (Ville) c. Bolduc*, préc., note 104.

que le constat d'infraction émis à l'appelant est conforme à la lettre et à l'esprit de la Loi et du Règlement et que rappel doit être rejeté.¹²⁸ [Les italiques sont nôtres.]

2.1.2 Contestation d'un écrit technologique selon l'article 89 C.p.c.

Conformément aux articles 89 par. 1 et 4 C.p.c., toute contestation de la signature ou d'une partie importante d'un écrit sous seing privé, qu'il soit sur support technologique ou non, de même que toute contestation d'un document technologique fondée sur une atteinte à son intégrité doivent être expressément alléguées et appuyées d'un affidavit :

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

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

(...)

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

À défaut de cet affidavit, les écrits sont tenus pour reconnus ou les formalités pour accomplies, selon le cas. [Les italiques sont nôtres.]

Ainsi, comme le souligne le dernier paragraphe de l'article 89 C.p.c., le fait de ne pas produire un tel affidavit équivaut à une reconnaissance de l'écrit sous seing privé, incluant sa signature, ou de l'intégrité d'un document technologique. À l'égard de ce dernier, il va sans dire qu'ayant fait l'objet d'un transfert vers un support ne faisant pas appel aux technologies de l'information, telle une feuille de papier par exemple, il ne serait pas sujet à l'obligation d'avoir un tel affidavit afin de contester l'intégrité du document résultant du transfert. Toutefois, cet affidavit serait nécessaire si la contestation concerne la signature ou une partie importante d'un écrit sous seing privé conformément au 1^{er} paragraphe.

128. *Montréal (Ville) c. Bolduc*, préc., note 122.

L'omission de la part des parties en cause d'évoquer cette formalité procédurale est une cause constante d'admission des documents technologiques sans qu'aucune analyse ne soit faite à l'égard de l'intégrité de ces derniers, et ce, en faisant fi du principe général prévu à l'article 2860 al. 1 *C.c.Q.* selon lequel la preuve incombe à la partie qui prétend¹²⁹.

Jusqu'à maintenant, nous n'avons répertorié aucune décision traitant de la contestation d'une atteinte à l'intégrité d'un document technologique en vertu de l'article 89 par. 4 *C.p.c.*¹³⁰. Toutefois, un tel affidavit aurait pu être nécessaire dans les décisions mettant en cause l'intégrité d'un document, si les documents que l'on souhaitait faire admettre en preuve avaient été qualifiés de documents technologiques¹³¹.

Toutefois, malgré l'absence de décision à ce sujet, nous sommes d'avis qu'une fois un tel affidavit soumis, énonçant de façon précise les faits et motifs qui rendent probable l'atteinte à l'intégrité du document, la partie qui souhaite mettre en preuve un tel document technologique devrait, conformément à l'article 7 de la Loi¹³², prouver que le support du document ou que les procédés, systèmes ou technologies utilisés pour communiquer au moyen d'un document permettent d'assurer son intégrité. Une fois cette preuve établie, preuve qui, à notre avis, pourrait nécessiter un témoin expert à l'égard du support, des procédés, des systèmes ou des technologies utilisés, il reviendra au tribunal de juger de l'admission de la preuve quant à son intégrité selon la balance des probabilités.

2.2 Autre écrit technologique

Cet écrit pour le moins courant dans la pratique des affaires, et introduit dans le *Code civil du Québec* sous les articles 2831 et suivants, l'est peut-être encore plus dans les nouveaux réseaux, l'information y circulant davantage, l'interaction étant passablement augmentée.

129. *Vandal c. Salvas*, préc., note 27 et *Intercontinental Corporate Technology Services c. Bombardier*, préc., note 27.

130. Dans les faits, les documents contestés étaient plutôt des documents sur support papier résultant d'un transfert à partir des documents technologiques (document source).

131. Voir par exemple *Vandal c. Salvas*, préc., note 27.

132. Art. 2840 *C.c.Q.*

Ces articles réfèrent plus précisément à un écrit rapportant un *acte* et à celui faisant état d'un *fait*, respectivement aux articles 2831 et 2832 *C.c.Q.*

2.2.1 *Autre écrit technologique constatant un acte*

Dans ce cas, au-delà des trois conditions constitutives, soit i) dans le cours des activités, ii) d'une entreprise, et iii) constatant un acte), il est à noter que l'article 2838 *C.c.Q.* ne requiert pas formellement le respect du critère de l'intégrité que l'on trouve ailleurs. En effet, la liste des écrits cités à cet article prend le soin de ne pas référer à ces seuls « autres écrits ». Cette omission se justifie sans doute par le fait que l'article 2835 *C.c.Q.* évoque un régime de liberté probatoire, celui qui l'invoque n'ayant qu'à faire la preuve de la seule origine, et ce, même si certains auteurs considèrent que cette condition est implicite en dépit du silence de l'article 2838 *C.c.Q.*¹³³.

Cela dit, ce régime à part que l'on consacre aux autres écrits ne veut évidemment pas dire qu'un document technologique ne puisse être un écrit instrumentaire¹³⁴.

2.2.2 *Autre écrit technologique constatant un fait*

Cette seconde catégorie d'autres écrits, également décrite comme « écrit non instrumentaire », est de la nature du témoignage¹³⁵ même si elle entre aussi sous la juridiction de l'article 2832 *C.c.Q.* Il est souvent constaté que des documents technologiques constituent ce moyen de preuve, comme on peut le voir dans la jurisprudence¹³⁶.

La preuve des faits, à la différence des actes, fait l'objet d'une liberté probatoire comme énoncée à l'article 2857 *C.c.Q.* La rationalité derrière cette permissivité s'entend bien et laisse légitimement le soin au juge de décider de la pertinence de la preuve invoquée. Cette liberté est d'ailleurs souvent remarquée par la jurisprudence. C'est notamment le cas dans les décisions *Vandal c. Salvas*¹³⁷ et *Intercontinental Corporate Technology Services c. Bombardier*¹³⁸. Soit. En

133. ROYER, préc., note 2, p. 285 et particulièrement la note 687.

134. FABIEN, préc., note 2, p. 555.

135. DUCHARME, préc., note 91.

136. *GMAC Location c. Cie mutuelle d'assurance Wawanesa*, 2003 CanLII 39453 (C. Qué.) et *Cintech Agroalimentaire, division inspection inc. c. Thibaudeau*, préc., note 30.

137. *Vandal c. Salvas*, préc., note 27.

138. *Intercontinental Corporate Technology Services c. Bombardier*, préc., note 27, par. 44 et s. Notons que le juge reconnaît qu'un courrier électronique n'est pas ici un original, ce qui n'est pas systématique, mais qu'en l'espèce, cette exigence n'est

revanche, « liberté de preuve ne veut pas dire absence de preuve »¹³⁹. Aussi, importe-t-il d'avoir à l'esprit que certains supports technologiques sont d'une malléabilité telle que l'on doit parfois éveiller une suspicion tant sur leur intégrité (relative au contenu) que sur leur authenticité (relative à l'auteur).

En la matière, un exemple jurisprudentiel qu'il nous paraît important de souligner est la décision *Vandal c. Salvas*¹⁴⁰, où est en cause la preuve de quatre courriers électroniques prétendument adressés par l'une des parties à l'autre et qui montre bien la complexité de gérer juridiquement de tels documents. Si le fait que le juge ait rejeté à juste titre l'objection relative au fait que les courriers électroniques ne sont pas des originaux, ceux-ci ne retranscrivant pas des actes juridiques, mais des faits¹⁴¹, il n'en demeure pas moins que les courriers électroniques sont d'une « fragilité » probatoire qui ne peut qu'avoir une incidence directe sur leur force probante. Et toute personne connaissant un peu les ordinateurs sait combien il est simple d'adresser un courrier électronique à quelqu'un au nom de quelqu'un d'autre que soi.

Cela dit, mentionnons que le juge justifie son point de vue au regard de différents moyens de preuve admissibles en l'espèce qui tournent autour de témoignages, de transferts de fonds et de quatre courriers électroniques. L'argument central est lié aux transferts d'argent répétés qui, bien qu'étant des actes juridiques, seraient couverts en terme d'admissibilité par le fait qu'ils soient corroborés par un commencement de preuve¹⁴².

Au regard de l'article 2865 *C.c.Q.*, il est *d'abord* établi que l'obligation de la preuve écrite peut être levée par « un écrit émanant de la partie adverse ». Mais, on se trouve ici dans une situation quelque peu circulaire où la preuve de l'intégrité des courriers électroniques semble être apportée par les courriers électroniques eux-mêmes, et ce, sans qu'aucune analyse de leur intégrité ne soit faite. Plus exactement, on peut se demander si la preuve de l'intégrité est requise, celle-ci semblant de mise uniquement dans une liste d'écrits prévue à

pas requise puisque l'on est face à la preuve de faits. Lire plus particulièrement le par. 46.

139. LECLERCQ (Pierre), « Évolutions et constantes du droit civil ou commercial de la preuve », dans *Rapport de la Cour de cassation*, La documentation française, 1991, p. 183.

140. *Vandal c. Salvas*, préc., note 27.

141. *Id.*, par. 13.

142. *Id.*, par. 18.

l'article 2838 *C.c.Q.* et n'incluant pas les simples écrits¹⁴³. Il faudrait minimalement être en mesure d'apporter un argument externe en faveur ou défaveur de leur admission.

Ensuite, il est possible de procurer le commencement de preuve nécessaire à l'exemption de l'acte en utilisant, toujours selon l'article 2865 *C.c.Q.*, le « témoignage de la partie adverse ». À ce sujet, il y a là encore une certaine circularité des preuves qui nous apparaît quelque peu troublante, le juge ayant considéré que les témoignages de la demanderesse (et de son père) constituaient des commencements de preuve, car ayant permis de montrer que les courriers électroniques avaient été adressés par M. Salvas¹⁴⁴.

Enfin, l'article 2865 *C.c.Q.* permet aussi la présentation d'un « élément matériel » à titre de commencement de preuve dans la mesure où la partie adverse n'a pas fait la preuve de l'occurrence de l'article 5 al. 3 de la Loi, c'est-à-dire de l'hypothèse où le support des quatre courriers électroniques ne permettait ni d'affirmer ni de dénier leur intégrité, ce qui manifestement était le cas en l'espèce. Ainsi, les courriers électroniques ont été considérés comme des éléments matériels, admissibles à titre de commencement de preuve¹⁴⁵; une allégation qui ne nous apparaît pas totalement évidente.

Relativement à la force probante, donc, le juge se limite à dire qu'elle n'a pas été contestée et qu'il n'y a donc pas lieu de la remettre en question¹⁴⁶.

2.3 Élément matériel technologique

De manière similaire au traitement du témoignage tel que prévu à l'article 2874 *C.c.Q.*¹⁴⁷, la preuve d'un élément matériel utilisant un support technologique a donné lieu à l'article 2855 *C.c.Q.* à un changement législatif suite à l'adoption de la Loi :

143. Si effectivement les simples écrits ne sont pas dans la liste des documents qui requiert l'intégrité, il n'est pas facile de croire que cette exigence ne leur soit pas imposable. D'ailleurs, l'article 5 de la Loi considère l'intégrité comme nécessaire de manière générale.

144. *Vandal c. Salvas*, préc., note 27, par. 18 : « [l]e Tribunal est d'avis qu'il apparaît clair que les quatre documents reçus en preuve (P-3) constituent un commencement de preuve au sens de l'article 2865 précité, puisque les témoignages de la demanderesse et de son père ont établi que ces messages électroniques avaient bel et bien été expédiés par le défendeur ».

145. *Id.*, par. 19 et 20.

146. *Vandal c. Salvas*, préc., note 27, par. 23.

147. *Infra*, section sur le témoignage technologique de la présente partie.

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

Ainsi, il semble exister deux régimes différents selon la nature du support. Plus exactement, on considère que, dans l'hypothèse d'un document technologique, il n'est pas nécessaire d'apporter la preuve de son authenticité dès lors qu'une preuve quant à la qualité du support aura été présentée, soit le considérant comme permettant l'intégrité du document ou, au contraire, soit déterminant que celui-ci ne dispose pas de la qualité requise pour ce faire¹⁴⁸. Dès lors, la preuve quant à la qualité du support n'est pas formellement requise, comme on a pu le voir à l'article 2840 *C.c.Q.* (reproduisant l'article 7 de la Loi)¹⁴⁹. Mais si elle existe, elle permettra néanmoins de s'exonérer de celle de l'authenticité prévue aux articles 2855 et 2874 *C.c.Q.*

La rationalité derrière cette disposition nous apparaît basée sur le fait qu'une partie qui apporterait des éclaircissements quant au support (élément indissociable sans lequel un document n'existe pas¹⁵⁰) justifierait en soi l'authenticité dudit document. Il n'en demeure pas moins que dans les décisions que nous avons pu analyser relativement à l'élément matériel, la plupart de celles-ci ne semblent pas considérer le tout de cette manière. Par exemple, cela ne semble pas avoir été compris de la sorte dans la décision *Vandal c. Salvas*¹⁵¹, où il est plutôt mentionné que la preuve de l'authenticité des courriers électroniques n'était pas requise¹⁵² dans la mesure où la preuve n'avait pas été faite que l'on était dans l'hypothèse prévue à l'article 5 al. 3 de la Loi. Pourtant, à la lecture des faits, le support

148. Voir l'article 5 al. 3 qui énonce que « Le document dont le support ou la technologie ne permettent ni d'affirmer, ni de dénier que l'intégrité en est assurée peut, selon les circonstances, être admis à titre de témoignage ou d'élément matériel de preuve et servir de commencement de preuve, comme prévu à l'article 2865 du Code civil. ».

149. *Supra*, sous-section sur l'admissibilité en preuve de la section sur l'acte sous seing privé technologique de la présente partie.

150. Comme cela apparaît dans la définition même du document à l'article 3 de la Loi.

151. *Vandal c. Salvas*, préc., note 27.

152. *Id.*, par. 19 « En l'espèce, la preuve de l'authenticité des quatre documents technologiques n'est pas requise, puisque la preuve offerte n'a pas établi qu'il s'agissait d'un cas prévu au troisième alinéa de l'article 5 ».

des courriers électroniques n'est aucunement traité; l'authenticité aurait donc dû être requise.

Les deux « régimes » basés sur des supports différents, papier *versus* technologique, technologiquement non neutres¹⁵³, ne sont donc en fin de compte pas si différents que cela : dans les deux cas, la preuve de l'authenticité est requise. Nous considérons seulement avec cette disposition que si une preuve associée à la qualité du support est présentée par une partie, alors l'exigence de l'authenticité n'est plus requise. Par exemple, si pour prouver un élément matériel associé à un courrier électronique, nous parvenons à produire une documentation faisant état d'une gestion documentaire diligente, alors il ne nous est plus nécessaire de prouver en plus cette condition. Et pour cause, la documentation en question l'assurera déjà. Autre illustration, dans l'hypothèse où une partie utilise une infrastructure à clés publiques pour communiquer un document, la sécurité généralement associée à un tel procédé la dispense à juste titre de prouver l'authenticité prévue traditionnellement à l'article 2855 C.c.Q.

L'article 5 al. 3 de la Loi a donné lieu à plusieurs citations par les tribunaux¹⁵⁴; il fut en toute déférence passablement incompris. En fait, il importe de limiter sa portée et de bien montrer que, là encore, l'article en cause ne traite que du support et non du document dans son ensemble, conformément à l'article 2840 C.c.Q. (ou 7 de la Loi).

D'ailleurs, et pour bien montrer que ces deux régimes ne sont pas si distincts l'un de l'autre, il peut être intéressant de citer la décision *Bérubé c. Doncar Dionne Soter Mécanique*¹⁵⁵ rendue en 2008 par la *Commission des lésions professionnelles*. Certes, ce tribunal

153. Cette disposition est justement un exemple selon lequel si la neutralité technologique est un principe général, elle peut bien évidemment donner lieu à des exceptions législatives dès lors qu'une loi considère qu'il importe de faire une différence.

154. *Bastonnais c. Lemelin*, 2007 CanLII 3283 (C. Qué.); *Bérubé c. Doncar Dionne Soter Mécanique inc.*, préc., note 29; *Bouchard c. Société industrielle de décolletage et d'outillage (SIDO) ltée*, préc., note 14; *Citadelle, Cie d'assurance générale c. Montréal (Ville)*, préc., note 26; *Collège des médecins c. Feldman*, 2008 CanLII 19576 (Comité de discipline du Collège des médecins du Québec); *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, préc., note 35; *Guilbault c. Pelletier*, 2006 CanLII (C. sup. Qué.); *Sabourin c. SSQ Société d'assurance-vie Inc.*, 2003 CanLII 35802 (C. Qué.); *Tanguay c. Ordre des ingénieurs du Québec*, 2006 CanLII 5296 (C. sup. Qué.), par. 26 : « L'admissibilité en preuve de même que la valeur probante d'inscriptions informatisées sont régies par certaines dispositions du Code civil du Québec, dont l'article 2874. En vertu de cette disposition, la preuve par le moyen d'un document technologique est autorisée et l'authenticité n'est requise que dans certains cas énoncés à l'article 5 de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information. »; *Vandal c. Salvat*, préc., note 27.

155. *Bérubé c. Doncar Dionne Soter Mécanique*, préc., note 29.

administratif dispose d'un régime probatoire distinct¹⁵⁶ de celui du *Code civil du Québec* qui lui permet de s'en dissocier même s'il s'en inspire très souvent. Cependant, il est rapidement fait référence à l'article 2855 *C.c.Q.* sans qu'une analyse véritable ne fut faite quant à l'application ou non de l'article 5 al. 3 de la Loi.

Au regard des faits en cause, à savoir si la copie d'une vidéo pouvait être admissible en preuve relativement à un prétendu accident du travail, il nous semble que l'élément matériel était assurément un document technologique. Cette analyse peut sembler importante à faire du fait des deux régimes précités; le juge ne le fait pas, mais propose plutôt un « combo » d'éléments qui, si la preuve n'était pas un document technologique, aurait sans aucun doute permis de respecter le critère de l'authenticité. En effet, il est fait mention de l'identité du technicien en informatique qui a fait la copie, de sa compétence et de sa crédibilité, des modalités et circonstances relatives à la confection du document, des raisons pour lesquelles l'enregistrement fut scindé en plusieurs fichiers¹⁵⁷, etc., soit autant d'éléments généraux extérieurs au document à proprement parler. La rationalité de l'article 5 al. 3 se vérifie dans cette jurisprudence.

2.4 Témoignage technologique

Tout comme les autres éléments de preuve (différents écrits, élément matériel), la question de la recevabilité en preuve d'un document technologique s'analyse surtout à travers le traitement des objections par les parties en cause. Plus souvent qu'autrement, le traitement de celles-ci par les juges est d'abord assez sommaire et en faveur de l'admissibilité en preuve. Parmi les exemples que l'on peut tirer de la jurisprudence, il y a en premier lieu la décision *GMAC Location c. Cie mutuelle d'assurance Wawanesa*¹⁵⁸, où la recevabilité d'un questionnaire électronique retranscrivant des déclarations téléphoniques du plaignant a été très sommairement traitée. Le juge admet en preuve le document, sans argumentation aucune¹⁵⁹ et sans

156. Selon l'article 2 du *Règlement sur la preuve et la procédure de la Commission des lésions professionnelles*, 2000 G.O.Q. 2, 1627.

157. Ce qui n'est aucunement un empêchement au respect du critère de l'intégrité au regard de l'article 4 de la Loi.

158. *GMAC Location c. Cie. mutuelle d'assurance Wawanesa*, préc., note 136.

159. *Id.*, par. 9 : « Le Tribunal a permis cette preuve sous réserve et rejette l'objection. La pièce D-5 n'est pas partie du contrat mais bien un document technologique tel que défini aux articles 2837 et suivants du Code civil utilisé maintenant de façon courante dans toutes les activités économiques non seulement des assureurs mais des commerçants en général. ».

même qualifier le document d'« écrit non instrumentaire »¹⁶⁰. Une qualification d'écrit non instrumentaire a en revanche été clairement identifiée dans la décision *Cintech Agroalimentaire, division inspection inc. c. Thibaudeau*¹⁶¹, où le juge devait considérer la recevabilité en preuve d'une page Internet d'un site gouvernemental faisant état des distances entre différentes villes du Québec.

L'article 2874 C.c.Q. est l'un des articles qui méritent attention. Aussi, importe-t-il de le citer :

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

Parfois critiqué par la doctrine¹⁶², l'article est composé de deux propositions qui pourraient laisser croire à un risque de chevauchements entre support magnétique et « autre » d'un côté et support technologique de l'autre. Ceci est d'autant plus vrai que d'abord l'article 1 al. 2 de la Loi évoque clairement le support magnétique dans une énumération non exhaustive de supports qui semblent tous être technologiques¹⁶³, comme d'ailleurs la Loi prend le soin de l'explicitier¹⁶⁴. Le support magnétique se retrouve donc dans les deux cas.

En fait, la distinction entre ces deux cas nous apparaît pouvoir être explicitée ainsi : la première est de l'ancien droit datant de 1994 ;

160. FABIEN, préc., note 2, p. 559 : « Le Tribunal a permis cette preuve sous réserve et rejette l'objection. La pièce D-5 n'est pas partie du contrat mais bien un document technologique tel que défini aux articles 2837 et suivants du Code civil utilisé maintenant de façon courante dans toutes les activités économiques non seulement des assureurs mais des commerçants en général. ».

161. *Cintech Agroalimentaire, division inspection inc. c. Thibaudeau*, préc., note 30.

162. C. FABIEN, préc., note 2, p. 557 ; LAFONTAINE, préc., note 2.

163. Art. 1 al. 2 de la Loi : « La présente loi a pour objet d'assurer : la cohérence des règles de droit et leur application aux communications effectuées au moyen de documents qui sont sur des supports faisant appel aux technologies de l'information, qu'elles soient électronique, magnétique, optique, sans fil ou autres ou faisant appel à une combinaison de technologies ».

164. Voir l'article 3 al. 3 de la Loi qui est sans équivoque à cet égard : « 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. ».

la seconde a été introduite en 2001 avec la Loi. La première réfère à une volonté législative permissive selon laquelle la preuve d'un témoignage implique une preuve de l'authenticité, le support magnétique servant d'illustration. La seconde omettant de corriger cette erreur, se situe davantage dans la dichotomie précédente entre document « physique » d'un côté et « technologique » de l'autre. Cela dit, et parce qu'il faut bien donner une réponse, il nous apparaît néanmoins que le témoignage sur un support magnétique devrait être traité sous la seconde proposition dans la mesure où, d'une part, la disposition de la Loi est plus récente et, d'autre part, plus précise en terme de gestion des technologies, cette dernière étant précisément dédiée à la cohérence du traitement des différents supports.

Mais au-delà de ce doute introduit par la Loi, et tout comme relativement au traitement préalable de l'article 2855 *C.c.Q.*, il ne faut pas non plus voir cette ambivalence de traitement comme deux régimes fondamentalement différents. Et dans la grande majorité des cas, tous les témoignages apportés sur un support quel qu'il soit ne seront recevables qu'avec l'appui d'une preuve de l'authenticité liée à l'auteur. Car en effet, l'hypothèse de l'article 5 al. 3 de la Loi est celle où une personne affirmerait (celui qui invoque la preuve) ou infirmerait (celui qui la conteste) que le support permet l'intégrité du document. Il a donc été considéré que si la preuve de la qualité du support était présente – ce qui n'est aucunement une exigence requise conformément à ce qu'affirme l'article 2840 *C.c.Q.* –, il n'était alors pas nécessaire d'ajouter la preuve de l'authenticité. Ainsi, que le document soit technologique ou non, pour qu'il puisse être utilisé en preuve d'un témoignage au regard de l'article 2874 *C.c.Q.*, il est nécessaire d'avoir une preuve accessoire à la seule preuve de l'intégrité.

À cet égard, et comme vu pour l'élément matériel, notons que l'article 5 al. 3 de la Loi est souvent cité par la jurisprudence, et ce, même s'il n'apparaît pas toujours avoir clairement la portée que la jurisprudence tend à lui donner¹⁶⁵.

165. *Tanguay c. Ordre des ingénieurs du Québec*, préc., note 154, par. 26 : « L'admissibilité en preuve de même que la valeur probante d'inscriptions informatisées sont régies par certaines dispositions du Code civil du Québec, dont l'article 2874. En vertu de cette disposition, la preuve par le moyen d'un document technologique est autorisée et l'authenticité n'est requise que dans certains cas énoncés à l'article 5 de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information. »