

# TIC + TAQ + preuve technologique

par

Vincent Gautrais\*

PARTIE 1 – TIC et TAQ : l'état du droit de la preuve technologique.....	2
1 – Facilitation de la preuve technologique .....	2
A – Facilitation jurisprudentielle.....	3
B – Facilitation législative.....	4
2 – Difficultés en preuve technologique .....	7
A – Difficultés liées à l'analyse factuelle des technologies .....	7
B – Difficultés législatives .....	9
PARTIE 2 – TIC et TAQ : la preuve technologique dans tous ses états.....	10
1 – Distinctions associées à la trilogie « écrit / témoignage / élément matériel ».....	11
A – Définition autour de la trilogie « écrit / témoignage / élément matériel » .....	11
a) Définition de l'écrit.....	11
b) Définition du témoignage.....	12
c) Définition de l'élément matériel.....	12
B – Fonctions des éléments de preuve.....	14
2 – Distinctions autour de la notion d'original .....	15
A – Définitions autour de la trilogie « original / copie / transfert ».....	16
a) Définition de l'original .....	16
b) Définition des deux formes de reproduction de l'article 2841 C.c.Q. ....	17
B – Conditions de satisfaction : éloge de la documentation.....	19

---

\* Professeur titulaire, CRDP, Faculté de droit, Université de Montréal, titulaire de la Chaire en droit de la sécurité et des affaires électroniques. Avocat au Barreau du Québec. Courriel : [vincent.gautrais@umontreal.ca](mailto:vincent.gautrais@umontreal.ca). Sites : [www.gautrais.com](http://www.gautrais.com) / [www.lccjti.ca](http://www.lccjti.ca) / [www.droitdu.net](http://www.droitdu.net). Twitter : @gautrais. Merci à Gilles de Saint-Éxupéry pour la suggestion du présent titre. Ce document fut remis lors de la conférence du 22 mars 2013 célébrant les 15 ans du TAQ.

Le présent texte est une humble soumission visant à proposer quelques commentaires relatifs à la façon dont le tribunal administratif du Québec (ci-après « TAQ ») a appréhendé, dans les deux sens du terme, la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*<sup>1</sup> (ci-après la « Loi »). Quelques commentaires seulement, tant il est clair que les technologies de l'information et des communications (TIC) ont et vont modifier en profondeur, si ce n'est le droit, minimalement la façon de l'appliquer, de l'interpréter. Car si le droit est une école de la réaction, d'adaptation au temps, permettant une évolution vers le déjà demain, il n'en demeure pas moins que la révolution technologique est enclenchée, n'en déplaisent à ceux que Michel Serres appelle presque tendrement les « grands-papas ronchons »<sup>2</sup>. Évolution du droit ; révolution des technologies<sup>3</sup> : une cohérence doit donc s'établir entre les nécessaires pesanteurs associées au droit, source de protection et de démocratie, et les nouvelles manières de prouver que les technologies ne manquent pas d'apporter avec, souvent, une capacité de vérité stupéfiante.

Il y a donc dans la preuve technologique une complexité et une innovation qui nous obligent à faire des choix quant aux éléments traités dans le présent article. Nous allons donc nous limiter dans une première partie à faire quelques constats généraux quant à l'état des lieux de la jurisprudence du TAQ sur la question. Dans une seconde, nous identifierons quelques éléments de changements importants que la preuve technologique présente par rapport à son équivalent papier. Il me plaît néanmoins de souligner que plusieurs des questionnements qui ne seront qu'effleurés ici donneront lieu à des développements plus substantiels sur le site [www.lccjti.ca](http://www.lccjti.ca) dont l'objet est justement d'offrir un dialogue sur ces questions<sup>4</sup>.

## **PARTIE 1 – TIC et TAQ : l'état du droit de la preuve technologique**

Si le changement technologique ne nous semble faire aucun doute, et ne requiert aucune justification tant il est unanimement constaté, il est plus important de faire état de la situation quant à la manière dont le droit est parvenu à appréhender cette révolution. À cet égard, nous croyons observer une oscillation entre une faveur et une défaveur quant à la réception qu'il fait des technologies. Parfois, et que ce soit la Loi ou la jurisprudence, tout est mis en place pour intégrer au mieux cette révolution factuelle et ainsi favoriser l'utilisation des technologies. Dans d'autres hypothèses, au contraire, certains blocages existent et des hiatus interprétatifs empêchent une relation harmonieuse entre droit et technologies et entre loi et jurisprudence.

### 1 – Facilitation de la preuve technologique

Relativement à la facilitation que le droit fait aux technologies, nous voudrions, en premier lieu, faire un survol de la jurisprudence du TAQ où, contrairement à l'idée trop souvent reçue, une

---

<sup>1</sup> L.R.Q., c. C-1.1.

<sup>2</sup> Michel SERRES, « Discours sur la vertu », 06 décembre 2012, disponible à < [http://medias.lemonde.fr/mmpub/edt/doc/20121206/1801085\\_3adb\\_af-discours-serres.pdf](http://medias.lemonde.fr/mmpub/edt/doc/20121206/1801085_3adb_af-discours-serres.pdf)>.

<sup>3</sup> Vincent GAUTRAIS, *Neutralité technologique : rédaction et interprétation des lois face aux changements technologiques*, Montréal, Thémis, 2012, pp. 2-5.

<sup>4</sup> Le site [www.lccjti.ca](http://www.lccjti.ca) est une initiative du CRDP bénéficiant d'un financement du Ministère de la Justice et de la Fondation du Barreau.

admissibilité assez généralisée des technologies nouvelles est opérée. Le second point ensuite que nous voudrions faire ressortir est que la Loi a tenté, avec un succès assez mitigé, de faciliter la mise en preuve des documents technologiques. Un état des lieux plus factuel dans un premier temps puis quelques commentaires plus juridiques quant à l'objectif central de la Loi dans un second.

#### A – Facilitation jurisprudentielle

Technologies et droit sont trop souvent opposés ; comme si la nouveauté inhérente aux technologies était incompatible avec la science de la réaction que constitue presque par nature le droit. Pourtant, ce dernier constitue un merveilleux outil d'adaptation au temps<sup>5</sup> et un bref survol de la jurisprudence permet de constater que les juges ne sont aucunement enclins à s'opposer à l'admission en preuve de documents technologiques. Loin s'en faut. Tant sur le plan quantitatif que qualitatif, il est une nouvelle réalité qui montre que les juges ont pleinement intégré la donne technologique que nous vivons actuellement.

Sur le plan du nombre, nous aimerions d'abord faire état d'un constat relatif à l'admissibilité en preuve de documents technologiques, pour reprendre l'expression consacrée dans la Loi. Une admissibilité qui est généralisée et qui illustre une facilité qu'ont les juges à admettre de tels documents.

En quelques mots, il est donc possible de constater combien les preuves technologiques sont souvent invoquées devant le TAQ. Même si l'exercice est purement illustratif, la présence de termes techniques dans les banques de données juridiques montre bien que les technologies sont désormais fréquemment utilisées dans les jugements, en tant qu'outils de communication ou en tant que preuve<sup>6</sup>. Pour les seuls tribunaux administratifs du Québec, si les expressions telles que « copie d'écran », « métadonnées », sont utilisées à l'occasion, les notions de « document électronique » ou « document technologique » apparaissent par dizaines, les mots « Facebook » ou « enregistrement numérique » par centaines ; ceux de « courriel » ou « enregistrement » par milliers. Ceci dit, il n'y a rien d'étonnant à cela, les tribunaux ne faisant que traduire la place que la technologie détient désormais dans nos sociétés.

Sur le plan plus qualitatif, et contrairement à une croyance souvent véhiculée, les tribunaux sont aussi hautement favorables à l'admission en preuve des documents technologiques<sup>7</sup>. Plus précisément, il est étonnant de constater que les juges québécois, de façon assez conforme à une tendance nord-américaine<sup>8</sup>, sont très prompts à utiliser des preuves technologiques. Cette faveur

---

<sup>5</sup> « Mon cher Busiris, nous savons tous ici que le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité. » Jean GIRAUDOUX, *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, Paris, Grasset, 1935, acte 2, scène 5.

<sup>6</sup> L'exercice est simple, presque simpliste : il a seulement s'agit de saisir quelques mots clé dans la banque de données *Canlii* et de compter les occurrences reçues.

<sup>7</sup> V. GAUTRAIS, préc., note 3, pp. 230-245.

<sup>8</sup> Id., p. 231.

est régulièrement constatée en matière de contrat<sup>9</sup>, de signature électronique<sup>10</sup>, de signification électronique<sup>11</sup>, de preuve en général, et ce, même lorsque des principes fondamentaux sont en cause<sup>12</sup>. Une réception qui est tout autre dans d'autres pays et notamment en France où la preuve technologique est loin d'être largement reçue par les tribunaux<sup>13</sup>.

Cette plus grande permissivité dans le droit civil québécois n'est pas sans lien avec la *common law* qui dispose d'une influence latente<sup>14</sup> sur le premier. Or, tant le droit anglais qu'américain firent « preuve » d'une plus grande facilité à reconnaître l'utilisation en preuve des technologies nouvelles. Ceci se vérifie par exemple pour la notion de signature<sup>15</sup> mais je crois qu'il est possible de poser ce constat général sur la preuve dans son ensemble<sup>16</sup>. Une souplesse qui sera renforcée devant le TAQ eu égard aux règles de preuve qui lui est propre.

## B – Facilitation législative

En effet, le TAQ dispose d'une grande souplesse<sup>17</sup>, d'une grande liberté<sup>18</sup>, en matière de preuve, et ce, même s'il s'inspire très souvent des règles applicables dans le Code civil du Québec<sup>19</sup>.

---

<sup>9</sup> Si l'on ne doit citer qu'une seule référence, la décision *Dell Computer* de la Cour suprême est assez symptomatique de cette faveur. Voir notamment <http://lccjti.ca/jurisprudence/dell-computer-corp-c-union-des-consommateurs-2007-esc-34-2007-2-rs-801/>.

<sup>10</sup> *Bolduc c. Montréal* (Ville de), 2010 QCCS 1062 ; *Bolduc c. Montréal* (Ville de), 2011 QCCA 1827.

<sup>11</sup> Voir notamment [www.lccjti.ca/definition/signification](http://www.lccjti.ca/definition/signification).

<sup>12</sup> On peut notamment penser à la façon dont l'article 2858 C.c.Q. a été interprété par plusieurs tribunaux, nombreux étant ceux qui favorisèrent l'admissibilité en preuve de documents technologiques alors que ceux-ci avaient été obtenus suite à des malversations pour le moins, doux euphémisme, inélégantes. Sur le sujet, lire V. GAUTRAIS, préc., note 3, pp. 254-262. Dans le sens contraire à cette tendance, et dans une direction qui nous semble empreinte d'une grande sagesse, une toute récente décision de la Commission des lésions professionnelles marque un frein à cette vision permissive. *Campeau et Services alimentaires Delta Dailyfood Canada inc.*, 2012 QCCLP 7666, voir <http://lccjti.ca/jurisprudence/campeau-et-services-alimentaires-delta-dailyfood-canada-inc-2012-qcclp-7666-canlii/>.

<sup>13</sup> V. GAUTRAIS, préc., note 3, pp. 245-254. Voir par exemple Luc GRYNBAUM, « Le droit de l'écrit électronique : un frein au commerce en ligne (un e-mail n'est pas un écrit électronique au sens du Code civil, selon la Cour de cassation) », (2011) R.L.D.I. 33.

<sup>14</sup> Yves-Marie MORRISSETTE, « L'influence du droit français sur le droit de la preuve du Québec », dans Patrick H. GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 423-446.

<sup>15</sup> Chris REED, « How to Make Bad Law : Lessons from Cyberspace », (2010) 73-6 *Modern Law Review* 903, 906 : « English law has for centuries taken the view that a signature is a mere matter of evidence, rather than a formal act prescribed by law, and will therefore accept either of these e-signature methods as valid. However, in civil law jurisdictions signatures often have a formal significance which derives from the physical action of writing one's name on paper. Because this physical action cannot be replicated online, those jurisdictions experienced substantial difficulty in accepting the validity of e-signatures. » (Les notes de bas de page ont été enlevées)

<sup>16</sup> Vincent GAUTRAIS, « La formation et la preuve des contrat par télécopieur », (1993) Mémoire de maîtrise, Université de Montréal, page 60.

<sup>17</sup> Loi sur la justice administrative, L.R.Q., c. J-3, article 4 : « L'Administration gouvernementale prend les mesures appropriées pour s'assurer :

1° que les procédures sont conduites dans le respect des normes législatives et administratives, ainsi que des autres règles de droit applicables, suivant des règles simples, souples et sans formalisme et avec respect, prudence et

Par voie de conséquence, la Loi est d'une utilité véritable pour le TAQ, et ce, même si son utilisation est pour le moins minimaliste. Dans les banques de données juridiques, en date de décembre 2012, seulement 27 occurrences à la Loi peuvent être trouvées. De surcroît, à plusieurs reprises, si la Loi est citée, son utilisation est passablement accessoire sans qu'elle ne serve véritablement d'argumentaire aux juges pour étayer leurs points de vue.

Pourtant, cette Loi, pourquoi a-t-elle été adoptée ? Quel est son but ? La réponse à cette question peut éventuellement être trouvée dès son article 1 où l'énumération de 5 principes, correspondant aux 5 chapitres de la Loi elle-même, peut constituer un début de réponse<sup>20</sup>. Mais au-delà de la « technicité » (équivalence fonctionnelle, interchangeabilité, lien entre une personne et un document, etc.) ou de la généralité (sécurité juridique, cohérence, etc.) de ceux-ci, il nous apparaît qu'une idée fondamentale ressort de cette Loi : l'on souhaite favoriser l'utilisation des technologies nouvelles. Plus exactement, et comme cela apparaît à l'article 5, il semble importer au législateur de faire en sorte que l'on ne puisse refuser un document technologique à cause du fait qu'il est justement technologique<sup>21</sup>. Cette volonté législative est souvent associée à la notion, fort critiquable selon nous<sup>22</sup>, de neutralité technologique que l'on retrouve dans plusieurs lois (et notamment dans le Code civil du Québec<sup>23</sup>), dans plusieurs pays. Critiquable notamment dès lors que cette neutralité si recherchée est attachée justement à une faveur vis-à-vis des technologies nouvelles.

D'ailleurs, plusieurs des articles de la Loi traduisent cette faveur que l'on souhaite accorder aux documents technologiques afin qu'ils ne soient pas discriminés par rapport à leur équivalent papier. Avant de revenir sur plusieurs illustrations de cette faveur accordée par la Loi, il me plaît de faire un bref résumé quant à la preuve d'un document, papier ou numérique. Au-delà des règles d'admissibilité, la preuve d'un document implique généralement le cumul de deux caractéristiques : la première est qu'un document doit avoir un auteur auquel on peut l'attacher. Si la Loi n'évoque pas expressément ce critère, c'est qu'il existe déjà dans le C.c.Q., et ce, pour chacun des 5 moyens de preuve – sauf la présomption – prévu à l'article 2811 C.c.Q. Par exemple, un acte sous seing privé fait preuve des « déclarations des parties qui s'y rapportent » (2829 C.c.Q.) ; un écrit non signé doit prouver « que cet écrit émane de celui qui prétend en être

---

célérité, conformément aux normes d'éthique et de discipline qui régissent ses agents, et selon les exigences de la bonne foi »

<sup>18</sup> *Id.*, article 137.

<sup>19</sup> *Id.*, article 11 : « L'organisme est maître, dans le cadre de la loi, de la conduite de l'audience. Il doit mener les débats avec souplesse et de façon à faire apparaître le droit et à en assurer la sanction. Il décide de la recevabilité des éléments et des moyens de preuve et il peut, à cette fin, suivre les règles ordinaires de la preuve en matière civile. (...) ».

<sup>20</sup> *Travailleuses et travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 501 et Provigo Distribution inc.* (Centre de distribution St-François), (Alain Carrière), (T.A., 2009-07-30), SOQUIJ AZ-50574382, D.T.E. 2009T-712, [2009] R.J.D.T. 1555, par. 44. Pour plus d'explication sur l'article 1, lire [www.lccjti.ca/article/article-1](http://www.lccjti.ca/article/article-1).

<sup>21</sup> Lire notamment [www.lccjti.ca/article/article-5](http://www.lccjti.ca/article/article-5).

<sup>22</sup> V. GAUTRAIS, préc., note 3.

<sup>23</sup> Cette expression compose le titre de la section 6 du Chapitre 1, du Titre 2 du Livre 7 du C.c.Q. qui s'intitule « Des supports de l'écrit et de la neutralité technologique ».

l'auteur » (2835 C.c.Q.). La seconde condition est quant à elle la pierre angulaire de la Loi qui va mettre particulièrement de l'avant le critère d'intégrité. Un document, quel qu'il soit, devra donc respecter ce critère également, et ce, notamment en conformité avec l'article 5 et l'article 2838 C.c.Q. Auteur et intégrité sont donc les deux composantes nécessaires et cumulatives qui s'imposent à la mise en preuve d'un document, et ce, que le document soit papier ou technologique ; deux composantes qui d'ailleurs ressemblent à ce que plusieurs auteurs qualifient d'authenticité<sup>24</sup>.

Ceci étant dit, la grande question est, notamment pour les documents numériques, comment s'assurer qu'un document soit intègre ? Pour le papier, et même s'il y a toujours eu des faux, le système judiciaire a su développer au fil du temps des habitudes attachées au papier qui, ne l'oublions pas, dispose de vrais qualités en la matière. Pour le numérique, nous y reviendrons dans la partie 2, la documentation qui vient expliciter comment le document a été géré, constitue assurément une des manières de faire le plus digne de foi.

Ceci dit, l'intégrité ne doit pas être analysée avec une trop grande rigueur. Et c'est là que la Loi intervient pour envisager les éventuels débordements formels qu'aurait pu développer la jurisprudence. Ainsi, par exemple, l'article 9 dispose que si un même document est disponible sur plusieurs supports, n'importe lequel de ces documents pourra être utilisé en preuve notamment, prenant ainsi une certaine distance avec la règle de la meilleure preuve<sup>25</sup>. De la même façon, à l'article 10, si un document numérique subi quelques altérations de forme qui n'altère pas son contenu, alors il ne sera pas possible d'affirmer que le document n'est pas intègre<sup>26</sup>. Encore, l'article 11 souhaite valoriser le document dont il est possible de vérifier le « cycle de vie »<sup>27</sup>.

Néanmoins, et avec égard pour la position inverse qui est très largement développée par la jurisprudence<sup>28</sup>, nous ne croyons pas que l'article 7 de la Loi établisse une présomption d'intégrité des documents ; simplement, cette disposition prévoit, dans cette même perspective facilitatrice, qu'il n'est pas nécessaire que l'environnement qui l'entoure fasse l'objet d'une preuve additionnelle<sup>29</sup>. La personne qui invoque un document papier ou technologique devra donc prouver l'intégrité de celui-ci. Cet article est sans aucun doute l'un des plus controversés de la Loi !

---

<sup>24</sup> Léo DUCHARME, *Précis de la preuve*, 6ième édition, Wilson & Lafleur, 2005, par. 477 : « Dans le cas d'un document papier qui constate un écrit sous seing privé, pour que ce document puisse faire preuve de son contenu, il faut au préalable que son authenticité soit établie. Cette preuve, qui est à la charge de celui qui l'invoque en vertu de l'article 2828 C.c.Q., implique la démonstration des deux faits suivants: que l'écrit émane bien des personnes qui paraissent l'avoir signé et que le document n'a pas été altéré depuis qu'il a été rédigé»

<sup>25</sup> Pour en savoir plus sur l'article 9, lire <http://lccjti.ca/article/article-9/>.

<sup>26</sup> Pour en savoir plus sur l'article 10, lire <http://lccjti.ca/article/article-10/>.

<sup>27</sup> Pour en savoir plus sur l'article 11, lire <http://lccjti.ca/article/article-11/>.

<sup>28</sup> Parmi les décisions rendues par les Tribunaux administratifs du Québec, voir *Syradin c. Centre de services partagés du Québec*, 2011 QC CFP 41648 ; *Landry et Provigo Québec inc. (Maxi & Cie)*, 2011 QCCLP 1802 ; *Campeau et Services alimentaires Delta Dailyfood Canada inc.*, 2012 QCCLP 7666 ; *Vastopoulos c. Chobah*, 2012 QCRDL 40822.

<sup>29</sup> Pour en savoir plus sur l'article 7, lire <http://lccjti.ca/article/article-7/>.

## 2 – Difficultés en preuve technologique

Mais après le beau temps, les raisons d’espérer, il faut malheureusement constater que l’application de la Loi n’est un long fleuve tranquille et que sa confrontation tant avec les technologies de l’information que le droit traditionnel ne s’opère pas sans heurts. Exactement comme dans les éléments positifs que nous venons d’envisager, la question se pose tant en matière d’interprétation des technologies que de l’analyse plus strictement textuelle de la Loi.

### A – Difficultés liées à l’analyse factuelle des technologies

Les juges, d’abord et avant tout, sont des hommes et des femmes qui disposent d’idées préconçues envers les technologies. Mais comment en serait-il autrement dans la mesure où nous sommes tous sujet aux perceptions d’un monde révolutionnaire qui change à une vitesse ahurissante ! Ces perceptions sont d’ailleurs également appréciables auprès de spécialistes des technologies, auprès de savants chercheurs qui analysent de façon plus « aérienne » les technologies nouvelles. Et si certains sont résolument optimistes<sup>30</sup>, d’autres se plaignent du saut dans l’inconnu que présente l’adoption inconsidérée de plateformes qui parvinrent à réunir plus d’un milliard humains en à peine 5-6 ans<sup>31</sup>. Ce propos n’a évidemment pas pour objet de présenter une vue « pour » ou « contre » les technologies. Simplement, il vise à rappeler que la révolution technologique<sup>32</sup> que nous vivons complexifie grandement l’évaluation factuelle que les juges doivent faire des litiges qui leurs sont présentés. La quantité des données, la rapidité de leur transmission et de leur modification, leur accessibilité sans précédent<sup>33</sup>, sont autant d’éléments qui participent à l’ampleur du phénomène.

À titre d’illustration, avec les nouvelles technologies, on peut donc s’interroger quant au nécessaire rééquilibrage qui doit être fait entre des principes fondamentaux en opposition. C’est le cas en matière de diffamation où l’anonymat, les coûts souvent très élevés pour retracer les auteurs des propos et la possible atteinte parfois importante à la réputation sont autant d’éléments qui viennent modifier la donne interprétative<sup>34</sup>. De la même manière, l’interprétation

---

<sup>30</sup> Michel SERRES, « Les nouvelles technologies : révolution culturelle et cognitive », vidéo enregistrée le 11 décembre 2007, en ligne : <[http://interstices.info/jcms/c\\_33030/les-nouvelles-technologies-revolution-culturelle-et-cognitive](http://interstices.info/jcms/c_33030/les-nouvelles-technologies-revolution-culturelle-et-cognitive)> (consulté le 10 janvier 2013).

<sup>31</sup> Jacques ELLUL, *La technique ou l’enjeu du siècle*, coll. « Sciences politiques », Paris, Armand Colin, 1954 ; *Le système technicien*, coll. « Liberté de l’esprit », Paris, Calmann-Lévy, 1977 ; Jacques ELLUL, *Le bluff technologique*, coll. « Pluriel », Paris, Hachette, 2004 ; Jean-Michel BESNIER, *L’homme simplifié, le syndrome de la touche étoile*, Fayard, Paris, 2012.

<sup>32</sup> Yochai BENKLER, *The Wealth of Networks. How Social Production Transforms Markets and Freedom*, New Haven, Yale University Press, 2006, p. 1 : « It seems passé today to speak of “the Internet revolution”. In some academic circles, it is positively naïve. But it should not be. The change brought about by the networked information environment is deep. It is structural. It goes to the very foundations of how liberal markets and liberal democracies have coevolved for almost two centuries. »

<sup>33</sup> Ethan KATSH, *The Electronic Media and the Transformation of Law*, New York, Oxford University Press, 1989, p. 21.

<sup>34</sup> *Prud’homme c. Rawdon* (Municipalité de), 2008 QCCA 1985, par. 12 : « But on the other hand, I am not convinced that the use and the abuse of recent technology, and in particular of the Internet, by anonymous pamphleteers, may not call for a contextual reconsideration of the limits of free of speech that is defamatory. Addressing a small crowd in the flesh and from the north-east corner of Hyde Park is one thing, connecting from a

de principes fondamentaux – tel que la protection de la vie privée – ou le fait de ne pas déconsidérer l’administration de la justice en utilisant certaines preuves (conformément à l’article 2858 C.c.Q.) doit aussi tenir compte de cette nouvelle réalité. En effet, alors qu’un débat a eu lieu dans certaines provinces canadiennes relativement au fait d’ouvrir – ou non – des comptes *Facebook* afin de voir si certaines informations pertinentes pourraient y être trouvées<sup>35</sup>, une admission assez généralisée de preuve a pu être constatée au Québec, et ce, bien souvent, sans que l’on ne s’interroge sur la manière dont elles ont été recueillies<sup>36</sup>. N’oublions pas que si parfois l’information utilisée en preuve a été rendue publique par l’auteur lui-même, dans d’autres hypothèses, il peut être assez facile de se faire passer pour quelqu’un d’autre et ainsi rentrer dans le cercle d’« amis » *Facebook* pour chercher un document qui pourrait être utile à ses prétentions. Une fois cette première question posée, il importe d’évaluer si la preuve en cause contrevient aux libertés fondamentales. Plusieurs auteurs considèrent en effet que face à la circulation sans précédent de l’information, on ne peut utiliser les « émanations » de nos activités étant donné leur nombre, leur sensibilité, leur accessibilité sans précédent<sup>37</sup>. Sur ce dernier point, et contrairement à la tendance permissive précitée, une toute récente décision de la Commission des lésions professionnelles a semble-t-il opté pour une direction pleine de sagesse considérant que autoriser les preuves obtenues suite à la création d’un compte fictif favoriserait les parties de pêche<sup>38</sup>.

Sans aller plus loin dans nos exemples, nous voulions seulement dans ce paragraphe faire état de la nécessaire appréciation factuelle de la révolution qu’Internet et autres technologies présentent. Une appréciation d’autant plus importante que si nous avons évoqué la complexité de l’exercice, il n’en demeure pas moins que l’outil jurisprudentiel demeure l’un des outils juridiques le plus efficace pour opérer la cohérence entre droit et faits. L’autre principal moyen de contrôler les comportements est bien évidemment la loi. Malheureusement, et l’exemple de la Loi nous le

---

suburban basement, and by means of the Internet, with a vast and anonymous multitude in the cyberspace may be quite another thing. It may be that, technologically, the medium, so enhances the message as to radically alter its impact and oblige its originator to exercise a degree of caution not expected of orators around Speakers’ Corner. Perhaps issues of this kind arise in the context of this case. »

<sup>35</sup> *Leduc v. Roman*, 2009 CanLII 6838 (Ont. S.C.); *Schuster c. Royal & Sun Alliance Insurance Company of Canada*, 2009 CanLII 58971 (Ont. S.C.).

<sup>36</sup> Voir par exemple *Brisindi c. STM* (Réseau des autobus), 2010 QCCLP 4158 ; *Bar Le « I »* (Re), 2010 CanLII 8200 (QC R.A.C.J.) ; *Bar Chez Le Blanc* (Re), 2010 CanLII 4569 (QC R.A.C.J.) ; *Dussault* (Re), 2009 CanLII 73828 (QC R.A.C.J.) ; *Renaud et Ali Excavation*, 2009 QCCLP 4133 ; *Garderie Les « Chat » ouilleux inc. et Marchese*, 2009 QCCLP 7139 ; *Pawlus c. Hum*, 2008 QCCQ 11136 ; *Landry et Provigo Québec inc. (Maxi & Cie)*, 2011 QCCLP 1802.

<sup>37</sup> Ian KERR et Jena MCGILL, « Emanations, Snoop Dogs and Reasonable Expectations of Privacy », (2007) 52-3 *Criminal Law Quarterly* 392, 394 : « single bits of emanation information can be manipulated with such significant degrees of control that it is now possible to build a comprehensive profile of an individual’s biographical or biological life without that individual ever knowing that he or she is, was, or will be a subject of surveillance ».

<sup>38</sup> *Campeau et Services alimentaires Delta Dailyfood Canada inc.*, 2012 QCCLP 7666, voir <http://lccjti.ca/jurisprudence/campeau-et-services-alimentaires-delta-dailyfood-canada-inc-2012-qcclp-7666-canlii/>.

On peut notamment lire au paragraphe 60 : «[c]onclure autrement donnerait à tous les employeurs le champ libre afin de fouiller, au hasard, dans la vie privée de leurs employées. »



montre, il est souvent plus difficile de « dire » le droit avec des nouveaux textes qu'avec de plus anciens<sup>39</sup>.

## B – Difficultés législatives

Pour le moins, la Loi n'a pas eu un accueil très réceptif au sein des communautés juridiques. De par sa facture quelque peu « nouvelle », davantage que par sa substance même, elle est venue rompre avec une tradition civiliste guère habituée à la pléthore de néologismes qui compose la Loi. À titre d'illustration, certaines décisions font état de la complexité que sous-tend la Loi<sup>40</sup>. Trop souvent, la compréhension jurisprudentielle de la Loi nous apparaît, avec égard, quel que peu distincte de ce qui nous semble avoir été la volonté législative. Nous avons évoqué plus tôt l'article 7 (soit l'équivalent de l'article 2840 C.c.Q.) ; d'autres sujets tels que les notions de copie, de transfert, d'original, de document posent assurément d'autres difficultés encore. Nous en traiterons dans la seconde partie.

Le premier problème que la Loi semble poser est le manque de dialogue entre les différentes communautés ; un manque de dialogue qui se dessine à tous les étages. D'abord, on aperçoit une difficile liaison entre le droit civil traditionnel et le droit des technologies. Plus exactement, un relatif dialogue de sourds existe entre les ouvrages de droit de la preuve traditionnel et ceux portant plus spécifiquement sur la Loi ; un véritable problème de communication apparaît donc, sans doute accentué par un arrimage complexe entre le C.c.Q. et la Loi. Ainsi, nombreuses sont les décisions où la Loi quoique citée par les tribunaux n'est ensuite guère interprétée et parfois tout simplement oubliée.

Un dialogue difficile également avec d'autres professions car à plusieurs reprises, la Loi botte en touche en référant, explicitement<sup>41</sup> ou implicitement<sup>42</sup>, vers les standards techniques qui ne manquent pas de poindre tant au niveau provincial<sup>43</sup>, national<sup>44</sup> ou international<sup>45</sup>, et ce, afin

---

<sup>39</sup> Sur les distinctions d'application entre lois nouvelles et lois anciennes, lire Vincent GAUTRAIS, préc., note 3, pp. 131-188.

<sup>40</sup> Bélanger et Future Électronique inc., 2005 QCCRT 0570 : « [36] Un dernier mot sur la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, (L.R.Q. Chap. C-1.1) La procureure de la plaignante développe une argumentation complexe, notamment sur la notion de document, au moyen des dispositions de cette loi et de divers commentaires sur son sens et sa portée. Elle réfère également aux amendements apportés à d'autres lois, en conséquence. [37] La Commission ne juge pas nécessaire d'y référer, compte tenu des circonstances particulières de la présente affaire. »

<sup>41</sup> On peut notamment penser aux articles 1, 8, 12, 15, 63 et suivants.

<sup>42</sup> Implicitement, la Loi évoque à plusieurs reprises la notion de documentation (voir par exemple les articles 17 et 18 (concernant le transfert) et 30 et 34 (relativement à la transmission de documents)). Or, l'action de documentation peut souvent se faire en prenant appui sur une norme ou standard existant.

<sup>43</sup> On pense notamment à quelques travaux du BNQ mais également à certains travaux de plusieurs ordres professionnels (comme par exemple ceux du Barreau du Québec (disponible à <http://guideti.barreau.qc.ca/>)).

<sup>44</sup> La Canadian Standards Association (CSA) a produit plusieurs normes en la matière. Plusieurs normes américaines sont également fréquemment utilisées (AIIM/ANSI TR 31 -2004 Legal Acceptance of Records Produced By Information Technology Systems ; AIIM. *Legal Acceptance of Records Produced by Information Technology Systems* ; AIIM TR 31-2004. Silver Spring, MD: AIIM, 2004.DoD 5015.2 Design Criteria For Electronic Records Management Software Application).

d'objectiver la notion d'intégrité qui est au cœur de la Loi. À cet égard, il est possible de constater que la Loi est généralement beaucoup mieux reçue auprès des non juristes, sans doute à cause de liens au niveau du langage, plusieurs expressions étant issues du champ des sciences de l'information.

Enfin, et à la défense de la Loi, il faut d'abord constater que si la modification des règles de preuve a été opérée dans d'autres pays, il est difficile de dire que l'intégration des nouvelles règles ne se soit faite avec beaucoup plus de facilité. À titre d'exemple, les lois sur le commerce électronique adoptées au Canada, selon les provinces, vers le début des années 2000, ne sont presque jamais citées par les tribunaux<sup>46</sup>. Également, en France, et comme vu un peu plus tôt, l'approche minimaliste que le législateur a adoptée a occasionné une réponse jurisprudentielle frileuse où des documents technologiques sont très souvent refusés<sup>47</sup>. Ensuite, les changements associés aux règles de preuve et particulièrement lorsqu'ils touchent aux aspects technologiques, ont déjà par le passé donné lieu à des divergences de vue très polarisées. Ainsi, avec l'adoption du Code civil du Québec en 1994, des débats très marqués eurent lieu notamment quant à la pertinence d'introduire la notion d'élément matériel comme moyen de preuve autonome. Au-delà de la difficile qualification de ce procédé (sur laquelle nous allons revenir), il s'agissait de savoir si des preuves audiovisuelles, désormais possible avec les technologies de l'époque qui généralisaient les modes d'enregistrement et de reproduction, devaient être favorisées par le C.c.Q.<sup>48</sup>.

## **PARTIE 2 – TIC et TAQ : la preuve technologique dans tous ses états**

Eu égard à la grande diversité de thèmes qui pourraient être mis de l'avant relativement à cette zone de contact entre droit de la preuve et technologie, la seconde partie de ce court exposé souhaite privilégier deux sujets qui apparaissent de façon récurrente dans la jurisprudence québécoise et notamment devant celle du TAQ. Le premier porte sur un problème « ancien » mais que les technologies nouvelles remettent au goût du jour. En effet, souvent, il est difficile d'apprécier dans la jurisprudence si un document numérique est un écrit, un témoignage ou un élément matériel. En effet, classiquement, et pour faire simple, il y avait une connotation technologique à la qualification de chacun des trois moyens de preuve que constituent l'écrit, le témoignage et l'élément matériel. L'écrit était classiquement associé au papier, le témoignage à l'oralité et l'élément matériel à un enregistrement. Désormais, cette idée préconçue ne fonctionne plus.

Le second point que nous allons développer vise à sensibiliser combien la notion d'original, grandement associé au papier, doit désormais être reconsidérée, réévaluée avec les technologies

---

<sup>45</sup> On peut évidemment penser aux normes ISO qui sont particulièrement nombreuses dans le domaine.

<sup>46</sup> On peut par exemple citer une décision de l'Alberta qui préféra se baser sur de vieilles décisions anglaises du 19<sup>ème</sup> siècle pour interpréter les notions d'écrit et de signature plutôt que de s'appuyer sur une loi provinciale sur le commerce électronique dédiée à opérer le passage du papier à l'électronique (*Leopky c. Meston*, 2008 ABQB 45). Sinon, alors que la Loi est citée dans environ une centaine de décisions depuis 2001, la Loi Ontarienne sur le commerce électronique est citée 2 fois.

<sup>47</sup> *Supra*, note 13.

<sup>48</sup> *Infra*, Partie 2, 1A3 s'intitulant « Définir l'élément matériel ».

de l'information. Aussi, outre l'original, nous aimerions dire quelques mots sur une distinction qui est faite dans la Loi, et dans le C.c.Q., avec bien entendu la copie, source secondaire traditionnelle de l'original, mais également le transfert, néologisme qui est trop souvent oublié par les juges. Cette seconde partie traite de deux trilogies : celle que constitue l'écrit, le témoignage et l'élément matériel ; et celle composée de l'original, la copie et le transfert.

## 1 – Distinctions associées à la trilogie « écrit / témoignage / élément matériel »

Afin de distinguer ces trois moyens de preuve, nous allons en premier lieu tenter de les définir grossièrement, et ce, notamment dans la perspective technologique qui nous intéresse. En second lieu, nous allons nous intéresser à leur qualification en fonction de leur fonctions ; entendons par là, qu'il sera possible de les distinguer en analysant la raison d'être du document proposé en preuve.

### A – Définition autour de la trilogie « écrit / témoignage / élément matériel »

La Loi et le C.c.Q. ont opéré un véritable travail de déconstruction en dissociant ces trois concepts juridiques du support traditionnel qui les supportait. Voyons l'un à la suite de l'autre chacun d'entre eux.

#### a) Définition de l'écrit<sup>49</sup>

Comme l'original, et davantage que la signature, l'écrit est difficile à définir, et ce pour au moins deux raisons. En premier lieu, l'écrit dispose d'un lien que l'on ne peut totalement couper avec le papier. Aussi, la confrontation aux technologies de l'information ne se fait pas sans heurts<sup>50</sup>. En second lieu, l'écrit est multiple. Nous le verrons, il y a une certaine polysémie au terme tant les fonctions qu'il est susceptible de remplir sont nombreuses ; « un amalgame de fonctions » selon certains<sup>51</sup>. Face à ce constat, et à la différence de ce qui a été fait dans les autres provinces de *common law*<sup>52</sup> ou en France<sup>53</sup>, la Loi n'a pas pleinement effectué l'exercice difficile de le définir<sup>54</sup>. Davantage, elle a proposé à l'article 2837 CCQ une « non-définition » selon laquelle, en

---

<sup>49</sup> Pour un développement plus complet sur la notion, lire <http://lccjti.ca/definition/ecrit/>.

<sup>50</sup> Claude FABIEN, « La preuve par document technologique », (2004) 38 R.J.T. 533, p. 551 : « Le document technologique est qualifié d'écrit lorsqu'il accomplit l'une des fonctions habituellement remplies par un document papier. »

<sup>51</sup> François SENÉCAL, *L'écrit électronique*, Éditions Yvon Blais, Cowansville, p. 79.

<sup>52</sup> Voir notamment en Ontario, *Loi sur le commerce électronique*, LO, 2000, C-17, article 5 : « Les renseignements ou les documents qui se présentent sous forme électronique respectent l'exigence légale portant que des renseignements ou des documents doivent se présenter par écrit s'ils sont accessibles de manière à être utilisables pour consultation ultérieure. »

<sup>53</sup> Voir l'article 1316-1 C.c.F. : « L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité. »

<sup>54</sup> Claude MARSEILLE et Raphael LESCOP, « Règle de nécessité de l'original », dans *Preuve et prescription*, JurisClasseur Québec, Montréal, LexisNexis, 2008, par. 8 : « Le Code civil du Québec ne définit pas la preuve par écrit. »

matière de preuve, un écrit n'est plus associé, comme avant, au papier. Il peut désormais, incontestablement, être technologique<sup>55</sup>. Il est donc normal que la jurisprudence interprète largement la notion<sup>56</sup>.

Néanmoins, il est possible d'aller au-delà de cette déconstruction opérée par la Loi ; plus exactement par l'article 2837 C.c.Q. En effet, si l'on se réfère à l'article 2838 C.c.Q., on reconnaît qu'un écrit quel qu'il soit peut être utilisé en preuve dès lors que son intégrité est satisfaite<sup>57</sup>. A cette condition, et comme mentionné précédemment, il faut qu'un lien avec l'auteur puisse être tissé, et ce, en conformité avec la notion d'authenticité qui prévaut en droit de la preuve<sup>58</sup>.

#### b) Définition du témoignage

Tout aussi rapidement, et à la différence de l'écrit, le témoignage est plus facile à définir tant le lien qu'il détenait autrefois avec l'oralité<sup>59</sup> fait aujourd'hui face un grand nombre d'exceptions. Il est désormais clair que le témoignage peut être oral mais aussi écrit ; il ne doit pas satisfaire à une forme particulière<sup>60</sup>. Plus exactement, la définition qu'en donne l'article 2843 C.c.Q. réfère à une déclaration de faits passés dont une personne a été personnellement témoin. Une définition qui s'inscrit bien dans un environnement numérique où de surcroît leur admissibilité est, tant par la jurisprudence<sup>61</sup> que la doctrine<sup>62</sup>, de plus en plus reconnue.

#### c) Définition de l'élément matériel<sup>63</sup>

---

<sup>55</sup> Claude FABIEN, préc., note 50, p. 551 : « L'écrit est un moyen de preuve quel que soit le support du document, à moins que la loi n'exige l'emploi d'un support ou d'une technologie spécifique. »

<sup>56</sup> *Chéné c. Chiropraticiens* (Ordre professionnel des), 2006 QCTP 102 : « Tout moyen de communication écrit entre dans la définition de correspondance. L'écrit est un moyen de preuve quel que soit le support du document (supports interchangeables). »

<sup>57</sup> L'article 2838 C.c.Q. cite toutes les sortes d'écrits prévues dans le C.c.Q., sauf les autres écrits. Selon nous, cette omission est sans doute associée au fait que ce type d'écrit peut-être prouvé par tous moyens et donc le législateur n'a pas voulu encadrer ce cas particulier. Ceci ne veut évidemment pas dire que l'intégrité va être un critère déterminant pour évaluer la force probante de l'autre écrit.

<sup>58</sup> Lire notamment les propos sur cette notion d'authenticité des documents, qui est différente de celle de l'acte authentique, à <http://lccjti.ca/definition/authenticite/>.

<sup>59</sup> Claude FABIEN, préc., note 50, p. 556.

<sup>60</sup> Jean-Claude ROYER et Sophie LAVALLÉE, *La preuve civile*, 4<sup>ième</sup> éd., Éditions Yvon Blais, Cowansville, par. 675 : « Une déclaration extrajudiciaire n'a pas de forme particulière. Elle peut être écrite ou verbale. Elle s'infère parfois de la conduite d'une personne. Elle peut être consignée dans un écrit ou enregistrée sur ruban magnétique ou par une autre technique d'enregistrement. »

<sup>61</sup> Voir par exemple *GMAC Location c. Cie. mutuelle d'assurance Wawanesa*, 2003 QCCQ 39453 (QC C.Q.) ; *Cintech Agroalimentaire, division inspection inc. c. Thibodeau*, 2009 QCCA 1738.

<sup>62</sup> Claude FABIEN, « Le oui-dire revisité », *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Benoît MOORE (dir.), Cowansville, Édition Yvon-Blais, 2012, p.1099-1126.

<sup>63</sup> Pour en savoir davantage sur l'élément matériel au regard du contexte technologique, lire <http://lccjti.ca/definition/element-materiel/>.

L'élément matériel est un moyen de preuve qui origine du Code civil du Québec de 1991, intronisant officiellement une reconnaissance qui avait été petit à petit apportée par la jurisprudence<sup>64</sup>. Avant cela en effet, un grand nombre de décisions avaient déjà reconnues la recevabilité en preuve de documents, tels que des enregistrements, vidéos, photographies, et ce, avec un régime différent de celui des écrits et des témoignages « traditionnels ».

La définition qui sert de base de départ est assurément l'article 2854 C.c.Q.<sup>65</sup> Cet article est double. La première préposition est plus « théorique » et définit le moyen de preuve par la constatation que le document autorise. Une définition qui n'est d'ailleurs pas sans lien avec la manière dont on avait déjà appréhendé des preuves telles que des photographies, des enregistrements, etc.<sup>66</sup> Lors de son adoption, le professeur Ducharme s'est quel que peu opposé à cette définition qui n'en est pas vraiment une selon lui<sup>67</sup>.

La seconde partie de l'article permet d'illustrer le sens à donner à la première en donnant deux exemples de ce que peut être un élément matériel. Le premier est un objet. À titre d'illustration, on peut citer l'exemple de la brique qui tombe sur quelqu'un et dont le juge peut constater l'effet qu'elle est susceptible d'avoir<sup>68</sup>. La jurisprudence en est pleine<sup>69</sup>. Mais ce n'est pas tout. L'article 2854 CCQ évoque ensuite « la représentation sensorielle de cet objet, d'un fait ou d'un lieu. » Et c'est là que la majorité de la jurisprudence rentre en jeu avec principalement les enregistrements audio, vidéo et les photographies. C'est là aussi que la frontière entre l'élément matériel et les preuves « classiques », l'écrit et le témoignage, est la plus difficile à tracer.

À cet égard, si l'élément matériel a été prôné par plusieurs auteurs afin de faciliter des preuves qu'il était désormais possible de déposer étant donné les avancées technologiques<sup>70</sup>, d'autres ont

---

<sup>64</sup> La référence clé en la matière est sans aucun doute la décision *Cadieux c. Services de gaz naturel Laval Inc.*, 1991 QCCA 3149.

<sup>65</sup> « La présentation d'un élément matériel constitue un moyen de preuve qui permet au juge de faire directement ses propres constatations. Cet élément matériel peut consister en un objet, de même qu'en la représentation sensorielle de cet objet, d'un fait ou d'un lieu. »

<sup>66</sup> Jean-Claude ROYER, *La preuve civile*, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 1987, p. 887 : « La preuve matérielle est celle qu'un juge perçoit par ses propres sens, et non par l'intermédiaire d'un témoin ou d'un document. »

<sup>67</sup> Léo DUCHARME, «Le nouveau droit de la preuve en matières civiles selon le Code civil du Québec», dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec. La réforme du Code civil: priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires Tome 3. Sainte-Foy: P.U.L., 1993, p. 503 : « L'article 2854 prétend pouvoir définir la preuve matérielle non pas par sa nature, mais par l'effet qu'elle produit chez le juge. Selon cet article, tout moyen de preuve qui permet au juge de faire directement ses propres constatations constitue une preuve par présentation d'un élément matériel. Or, prise telle quelle, cette définition est tellement générale qu'elle s'applique aussi bien à la preuve testimoniale qu'à la preuve écrite. »

<sup>68</sup> Claude FABIEN, préc., note 50, p. 587.

<sup>69</sup> Léo DUCHARME, *Précis de la preuve*, Wilson & Lafleur, Montréal, 2005, par. 769. Dominic JAAR et François SENÉCAL, « L'administration de la preuve au Québec? », dans *Développements récents et tendances en procédure civile*, Formation continue du Barreau du Québec, vol. 320, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 129, 2010, par. 153 : « Très tôt, l'élément matériel a été identifié comme un objet tangible pouvant être amené devant le tribunal ou auquel le tribunal peut être amené. Plus tard, l'objet intangible a été inclus. »

<sup>70</sup> Pierre PATENAUDE, « Commentaires sur l'avant-projet de réforme du Code civil », (1988) 19 *R.D.U.S.* 31. p. 33 : « Jadis, l'écrit était le seul support matériel pour assurer la permanence des termes de l'entente. Mais aujourd'hui vidéos et enregistrements acquièrent leurs lettres de noblesse et devraient être acceptés en preuve lors

considéré que l'introduction de ce moyen de preuve apportait une confusion quant à la distinction entre ces trois moyens de preuve<sup>71</sup>. Assurément, avec l'intronisation de l'élément matériel dans le C.c.Q., on privilégia la facilité de ce type de preuve plutôt que la cohérence existante entre les trois moyens de preuve.

## B – Fonctions des éléments de preuve

Car en effet, il est difficile de nier, comme le prétend le professeur Ducharme, qu'une certaine confusion règne en la matière, et ce, tant en ce qui a trait à la distinction entre élément matériel et témoignage<sup>72</sup> qu'entre le premier et l'écrit<sup>73</sup>. Néanmoins, en dépit de ces risques de chevauchements, nous aimerions nous commettre en proposant une tentative de réconciliation de ces moyens de preuve basée sur la fonction que chacun d'eux doit remplir. Une quête de fonction qui a l'avantage d'être cohérente avec l'approche qui semble découler du C.c.Q. tel que rédigé en 1991 mais aussi avec le principe d'équivalence fonctionnelle<sup>74</sup> qui est l'un des principes – nous croyons même qu'il s'agit du principe<sup>75</sup> – le plus important introduit par la Loi. En effet, inscrit dans la Loi dès l'article 1, cette notion constitue d'abord une façon de rédiger les lois face aux changements technologiques<sup>76</sup> mais peut-être surtout une manière de les interpréter. En effet, par l'entremise du néologisme qu'est l'équivalence fonctionnelle a été consacré un principe ancien : l'interprétation téléologique<sup>77</sup>. Le parallèle est en effet aisé à tracer entre l'étude des « fonctions » et celles des finalités, conformément à l'étymologie grecque de « telos ».

Aussi, les fonctions de ces trois moyens de preuve, qu'elles sont elles ? En ce qui a trait à l'élément matériel, sa fonction ressort assez clairement à l'article 2854 C.c.Q. où il se doit de permettre à un juge la constatation d'un objet, d'un fait ou d'un lieu par la présentation d'un document confectionné par un auteur. Par comparaison, l'écrit vise quant à lui à remplir deux

---

d'absence d'écrits ». Pierre PATENAUDE, « Science et techniques en preuve: nécessaire réforme du droit civil, indispensable adaptation du système et des acteurs », *Développements récents en droit civil* (1992), vol. 32, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais inc., 1992, 1992, p. 79 : « Photographies et enregistrements ont une existence contemporaine à l'acte juridique, une forme probante parfois supérieure à certains écrits; ne pas en tenir compte était, à notre avis, de l'obscurantisme! », Claude FABIEN, , 1987 : « la technologie moderne permet de recueillir des traces matérielles de faits passés, de les conserver et de les faire apparaître sous une forme suffisante pour convaincre de ce qu'ils ont été. Ces moyens sont la photographie, l'enregistrement sonore et l'enregistrement audio-visuel. »

<sup>71</sup> Léo DUCHARME, préc., note 67, 1993, p. 504: « Parce que toute preuve par présentation d'un élément matériel doit s'intégrer à un témoignage, il sera souvent très difficile de pouvoir distinguer si les constatations du juge trouvent leur source dans le témoignage ou dans l'élément matériel. »

<sup>72</sup> *Id.*

<sup>73</sup> *Id.* : « ce qu'on oublie, c'est que ces nouveaux procédés techniques ne sont que des modes de conservation de la parole et qu'ils ne peuvent en aucun cas être assimilés à l'écrit ».

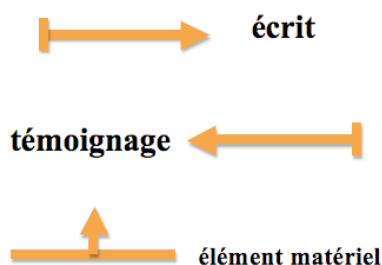
<sup>74</sup> Pour approfondir la question, lire <http://lccjti.ca/definition/equivalence-fonctionnelle/>.

<sup>75</sup> Mark PHILLIPS, *La preuve électronique au Québec*, Lexis / Nexis, Montréal, 2010, p. 21.

<sup>76</sup> Bert-Jaap KOOPS, « Should ICT Regulation be Technology-Neutral », dans Bert-Jaap KOOPS, Miriam LIPS, Corien PRINS et Maurice SCHELLEKENS, *Starting Points for ICT Regulation : deconstructing prevalent policy one-liners*, The Hague, TMC Asser, 2006, par. 167 : « This reconsideration did not constitute a policy change, but rather an updating of technology-specific provisions to encompass **functionally equivalent** new technologies. »

<sup>77</sup> V. GAUTRAIS, préc., note 3, p. 101.

fonctions que sont la communication et la documentation<sup>78</sup>. Au-delà de ces propos tenus par un linguiste, il y a sans doute dans ces deux fonctions, une assimilation à faire avec la notion de préconstitution d'une volonté ou de document instrumentaire. C'est en revanche passablement plus difficile de qualifier ce que l'on appelle l'acte non instrumentaire qui « par son contenu, participe de la nature du témoignage »<sup>79</sup>. Enfin, concernant le témoignage, conformément à l'article 2843 C.c.Q., il s'agit d'une déclaration de faits passés dont une personne a été personnellement témoin. Notons que la frontière entre l'écrit et le témoignage est aussi parfois loin d'être facile à identifier. Certains écrits par exemples, et notamment ceux de l'article 2832 C.c.Q., tiennent d'ailleurs expressément lieu de témoignage. En analysant ces trois moyens de preuve, il est possible de trouver un élément de distinction : le rapport au temps<sup>80</sup>. L'élément matériel nous semble correspondre à un état des lieux que le juge peut constater par lui-même ; l'écrit est un document préconstitué qui vaut pour le futur; le témoignage est davantage une déclaration d'une personne sur des faits passés. En résumé, l'élément matériel correspond à la constatation d'un juge quant à un document confectionné par une personne à un moment donné ; l'écrit est une préconstitution d'informations qui vaut pour le futur alors que le témoignage est une déclaration qu'une personne fait au moment de l'audience, sauf exceptions, sur des faits passés. Pour illustrer ce propos, le présent schéma illustre le rapport au temps dont chaque moyen de preuve dispose soit respectivement le futur, le passé et le présent.



## 2 – Distinctions autour de la notion d'original

L'original, davantage que l'écrit et la signature, est fermement associé au papier. Aussi, un certain travail de « raccommodage »<sup>81</sup> fut entrepris par le législateur afin de définir cette notion pour qu'il puisse se réaliser dans un environnement numérique également. En effet, lorsqu'une loi ou un règlement exige une telle condition formelle, il importait que le document technologique ne puisse être mis de côté sur la seule base de son support. En revanche,

<sup>78</sup> Robert ESCARPIT, *L'écrit et la communication*, coll. « Que sais-je ? », Paris, PUF, 1973, p. 33 : « [n]ous distinguons donc deux fonctions de base du texte : la fonction discursive et la fonction documentaire ».

<sup>79</sup> Léo DUCHARME, « Le nouveau droit de la preuve en matière civile selon le Code civil du Québec », (1992) 23, *Revue générale de droit* 5-80, p. 34 ; L. DUCHARME, *préc.*, note 67, p. 478.

<sup>80</sup> Vincent GAUTRAIS, « Réécrire l'écrit », dans Sylvette GUILLEMARD (dir.), *Mélanges en l'honneur du professeur Prujiner*, Éditions Yvon Blais, 2011, pp. 113-141, par. 50-51 : « Assurément, la distinction ne s'opère pas sur le support ou la technologie utilisé. Davantage, et comme mentionné plus tôt, la distinction qui existe entre un débat oral de visu et un enregistrement oral, est le rapport au temps. Le premier cible le moment présent et permet généralement une discussion synchrone ; le second correspond à un document préconstitué qui peut être utilisé dans le futur. »

<sup>81</sup> Vincent GAUTRAIS, *Le contrat électronique international*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 110.

reconsidérer l'original amène également à réfléchir sur la notion de copie qui constitue la preuve secondaire logique du premier. En revanche, le numérique offre une troisième voie, que la Loi identifie sous l'appellation de transfert. Au-delà d'une présentation sommaire de ces trois notions, il nous importera ensuite de faire état des solutions qui se doivent d'être suivies par les acteurs civils et commerciaux pour s'assurer que les documents qu'ils présentent en preuve soient dignes de foi.

#### A – Définitions autour de la trilogie « original / copie / transfert »

Mais commençons par le commencement et les définitions associées à ces trois notions ; trois notions qu'il est possible de séparer entre l'original à proprement parler d'un côté et la copie et le transfert de l'autre qui sont reconnus par l'article 2841 C.c.Q. comme les deux formes possibles de reproduction.

##### a) Définition de l'original

L'original n'est plus ce qu'il était... Considéré autrefois comme la pierre angulaire de la preuve documentaire<sup>82</sup>, il a perdu de son utilité dans les faits, notamment à cause de la duplicité du support papier et de la multiplication des exceptions à la règle de la meilleure preuve. Le problème s'est encore davantage corsé avec l'avènement des technologies de l'information tant cette notion est intimement liée au papier. Or, vouloir l'appliquer, l'adapter au support numérique, c'est raccommoier, c'est traiter d'un concept dont le lien avec la matière physique est inhérent<sup>83</sup>.

S'il est désormais possible d'avoir des « originaux électroniques », et plutôt que tenter de définir cette notion, la Loi se limita à identifier ses fonctions<sup>84</sup>, et ce, en conformité avec le même principe d'équivalence fonctionnelle que nous avons vu plus tôt pour l'écrit. Trois fonctions distinctes apparaissent donc à l'article 12 de la Loi, à savoir, un original est 1) une source première du document 2) ou un document unique 3) ou un document qui remplit la fonction de source première en plus de faire un lien avec une personne. Pour illustrer ces trois hypothèses, la première correspond à la situation la plus générique de ce qu'est un original, à savoir, un document qui peut donner lieu à des copies. La deuxième correspond à un chèque ou à un connaissance maritime où l'unicité, même si elle est parfois remise en cause, est une condition à la négociabilité du document. Enfin, le troisième cas d'original est celui qui correspond à la source première d'un document qui est associé à une personne, comme par exemple un acte sous seing privé. D'ailleurs, certains droits nationaux associent l'original à une signature.

---

<sup>82</sup> La doctrine s'accorde en effet sur l'idée que ce principe provient majoritairement de l'ordonnance de Carleton du 25 février 1777 qui substitua, en matières commerciales, les règles de preuve anglaises aux règles françaises en vigueur jusqu'alors. D'après l'article 7 de cette ordonnance: « Pour établir la preuve des faits, en matières commerciales, l'on aura recours, dans toutes les cours de juridiction civile dans la province du Québec, aux règles régissant la preuve prescrites par les lois anglaises ». Cité dans Arthur Georges DOUGHTY, Documents concernant l'histoire constitutionnelle du Canada (1759-1791), t. 1, Ottawa, Archives canadiennes, 1911, p. 447.

<sup>83</sup> Par exemple Isabelle de LAMBERTERIE, « La valeur probatoire des documents informatiques dans les pays de la C.E.E. », (1992) 44 R.I.D.C. 641, 682.

<sup>84</sup> Article 12 de la Loi.



Conformément à cette plus grande permissivité très nord-américaine, le droit québécois a voulu être plus inclusif en considérant qu'il y a d'autres moyens que la signature pour créer ce lien avec une personne.

Sans rentrer dans le détail, le moins que l'on puisse dire c'est que l'article 12 pose beaucoup de difficultés interprétatives à la doctrine<sup>85</sup> et à la jurisprudence<sup>86</sup>. En premier lieu, le caractère « pédagogique » de cet article est loin d'être assuré, sa facture étant pour le moins rébarbative. En deuxième lieu, si la notion d'original laisse parfois transparaitre sa raison première, il est en bien des cas compliqué de savoir dans quelle catégorie de fonction une condition d'original prévue dans une loi doit être placée. En troisième lieu, on peut se demander si les fonctions d'unicité et de lien avec une personne sont associées à l'original ou à une autre notion par exemple la signature<sup>87</sup>. D'ailleurs, à notre connaissance, aucune décision n'a interprété la qualité d'original en utilisant les critères prévus dans les nouvelles lois.

#### b) Définition des deux formes de reproduction de l'article 2841 C.c.Q.

L'article 2841, situé dans le livre septième du Code civil du Québec consacré à la preuve, et spécifiquement dans une Section 7 s'intitulant « Des copies et des documents résultants d'un transfert », évoque deux modes de reproduction différents que la Loi a pris le soin de distinguer, à savoir, la copie<sup>88</sup> et le transfert<sup>89</sup>. La copie n'avait jamais été définie préalablement mais allait de soi dans un univers papier où l'on savait ce que cela signifiait. En effet, elle était la preuve secondaire qui découlait d'un original. En revanche, la notion de transfert est de droit nouveau et constitue un mode de reproduction qui n'avait pas lieu d'être dans un environnement analogique. Aussi, selon la qualification qui se doit d'être faite entre l'un ou l'autre des deux modes de reproduction, s'appliquera un régime spécifique.

La première manière de faire une reproduction est par le biais d'une copie. Cette notion, généralement considérée comme la preuve secondaire d'un original, apparaît d'ailleurs dans la Loi juste après les articles sur cette dernière notion. Traditionnellement associée au papier, elle peut être définie comme la « [r]eproduction d'un document source qui en conserve l'information et la forme. »<sup>90</sup> Sans développer trop dans le détail cette notion, on peut seulement dire que la copie est précisée, certes passablement moins que l'original, à l'article 15 qui exige que son intégrité soit assurée et que « des garanties suffisamment sérieuses » puissent établir le lien dont elle dispose avec l'original. Pourtant, dans la définition offerte à l'article 2841 C.c.Q., elle est

---

<sup>85</sup> Gilles DE SAINT-EXUPÉRY, *Le document technologique original dans le droit de la preuve au Québec*, Mémoire de Maîtrise, Université de Montréal, 2012 ; C. MARSEILLE et R. LESCOP, préc., note 54.

<sup>86</sup> Lire la jurisprudence associée à cette disposition à <http://lccjti.ca/article/article-12/> ou <http://lccjti.ca/definition/original/>.

<sup>87</sup> Voir notamment la situation en France à ce sujet : JO n°140 du 17 juin 2005, p.10342.

<sup>88</sup> Voir l'article 15 de la Loi.

<sup>89</sup> Voir les articles 17 et suivants de la Loi.

<sup>90</sup> Daniel POULIN et Pierre TRUDEL, « La loi en ligne : La Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information », 2001.

susceptible d'être envisagée de deux manières différentes, et ce, quel que soit le support utilisé. En premier lieu, elle doit être considérée dans l'hypothèse où elle est effectuée avec un support identique. La référence à l'identité du support peut se matérialiser tant dans le monde papier que dans le monde numérique. Dans le monde papier, un écrit original sur support papier photocopié sur une autre feuille de papier, est comme son nom l'indique une « copie » au regard de l'article 2841 C.c.Q. Dans le monde numérique, cette disposition s'applique également et il est possible d'envisager le cas, par exemple, où un fichier en format « .pdf », « .doc » ou « .xls » serait reproduit sur un même support, tel, par exemple, le même disque dur d'un ordinateur<sup>91</sup>.

En second lieu, la copie peut aussi correspondre à une reproduction sur un support différent, mais où la technologie ne serait en l'espèce pas différente. Ceci nous ramène à une distinction faite par ailleurs avec la notion de technologie<sup>92</sup> qui, par exemple, correspond au format d'un logiciel du type de ceux précités (« .pdf », « .doc », « .xls », etc.). On peut aussi voir dans cette seconde hypothèse la situation où un fichier est adressé par courriel à une autre personne. Le support est différent car l'on passe d'un ordinateur à un autre mais la technologie est identique c'est-à-dire que le fichier « .doc » par exemple le sera tant au départ qu'à l'arrivée<sup>93</sup>.

Toujours selon l'article 2841 C.c.Q., la seconde manière de faire une reproduction est le transfert. Avec cette notion, on s'éloigne de l'idée de « multiplication » que l'on pouvait trouver dans la copie et, davantage, on se rapproche de l'idée de migration, de conversion<sup>94</sup>, de substitution. Sous certaines conditions cette manipulation permet de transférer la « valeur juridique<sup>95</sup> » du document original et de détruire ce dernier, dès lors que son passage d'une technologie à une autre est documentée.

Tout comme pour la copie, il existe donc deux hypothèses qu'il importe de distinguer au sein de la notion de transfert. En premier lieu, un transfert peut impliquer qu'aucun changement de support ne soit constitué, mais que seule la technologie diffère. À titre d'exemple, il s'agit de la situation où une personne désire « transformer », transférer devra t-on dire, un document en format « .doc » en format « .pdf » afin de le conserver sur le même disque dur de son ordinateur portable. Il n'y a donc pas de changement de support, le disque dur étant le même pour les deux documents. En revanche, la technologie va être différente et cela va notamment se concrétiser avec, parfois, un changement dans la forme du document avec des espaces qui vont être générés automatiquement, mais parfois aussi, aucun changement ne sera apparent. Le texte peut rester inchangé mais la présentation, à la différence d'une copie, peut être modifiée. En revanche, la

---

<sup>91</sup> Vincent GAUTRAIS et Patrick GINGRAS, « La preuve des documents technologiques », (mai 2010) 22-2 *Cahiers de propriété intellectuelle* 267-315, p. 287. Peuvent donc être considérés comme des copies une feuille de papier photocopié sur une autre feuille ; le fichier en format « .pdf » enregistré sur le disque dur d'un ordinateur reproduit et enregistré sur le même disque dur ; le fichier en format « .jpeg » enregistré sur un cédérom reproduit et enregistré sur le même cédérom.

<sup>92</sup> Lire sur le sujet <http://lccjti.ca/definition/technologie/>.

<sup>93</sup> Voir les exemples proposés à V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, préc., note 90, pp. 287-288.

<sup>94</sup> La notion de conversion est en effet définie dans certaines normes techniques d'une manière très proche de celle de transfert. Lire par exemple l'article 3.7 de la norme ISO 15489 qui définit la conversion de la façon suivante : « process of changing records from one medium to another or from one format to another. »

<sup>95</sup> Cette expression est celle de la Loi. Lire notamment <http://lccjti.ca/definition/valeur-juridique/>.

« construction » du document va être sensiblement distincte<sup>96</sup>. En second lieu, le transfert peut également survenir suite au changement du support ; un changement de support qui est tel qu'il a une incidence directe sur la technologie en cause. Car rappelons-nous, c'est la technologie qui est l'élément central dans la qualification du transfert. Là encore, c'est avec des illustrations que l'on est le mieux à même de comprendre cette hypothèse. La situation la plus commune est celle, classique, où un document papier est numérisé pour, par exemple, détruire le document source. De l'autre côté, et là encore il s'agit d'une hypothèse éminemment courante, ce second type de transfert correspond au document numérique qui est imprimé<sup>97</sup>. De même, l'enregistrement sur une clé USB en format « .pdf » d'une page Internet constitue un transfert, tout comme l'impression d'un courriel sur une feuille de papier.

## B – Conditions de satisfaction : éloge de la documentation

Une fois le travail de qualification qui permettra d'identifier le statut du document proposé en preuve, il importe de s'arrêter quelque peu sur la solution déterminée par le C.c.Q. pour le satisfaire. Là encore, le format du présent papier ne permet pas de décrire en profondeur la voie à suivre. En revanche, il est une solution sur laquelle nous aimerions nous appesantir, notamment par le fait qu'elle est susceptible de s'appliquer à l'ensemble des trois notions précitées : la documentation. Par documentation, nous entendons une procédure qui explicite comment un document est géré, et ce, durant son cycle de vie. Il s'agit donc d'un document sur un document, une information sur un document, qui ne constitue pas son contenu informationnel en tant que tel mais davantage une information sur ses modalités de gestion. Si ces données sur des données – appelées souvent « métadonnées » – ont toujours existé, et ce, même avec les documents sur supports physiques<sup>98</sup>, elles ont une importance toute particulière avec les fichiers numériques auxquels il est désormais très facile de les attacher.

Derrière ce terme de métadonnées, il est donc possible de considérer deux types de données. Il y a en premier lieu les métadonnées au sens strict du terme, à savoir, des données sur les données qui sont directement attachées au document. Internes ou externes, elles correspondent à de l'information qui permet d'en savoir plus sur le document, comme par exemple, l'auteur, la date de la dernière modification, le format, la langue, le droit d'auteur, etc.<sup>99</sup> Mais l'étymologie du terme de métadonnée (à propos des données) peut également être assimilée à une documentation externe qui précise comment le document est géré. D'ailleurs, et à titre d'exemple, l'article 17

---

<sup>96</sup> Lucien PAULIAC, « Preuve des actes électroniques, l'intégrité en question », dans *Preuve & Archivage, Documents numériques*, Association Preuve & Archivage, Paris, 2010.

<sup>97</sup> Pour une position contraire, M. PHILLIPS, préc., note 75, p. 72.

<sup>98</sup> Bernard STIEGLER, « Pharmacologie des métadonnées », dans Bernard STIEGLER, Alain GIFFARD et Christian FAURÉ, *Pour en finir avec la mécroissance : quelques réflexions d'Ars Industrialis*, Flammarion, Paris, 2009, pp. 87-88 : « [L]es premières métadonnées connues sont très anciennes : elles remontent à la Mésopotamie, où les assyriologues ont découvert que les tablettes d'argile supportant des caractères cunéiformes, et que l'on a retrouvées en masse dans les vallées du Tigre ou de l'Euphrate, étaient en général rangées dans des paniers d'osier, le contenu de chaque panier étant décrit par une tablette où étaient inscrites des métadonnées catégorisant les données contenues dans le panier. »

<sup>99</sup> Pour en savoir plus, lire <http://fr.wikipedia.org/wiki/Métadonnées>. À titre d'exemple, dans un fichier « word », il est possible de connaître un certain nombre d'information en allant dans l'onglet « Fichier » et en cliquant sur « Propriétés ».

al.3 de la Loi relatif à la notion de transfert réfère à cette double façon dont on peut en savoir plus sur un document : les métadonnées proprement dites et une documentation explicitant le qui, quoi et comment le document est géré<sup>100</sup>.

La documentation est donc l'outil par excellence pour prouver les documents numériques. Depuis déjà longtemps, Ethan Katsh avait développé cette croyance selon laquelle : « Paper contracts bind parties to an act. The electronic contract binds parties to a process »<sup>101</sup>. Ainsi, en migrant du papier vers le technologique, on célèbre une perte de matérialité qu'il importe de combler par la mise en place de procédures, de documentation<sup>102</sup>. La perte de garanties associées à la matière physique doit donc être compensée par la rédaction de procédures entourant le document numérique.

Ainsi, et pour revenir sur notre trilogie, il n'est donc pas rare de devoir prouver un document en étayant sa prétention avec un autre, relatif à celui-ci. D'ailleurs, cette façon de faire est formellement requise à l'article 17 de la Loi qui considère que le transfert doit être documenté<sup>103</sup>. Cela dit, au regard des articles 17 et 20, et même si cette condition est fortement à conseiller, il semble qu'elle ne soit obligatoire que lorsque le document transféré est par la suite détruit<sup>104</sup>. Une documentation qui n'a pas nécessairement besoin d'être très élaborée<sup>105</sup>, et ce, même si plusieurs standards techniques qui peuvent prévaloir dans certains cas le sont passablement plus. Des standards qui ont pour le moment le désavantage d'être nombreux<sup>106</sup>, répétitifs, parfois tellement généraux qu'ils peuvent être quelque peu vides de sens, le tout à un prix qui peut nous interroger quant à leur juridicité. Notons aussi que la Loi avait prévu la mise en place d'un comité qui aurait eu notamment pour mission sinon d'élaborer de nouvelles normes, au moins d'identifier celles qui seraient privilégiées au regard de la Loi<sup>107</sup>. Si ledit comité s'est réuni à quelques occasions, ses activités semblent avoir été abandonnées. Ces « critiques » relatives aux normes existantes ne portent pas sur le bien-fondé de tels standards afin d'étayer les nécessaires silences de la Loi qui se doit d'être générale et permanente. Elles nous permettent seulement de croire que le domaine est encore adolescent et devrait se densifier rapidement.

---

<sup>100</sup> Article 17 al. 3 de la Loi : « (...) La documentation peut être jointe, directement ou par référence, soit au document résultant du transfert, soit à ses éléments structurants ou à son support. »

<sup>101</sup> Ethan KATSH, *Law in a Digital World*, coll. « MyiLibrary », New York, Oxford University Press, 1995, p. 129.

<sup>102</sup> V. GAUTRAIS, préc., note 81, p. 96.

<sup>103</sup> Nous pensons, par exemple, et parmi tant d'autres, à la norme ISO 15489, préc., note 94.

<sup>104</sup> V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, préc., note 90, p. 290.

<sup>105</sup> Jean-François DE RICO et Dominic JAAR, *Le cadre juridique des technologies de l'information*, dans *Développements récents en droit criminel*, Service de la formation continue du Barreau du Québec, 2008, par. 18. À titre d'exemple, un formulaire accompagnant une impression ou une numérisation peut être généré automatiquement en se rendant à <http://lccjti.ca/definition/formulaire-de-documentation/> (formulaires produits par Valentin Callipel et Gilles De Saint-Exupéry). Le fait que la documentation n'a souvent pas besoin d'être trop détaillée peut également être justifié par la permissivité jurisprudentielle que nous avons évoquée en première partie.

<sup>106</sup> Sur le site Wikipedia, il existe une douzaine de normes ISO dédiées à la sécurité de l'information, en ligne : [http://fr.wikipedia.org/wiki/Liste\\_de\\_normes\\_ISO#Normes\\_ISO : 27000\\_2F\\_S.C3.A9curit.C3.A9\\_de\\_l.27informa\\_tion](http://fr.wikipedia.org/wiki/Liste_de_normes_ISO#Normes_ISO:_27000_2F_S.C3.A9curit.C3.A9_de_l.27informa_tion) (consulté le 15 janvier 2013). Le phénomène est fréquent dans une industrie naissante : au début, les standards sont tout feu tout flamme mais lorsque l'industrie parvient à une plus grande maturité, alors un tri s'opère pour ne retenir que ceux qui sont réellement nécessaires ou qui exercent un véritable consensus au sein de la communauté.

<sup>107</sup> Voir notamment les articles 63 et suivants de la Loi.

Ensuite, si la Loi évoque la possibilité d'augmenter la force probante d'une copie par le biais d'une certification<sup>108</sup>, certification qui semble désormais passablement plus souple qu'avant, ce procédé, d'une part, correspond à une forme de documentation qui donne de la force au document à prouver et, d'autre part, rien n'empêche également de faire une documentation en bonne et due forme<sup>109</sup>. De façon identique, si la preuve d'un original ne requiert pas formellement une pareille exigence de documentation pour la première fonction identifiée plus tôt, les deux autres fonctions identifiées à l'article 12, selon ce même article *in fine*, doivent quant à elles être étayées de normes ou standards adéquats.

Enfin, au-delà de cette trilogie, la documentation est une démarche qui est susceptible de s'appliquer pour l'ensemble du domaine de la preuve. Ainsi, elle peut être utilisée pour étayer par exemple la preuve d'un témoignage, d'une communication d'un courriel, la fiabilité d'une page *wikipedia*<sup>110</sup>, etc.

Nous l'avons dit plus tôt en introduction, le droit est une science de la réaction et il est naturellement moins enclin à être révolutionné que les technologies elles-mêmes. Néanmoins, et ce dernier exemple en est la parfaite illustration, il est pour le moins sujet à une évolution ; de celle qui oblige désormais les acteurs civils et commerciaux à développer une certaine diligence dans la manière de gérer leurs propres données. Une diligence qui passe notamment par ce travail de documentation qui ne s'impose pas dans une tradition juridique où la preuve faite par soi-même est source de suspicion<sup>111</sup>. Pourtant, il s'agit là d'un procédé incontournable et de la même manière qu'un juge d'hier et d'aujourd'hui est en mesure d'apprécier la qualité d'un document en fonction de la forme associée à son support, le juge de demain va pouvoir évaluer la qualité d'un document en fonction du contexte documentaire qui l'entoure. Le déjà demain.

---

<sup>108</sup> Voir notamment les développements de l'alinéa 3 de l'article 2841 C.c.Q., disponible à <http://lccjti.ca/article/article-2841/>.

<sup>109</sup> Certains auteurs critiquent d'ailleurs le fait que le régime de la copie soit différent de celui du transfert. C. MARSEILLE et R. LESCOP, préc., note 54.

<sup>110</sup> Nicolas W. VERMEYS et Patrick GINGRAS, « Chronique. Citer ou ne pas citer : la preuve par Wikipédia », (2011) Repères EYB2011REP1087 ; V. GAUTRAIS, préc., note 3, pp. 230-245.

<sup>111</sup> Clémence MOULY-GUILLEMAUD, « La sentence « nul ne peut se constituer de preuve à soi-même » ou le droit de la preuve à l'épreuve de l'unilatéralisme », (2007) RTD civ. 253. Cette auteure française, malgré une jurisprudence qui évoque à plusieurs reprises cet adage, considère au contraire qu'il s'agit d'un « précepte bien creux ».