



REVUE JURIDIQUE THÉMIS

de l'Université de Montréal

SOMMAIRE

Lutte antitabac : approches internationales et comparées.
Cas de la Suisse et du Canada

Zied Ghedira

La vocation successorale *ab intestat* du conjoint survivant
au Québec : de Paris à Pérodeau, d'étranger à héritier,
les affections présumées mises à l'épreuve du temps

Andréanne Malackett

Ab ovo (dès l'origine) : la Loi concernant le cadre
juridique des technologies de l'information, les documents
technologiques et le cadre conceptuel de la preuve judiciaire

Charles-Maxime Panaccio

LES PAGES DU CDACI

Responsabilité des administrateurs à l'égard des actionnaires :
quelques observations sur l'arrêt *Ponce c. Société*
d'investissements Rhéaume ltée

Stéphane Rousseau

LES PAGES DU CRDP

Réflexion sur l'effectivité de l'obligation de divulgation
d'incidents de sécurité en droit québécois

Nicolas Vermeys



Ab ovo (dès l'origine): la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, les documents technologiques et le cadre conceptuel de la preuve judiciaire

Charles-Maxime PANACCIO*

Ab Ovo (From the Beginning) : The Act to Establish a Legal Framework for Information Technology, Technology-Based Documents and the Conceptual Framework of Evidence Law

Ab ovo (desde el origen) : la Ley sobre el Marco Jurídico de las Tecnologías de la Información, los documentos tecnológicos y el marco conceptual de la prueba judicial

Ab ovo (desde a origem) : a Lei sobre o quadro jurídico das tecnologias da informação, os documentos tecnológicos e o quadro conceitual da prova judiciária

从头开始 (Ab ovo) :
《信息技术法律框架法》、技术文件和司法证据概念性框架

Résumé

Cet article examine, principalement d'une perspective de preuve judiciaire, le bien-fondé de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* qui a été adoptée par le législateur québécois en 2001. Il conclut que la Loi devrait

Abstract

This article examines, mainly from the perspective of evidence law, the soundness of the *Act to Establish a Legal Framework for Information Technology* enacted by the Quebec National Assembly in 2001. It concludes that the Act should be repealed

* Professeur agrégé, Section de droit civil, Université d'Ottawa.

être abrogée et que la réflexion sur le traitement juridique des documents technologiques en droit québécois devrait être reprise du début (*ab ovo*). L'article commence avec quelques réflexions sur les éléments fondamentaux de la preuve judiciaire, en particulier la notion d'authenticité. Il discute ensuite les principaux articles de la Loi qui touchent à la preuve. Puis, il lie les éléments fondamentaux de la preuve judiciaire et la Loi, revenant encore spécialement sur la notion d'authenticité, afin de suggérer que celle-ci aurait très bien pu faire une grande partie du travail que prétend faire la Loi. Enfin, l'article aborde le sort des notions de preuve écrite et de signature en contexte technologique. Il conclut qu'il faut se méfier des interprétations fonctionnalistes de celles-ci, qui risquent fort de les dénaturer en tant que formalités. Ces difficultés conceptuelles militent d'ailleurs elles aussi en faveur d'un retour à la table à dessin pour le traitement juridique des documents technologiques au Québec.

Resumen

Este artículo examina, principalmente desde una perspectiva forense, el fundamento de la *Ley sobre el Marco Legal de las Tecnologías de la Información* que fue adoptada por el legislador de Quebec en 2001. Se concluye que la ley debería derogarse y que la reflexión sobre el tratamiento jurídico de los documentos tecnológicos en derecho quebequense debería retomarse desde el principio (*ab ovo*). El artículo comienza con algunas reflexiones sobre los elementos fundamentales de la prueba judicial, en particular la noción de autenticidad. A continuación, analiza los principales artículos de la ley relativos a la prueba. Enseguida, vincula los elemen-

and that deliberation on the legal treatment of technology-based documents should be rebooted (*ab ovo*). The article begins with a few basic reflections on evidence and the judicial process, with particular emphasis on the notion of authenticity. It then discusses the provisions of the *Act* which most involve matters of evidence and proof, and argues that ordinary authenticity could have done much of the work which the *Act* purports to do. Finally, the article ponders the fate of the concepts of writing and signature in the evolving technological context. It argues that we should be wary of functionalist interpretations of those notions, which threaten to strip them of their formal role. Such fundamental conceptual difficulties also weigh in favor of an extensive re-examination of the legal treatment of technology-based documents in Quebec.

Resumo

Este artigo examina, principalmente de uma perspectiva de prova judiciária, o mérito da *Lei sobre o quadro jurídico das tecnologias da informação*, adotada pelo legislador quebequense em 2001. Ele conclui que a Lei deveria ser revogada et que a reflexão sobre o tratamento jurídico dos documentos tecnológicos em direito quebequense deveria ser retomada desde o início (*ab ovo*). O artigo começa com algumas reflexões sobre os elementos fundamentais da prova judiciária, em particular a noção de autenticidade. Ele discute em seguida os principais artigos da Lei que tocam a prova. Depois, ele liga os elementos fundamentais da prova judiciárias

tos fundamentales de la prueba judicial y la ley, volviendo específicamente a la noción de autenticidad, para sugerir que esta podría haber hecho gran parte del trabajo que la ley pretende hacer. Por último, el artículo aborda el porvenir de las nociones de prueba escrita y firma en un contexto tecnológico. Concluye que hay que tener cuidado con las interpretaciones funcionalistas de estos conceptos, que probablemente los distorsionen como formalidades. Estas dificultades conceptuales también abogan a favor de reexaminar el tratamiento jurídico de los documentos tecnológicos en Quebec.

et a Lei, voltando ainda particularmente sobre a noção de autenticidade, a fim de sugerir que esta poderia muito bem constituir grande parte do trabalho que a Lei pretende fazer. Enfim, o artigo aborda o destino de noções de provas escritas e de assinatura em contexto tecnológico. Ele conclui que se deve desconfiar das interpretações funcionalistas destas, que arriscam muitíssimo desnaturá-las enquanto formalidades. Ademais, essas mesmas dificuldades conceituais também militam em favor de um retorno à mesa de desenho para o tratamento jurídico dos documentos tecnológicos no Québec.

简述

本文主要从司法证据角度，对魁北克立法机构2001年颁布的《信息技术法律框架法》的合理性进行研究。作者结论是，该法应被废除，对魁北克法有关技术文件的司法处理的思考应从头开始（ab ovo）。文章首先对司法证据的基本要素进行思考，特别是“真实性”概念。然后，作者探讨该项法律中涉及证据相关的主要章节。随后，文章将司法证据的基本要素与该法律联系起来，再次着重回到“真实性”概念，以表明“真实性概念”完全可以胜任该法所声称要解决的大部分工作。最后，文章探讨了“书面证据”和“签名”等概念在技术背景下的命运。结论是，应当警惕对这些概念的功能主义解释，其很可能将这些概念作为手续而加以歪曲。这些概念上的困难也正说明魁北克省立法者有必要对技术文件的法律处理予以重新审视。

Plan de l'article

Introduction	103
I. Quelques généralités sur les fondements de la preuve judiciaire.....	105
II. L'authenticité des éléments de preuve.....	107
III. La LCCJTI et la preuve judiciaire.....	109
A. Une ambivalence génétique	110
B. Valeur juridique, admissibilité et force probante.....	113
C. Bonne vieille authenticité (et la notion d'original)	118
IV. Dilemmes pratico-sémantiques : l'écrit et la signature	123
A. L'écrit.....	123
B. La signature.....	126
Conclusion.....	130

La *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* (ci-après la «LCCJTI») a été adoptée en plein milieu de l'effervescence technologique du tournant des années 2000¹. Selon mon souvenir, j'étais dans mes années-stagiaire, l'internet, que les boomers – Dieu les bénisse – appelaient «l'autoroute de l'information», était alors à la fois source de fascination et d'inquiétude: la situation évoluait rapidement et les gouvernements, entre autres, étaient appelés à réagir pour ne pas manquer le train qui passait. À la suite d'un processus de consultation expéditif², le 21 juin 2001, l'Assemblée nationale du Québec a adopté la LCCJTI, dont les objectifs sont notamment (et je simplifie) d'assurer: (1) la sécurité juridique des communications peu importe leur support; (2) l'application des règles de droit aux communications utilisant les technologies de l'information; et (3) l'équivalence fonctionnelle des documents et leur valeur juridique sans égard au support.

Ces objectifs peuvent être réduits à celui d'assurer l'équivalence juridique des documents technologiques. Autrement dit, il s'agissait de faire en sorte que les documents technologiques suscitent la même confiance que les documents papier et que l'on puisse juridiquement les traiter sur un pied d'égalité. Évidemment, les documents papier contenant des écritures en langage naturel (des «graphèmes»³, pour être précis) servent de documents et d'éléments de preuve depuis longtemps et leur usage devant

¹ *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, RLRQ, c. 1.1.

² L'empressement du législateur a d'ailleurs à l'époque été décrit par plusieurs. Voir, par exemple, BARREAU DU QUÉBEC, «Mémoire sur la Loi sur la normalisation juridique des nouvelles technologies de l'information», *Bibliothèque et Archives nationales du Québec (Numérique)*, août 2000, à la p. 2, en ligne: <<https://numerique.banq.qc.ca/patrimoine/details/52327/60716>> (consulté le 14 avril 2023) (ci-après «*Mémoire-Barreau*»); BUREAU D'ASSURANCE DU CANADA, «Mémoire sur l'avant-projet de loi, Loi sur la normalisation juridique des nouvelles technologies de l'information», *Bibliothèque de l'Assemblée nationale du Québec (Collection numérique)*, août 2000, à la p. 0, en ligne: <https://www.bibliotheque.assnat.qc.ca/DepotNumerique_v2/AffichageNotice.aspx?idn=32438> (consulté le 14 avril 2023) (ci-après «*Mémoire-BAC*»).

³ Graphème: lettre ou groupe de lettres transcrivant un phonème (*Le Robert. Dico en ligne* en ligne: <<https://dictionnaire.lerobert.com/definition/grapheme>>); lettre: signe de l'écriture; caractère. Les lettres représentent les sons de la parole (*id.*, en ligne: <<https://dictionnaire.lerobert.com/definition/lettre>>); phonème: élément sonore du langage parlé, considéré comme une unité distinctive (*id.*, en ligne: <<https://dictionnaire.lerobert.com/definition/phoneme>>). Pour un efficace tour d'horizon des différentes définitions traditionnelles d'«écrit», voir François SÉNÉCAL, *L'écrit électronique*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 5-14.

les tribunaux est encadré, dans une certaine mesure, par des règles de droit. Or, les technologies récentes dématérialisent les documents écrits (entre autres) et dépersonnalisent davantage les transactions, ce qui a suscité une certaine angoisse. Malheureusement, chez le législateur québécois, il semble que cette angoisse se soit traduite par l'adoption d'une loi ambivalente. D'abord, elle s'est proclamée cadre général, tout en étant extrêmement prolixe et abstruse. Ensuite, elle a « innové » là où ce n'était pas nécessaire. De connivence avec certaines dispositions du Code civil, elle a aussi incité à exagérément « fonctionnaliser » des notions comme l'écrit, la signature et l'original, ce qui a pour conséquence ultime de les dénaturer.

Donc, plus de vingt ans après l'adoption de la LCCJTI, même en tenant bien compte de toutes les discussions doctrinales et prétoriennes à son sujet⁴, et même après que la Cour d'appel en ait offert une lecture maximale cohérente en 2018 dans l'affaire *Benisty c. Kloda*⁵, il semble qu'il y ait encore lieu de s'adonner à une évaluation générale de sa justification afin de statuer sur le sort qui devrait être le sien. Afin de demeurer le plus possible à l'intérieur de mes capacités, je vais surtout me concentrer sur les éléments de la Loi – ils sont passablement nombreux et importants – qui concernent la preuve judiciaire. Dans un premier temps, je propose d'exposer certaines assises conceptuelles du raisonnement probatoire. Je vais ensuite décrire ce que fait, ou semble faire, la LCCJTI en lien avec la preuve. Puis, je ferai le lien entre les assises conceptuelles de la preuve et la LCCJTI, surtout à l'aide de la notion d'authenticité. J'en profiterai finalement pour aborder la question du niveau d'élasticité des concepts d'écrit et de signature, qui est régulièrement discutée dans le contexte des documents technologiques.

Sur la base de cette analyse circonscrite au domaine de la preuve, je crois pouvoir conclure que la LCCJTI est en grande partie mal conçue et qu'il y aurait par conséquent lieu de reprendre du début (*ab ovo*, « dès l'œuf ») la réflexion juridique concernant le traitement des documents tech-

⁴ Afin d'en avoir un aperçu, les travaux suivants du professeur Gautrais sont incontournables et extrêmement édifiants : Vincent GAUTRAIS, *La preuve technologique*, 2^e éd., Montréal, LexisNexis Canada, 2018 (ci-après « V. GAUTRAIS-Preuve technologique ») ; Vincent GAUTRAIS, *Étude juridique sur la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information (RLRQ c C-1.1)*, 2020, en ligne : <<https://www.gautrais.com/publications/etude-juridique-sur-la-loi-concernant-le-cadre-juridique-des-technologies-de-linformation-rlrq-c-c-1-1/>> (ci-après « V. GAUTRAIS-Étude 2020 »).

⁵ 2018 QCCA 618.

nologiques. Cette constatation avait été exprimée dès l'origine et mérite malheureusement d'être réitérée⁶. D'ailleurs, lorsque l'on examine de près les récentes propositions de réforme du professeur Gautrais – un défenseur de la LCCJTI courageux, patient et méticuleux –, on constate qu'il s'agit davantage d'une refondation que d'une réforme⁷. Je conclus également, dans un même esprit, que, tout bien considéré, les interprétations trop fonctionnalistes de l'écrit et de la signature devraient être écartées, car ces notions ne se définissent pas exclusivement à travers leurs fonctions. Là encore, il y aurait lieu de reprendre la réflexion à ses fondements.

I. Quelques généralités sur les fondements de la preuve judiciaire

Le processus judiciaire et ses règles de preuve s'intéressent à des actions et événements survenus dans le passé, comme l'expression de la volonté ou un accident ayant causé des blessures, que l'on appelle souvent « faits matériels ». Les règles de preuve visent en priorité à orienter le raisonnement par lequel un juge des faits statue définitivement sur leur survenance. Une grande partie de ces règles est donc motivée par la recherche de la vérité, notamment l'exigence de pertinence et les règles concernant la force probante et l'admissibilité des éléments et moyens de preuve⁸. Évidemment, il

⁶ *Mémoire-Barreau*, préc., note 2, p. 3 (le professeur Jean-Claude Royer, auteur d'un des deux grands traités de doctrine sur la preuve civile au Québec, était alors la personne-ressource du Barreau quant aux questions de preuve); *Mémoire-BAC*, préc., note 2, p. 11. Dès 2004, le professeur Fabien concluait lui aussi que « le régime de la preuve par document technologique, créé par la Loi en 2001, devrait être remis sur la table à dessin sans attendre davantage » : Claude FABIEN, « La preuve par document technologique », (2004) 38 *R.J.T.* 533, 611.

⁷ Voir V. GAUTRAIS-Étude 2020, préc., note 4, p. 13, où il affirme que « cette mise à niveau *plus importante que prévu* va bien entendu se manifester dans la L.C.C.J.T.I. mais aussi dans d'autres textes comme notamment, et surtout, le CCQ voire le NCPC ». Voir aussi, à la p. 85 : « [...] nous croyons qu'il faille *repenser en profondeur* plusieurs dispositions qui pourraient être insérées au début du Livre 7 et non aux articles 2837 C.c.Q. et suivants » (les italiques sont miens).

⁸ Bentham a peut-être le plus mémorablement et clairement exprimé cet objectif, qui s'incorpore à celui plus général d'arriver à la bonne conclusion judiciaire. Voir Jeremy BENTHAM, *Rationale of Judicial Evidence, Specially Applied to Judicial Practice*, éd. de John Stuart MILL, Londres, Hunt and Clarke, 1827, Livre I, c. I-III; Jeremy BENTHAM, *A Treatise on Judicial Evidence*, éd. de E. DUMONT, Londres, Paget, 1825, Livre I, c. I-V; William TWINING, « Evidence and Legal Theory », (1984) 47 *Mod. L.R.* 261, 267-268;

ne peut jamais être question de constater directement des faits qui sont survenus dans le passé, qui ne peuvent être établis que par des procédés indirects (des procédés... de preuve)⁹, comme des déclarations de personnes qui ont-elles-mêmes constaté directement les faits, la captation et représentation des faits par une technologie quelconque, ou encore la présentation (nécessairement contextualisée à l'aide d'autres éléments de preuve) d'un objet¹⁰. Outre les éléments de preuve mis de l'avant par les parties (dans un système contradictoire comme le nôtre), le raisonnement probatoire s'appuie sur la connaissance d'office de faits notoires et raisonnablement incontestables et, beaucoup plus fondamentalement, sur la logique inférentielle, qui est en grande partie prise pour acquise et dont les processus ne se prêtent pas à la réglementation.

La recherche de vérité s'incarne plus concrètement dans l'encadrement des moyens de preuve. Quant à la preuve testimoniale, on ne peut habituellement faire de déclaration que sur ce qu'on a constaté directement¹¹; la forme et le contenu des questions aux témoins sont contrôlés¹²; les témoins doivent, en principe, prêter serment, déposer publiquement dans l'enceinte du tribunal et être assujettis au contre-interrogatoire des parties

William TWINING, *Rethinking Evidence*, 2^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 76-80.

⁹ Cette qualité indirecte est en quelque sorte inhérente à l'activité de prouver, qui implique la démonstration par opposition à la constatation (je n'ai pas besoin de prouver que je suis assis dans mon sofa pour le savoir). C'est encore plus flagrant lorsqu'il s'agit d'événements passés.

¹⁰ Le *Code civil du Québec* distingue cinq moyens de preuve, mais je pense qu'ils peuvent être réduits (1) aux témoignages (une déclaration relatant des faits dont on a eu personnellement connaissance, art. 2843, al. 1 C.c.Q.), documentés ou offerts personnellement à l'instance, (2) aux aveux, documentés ou offerts à l'audience, (3) aux représentations ou captations technologiques et (4) aux objets. Une autre taxonomie répandue distingue entre la preuve orale (le témoignage donné au tribunal), la preuve documentaire (écrite ou autre) et la preuve matérielle (les objets) : voir Hock Lai Ho, « The Legal Concept of Evidence », *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, à la section « Conceptions of Evidence : "What does Evidence Refer to in Law?" », 8 octobre 2021, en ligne : <<https://plato.stanford.edu/entries/evidence-legal/>> (consulté le 14 avril 2023). Enfin, pour des fins d'analyse de la preuve, Anderson, Schum et Twining préconisent une approche « indifférente à la matière » (« substance blind »), qui ne se concentre que sur les propriétés inférentielles des éléments de preuve : Terence ANDERSON, David SCHUM et William TWINING, *Analysis of Evidence*, 2^e éd., New York, Cambridge University Press, 2005, p. 71 et 72.

¹¹ Art. 2843, al. 1 C.c.Q.

¹² Art. 280-281 C.p.c.; art. 2857 C.c.Q.

adverses¹³. Le traitement de la nature et de la force probante des divers écrits abordés reflète aussi la recherche de vérité: l'acte authentique est confectionné par un officier public, dont on présume la compétence et la probité, et dont la présence est censée inspirer la véracité chez les parties comparantes. Il doit aussi respecter certaines formes qui laissent présumer qu'il a bel et bien les origines qu'il proclame et que son intégrité a été préservée¹⁴. Bref, sur la base du fait qu'un officier public ait été à la barre, on présume que les affirmations d'un tel écrit sont vraies; celles concernant des faits que l'officier public avait mission de constater (des faits dont il devait témoigner, autrement dit) doivent même être contestées par procédure spéciale plus onéreuse appelée inscription de faux¹⁵. Le traitement donné aux affirmations d'autres documents constatant par écrit des actes juridiques s'explique par le fait que leur authenticité aura été établie d'une façon ou d'une autre, souvent par des aveux judiciaires des parties à l'écrit et au litige¹⁶.

II. L'authenticité des éléments de preuve

À partir des quelques exemples que nous venons d'examiner, nous pouvons passer à une discussion de l'idée plus générale selon laquelle l'authenticité d'un élément de preuve doit toujours, d'une façon ou d'une autre, être établie. Puisque qu'elle est d'une certaine façon tautologique, cette notion demeure souvent implicite. Par exemple, on pourrait considérer que l'on doit nécessairement établir l'«authenticité» d'un témoignage pour qu'il ait quelque force probante, en établissant la présence du témoin sur les lieux au moment des faits qu'il va relater. Mais, comme c'est souvent le cas, les règles de droit positif omettent ici de mentionner ce qui relève de l'évidence. Plusieurs articles du Code civil concernent aussi, sans la nommer explicitement, la question de l'authenticité des écrits¹⁷. Par contre, lorsqu'il s'agit d'éléments matériels (objets ou «représentations sensorielles»), l'article 2855 C.c.Q. exige expressément que l'on en établisse l'authenticité afin qu'ils puissent avoir force probante. Enfin, les articles 262 et 264 C.p.c.

¹³ Art. 277 C.p.c.; art. 2843, al. 2 C.c.Q.; art. 279-280 C.p.c.

¹⁴ Art. 2813, al. 1 C.c.Q. Même chose pour les actes semi-authentiques, qui sont des actes authentiques issus de juridictions autres que le Québec.

¹⁵ Art. 2821, al. 1 C.c.Q. et art. 258-259 C.p.c.

¹⁶ Voir notamment les articles 2828, al. 2 C.c.Q. et 262 et 264 C.p.c.

¹⁷ Voir les articles 2813, al. 2, 2822, 2824-2825, 2828 et 2835 C.c.Q.

prévoient des manières d'établir et de contester l'authenticité (l'origine et l'intégrité étant des aspects de celle-ci) d'un élément de preuve.

L'authenticité est une notion qui s'incarne de différentes façons, selon le contexte: elle revient à demander qu'on fasse la preuve des éléments logiquement nécessaires pour qu'un élément de preuve puisse avoir une valeur probante minimale et servir de preuve du fait allégué. Autrement dit, il s'agit de tenter d'établir une chaîne inférentielle appropriée. Mais il est important de noter qu'il ne s'agit pas d'une condition d'*admissibilité* d'un élément de preuve, comme le confirme l'article 2855 C.c.Q., qui demande que l'authenticité soit établie pour que l'élément matériel ait *force probante*. Encore une fois, la même exigence s'applique *quel que soit l'élément de preuve*, puisqu'il s'agit d'une exigence de la logique à laquelle on ne peut échapper même lorsqu'elle n'est pas expressément mentionnée par la loi. D'ailleurs, puisque nous n'avons pas de disposition qui vienne élucider en quoi consiste une preuve d'authenticité, il vaut la peine de jeter un coup d'œil à la *Rule 901* du droit de la preuve fédéral américain, qui énonce que l'authenticité s'établit par une preuve qui permet de conclure « que l'élément est ce que l'on prétend qu'il est » (*that the item is what the proponent claims it is*)¹⁸, ce qui revient à dire qu'on doit prouver ce qu'il est autrement nécessaire de prouver pour que l'item ait force probante. La même règle confirme ensuite que la manière d'établir l'authenticité variera selon les contextes, en suggérant diverses façons d'y arriver.

On réduit par ailleurs souvent la preuve d'authenticité à la preuve de l'origine (ou de la confection) et de l'intégrité. Plus précisément: quand et comment cet élément de preuve a-t-il été créé ou trouvé, et que lui est-il arrivé entre ce moment et son utilisation devant le tribunal? Prenons les exemples d'un couteau ayant prétendument été utilisé pour commettre un meurtre, d'un acte papier (apparemment) sous seing privé et d'images (apparemment) captées par une caméra de surveillance. Pour que le couteau ait une quelconque force probante, il faudra au moins montrer qu'il a été recueilli sur la scène et qu'il a ensuite été conservé dans le même état (en établissant ce qu'on appelle la « chaîne de possession »). Pour l'acte sous seing privé, il faudra d'une manière ou d'une autre montrer qu'il a été signé (je discute de la question de la signature à la section IV ci-dessous) par la personne concernée et qu'il n'a pas été pertinemment modifié par la suite. Pour les images de caméra de surveillance, il faudra expliquer, avec

¹⁸ *Federal Rules of Evidence (FRE)*, US, Rule 901.

plus ou moins de détails selon le cas, la façon dont fonctionne la technologie, établir la fiabilité de sa représentation de la réalité, à quel moment elle a constitué les images visées et, si nécessaire, montrer qu'elles n'ont pas été altérées, intentionnellement ou autrement.

Si l'origine et l'intégrité constituent des aspects fondamentaux de l'authenticité, celle-ci ne s'y limite pas¹⁹. Par exemple, sur un enregistrement audio, il faudra parfois identifier les personnes qui parlent²⁰, ce qui se distingue d'une preuve d'origine ou d'intégrité. Encore une fois, la preuve d'authenticité varie selon le contexte. Cela dit, ses éléments pourront souvent être établis assez facilement : la partie adverse pourra, expressément ou implicitement, les reconnaître, ou ils seront établis par témoignage. Par ailleurs, il existe généralement une présomption de fait, fondée sur une évaluation approximative des probabilités, selon laquelle un document dont l'origine est établie n'a pas été pertinemment altéré. Cette présomption peut évidemment assez aisément être renversée, mais il demeure que si la partie adverse n'allègue rien de particulier quant à une altération pertinente, il faudra habituellement conclure que le document est demeuré intègre.

III. La LCCJTI et la preuve judiciaire

Comme je l'ai indiqué en introduction, en replongeant dans les débats l'ayant entourée à l'époque, on constate que la LCCJTI a été adoptée dans un esprit mêlant l'enthousiasme et l'inquiétude²¹. D'ailleurs, un certain mystère entoure les circonstances de sa rédaction, expéditive, mais aussi manifestement sous l'influence directe et quasi exclusive des sciences de l'information (aussi appelées « bibliothéconomie »)²². Le principal objectif de la Loi était de favoriser la confiance à l'égard des documents technologiques afin qu'ils puissent avoir la même « valeur juridique » que les

¹⁹ Contrairement à ce que semble laisser entendre le professeur Gautrais dans V. GAUTRAIS-Étude 2020, préc., note 4, p. 32 et 88. Il faudrait donc être clair qu'il s'agit là d'aspects non limitatifs de l'authenticité et non d'une définition stricte.

²⁰ Voir par exemple *Cadieux c. Service de gaz naturel Laval*, [1991] J.Q. n° 1636 (C.A.), par. 6-7.

²¹ Voir notamment QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 1^{re} sess., 36^e légis., n° 141, 22 novembre 2000, aux p. 8089-8095 (M. David Cliche, ministre responsable de l'autoroute de l'information).

²² C. FABIEN, préc., note 6, 542, parle de manière intrigante de « l'apport marquant d'experts des technologies de l'information ».

documents papier. Ceci peut expliquer pourquoi la LCCJTI affirme viser la neutralité technologique et l'équivalence fonctionnelle des documents, tout en paraissant demander que leur intégrité soit assurée. Elle énonce ainsi à son article 2 que chacun peut utiliser le support ou la technologie de son choix dans la mesure où ce choix respecte les règles de droit, et que « l'exigence d'un *écrit* n'emporte pas l'obligation d'utiliser un support ou une technologie spécifique comme le *papier* ».

Le deuxième alinéa de l'article 5 de la LCCJTI confirme que pour que les documents technologiques aient la même « valeur juridique » que les documents papier, il faut *que leur intégrité soit assurée et qu'ils respectent les mêmes règles de droit*²³. Le premier alinéa de l'article 6 précise ensuite que l'intégrité est assurée lorsqu'il est possible de vérifier que l'information du document n'est « pas altérée et qu'elle est maintenue dans son intégralité » et que son support « lui procure la stabilité et la pérennité voulues »²⁴. Toutefois, ayant rendu la neutralité technologique conditionnelle à l'intégrité assurée des documents, la LCCJTI ajoute à l'article 7 qu'il n'y aura pas lieu de prouver que le support du document ou la technologie utilisée pour le communiquer permettent d'assurer son intégrité à moins que celui qui en conteste l'admission n'établisse, par prépondérance de preuve, qu'il y a eu atteinte à l'intégrité du document.

A. Une ambivalence génétique

Je ne souhaite pas ici reprendre intégralement toutes les critiques qui ont été faites de ces dispositions²⁵. Néanmoins, il me paraît crucial d'insis-

²³ L'article 2838 C.c.Q. impose les mêmes conditions pour l'écrit sur support technologique.

²⁴ L'article 2839, al. 1 C.c.Q. est au même effet. L'article 6, al. 2 de la LCCJTI ajoute que « l'intégrité du document doit être maintenue au cours de son cycle de vie », et l'alinéa 3 que, dans l'appréciation de l'intégrité, il est notamment tenu compte « des mesures de sécurité prises pour protéger le document au cours de son cycle de vie ».

²⁵ Voir par exemple *Mémoire-Barreau*, préc., note 2; Michèle LAFONTAINE, « Technologies de l'information au Québec: une technique législative inappropriée », dans Jacques BEAULNE (dir.), *Mélanges Ernest Caparros*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 110, aux p. 121-123; C. FABIEN, préc., note 6, 572-578, 583-584, 590, 610 et 611; Léo DUCHARME, « De l'incohérence et de l'impossibilité d'application du régime dérogatoire en matière de preuve des documents technologiques », (2016) 75 R. du B. 319; *Sécurité des Deux-Rives c. Groupe Meridian construction restauration inc.*, 2013 QCCQ 1301, J.E. 2013-2132, [2013] R.J.Q. 1969, par. 44.

ter sur *l’ambivalence* qu’elles semblent traduire : ce que le législateur donne d’une main (la neutralité technologique, la même valeur juridique), il reprend de l’autre (il faut que l’intégrité soit assurée), puis il la redonne, au moins en partie (l’assurance d’intégrité technologique n’a pas à être prouvée d’emblée). Par ailleurs, demander qu’un document technologique respecte les *mêmes règles de droit* qu’un document papier afin d’avoir la même « valeur juridique » soulève d’autres difficultés. Les règles de droit impliquant des documents (écrits, généralement) ne parlent presque jamais expressément de leur support ou technologie (surtout papier, à l’époque de la rédaction du Code civil)²⁶. Dans de tels contextes, il peut devenir difficile de dire si un document technologique respecte véritablement les mêmes règles de droit qu’un document papier. La question devient alors une question d’interprétation (qu’est-ce qu’un écrit, une signature, au sens du Code civil?), impliquant les habituels débats sur le texte des dispositions, leurs objectifs sous-jacents et les limites du langage et de la discrétion judiciaire (voir la section IV, ci-dessous, à ce sujet).

Quoi qu’il en soit, malheureusement, que la LCCJTI proclame que les documents technologiques ont la même valeur juridique s’ils respectent les mêmes règles de droit et si leur intégrité est assurée n’éclaircit absolument rien. Ceci revient essentiellement à dire que les documents technologiques auront la même valeur (ou qualité) juridique que leurs équivalents papier s’il est justifié de leur conférer la même valeur (ou qualité) juridique. Il y a là une sorte d’abandon des responsabilités législatives les plus fondamentales, dans la mesure où une règle juridique devrait au minimum venir *préciser* ce que l’on devrait faire. Si ce n’est pas possible, il est

²⁶ Voir cependant, en guise d’exception, le *Règlement sur la tenue des dossiers et des études des notaires*, RLRQ, c. N-3, r. 17, art. 30, qui énonce que « le notaire doit employer, pour ses originaux, du papier chiffon mesurant 216 mm sur 356 mm et dont le grammage ou la masse doit être au moins de 75 g par mètre carré ». S’il est adopté, comme l’énonce son titre, le projet de loi 40 fera évoluer la situation. Notamment, il prévoit la création d’un greffe numérique, et son article 40 énonce que la *Loi sur le notariat* :

[...] est modifiée par l’insertion, après l’article 35, du suivant :

« 35.1. Les actes notariés en minute doivent être reçus et conservés sur un support technologique selon les modalités déterminées par règlement du Conseil d’administration et dans un format autorisé par celui-ci.

La clôture d’un acte doit s’effectuer en utilisant une solution technologique autorisée par le Conseil d’administration. »

Voir la *Loi visant principalement à améliorer l’accès à la justice en simplifiant la procédure civile à la Cour du Québec et en réalisant la transformation numérique de la profession notariale*, projet de loi n° 40 (présenté le 31 mai 2022), 2^e sess., 42^e légis. (Qc).

généralement préférable de s'abstenir de dire quoi que ce soit et laisser le raisonnement général faire son travail supplétif. Il serait au surplus surprenant que la forme alambiquée sous laquelle la Loi a rendu cette tautologie ait de quelque façon permis de rehausser la confiance des gens à l'égard des documents technologiques. Cette confiance semble en fait s'être établie *malgré* la LCCJTI, avec le temps, l'évolution de la technologie et l'accoutumance. À tout prendre, il aurait mieux valu ne rien dire du tout et laisser s'appliquer (ou non) les règles existantes et les notions qui les sous-tendent.

Comme il est question des règles existantes et des notions qui les sous-tendent, revenons à la notion d'authenticité. Puisque la preuve d'authenticité traduit la nécessité de prouver ce qui doit être prouvé pour qu'un élément de preuve ait une force probante, à *ce niveau d'abstraction*, que l'élément de preuve (le document) soit sur support technologique, et donc dématérialisé, ne change rien²⁷. Plus concrètement, cependant, pour que le document puisse avoir quelque force probante, il faudra montrer comment (par qui, selon quel procédé?) il a été généré, et qu'il est (comment il est) demeuré intègre par la suite. Autrement dit, il faut montrer que la réalité a été bien documentée, et que cette documentation est demeurée intègre. En pratique, faire une telle preuve pourra s'avérer assez simple : elle se fondera, comme je l'ai déjà mentionné, sur la connaissance d'office, des présomptions générales ou légales et une preuve testimoniale²⁸. Dans

²⁷ Voir François SENÉCAL et Gilles DE SAINT-EXUPÉRY, « Chronique : Démontrer l'authenticité des documents électroniques », dans *Preuve et Procédure civile en bref* (octobre 2013), n° 14, Éditions Yvon Blais, p. 2 ; V. GAUTRAIS-Étude 2020, préc., note 4, p. 87 ; voir aussi par exemple l'article 31.1 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, c. C-5 :

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

²⁸ Voir C. FABIEN, préc., note 6, 607. Voir aussi les articles 31.2 et 31.3 de la *Loi sur la preuve au Canada*, *id.*, qui énoncent qu'un document électronique satisfait à la règle de la meilleure preuve si la fiabilité du système d'archivage électronique est démontrée ; que, sauf preuve contraire, l'impression papier d'un document électronique satisfait à la règle de la meilleure preuve si elle a de toute évidence ou régulièrement été utilisée comme document relatant l'information enregistrée ou mise en mémoire ; et qu'un système d'archivage électronique est, sauf preuve contraire, réputé fiable, si la preuve montre que le système fonctionnait bien, ou que son mauvais fonctionnement n'a pas compromis l'intégrité des documents électroniques, ou s'il est établi que le document électronique présenté en preuve par une partie a été enregistré ou mis en mémoire par

certains cas, afin de mettre en contexte le fonctionnement de logiciels et de matériel informatique, incluant la génération de métadonnées, une preuve d'expert pourra être utile ou même nécessaire.

On constate donc, encore une fois, que la capacité d'un document (ou même d'autres sortes d'éléments de preuve) d'avoir une force probante dépend de l'établissement d'autres faits que l'on regroupe sous la notion de preuve d'authenticité. Éventuellement, une grande partie de la question peut être réglée à travers la connaissance d'office, qui manifeste la confiance publique à l'égard de la fiabilité d'une technologie documentaire donnée. D'ailleurs, on peut faire l'hypothèse que toute technologie dont une des fonctions principales est la documentation offrira un minimum d'intégrité²⁹. En somme, en déclarant que les documents technologiques auront la même valeur juridique que les documents papier s'ils respectent les mêmes règles et si leur intégrité est assurée, la LCCJTI n'éclairait rien, tout en entretenant l'inquiétude et la confusion à l'égard des documents technologiques en leur réservant, *en apparence mais non moins ostentatoirement*, un traitement particulier.

B. Valeur juridique, admissibilité et force probante

L'article 5, al. 1 de la LCCJTI affirme que « 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 ». Il semble donc y avoir *au moins* deux aspects à la « valeur juridique » d'un document : (1) la capacité de produire des effets juridiques (ce que l'on peut appeler aussi la capacité de *validation*, par exemple lorsqu'un écrit est requis pour qu'un acte juridique soit valide) et (2) son *admissibilité* en preuve. La loi conditionne en effet la validité de certains actes juridiques au respect de certaines formes,

une partie adverse (il s'agit alors d'une situation d'aveu implicite), ou encore s'il est établi que le document électronique a été enregistré ou mis en mémoire dans le cours ordinaire des affaires par une personne qui n'est pas partie à l'instance et qui ne l'a pas enregistré ni ne l'a mis en mémoire sous l'autorité de la partie qui cherche à le présenter en preuve.

²⁹ John D. GREGORY, « Canadian Electronic Commerce Legislation » (2002) 17 *Banking & Finance L.R.* 277, 330; Mark PHILLIPS, *La preuve électronique au Québec*, Montréal, LexisNexis Canada, 2010, à la p 146; *contra*: Ken CHASSE, « Electronic Records as Documentary Evidence », (2007) 6 *Can. J. of L. & Tech.* 141, 156 et 157.

comme la confection d'un écrit ou l'apposition d'une signature. Celles-ci sont considérées comme ayant un effet de mise en garde et donc de protection pour des personnes perçues comme étant dans des situations typiquement vulnérables. Ces mêmes formalités ont également une importance probatoire, non sans lien avec leur rôle de mise en garde, particulièrement lorsqu'il s'agit de l'expression de la volonté³⁰. Toutefois, comme je l'ai mentionné, je ne crois pas que *l'admissibilité* en preuve des documents ne soit véritablement affectée par leurs supports ou technologies. Je discute de cette question dans les paragraphes qui suivent. Néanmoins, en principe, à ces deux égards, et probablement plus généralement, l'idée est que le choix d'un support ou d'une technologie ne devrait juridiquement rien changer, dans la mesure où l'intégrité du document est assurée et les mêmes règles de droit sont respectées.

La qualification d'un élément de preuve peut affecter son admissibilité et sa force probante. Il n'est cependant pas toujours facile de déterminer la meilleure façon de décrire un élément de preuve. Le Code civil distingue cinq moyens de preuve, mais je ne crois pas que cette taxonomie reflète des distinctions conceptuelles très fondamentales. La preuve écrite semble se caractériser par la présence d'écriture en langage naturel sur un support stable, mais les écrits peuvent documenter des témoignages ou des aveux, ou encore être plutôt assimilables à des éléments matériels ou constituer des indices de présomptions. Ils peuvent documenter des actes de volonté ou d'autres faits, comme une naissance ou un décès, et on les appelle alors écrits « instrumentaires ». Le témoignage est la *déclaration d'une personne relatant les faits dont elle a eu personnellement connaissance*³¹. Elle peut donc théoriquement prendre plusieurs formes : orale, écrite, en langage des signes, audio, vidéo, en réponse à un interrogatoire écrit ou à un interrogatoire devant le tribunal. Même chose pour l'aveu, que le Code civil définit comme étant « la reconnaissance d'un fait de nature à produire des conséquences juridiques » contre soi³². Une signature constitue donc typiquement la preuve d'un aveu extrajudiciaire. Les présomptions (de fait) relèvent quant à elles du raisonnement inférentiel ordinaire³³. Enfin, la preuve par pré-

³⁰ V. GAUTRAIS-*Preuve technologique*, préc., note 4, p. 116, rappelle utilement les fonctions protectrice et probatoire des formalités, qui ont notamment été discutées par LON FULLER dans « Consideration and Form », (1941) 41 *Columbia L.R.* 799 ; voir aussi F. SÉNÉCAL, préc., note 3, p. 62-85.

³¹ Voir l'article 2843, al. 1 C.c.Q.

³² Art. 2850 C.c.Q.

³³ Voir les articles 2846 et 2849 C.c.Q.

sensation d'un élément matériel peut être un objet ou la représentation sensorielle d'un objet ou d'un fait. Il s'agit typiquement d'enregistrements, qui peuvent contenir des témoignages, des aveux ou d'autres captations de la réalité.

Seuls les écrits et les éléments matériels peuvent être des documents, cependant. Avant la LCCJTI, le droit de la preuve québécois était silencieux quant à leurs supports et technologies. Quant aux écrits, la plupart d'entre nous prenions probablement pour acquis qu'ils étaient sur papier, mais, sauf pour les actes authentiques, ils auraient bien pu se trouver sur une autre sorte de support. Quant aux représentations technologiques, il y avait à l'époque de l'entrée en vigueur du Code civil (en 1994) un nombre somme toute limité de technologies audio et vidéo. Il y en a maintenant, on le sait, beaucoup plus.

Les règles du Code civil concernant *l'admissibilité* de la preuve sont déjà à peu près indifférentes au support ou à la technologie des documents. L'article 2857 C.c.Q. exige la pertinence; cela n'a rien à voir avec le support. L'article 2858 C.c.Q. régit la preuve obtenue dans des conditions qui portent atteinte aux droits et libertés; cela n'a rien à voir avec le support non plus. L'article 2860, al. 1 C.c.Q. codifie ce que l'on appelle souvent la règle de la meilleure preuve: il impose de prouver le contenu d'un écrit par la production de l'original, sans égard au support ou à la technologie. Par contre, l'alinéa 2 permet que ce contenu soit prouvé autrement s'il est impossible de produire l'original. Les articles 2862 et 2863 C.c.Q. interdisent, en principe, aux parties à un acte juridique, la preuve testimoniale pour faire la preuve de l'acte juridique (art. 2862) ou pour contredire l'écrit signé et authentifié le constatant (art. 2863). C'est donc dire qu'on privilégie l'écrit, et particulièrement l'écrit signé, puisque l'article 2863 C.c.Q. ne s'applique pas aux écrits instrumentaires non signés³⁴. Là encore, le support n'est pas vraiment en jeu, quoique d'obtenir la qualification d'écrit sous seing privé (par opposition à celle d'élément matériel) constituerait effectivement un avantage pour la partie qui veut utiliser l'écrit, dans la mesure où son contenu ne pourra *a priori* être contredit par témoignage. Finalement, l'article 2843, al. 2 C.c.Q. interdit, en général, la présentation de toute forme de déclaration *extrajudiciaire* concernant des faits dont la

³⁴ L'article 2836 C.c.Q. énonce que les écrits non signés constatant un acte juridique peuvent être contredits par tous moyens.

personne a eu personnellement connaissance, encore sans égard au support.

Même si la Loi parle de l'admissibilité en preuve comme un aspect de la « valeur juridique », je suis poussé à y ajouter la force probante pour les fins de la discussion³⁵. Or, dans un sens restreint, il est vrai que l'admissibilité ou la valeur probante d'un document « n'est ni augmentée ni diminuée *pour la seule raison* qu'un support ou une technologie spécifique a été choisi ». On peut concevoir cette affirmation de l'article 5, al. 1 de la LCCJTI comme appelant à ne pas sauter aux conclusions sur la seule base du support d'un document. Par contre, une technologie ou un support, au même titre qu'un témoin, peut être moins fiable que d'autres. La force probante des documents générés et maintenus avec cette technologie pourrait alors être affectée, non pas pour la *seule* raison, sans plus, qu'un support spécifique a été choisi, mais parce que ce support pose généralement certains problèmes de fiabilité quant à sa documentation de la réalité ou quant à la préservation de cette documentation. Mais il s'agit là seulement d'un élément très général à prendre en considération dans l'évaluation de la prépondérance des probabilités, et il se pourrait bien que dans une situation spécifique la réalité ait été suffisamment bien documentée et que l'intégrité du document ait été maintenue quand même³⁶. Un acte sous seing privé sur papier de soie n'est pas inadmissible ou dénué de valeur probante pour la simple raison qu'il est sur papier de soie. Autrement dit, la *force probante* d'un document peut, *en principe*, être affectée par le support ou la technologie utilisée, mais toute conclusion à cet égard ne peut être établie qu'au cas par cas. Il devient donc malavisé de préjuger de cette conclusion sur la base d'une règle générale mettant en doute les documents technologiques, ce que semble implicitement faire la LCCJTI en exigeant que leur intégrité soit *assurée* d'emblée.

Dans un contexte judiciaire, ce que l'on veut déterminer c'est si le document est probant, *que son intégrité ait été assurée ou pas*. Pour reprendre, en la modifiant légèrement, une analogie proposée par le professeur Ducharme³⁷, on ne veut pas déterminer si un pont est générale-

³⁵ L'énumération de l'article 5 de la LCCJTI n'est d'ailleurs pas limitative, comme l'avait noté le professeur C. FABIEN, préc., note 6, 565 et 566. Voir aussi *Mémoire-Barreau*, préc., note 2, p. 16.

³⁶ Au même effet, voir *Mémoire-Barreau*, *id.*, p. 19, 22, 23.

³⁷ LÉO DUCHARME, *Précis de la preuve*, 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, n° 483, p. 194-195. Le professeur Ducharme donnait l'exemple d'un navire et non d'un pont :

ment solide, mais plutôt s'il tient toujours ici et maintenant. Si les seuls éléments de preuve que l'on a en main sont des spécifications techniques qui nous laissent entendre que le pont a été généralement bien conçu et bien construit, on pourra (sans le voir) présumer qu'il tient toujours. On pourrait même arriver à cette conclusion sur la base de la seule information avérée que le pont a été construit par une entreprise d'ingénierie généralement fiable il y a moins de 15 ans, ou qu'il y avait un pont apparemment construit en béton à cet endroit il y a 6 mois.

Dans le cas du document technologique, par analogie, il sera souvent raisonnable de conclure à l'intégrité d'un document spécifique sur la base d'une présomption de « fiabilité technologique ». On le fait pour le papier, et même si l'on craint parfois qu'il soit plus facile de falsifier un document technologique qu'un document papier, la question est de savoir si les *probabilités* sans doute un peu plus élevées que cela survienne justifient une méfiance judiciaire réflexive et généralisée à l'égard des documents technologiques³⁸. Il me semble que non, en tout cas pas relativement aux documents papier, dont on doit aussi toujours établir l'authenticité. C'est possiblement une telle méfiance exagérée que l'on voulait éviter avec la présomption de fiabilité technologique de l'article 7 de la LCCJTI. Bien évidemment, une conclusion d'intégrité fondée sur une telle présomption de fiabilité technologique peut être renversée à l'aide d'éléments de preuve contraires, comme le prévoient (maladroitement) les articles 7 de la LCCJTI et 2840 C.c.Q.³⁹. Notre évaluation de la prépondérance des probabilités devra être révisée à mesure que de nouveaux éléments de preuve surgissent. Pour revenir au pont du professeur Ducharme, on peut au bout du compte conclure qu'il s'est effondré (en examinant des photos authentifiées, par exemple) même si à l'origine des indices généraux de solidité nous portaient à croire qu'il était probablement intact.

« C'est comme si une fois qu'un navire a coulé, on pouvait encore prouver qu'il était insubmersible. »

³⁸ *Contra*: V. GAUTRAIS-Preuve technologique, préc., note 4, p. 10-11. Quoiqu'il en soit, la question demeure largement académique, puisque dans le cadre d'un litige un document ne parle presque jamais de lui-même et que la question de la fiabilité générale de son support tend à être éclipsée par des témoignages et des aveux *spécifiques*.

³⁹ Voir généralement L. DUCHARME, préc., note 25; C. FABIEN, préc., note 6, 575-577. La Cour d'appel est venue réparer un peu la situation dans *Benisty c. Kloda*, préc., note 5, par. 112-117, 121.

C. Bonne vieille authenticité (et la notion d'original)

Vu le peu d'impact du support ou de la technologie sur le traitement probatoire des documents technologiques, il semble qu'une solution appropriée aurait été de simplement réitérer la notion plus générale d'authenticité⁴⁰, qui sous-tend une grande partie des règles de preuve existantes, est déjà expressément mentionnée par l'article 2855 C.c.Q. et qui travaille en sous-main *presque partout* au sein de la LCCJTI⁴¹. C'est d'ailleurs essentiellement ce que la Cour d'appel a fini par faire dans *Benisty*⁴², confirmant que l'exigence de preuve distincte d'authenticité imposée par les articles 2855 et 2874 C.c.Q. s'applique aux documents technologiques, à l'exception de ceux qui comprennent des métadonnées « inhérentes », qui permettraient leur auto-authentification. L'exigence d'intégrité assurée, prise au sens propre, a donc heureusement été judiciairement évacuée.

Notons quand même que, bien qu'il faille reconnaître que la Cour s'est impeccablement acquittée de sa tâche en offrant l'interprétation la plus cohérente de dispositions (les articles 2855 *in fine* et 2874 *in fine* C.c.Q. et les articles 5 et 7 de la LCCJTI) dont la raison d'être demeure très nébuleuse, la conclusion qu'un document technologique comprenant des métadonnées ne requière pas de preuve distincte de son authenticité demeure curieuse. Car la nécessité d'une telle preuve dépend encore ici des circonstances particulières de l'affaire. La présence de métadonnées n'établit pas nécessairement, par prépondérance des probabilités, l'authenticité d'un document. Ces métadonnées doivent *elles aussi* être fiables et concluantes, et donc la possibilité de devoir recourir à une preuve « distincte » d'authenticité (par exemple des témoignages) demeure toujours présente⁴³. Le plus

⁴⁰ Voir, dans le même sens, L. DUCHARME, préc., note 25, 327.

⁴¹ Par exemple les articles 5-6, 11-2, 15-7, 21, 30, 38-41 et 46.

⁴² *Benisty c. Kloda*, préc., note 5, par. 99-103 et 120-123.

⁴³ Le professeur V. GAUTRAIS dans *Preuve technologique*, préc., note 4, p. 391-392, semble dire à peu près la même chose et n'est donc pas tout à fait d'accord avec la Cour d'appel. Ironiquement, la Cour s'est beaucoup appuyée sur ses travaux afin d'arriver à ses conclusions, mais le texte des articles 2855 et 2874 C.c.Q. ne lui donnait tout simplement pas d'autre choix. Voir aussi L. DUCHARME, préc., note 25, 338 et 345; Nicolas VERMEYS et Patrick GINGRAS, « Je tweet, tu clavardes, il blogue : les aléas juridiques de la communication électronique », dans S.F.P.B.Q., vol. 335, *Développements récents en déontologie, droit professionnel et disciplinaire* (2011), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 5. Enfin, voir généralement Patrick GINGRAS et François SÉNÉCAL, « Métadonnées : plaidoyer pour des mal aimées et des incomprises », (2015) 74 R. du B. 249, 288-302.

que l'on puisse conclure est que de façon générale, par la force des choses, les métadonnées tendent à être fiables et qu'elles tendent à constituer une preuve solide, mais pas nécessairement concluante, d'aspects de l'authenticité d'un document. Encore là, rien ne change : l'authenticité devra en principe être établie en toutes circonstances, même en présence de métadonnées. Qu'on qualifie la manière de faire cette preuve de « distincte » ou non (distincte de quoi ?) ne reflète pas de différence pertinente⁴⁴.

Le dernier aspect de la LCCJTI dont j'aimerais discuter en lien avec la preuve judiciaire est le traitement qu'elle offre à son article 12 au document technologique qui « remplit les fonctions d'un original ». D'abord, on y réitère que l'intégrité d'un tel document doit être assurée. Puis sont énumérées différentes « fonctions d'un original » qui peuvent être remplies par un document technologique, ainsi que les conditions à rencontrer pour qu'un tel document soit considéré comme équivalent à un original papier. D'abord, lorsque sa fonction est *d'établir qu'il est la source première d'une reproduction*, ses composantes doivent être conservées pour qu'elles puissent ultérieurement servir de référence. Ensuite, lorsque sa fonction est *d'établir qu'il présente un caractère unique*, les composantes du document ou de son support doivent être structurées d'une façon qui permet d'affirmer son caractère unique, notamment par l'inclusion d'une composante distinctive ou l'exclusion de toute forme de reproduction. Enfin, lorsque sa fonction est *d'établir qu'il est la forme première d'un document relié à une personne*, ses composantes ou celles de son support doivent être structurées d'une manière qui permette d'affirmer son caractère unique, d'identifier la personne concernée et de maintenir le lien document-personne au cours de son cycle de vie.

Cette façon de décliner les *fonctions* d'un original qui pourraient supposément être remplies par un document technologique soulève quelques interrogations. D'abord, il est difficile d'expliquer pourquoi la LCCJTI s'exprime d'une façon aussi entortillée, en affirmant que la fonction d'un document technologique pourrait être « d'établir qu'il est la source première d'une reproduction », ou qu'il « présente un caractère unique », ou qu'il « est la forme première d'un document relié à une personne ». Dans de telles circonstances, la LCCJTI ajoute que les composantes du document doivent respectivement être « conservées pour qu'elles puissent ultérieurement servir de référence », ou être « structurées d'une façon qui permet

⁴⁴ Voir au même effet V. GAUTRAIS-Étude 2020, préc., note 4, p. 42.

d'affirmer son caractère unique, par l'inclusion d'une composante distinctive ou par l'exclusion de toute forme de reproduction», ou être « structurées d'une manière qui permette d'affirmer son caractère unique, d'identifier la personne concernée et de maintenir le lien document-personne tout au cours de son cycle de vie ». Or, *tout ceci relève de l'authenticité* et donc l'article 12 offre, au mieux, des *conseils* (tout en utilisant le verbe « devoir », cependant) afin de favoriser la preuve d'authenticité et par le fait même la force probante de ces documents technologiques⁴⁵.

Pour des fins de preuve, l'original d'un document (ou lorsqu'il s'agit d'un objet, l'objet en question) est favorisé parce que l'on considère que, toutes choses étant égales par ailleurs, c'est l'élément de preuve qui est le plus directement collé à la réalité⁴⁶. Dans le cas de l'objet, comme notre couteau, il *est* une partie intégrante de la réalité. Lorsqu'il s'agit d'une œuvre d'art, ce qui importe habituellement est qu'elle ait véritablement été conçue par une personne en particulier. Certains indices, lui donnant un caractère unique, peuvent aider à établir le lien œuvre-personne, mais il serait complètement bizarre de dire que la « fonction » de l'œuvre est d'établir qu'elle présente un caractère unique. Quoi qu'il en soit, le *document* premier *origine* en quelque sorte de la réalité (c'est ce que l'on appelle parfois sa « contemporanéité ») et ses reproductions et reconstitutions peuvent l'en éloigner. Néanmoins, on peut prévenir la perte ou l'adultération d'information en demandant que les reproductions du premier document soient certifiées ou documentées, comme la loi le fait pour les actes authentiques et semi-authentiques (art. 2812, 2815 à 2817, 2820, 2822 et 2824 C.c.Q.) et aux articles 2841 et 2842 C.c.Q. Ici encore, il s'agit d'établir la chaîne de préservation de l'information, et donc l'authenticité du document. C'est ce contrôle juridique de la création, et surtout des reproductions d'un document, au moins autant que le fait qu'il s'agisse de la première documentation, possiblement contemporaine, d'un fait, qui donne de l'importance à l'original. Mais même lorsqu'on s'attache uniquement à la qualité de « documentation première » d'un document donné, si on peut

⁴⁵ Le Barreau notait d'ailleurs à l'époque des consultations législatives qu'il « revient à chacun de prendre les moyens pour être en mesure de prouver, en cas de besoin, que la technologie utilisée est fiable et que les documents transmis offrent des garanties suffisantes pour pouvoir s'y fier ». Voir *Mémoire-Barreau*, préc., note 2, p. 8. Voir aussi Gilles DE SAINT-EXUPÉRY, *Le document technologique original dans le droit de la preuve au Québec*, mémoire de maîtrise, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, Montréal, 2012, p. 86.

⁴⁶ K. CHASSE, préc., note 29, 141 et 148.

certainement dire que ce document *est* l'original, qu'ajoute-t-on en parlant de cela comme étant sa *fonction* ?

L'original d'un document a donc reçu un traitement préférentiel (limité) pour des raisons épistémiques (limitées), mais quel était l'avantage de remplacer la notion ordinaire d'original par la conception fonctionnaliste cryptique de la LCCJTI ? D'une part, l'article 2860, al. 1 C.c.Q. demande l'original d'un écrit *ou* une reproduction qui légalement en tient lieu afin de faire preuve de son contenu, mais seulement lorsqu'il est possible de les produire (al. 2). Il s'agit donc d'exiger la meilleure preuve *possible* et non pas d'imposer un « original » ou son équivalent coûte que coûte. D'autre part, pour qu'elles puissent tenir lieu d'original, les reproductions (« copies » ou « transferts ») doivent essentiellement subir un processus d'authentification⁴⁷. Par conséquent, la conclusion qui s'impose est que l'article 12 de la LCCJTI est inutile : les notions plus simples et déjà connues d'original et d'authenticité font le même travail⁴⁸. Cela dit, je suis d'accord avec le professeur Gautrais pour dire que dans les circonstances documentaires qui sont les nôtres il y a lieu de se questionner sur la pertinence de maintenir la préférence pour l'original exprimée à l'article 2860, al. 1 C.c.Q.⁴⁹.

⁴⁷ Voir les articles 2841 et 2842 C.c.Q. : la « copie » doit être certifiée, alors que le « transfert » doit être documenté.

⁴⁸ *Contra*, dans une certaine mesure : V. GAUTRAIS-Étude 2020, préc., note 4, p. 59-61 et 97. Aussi, si G. DE SAINT-EXUPÉRY, préc., note 45, p. 47, a raison de suggérer que dans la LCCJTI le législateur a en quelque sorte « déplacé la règle de la meilleure preuve de la nécessité de l'originalité à la nécessité de l'authenticité », c'est justement parce que les règles d'originalité et d'authenticité sont à la base motivées par le même idéal de recherche de vérité, et que l'exigence de l'original n'avait son plein sens que dans un univers de pratiques documentaires (les inscriptions manuscrites) qui a commencé à disparaître il y a déjà longtemps avec la démocratisation de techniques d'écriture et de reproduction fiables.

⁴⁹ Qui a d'ailleurs été abandonnée par le droit anglais, comme le fait remarquer V. GAUTRAIS-Étude 2020, *id.*, p. 54, référant au *Civil Evidence Act* (R.-U.), 1995 et à *Garton v. Hunter*, [1969] 1 All E.R. 451, [1969] 2 Q.B. 37, où la Cour a affirmé « [w]e admit all relevant evidence. The goodness or badness of it goes only to weight and not to admissibility ». L'article 8 du *Civil Evidence Act* (1995) confirme quant à lui que la question de l'original est au fond une question d'authenticité et de force probante en énonçant :

(1) Where a statement contained in a document is admissible as evidence in civil proceedings, it may be proved

(a) by the production of that document, or

(b) *whether or not that document is still in existence, by the production of a copy of that document or of the material part of it, authenticated in such manner as the court may approve.*

En somme, du fait que les règles concernant la preuve documentaire sont déjà technologiquement neutres et que les règles de pertinence, de fardeau, de standard et l'exigence d'authenticité s'appliquent en toutes circonstances, de deux choses l'une : soit l'exigence d'intégrité assurée pour les documents technologiques est une façon de réitérer l'exigence d'authenticité (qui relève ultimement de la force probante), auquel cas elle est superflue et crée inutilement de la confusion ; soit elle crée une exigence qui va au-delà de la preuve usuelle d'authenticité, auquel cas elle importe sans justification un standard de preuve (plus ou moins la certitude) plus exigeant que la prépondérance des probabilités imposée par l'article 2804 C.c.Q.

Au mieux, la LCCJTI pourrait être conçue comme étant utile parce qu'elle exhorte les concepteurs et utilisateurs de documents technologiques à maximiser leur intégrité. Mais on peut raisonnablement croire que ce n'est pas elle (au contraire), mais toutes sortes d'autres incitatifs plus ordinaires qui sont à la source de la confiance qui existe maintenant à leur égard. Les gens ont inévitablement tendance à utiliser des technologies documentaires qui leurs permettent de documenter, et donc qui sont capables d'assurer une intégrité raisonnable. Il n'était pas nécessaire d'énoncer l'évidence, mais justement parce que nous donnons le bénéfice du doute au législateur, qui normalement ne parle pas pour rien dire, nous avons tous tenté d'y voir quelque chose de significatif. Bref, tout l'appareillage conceptuel de la Loi – la valeur juridique, le respect des mêmes règles de droit, l'intégrité assurée, les fonctions de l'original, etc. – nous fait faire un étourdissant tour de carrousel. Il aurait probablement mieux valu prendre le temps de bien évaluer toute la situation et, dans l'intérim au moins, laisser s'appliquer les concepts plus fondamentaux de la preuve judiciaire, qui sont « indifférents à la forme » (« substance-blind »)⁵⁰.

(2) It is immaterial for this purpose how many removes there are between a copy and the original. (les italiques sont miens)

⁵⁰ T. ANDERSON, D. SCHUM et W. TWINING, préc., note 10. Dans le même sens, voir *Mémoire-Barreau*, préc., note 2, p. 4 :

Avant d'arriver à ce texte législatif, a-t-on véritablement identifié les problèmes que l'on cherche à résoudre ? S'est-on interrogé à savoir si les lois actuelles – notamment le *Code civil*, le *Code de procédure civile* [...] permettent de les résoudre et, dans l'hypothèse où elles seraient insuffisantes pour ce faire, s'est-on demandé si on ne pourrait pas les amender plutôt que de créer une nouvelle loi ?

IV. Dilemmes pratico-sémantiques : l'écrit et la signature

Puisqu'il est question ici du traitement juridique des documents technologiques dans le contexte québécois, il m'apparaît utile d'aborder la question un peu épineuse de la « nature » des notions d'écrit et de signature en lien avec ces documents. J'ai déjà dit que le droit de la preuve, incluant son interprétation par les tribunaux, tend à être orienté par des exigences liées à l'établissement ordonné de la vérité, qu'il vient déterminer. C'est en gros ce qu'offre le livre septième du Code civil. Par ailleurs, sur le plan de l'interprétation, même s'il est incontestable qu'il faut souvent tenir compte des objectifs sous-jacents d'une disposition et de sa loi, il demeure qu'il est aussi normal que l'on résiste un peu aux interprétations qui assimilent trop complètement la nature des concepts à un examen des objectifs qui leur sont associés. Il ne s'agit absolument pas ici de s'assujettir à un textualisme ou à un formalisme vulgaires, mais de prendre toute la mesure des conséquences de nos manœuvres conceptuelles.

A. L'écrit

Le format papier n'a évidemment jamais eu de monopole absolu sur la forme écrite, entendue, je le répète, comme consistant en l'usage de graphèmes représentant les sons de langages naturels. On a écrit sur des papyrus et on écrit encore sur les pierres tombales, et même parfois en écrasant du blé dans les champs aux États-Unis. Mais avec les nouvelles technologies « dématérialisantes », le papier est en bonne voie de perdre sa position dominante au sein du monde du document écrit. Peut-on néanmoins aller jusqu'à dissocier le document écrit *de l'écriture* en langage naturel et concevoir l'écrit exclusivement à la lumière de ses fonctions, comme l'ont suggéré certains juristes⁵¹ ? Les documents qui présentent des écrits en langage naturel ont-ils des fonctions ou caractéristiques exclusives qui, du point de vue de la preuve judiciaire, contrastent avec la représentation ou l'expression orale ou visuelle, ou avec les formes de documentation et de captation technologiques développées dans les 150 dernières années ?

⁵¹ Voir V. GAUTRAIS-*Preuve technologique*, préc., note 4, p. 264 ; Vincent GAUTRAIS, « Réécrire l'écrit », dans Sylvette GUILLEMARD (dir.), *Mélanges en l'honneur du professeur Alain Prujiner : études de droit international privé et de droit du commerce international*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 113, aux p. 127-141 ; Pierre PATENAUDE, « Commentaires sur l'avant-projet de réforme du Code civil », (1988) 19 *R.D.U.S.* 31.

S'il n'est certainement pas toujours vain de chercher l'essence d'un concept (ici le document écrit), ce pourrait l'être dans une certaine mesure dans le contexte juridique puisque la technique législative ou judiciaire peut de toute manière décider d'*assimiler* une chose à une autre si l'on croit qu'il est justifié de le faire. La question qui se pose alors est si, tout bien considéré, il s'agit vraiment de la meilleure façon de procéder. Plus précisément pour nos présentes fins, puisque c'est la suggestion qui a régulièrement été mise de l'avant, est-il opportun d'assimiler diverses formes d'enregistrements, notamment de manifestations du consentement à un acte juridique, à des écrits⁵²? Devrait-on considérer deux types de documents – de « preuves préconstituées » – comme étant juridiquement équivalents⁵³?

D'abord, du point de vue de leur valeur probante, la documentation du consentement par l'écriture en langage naturel est-elle équivalente, par exemple, à celle d'un enregistrement audio-vidéo? Il y déjà eu un intéressant débat de doctrine à ce sujet à l'époque de la réforme du Code civil, alors que le professeur Ducharme avait défendu les mérites exclusifs de l'écrit (concision, précision, possibilité d'exprimer une volonté complexe) et que les professeurs Patenaude et Fabien les avaient relativisés⁵⁴. Il me semble que les remarques du professeur Ducharme tiennent encore la route, sur-

⁵² Voir par ex. Dominic JAAR et François SÉNÉCAL, « L'administration de la preuve électronique au Québec », dans S.F.P.B.Q., vol. 320, *Développements récents et tendances en procédure civile* (2010), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 129, aux p. 153-155. Curieusement, cependant, ce genre d'assimilation/interprétation n'est pas discuté dans F. SÉNÉCAL, préc., note 3.

⁵³ C'est ce que semble suggérer le professeur Gautrais, qui distingue divers moyens de preuve selon leur « fonction » et leur « rapport au temps » : « La fonction de l'écrit est de valoir pour le futur (consultation ultérieure) alors que le témoignage fait état de faits passés. L'élément matériel lui relate des faits contemporains. Ainsi, selon le rapport au temps, un régime de preuve distinct s'appliquera. » (V. GAUTRAIS- *Étude 2020*, préc., note 4, p. 85). Voir aussi V. GAUTRAIS-*Preuve technologique*, préc., note 4, p. 271 et 273. Malheureusement, je ne crois pas que cette façon de catégoriser les moyens de preuve résiste à la logique : l'écrit, lorsqu'il est utilisé en preuve, fait état de faits passés et contient souvent des témoignages (et des aveux) ; et au moment de sa création, il expose souvent des faits contemporains. Même chose pour l'élément matériel, qu'il soit un document ou un objet. Bref, tous les moyens de preuve judiciaire font état de faits passés, et la plupart des documents (tout comme la mémoire des individus) consignent des faits contemporains à leur création.

⁵⁴ P. PATENAUDE, préc., note 51 ; Léo DUCHARME, « Le nouveau droit de la preuve en matières civiles selon le Code Civil du Québec » (1992) 23 R.G.D. 5, 48-49. Voir aussi la discussion dans F. SÉNÉCAL, préc., note 3, p. 14-29.

tout si l'on garde en tête les vertus de mise en garde de l'écrit. Mais d'une perspective purement probatoire, même en supposant (sans admettre) que les valeurs probantes des documents écrits et non écrits sont en général à peu près équivalentes, vaudrait-il néanmoins la peine d'assimiler ces autres formes de documentation à *l'écrit*? Qu'un tribunal soit en présence d'un écrit apparemment signé ou d'un enregistrement vidéo (un élément matériel) montrant un consentement exprimé oralement, les différences probatoires sont infimes. Il y a évidemment l'interdiction du témoignage contradictoire de l'article 2863 C.c.Q. qui ne s'appliquerait pas dans le cas de l'enregistrement vidéo. Cependant, le témoignage d'une partie à un acte juridique constaté par un enregistrement authentifié qui viendrait contredire le contenu de l'enregistrement devrait *a priori* se voir accorder une force probante limitée par un tribunal. Après tout, cette personne exprime une chose et son contraire, mais la première version a été préconstituée alors que la seconde est apparue plus tard dans un contexte de litige. Le même raisonnement sous-tend l'interdiction du témoignage de l'article 2863 C.c.Q. (qui est néanmoins écartée s'il y a commencement de preuve, ce qui la rend moins stricte).

Bref, encore une fois, est-il préférable d'assimiler le document vidéo à un écrit ou devrait-on préserver la distinction conceptuelle écrit/élément matériel? Cette question en soulève d'encre plus difficiles, puisque si elle demande qu'on réfléchisse à ce qui serait *souhaitable* de faire, elle demande alors aussi nécessairement qu'on réfléchisse ce qu'il est *possible* de faire. En d'autres mots, quelle voie serait la plus raisonnable? Je ne crois pas qu'une réponse évidente s'impose parmi toutes. Néanmoins, je me risque à dire deux choses. D'abord, les interprétations ou assimilations trop créatives ne sont pas totalement bénignes: il y a un coût à payer, en termes de confiance à l'égard du système juridique, pour un usage atypique des mots. On devrait donc en user avec circonspection, uniquement lorsqu'il y a véritable nécessité. Or, est-il vraiment nécessaire d'aller de l'avant avec l'idée qu'un document écrit ne requiert pas d'écriture et qu'un enregistrement vidéo sera considéré comme un écrit pour les fins du droit de la preuve québécois? Quelles sont les raisons qui peuvent justifier cette assimilation? Que l'enregistrement vidéo d'un acte juridique a, toutes choses étant égales par ailleurs, à peu près la même valeur probante que l'écrit sous seing privé? D'accord, mais justement, comme je l'ai mentionné précédemment, la différence de traitement juridique entre ces deux types de documents est assez limitée. Nous ne sommes pas dans une situation où l'un (l'écrit

en langage naturel) serait toujours admissible et l'autre (l'enregistrement vidéo) jamais. Par conséquent, nous tordons les mots presque sans raison.

Par ailleurs, si l'on voulait égaliser le traitement offert aux écrits sous seing privé et aux enregistrements d'actes juridiques, il y aurait d'autres façons que de faire semblant qu'un enregistrement est une sorte d'écrit. Le temps est peut-être venu d'arrêter de donner un statut trop particulier au document écrit en matière de preuve⁵⁵. Mais, si c'est vraiment ce que nous voulons faire, alors faisons-le d'une manière qui soit conceptuellement un peu plus ordonnée. Développons les notions plus générales de preuve pré-constituée ou de document, plutôt que de tout transformer en écrit. Il faut donc ici faire une fleur à la LCCJTI, qui a introduit le document au sein du droit québécois. C'est une notion qu'il vaudrait la peine d'approfondir. Cependant, c'est un peu comme si, même en découvrant le document, nous n'avions pas simultanément remarqué que le document *écrit* (comme le format papier), qui a longtemps régné comme paradigme, n'est plus souverain. Face aux nouvelles formes de documentation, nous avons alors le choix entre dire (1) « faisons comme si c'était tous des *écrits* » ou (2) « ce sont des documents, au même titre que les documents écrits, donnons à tous ces documents *le même traitement général* », ou encore (3) « un document écrit n'est quand même pas la même chose qu'un enregistrement vidéo, la différence de traitement est justifiée ». La seconde et la troisième options m'apparaissent beaucoup plus viables que la première qui, en permettant l'écrit sans écriture, heurte le sens commun sans véritable contrepartie. Bien sûr la seconde option impliquerait un remaniement substantiel – mais peut-être aussi une heureuse simplification et rationalisation – du cadre conceptuel de la preuve judiciaire. Car les notions d'écrit et, dans une certaine mesure, celle d'élément matériel, deviendraient des *types* au sein de la *catégorie générale* « document ».

B. La signature

Il me semble qu'une réflexion similaire s'impose aussi quant à la notion de signature. Il s'agit, là aussi, de déterminer la meilleure façon de procéder dans les circonstances. Conçue plus traditionnellement, et sans doute

⁵⁵ C'était d'ailleurs la suggestion ultime du professeur Pierre PATENAUE, « Les nouveaux moyens de reproduction et le droit de la preuve », (1986) 46 *R. du B.* 773, 781 ; voir aussi P. PATENAUE, *préc.*, note 51, 32.

trop strictement (vu l'exigence « d'absence de doute possible », notamment), la signature est parfois conçue comme référant à « toute marque distinctive et personnelle manuscrite, permettant d'individualiser, sans doute possible, son auteur et traduisant la volonté non équivoque de consentir à un acte »⁵⁶. Une telle définition lie inextricablement la nature de la signature à sa capacité probatoire. L'article 2827 C.c.Q. la définit un peu plus largement, comme consistant « 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 ». L'article 39, al. 1 de la LCCJTI précise que la signature peut être apposée à un document « au moyen de tout procédé qui permet de satisfaire aux exigences de l'article 2827 du *Code civil* ». Il semble que ce dernier accepte quelque apposition du nom que ce soit, qu'elle soit personnelle ou non, manuscrite ou non, et qu'il accepte aussi les appositions de marques personnelles utilisées de façon courante pour exprimer un consentement qui ne sont pas manuscrites. Autrement dit, c'est l'*apposition à un acte d'une marque* pour manifester son consentement qui compte, et les termes en italiques laissent une bonne marge pour l'interprétation. Donc si la définition de la signature de l'article 2827 C.c.Q. lui retire un peu de sa puissance probatoire, on peut peut-être dire que l'exigence de l'apposition à un acte d'une marque qui exprime le consentement satisfait sa fonction de mise en garde. Mais là encore, il s'agit d'une mise en garde moins efficace, puisque moins nette.

L'article 2828, al. 2 C.c.Q. énonce par ailleurs que « l'acte opposé à celui qui paraît l'avoir signé [...] est tenu pour reconnu s'il n'est pas contesté de la manière prévue au *Code de procédure civile* ». Comment déterminer quand une personne *paraît avoir signé* un document ? En acceptant une interprétation libérale de l'article 2827 C.c.Q.⁵⁷, on peut dire que la simple présence, même générique, du nom, ou la simple prétention qu'une quelconque marque a été apposée par cette personne, suffit pour générer cette apparence. Par la suite, la signataire alléguée pourra contester de la manière prévue au *Code de procédure civile* si elle nie qu'il s'agit d'une marque qu'elle

⁵⁶ « Signature », *Larousse*, en ligne : <<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/signature/72699>>.

⁵⁷ *Contra*: *Tabet c. Equityfeed Corporation*, 2017 QCCS 3303, par. 31 : « De toute évidence, le simple nom dactylographié d'une personne, dans un document électronique comme dans un document papier, ne saurait répondre à lui seul aux conditions de l'article 2827 C.c.Q. et remplir la fonction importante d'identification poursuivie par la signature, notamment. »

a apposée, et son adversaire devra en prouver l'authenticité. Tout ceci permet essentiellement à une partie à un litige d'en forcer une autre à avouer ou nier qu'elle a bel et bien, par l'apposition d'une marque, manifesté son consentement à un acte juridique.

Le professeur Gautrais a par ailleurs suggéré qu'« il pourrait être possible de déduire une signature à partir du comportement d'un cocontractant, qui pourrait donc, par le fait de son action, manifester sa volonté »⁵⁸. Dans un sens apparenté, le professeur Fabien a suggéré que soit reconnue la « signature-vidéo », invoquant le principe interprétatif de l'équivalence fonctionnelle. Selon lui, les caractéristiques uniques de la voix ou de l'image d'une personne correspondraient à « l'essence » de la signature⁵⁹. Or, il me semble qu'ici on perd de vue le fait qu'une signature doit pouvoir être *reconnue* comme telle – comme manifestation institutionnellement reconnue du consentement – par la personne qui l'« appose ». Par ailleurs, d'une perspective de mise en garde, l'acte juridique constaté par vidéo offre-t-il le même niveau de protection que celui qui est constaté par écrit ? Le « consentement-vidéo » offre-t-il le même niveau de protection que l'apposition d'une marque à un acte⁶⁰ ? Il me semble que non.

Ceci vient encore suggérer qu'il y a de bonnes raisons, même d'un point de vue fonctionnaliste, de maintenir qu'il n'y a pas de document écrit sans graphèmes, et pas tout à fait de signature sans document écrit. L'apposition d'une marque à un acte est une façon d'exprimer et de documenter un consentement. Il y en a d'autres. Mais comme il s'agit d'une formalité, elle est affligée d'un questionnement du genre « l'œuf ou la poule ? » : la signature obtient-elle son statut du fait qu'elle est institutionnellement reconnue, ou est-elle institutionnellement reconnue parce qu'elle remplit certaines fonctions particulièrement efficacement ? La réponse se trouve un peu au milieu : la signature est institutionnellement reconnue parce qu'elle est utile, mais sa reconnaissance institutionnelle la transforme notamment en condition de validité juridique, ce qui impose, comme tous le reconnaissent, un minimum de formalisme, voire de rigidité. On ne peut

⁵⁸ V. GAUTRAIS-*Preuve technologique*, préc., note 4, p. 348.

⁵⁹ C. FABIEN, préc., note 6, 565 ; voir aussi *id.*, p. 316-317.

⁶⁰ Si dans *Kaouk (Succession de) c. Kaouk*, 2008 QCCA 192, par. 29, la Cour d'appel n'a pas tout à fait tort de déclarer que l'article 2827 C.c.Q. « décrit la signification téléologique de la signature » (la manifestation du consentement), il devrait aussi être clair que cet article ne *définit* pas la signature *exclusivement* par sa fonction générale, puisqu'il requiert aussi l'apposition d'une marque à un acte.

donc certainement pas la réduire à *toute forme* d'expression du consentement sans la dénaturer en sa qualité de formalité⁶¹. La notion de signature traîne, comme le disait le philosophe britannique J.L. Austin, « des nuages d'étymologie » (ou des nuages institutionnels). Elle est issue d'un modèle particulier de comportement et nous devons décider : s'il est possible de la mettre à jour ; si oui, jusqu'à quel point ? ; si non, veut-on la remplacer ? ; et si oui, par quoi⁶² ?

Le Code civil a fait un valeureux travail de mise à jour de la notion de signature, mais je me demande s'il ne force pas déjà un peu les limites de l'extension conceptuelle. Il ne me semble donc pas justifié (notamment à cause de la fonction de mise en garde de la signature) d'accepter par interprétation judiciaire les signatures implicites ou les signatures vidéo⁶³. Il est vrai que dans certaines circonstances la rédaction législative ou l'interprétation judiciaire peuvent légitimement s'éloigner assez radicalement du sens ordinaire des mots⁶⁴, mais encore faut-il que ces manœuvres soient justifiées. Or, il est certainement préférable que la nature de formalités comme la signature soit clairement établie par le législateur. Par définition,

⁶¹ *Contra*: V. GAUTRAIS-Preuve technologique, préc., note 4, p. 316 : « [L]a définition de signature étant [...] aucunement rattachée ni au papier ni à l'écriture, c'est donc bien au regard d'une approche fonctionnelle que la réalisation de la signature doit être évaluée. »

⁶² John LANGSHAW AUSTIN, « A Plea for Excuses », dans *Philosophical Papers*, Oxford, Oxford University Press, 1961, p. 123, aux p. 149-51.

⁶³ Le professeur Fabien donnait aussi l'exemple, plus acceptable, d'un relevé électronique d'opération de guichet bancaire, inscrit dans la mémoire du système, qui « porte la trace de la carte bancaire du client, de son numéro d'identification personnelle et des touches qu'il a activées sur le clavier » : C. FABIEN, préc., note 6, 564.

⁶⁴ À preuve, une cour d'appel californienne a récemment conclu qu'un bourdon pouvait être qualifié de poisson pour les fins de l'application du *California Endangered Species Act*. Ceux qui ne me croiraient pas peuvent consulter la décision *Almond Alliance of California et al. v. Fish and Game Commission et al.* C093542, en ligne : <<https://www.courts.ca.gov/opinions/archive/C093542.PDF>>. À la page 2, la Cour affirme :

The issue presented here is whether the bumble bee, a terrestrial invertebrate, falls within the definition of fish, as that term is used in the definitions of endangered species in section 2062 [...] More specifically, we must determine whether the Commission exceeded its statutorily delegated authority when it designated four bumble bee species as candidate species under consideration for listing as endangered species.

Heureusement pour les bourdons, la loi en question est tellement bizarrement rédigée qu'elle permet d'arriver de manière justifiée à cette conclusion qui à première vue défie le sens commun.

une formalité ne se définit pas exclusivement par sa fonction, et il y a donc nécessairement des limites aux interprétations fonctionnalistes⁶⁵. Pour être efficace, une formalité doit être simple et déterminée, afin d'être clairement reconnue comme telle et de faire impression. Autrement dit, elle doit avoir une *forme* nette, afin de guider les comportements⁶⁶.



Vingt ans après son adoption, il est peut-être temps de reconnaître que la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, bien qu'animée de bonnes intentions et répondant à un contexte délicat, reste « pleine de fracas et de furie, – et [...] ne signifie rien »⁶⁷, et qu'il vaut donc mieux la laisser aller⁶⁸. Si l'on préfère une bonne vieille expression québécoise à Shakespeare, disons que la Loi s'apparente un peu à une « patente à gosses » rédigée dans la ferveur technologique du tournant des années 2000⁶⁹. Pas que l'on doive nécessairement légiférer avec une « main tremblante », comme le suggérerait Montesquieu (une référence que j'ai piquée

⁶⁵ Par exemple V. GAUTRAIS-Étude 2020, préc., note 4, 19 et 30.

⁶⁶ À cet égard, dans Herbert L.A. HART, *Le concept de droit*, 2^e éd., trad. par Michel VAN DE KERCHOVE, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2005, p. 153, on peut lire :

Il est indifférent de savoir quel est le côté de la route qui se trouve prescrit par le code de la route, de même que (dans certaines limites) savoir quelles sont les formalités qui se trouvent prescrites pour établir un titre translatif de propriété ; mais il est très important qu'il existe une conduite facilement identifiable et uniforme, et, par conséquent, manifestement correcte ou incorrecte en ces matières. Lorsque le droit l'a fait adopter, il est, à de rares exceptions près, d'une importance suprême d'y adhérer ; il est en effet relativement peu de circonstances qui l'accompagnent qui pourraient [contrecarrer son application], et celles qui la contrecarrent sont susceptibles d'être facilement identifiées comme étant des exceptions et d'être incorporées dans la règle. [j'ai remplacé le terme « prévaloir », utilisé par le professeur van de Kerchove en traduction d' « outweigh », par « contrecarrer l'application », qui me semble plus clair dans le contexte].

⁶⁷ William Shakespeare, « Macbeth » dans François VICTOR-HUGO (tr.), *Macbeth-Hamlet*, Paris, Gründ, 1880, p. 89.

⁶⁸ Dans le même sens, voir L. DUCHARME, préc., note 25, 361.

⁶⁹ « Patente à gosses », *Traduction du français au français, un guide linguistique franco-québécois*, en ligne : <<https://www.dufraancaisaufrancais.com/articles/une-patente-a-gosses/>> : « [...] signifie “objet inutile, assemblage bizarre, appareil qui fonctionne mal” ou “organisation dont la structure est inefficace, incohérente, projet ou plan mal conçu qui a peu de chances de réussir” ».

au Professeur Gautrais⁷⁰, pour avoir l'air intelligent – et ça, c'est une référence à Rock et Belles Oreilles)⁷¹. Il faut sûrement parfois légiférer promptement et fermement (pensons au *New Deal* dans les années 1930), mais il vaut mieux procéder avec circonspection, surtout si l'absence de nouvelles règles peut assez facilement être tolérée. Il n'était probablement pas sage d'énoncer intempestivement des règles profondément ambivalentes et usant de concepts juridiquement inconnus et superflus afin d'intégrer les documents technologiques au sein du droit québécois. Il aurait été préférable de ralentir et de laisser les notions générales de la preuve judiciaire – la pertinence, l'authenticité, le fardeau de preuve – jouer leur rôle naturel⁷².

⁷⁰ V. GAUTRAIS-*Preuve technologique*, préc., note 4, p. 28; Charles DE SECONDAT DE MONTESQUIEU, *Lettres Persanes*, Lettre CXXIX. Usbek à Rhedi, A Venise, p. 257, dans *Grand Corpus des littératures française et francophone, du Moyen Âge au 20^e siècle*, Garnier, 1758 (2008). Je n'ai pu m'empêcher de noter l'extrait qui précède immédiatement celui cité par le professeur Gautrais:

La plupart des législateurs ont été des hommes bornés [...]

Ils se sont jettés dans des détails inutiles; ils ont donné dans les cas particuliers: ce qui marque un génie étroit, qui ne voit les choses que par parties, et n'embrasse rien d'une vue générale.

Quelques-uns ont affecté de se servir d'une autre langue que la vulgaire; chose absurde pour un faiseur de loix: comment peut-on les observer, si elles ne sont pas connues?

Ils ont souvent aboli sans nécessité celles qu'ils ont trouvées établies; c'est-à-dire, qu'ils ont jetté les peuples dans les désordres inséparables des changements.

⁷¹ Scène: Intervieweur (Guy A. Lepage, hors-champ); Serge Turgeon (ancien président de l'Union des artistes, joué par André Ducharme), chez lui.

Intervieweur: M. Turgeon, pourquoi vous êtes-vous abaissé à jouer dans *Entre chien et loup*, et pourquoi faites-vous la revue de presse à «Salut, Bonjour!»?

Serge Turgeon: C'est Montalbeau qui disait, «C'est au contact, de la basse populace, que les hommes de valeur, s'ennoblissent davantage.»

Intervieweur: Qui est Montalbeau?

Serge Turgeon: Quelqu'un que j'ai inventé, et que je cite, pour avoir l'air intelligent...

Voir en ligne: <<https://www.youtube.com/watch?v=6MA95qf6tuY>>.

⁷² Comme le disait le professeur C. FABIEN, préc., note 6, 541-542: «[p]ersonne n'a encore fait la démonstration que la sagesse du droit de la preuve était périmée et que l'avènement des technologies de l'information constituait un changement de paradigme qui imposait de tout changer». Je ne crois pas, par conséquent, qu'une solution appropriée se trouve dans l'adoption de règles tentant d'«articuler» des notions comme la pertinence et la force probante en lien avec les documents technologiques. C'est malheureusement ce que semblent suggérer Luciana DURANTI, Corinne ROGERS et Anthony SHEPPARD, «Electronic Records and the Law of Evidence in Canada: The Uniform Electronic Evidence Act Twelve Years Later», (2010) 70 *Archivaria* 95, 119-120. Encore une fois, la tentation d'agir à tout prix devant l'apparente nouveauté révèle sa puissance

L'authenticité, en particulier, englobe l'exigence d'« assurance d'intégrité » (tout en étant plus souple) ainsi que la confection et la préservation d'un document « qui tient lieu d'original ». Nous pourrions donc nous passer avec bonheur des articles 5-7 et 11-12 de la LCCJTI, des art. 2838-2840 C.c.Q. et des articles 2855 *in fine* et 2874 *in fine* C.c.Q.⁷³. Puisqu'il était question de documents technologiques, j'ai aussi profité de l'occasion pour suggérer qu'il n'est pas sage d'essayer de trop étirer les notions d'écrit et de signature à travers le principe d'équivalence fonctionnelle.

Malgré les défauts de la Loi, son histoire (et celle des dispositions connexes du Code civil) montre utilement jusqu'à quel point les écueils étaient nombreux lorsque le gouvernement québécois s'est donné pour mission d'adapter son cadre juridique aux technologies de l'information. Dans les circonstances, je le répète, une certaine forme de prudence aurait probablement été préférable. Mais les mêmes questions fondamentales continuent de se poser et il faudra bien y répondre. Tout n'est pas perdu : la notion de document paraît féconde, par exemple. Et, si la prudence reste de mise, il ne faudrait pas hésiter à revisiter des aspects fondamentaux de notre droit, comme notre taxonomie des moyens de preuve et certaines de nos règles d'admissibilité. Je persiste donc à croire qu'il serait souhaitable de recommencer complètement l'exercice sur des bases conceptuelles plus simples et plus solides. Or, cela ne fait que rendre la tâche plus colossale. Le législateur bénéficierait donc, je pense, de conseils provenant de diverses sources : non seulement des légistes, juristes et spécialistes de la gestion de l'information, mais aussi, et peut-être surtout, de philosophes spécialistes de l'épistémologie, du langage et – oui – de la métaphysique, puisque les bons métaphysiciens sont experts des problèmes de catégorisation⁷⁴. Si l'on accepte éventuellement de revenir sur nos pas et de patiemment recom-

d'attraction, mais il me semble plus approprié d'encourager d'abord les acteurs juridiques à comprendre les rudiments de la preuve et ceux de la documentation électronique et d'appliquer les premiers aux seconds.

⁷³ Voir V. GAUTRAIS-Étude 2020, préc., note 4, p. 16, où l'on conclut qu'« aucun *statu quo* ne semble possible » pour les articles 5, 7 et 12 de la LCCJTI ; voir aussi p. 48-49.

⁷⁴ Donc, si l'on me demandait maintenant de quelle manière notre taxonomie des moyens de preuve devrait évoluer (devrait-il même y en avoir une ?), je répondrais que justement, *je ne le sais pas*. Certaines délimitations semblent s'être faites sur des bases plus « fonctionnalistes » de force probante, d'autres sur des bases sémantiques, ou les deux (par exemple, l'aveu se distingue par la force probante usuelle de son contenu sémantique). L'élément matériel, quant à lui, semble s'être imposé – par nécessité face aux évolutions technologiques – comme une sorte de catégorie résiduelle. Cela pour-

mencer à neuf, il vaudrait mieux ne pas se priver des réflexions de nos esprits les plus aiguisés, afin de maximiser les chances que les résultats tiennent un bout de temps.

rait expliquer pourquoi il a fallu insister sur une preuve d'authenticité, qui n'avait à peu près plus besoin d'être mentionnée pour les autres moyens de preuve.