

COMMENTAIRES DU BARREAU DU QUÉBEC
SUR LA LOI UNIFORME SUR LA PREUVE ÉLECTRONIQUE

Février 1998

COMMENTAIRES DU BARREAU DU QUÉBEC
SUR LA LOI UNIFORME SUR LA PREUVE ÉLECTRONIQUE

**Ce mémoire a été approuvé par le
Cabinet du Bâtonnier le 10 février
1998**

1^{er} trimestre 1998



LE BARREAU DU QUÉBEC

Créé en 1849, le Barreau du Québec abordera sous peu le 21^{ème} siècle fort de ses 150 années d'existence marquées par de nombreuses transformations. Celles-ci n'ont toutefois nullement altéré le rôle du Barreau comme institution essentielle à la protection des valeurs d'une société libre et démocratique comme la nôtre. À ce titre, il veille à assurer la primauté du droit, à maintenir la séparation des pouvoirs, à promouvoir l'égalité de tous devant la loi et à protéger l'équilibre souvent précaire entre les droits du citoyen et les pouvoirs de l'État.

Le Barreau du Québec regroupe un peu plus de 17 000 membres en règle. Ses effectifs comptent près de 38% de femmes. Il a comme principal mandat d'assurer la protection du public. Pour ce faire, il doit veiller à la discipline de la profession, au respect de la déontologie ainsi qu'à la vérification de la compétence tant de ses membres que des personnes qui veulent joindre ses rangs.

Ont collaboré à l'élaboration du présent mémoire :

Me André Brochu

Me Michel F. Denis

Me Maurice Galarneau

Me Carole Brosseau, secrétaire

TABLE DES MATIÈRES

<u>INTRODUCTION</u>	1
I. <u>CODE CIVIL DU QUÉBEC</u>	3
II. <u>LOI UNIFORME SUR LA PREUVE ÉLECTRONIQUE</u>	8
<u>CONCLUSION</u>	13

INTRODUCTION

Dans le cadre des travaux de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, des démarches ont été entreprises afin d'adopter une loi uniforme sur la preuve électronique. En effet, au printemps 1997, la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada a tenu une réunion afin de soumettre certaines difficultés en vue de préparer une ébauche de loi dans les meilleurs délais.

Ainsi, l'apparition de nouvelles technologies a fait en sorte que de nouveaux problèmes d'ordre juridique sont survenus. Nous constatons qu'un nombre croissant d'opérations sont réalisées à l'heure actuelle à l'aide de moyens électroniques et il devient de plus en plus important de disposer de leur existence pour pouvoir revendiquer les droits légaux s'y rattachant. De plus, compte tenu que la sophistication des moyens de communication entraînera éventuellement la destruction progressive de tous les documents originaux sur papier, les tribunaux seront alors dans l'obligation de considérer les documents provenant de systèmes informatiques pour ne nommer que ceux-là.

Dans un but de coordination des différentes législations provinciales en matière de preuve électronique, l'objectif de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada est de moderniser, clarifier et harmoniser la Loi afin que l'entreprise publique et privée puisse prendre les meilleures décisions d'ordre technique possibles en ce qui concerne la production et la gestion des documents, tout en étant raisonnablement fixée quant à l'incidence de ces opérations sur leurs droits légaux.

Cela dit, le Barreau du Québec a créé un sous-comité de travail afin de pouvoir étudier la question

de la preuve électronique. Ainsi, le présent mémoire fera état principalement des modifications à apporter au projet soumis à notre attention sur la *Loi uniforme sur la preuve électronique*.

I. LE CODE CIVIL DU QUÉBEC :

Ce sont les articles 2837, 2838 et 2839 qui depuis le 1^{er} janvier 1994 réglementent en matière civile, la production de données et d'inscriptions informatisées. Dans ces commentaires, le ministre de la Justice précise que l'introduction de ces nouveaux articles constituait du droit nouveau. L'article 2837 du *Code civil du Québec* couvre principalement les contrats conclus à distance et les contrats verbaux, dont les données sont directement inscrites sur support informatique. Compte tenu de la règle de la meilleure preuve, tout acte juridique constaté d'abord dans un écrit avant d'être inscrit sur support informatique pourra être contredit par tout moyen. Ces documents ne seront recevables que dans le cas où une preuve secondaire peut être admise ou encore dans le cas où des dispositions législatives, tels les articles 2840 à 2842 du *Code civil du Québec* établissent qu'ils font preuve au même titre que l'original s'ils respectent les conditions prescrites par la Loi. Cependant, ces documents ne seront admissibles en preuve que s'ils sont intelligibles et s'ils présentent des garanties suffisantes pour pouvoir s'y fier.

L'article 2838 du *Code civil du Québec*, vient compléter l'article 2837 en établissant une présomption simple de conformité des documents avec les données inscrites lorsque l'inscription respecte certaines conditions dont la protection des données contre les altérations. Cette présomption existe en faveur des tiers du seul fait que l'inscription a été effectuée par une entreprise.

Peu de décisions sur ces nouvelles dispositions ont été rapportées dans la jurisprudence québécoise.

Dans un premier cas, on assimile la lettre télécopiée à un écrit instrumentaire plutôt qu'une

inscription informatisée au sens de l'article 2837¹. Dans le même esprit, une deuxième décision² traitait un envoi par télécopieur de la même manière. Ainsi, dans ce dernier jugement, on dit que « la défenderesse prétend que la lettre, parce qu'elle fut transmise par télécopieur, constitue une inscription informatisée au sens de l'article 2837 du *Code civil du Québec* et que le document fait preuve du contenu de l'acte. Avec égards, le Tribunal ne saisit pas l'objet de cette affirmation. En effet, manifestement, la lettre n'est pas une inscription informatisée mais un écrit instrumentaire sous seing privé transmis par télécopieur, moyen de transmission comme l'est la poste ou la messagerie, par exemple. Il lui appartenait donc de faire la preuve prépondérante de l'envoi et de la réception de la lettre ». On constate donc que la jurisprudence, à l'heure actuelle, n'est pas très précise quant à la portée des articles 2837 et suivants du *Code civil du Québec*.

Par ailleurs, on remarque que dans un esprit de droit nouveau, on reconnaît certaines règles spécifiques à la reproduction de certains documents telles que décrites aux articles 2840 et suivants du *Code civil du Québec*. Enfin, quant à la preuve par oui-dire, de nouvelles règles ont été établies par le *Code civil du Québec* aux articles 2869 à 2874. Cependant, dans tous les cas, pour que la preuve par oui-dire soit recevable, il faut que la preuve testimoniale le soit aussi. De plus, pour être admise à titre de témoignage, la preuve par oui-dire doit, lorsque son auteur ne comparaît pas comme témoin, satisfaire à deux conditions de fond et une condition de procédure. Il faut d'abord qu'il soit impossible d'obtenir la comparution du déclarant comme témoin ou déraisonnable de l'exiger (article 2870 du *Code civil du Québec*). La seconde condition veut que les circonstances entourant la déclaration donne à celle-ci des garanties suffisamment sérieuses pour pouvoir s'y fier.

1 Hydro-Québec c. Benedek (1995), R.L. p. 436.

2 Du May (1985) Inc. c. UAP, Division traction, C.Q. Longueuil 505-02-004177-964, 1997-02-28.

Certaines présomptions sont prévues également à l'alinéa (3) de l'article 2870 du *Code civil du Québec* relativement :

- au document établi dans le cours des activités d'une entreprise;
- au document inséré dans un registre dont la tenue est exigée par la Loi;
- aux déclarations spontanées et contemporaines de la survenance des faits.

Les premiers documents visent vraisemblablement les registres comptables d'une entreprise et ses relevés de production et d'opération. La seconde catégorie semble couvrir, entre autres, les dossiers scolaires de tous les niveaux, les dossiers hospitaliers, les dossiers dont la tenue est imposée à certaines catégories de professionnels, certains registres prescrits par le droit des compagnies.

Quant aux présomptions légales de fiabilité, elles sont tout à fait relatives; elles pourront être contredites. Quant à la condition procédurale, nous ne pensons pas qu'elle soit pertinente dans le cadre de l'analyse de la preuve électronique. Par ailleurs, quant à l'authenticité de la déclaration extrajudiciaire, ce sont les dispositions des articles 2872, 2873 et 2874 du *Code civil du Québec* qui les prescrivent. Il s'agit essentiellement de la réception en preuve de la déclaration extrajudiciaire.

Une fois cette étape complétée, le Tribunal se doit d'apprécier le témoignage et sa force probante. Cette force probante est directement liée à la fiabilité et, dans le cadre de la preuve électronique, nous considérons que les enjeux sont exactement les mêmes que ceux identifiés par la common law ou dans le domaine du droit pénal et criminel.

D'ailleurs, jusqu'au 1^{er} janvier 1994, le droit civil québécois en matière de preuve par ouï-dire s'est amarré à la common law qui lui sert de source formelle de droit. Notamment, le législateur a retenu

en les adaptant les critères généraux de nécessité et de fiabilité développés par la jurisprudence³. De plus, il a eu recours à certaines exceptions classiques de common law pour établir les présomptions de fiabilité de l'article 2870 du *Code civil du Québec*. La question qui se pose est de savoir : la common law et les règles qui seront dorénavant développées par la common law influenceront-elles le *Code civil du Québec*. Certains auteurs concluent que le rôle de la common law devrait désormais se limiter à celui d'une source d'inspiration qui ne s'impose que par la valeur persuasive de ses solutions⁴.

De plus, le législateur a déclaré dans la disposition préliminaire que le *Code civil du Québec* établit le droit commun du Québec et constitue le fondement de ses lois⁵. Cependant, si universellement parlant, des règles d'admissibilité et de force probante ainsi que d'authenticité sont identifiées au chapitre de la preuve électronique, les tribunaux québécois en seront certainement influencés.

D'ailleurs, ils peuvent tout aussi bien emprunter les solutions étrangères en les faisant leurs et en contrôlant parfaitement leur façonnement et leur évolution. Bien qu'en principe le *Code civil du Québec* soit tout à fait autonome et indépendant tant par ses règles que l'interprétation qu'en feront les tribunaux, nous pensons que dans un contexte global où les frontières s'estompent de plus en plus dans le domaine de l'informatique et de la cueillette des informations, l'influence des législations tant canadiennes qu'internationales ne saurait déjouer les tribunaux civils québécois qui

3 Ares c. Venner, (1970) R.C.S., p. 668, R. c. Khan, (1990) 2 R.C.S., p. 531, R. c. Smith (1992) 2 R.C.S., p. 915.

4 FABIEN, Claude, Les nouvelles règles de preuve par oui-dire en droit civil québécois, tiré de « La recevabilité et l'appréciation de la preuve dans un monde complexe, Institut canadien d'administration de la justice, Éditions Thémis, 40, à la page 51.

5 BRISSON, J.M. « Le Code civil, droit commun? » dans le nouveau *Code civil*, interprétation et application, Les journées Maximilien Caron 1992, Montréal, Éditions Thémis, 1993, 292.

par ailleurs, les prendront en considération.

II. LOI UNIFORME SUR LA PREUVE ÉLECTRONIQUE :

Dans ce chapitre, nous allons étudier la proposition de la *Loi uniforme sur la preuve électronique* telle que présentée pour fins d'analyse. Ainsi, l'article 1 donne certaines définitions notamment de documents électroniques, de données et de systèmes d'archivage électronique. D'entrée de jeu, l'article 342.1(2) du *Code criminel* possède déjà une définition de « données ». N'y aurait-il pas lieu d'amarrer ces définitions à celles déjà contenues au *Code criminel*? À tout événement, nous pensons qu'il serait judicieux de compléter la définition de « données » qui pourrait se lire comme suit :

« Données ». Toute forme de représentation d'informations ou de concepts, *ou un dispositif semblable* ».

L'article 2 du projet indique l'interprétation et le champ d'application de cette *Loi uniforme sur la preuve électronique*. Les membres se disent en accord avec les principes qui sont retenus dans cet article.

Quant à l'authentification du document, le Barreau du Québec aurait quelques modifications et interrogations à soumettre aux membres du groupe de travail. Essentiellement, cet article veut déterminer à qui incombe le fardeau de preuve pour établir l'authenticité d'un document électronique que l'on désire mettre en preuve. Ainsi, lorsque l'article indique « sous réserve de toute règle de droit non écrite incompatible », on s'interroge sur la nature des règles de droit non écrites qui sont visées. Par ailleurs, l'expression « la finalité qu'elle lui prête » porte à confusion. En effet,

il n'y a aucune définition de ce qu'on entend par « finalité ». D'ailleurs, il existe déjà des règles dans la *Loi sur la preuve du Canada* actuelle et plus particulièrement à son article 30(3)⁶.

La jurisprudence⁷ a déjà déterminé que l'authenticité d'un document peut être interprétée comme étant « conforme à la copie du document ». Ainsi, lorsqu'on parle de finalité, on fait référence plus spécifiquement à la signification et au sens à donner au document. En conséquence, nous croyons que l'objectif de cet article est de se limiter à l'authenticité du document et nous proposons donc le texte suivant :

« Il incombe à la personne qui cherche à faire admettre un document électronique en preuve d'établir son authenticité ».

L'article 4 énumère les conditions de la règle de la meilleure preuve. Cet article est complété par l'article 5 qui établit une présomption de fiabilité dans certaines circonstances. Le Barreau du Québec voudrait soumettre quelques modifications à l'article tel que proposé afin qu'il soit plus conforme à la réalité. Ainsi, le mot « présentés » pourrait être remplacé par les mots « admissibles en preuve ». Le Barreau du Québec suggère la formulation suivante :

« Satisfont à la règle de la meilleure preuve et sont admissibles en preuve lors d'une procédure judiciaire les documents électroniques qui sont générés par un système d'archivage électronique dont la fiabilité est démontrée ».

6 *Loi sur la preuve au Canada*, S.R. c. E-10.

7 *Ares c. Venner*, op.cit., note 3.

L'article 5 crée une présomption de fiabilité. Quant au paragraphe a), lorsqu'on discute de la défaillance, il s'agit essentiellement de la défaillance du système d'exploitation qui ne risque pas d'altérer l'exactitude des documents électroniques qui en sont issus. Par ailleurs, on voit peu d'utilité au paragraphe b). Cela dit, le Barreau du Québec suggère de faire un article 5 unique qui pourrait se lire comme suit :

« Est réputé fiable, en l'absence de preuve contraire, le système d'archivage électronique dont on peut établir le bon fonctionnement ou dont la défaillance *d'un système d'exploitation* ne risque pas d'altérer l'exactitude des documents électroniques qui en sont issus, *ou dont on ne peut mettre en doute la fiabilité pour tout autre motif raisonnable* ».

Une fois que toute cette procédure est faite, le Barreau du Québec estime qu'il serait important de créer un article dans lequel la partie qui désirerait produire un document électronique, signifierait un avis de son intention dans un délai raisonnable. Ainsi, on s'amarrerait aux dispositions actuelles de l'article 30(7) de la *Loi sur la preuve du Canada*⁸. Ainsi, l'article relatif à l'avis pourrait se lire comme suit :

« La partie qui désire produire un document électronique doit faire signifier un avis de son intention dans un délai raisonnable ».

Enfin, quant à l'affidavit que l'on retrouve au projet à l'article 7, nous suggérons une formulation quelque peu modifiée par rapport au projet initial. Ainsi, l'article pourrait se lire comme suit :

8 Op.cit., note 6.

« Pour l'application des articles 5 et 6, l'affidavit ou la déclaration solennelle de la personne qui doit produire le document est admissible en preuve et, en l'absence de toute preuve contraire, fait foi de son contenu ».

On suggère également d'ajouter le paragraphe suivant :

« Le tribunal peut ordonner à l'affiant ou au déclarant de se présenter devant lui pour être interrogé ou contre-interrogé sur le contenu de l'affidavit ou de la déclaration ».

Quant aux normes édictées aux articles 8 et 9 relatifs aux normes et pratiques en vigueur et à l'abrogation, le Barreau du Québec n'a aucun commentaire à émettre à ce sujet.

CONCLUSION

Comme on peut le constater, la jurisprudence actuelle a déterminé dans certaines circonstances l'admissibilité en preuve de certains documents. Cependant, toute une gamme de dossiers informatiques pour lesquels les conditions d'admissibilité n'ont pas été précisées méritent l'élaboration de nouvelles mesures. Ces nouvelles mesures auront pour objectif de diriger les tribunaux dans leur interprétation des conditions d'admissibilité, de force probante et d'authentification produites et mémorisées par ordinateur.

À cet égard, le Barreau du Québec se dit donc favorable à la création de nouvelles dispositions. Nous nous interrogeons par ailleurs sur la pertinence de créer une loi spécifique et indépendante de la *Loi sur la preuve au Canada*. L'objectif de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada est de moderniser, clarifier et harmoniser la Loi afin d'établir des règles uniformes. Cependant, la simplification des outils juridiques est toujours souhaitable et compte tenu du fait que l'on rencontre, notamment en matière de mandats de perquisition les dispositions dans le *Code criminel*⁹, l'allègement des outils de référence serait donc souhaitable.

En conséquence, le Barreau du Québec priviligerait un chapitre distinct dans la *Loi sur la preuve au Canada* relatif à la preuve électronique.

Enfin, le Barreau du Québec remercie les membres de la Conférence pour l'harmonisation des lois

9 Voir les articles 487.(1) et ss.

au Canada de lui avoir permis de présenter ce mémoire.