

Université de Montréal

**Le document technologique original dans le droit de la preuve au Québec**

Par

Gilles de Saint-Exupéry

Centre de recherche en droit public

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures et postdoctorales  
en vue de l'obtention du grade LL.M.  
Maîtrise en droit des technologies de l'information.

Août 2012

© Gilles de Saint-Exupéry 2012

Université de Montréal  
Faculté des études supérieures et postdoctorales

Ce mémoire intitulé

**Le document technologique original dans le droit de la preuve au Québec**

Présenté par

Gilles de Saint-Exupéry

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Nicolas Vermeys  
Président-rapporteur

Vincent Gautrais  
Directeur de recherche

Karim Benyekhlef  
Membre du jury

## **Le document technologique original dans le droit de la preuve au Québec**

### RÉSUMÉ

L'adoption de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information en 2001 a permis de mettre en place un cadre juridique favorisant l'intégration des technologies de l'information dans le droit. Plus particulièrement en droit de la preuve, cela a conféré au document technologique la qualité d'élément de preuve. Dans ce contexte il a été nécessaire d'adapter certains articles du Code civil du Québec et du même fait certaines règles dont la règle de la meilleure preuve, telle que prévue à l'article 2860 C.c.Q.. Cette règle s'appuyait jusqu'à présent sur la notion d'original, notion propre au support papier dont il a fallu trouver un équivalent pour le document technologique. C'est ce qu'a fait la Loi en prévoyant à son article 12 les caractéristiques de l'original technologique.

Nous nous penchons sur cette notion en regardant quelles sont ses origines et ses justifications, puis nous avons analysé l'article 12 de la Loi qui traite de l'original sous forme technologique. Enfin nous nous sommes interrogé sur la place des reproductions dans le contexte technologique et nous avons vu que celles-ci ont pris de plus en plus d'importance à côté du document original, au fur et à mesure du perfectionnement des moyens de reproduction.

Mots-clefs : preuve, original, meilleure preuve, copie, transfert, document technologique, certification, documentation, reproduction, authentique.

## **Le document technologique original dans le droit de la preuve au Québec**

### ABSTRACT

The adoption, in 2001, of the *Act to Establish a Legal Framework for Information Technology* (the Act) allowed the establishment of a legal framework facilitating the integration of Information Technology in law. More specifically in law of evidence, this allowed for the recognition of the technology-based document as evidence. In this context, it was necessary to adapt certain sections of the Civil Code of Québec and, thus, certain rules, among which the best evidence rule, set forth in Section 2860 C.C.Q. Until the Act, this rule relied on the original, a concept specific to the paper medium; consequently, it became necessary to find an equivalent for the technology-based document. This was done by Section 12 of the Act, which sets out the technology-based original's characteristics.

We will look into this concept's origins and rationale, before analysing Section 12 of the Act, which addresses the original in a technological form. We will then examine the reproductions' place in the technological context, and ascertain their growing importance beside that of the original document's, as the means of reproduction continuously improved.

Keywords : evidence, original, best evidence rule, copy, transfer, technology-based document, certification, documentation, reproduction, authentic.

## TABLE DES MATIÈRES

### LISTE DES SIGLES, ABRÉVIATIONS ET EXPRESSIONS LATINES

USUELLES ..... viii

REMERCIEMENTS.....ix

INTRODUCTION ..... 1

Première partie - Les fondements théoriques de l'original .....5

Chapitre 1 - L'original en soi.....5

Section 1 - L'original originel ..... 5

1. L'original..... 5

a. Une définition générale ..... 5

b. L'original en art ..... 6

c. (Non)-définition juridique ..... 8

2. Le document.....11

Section 2 - L'original original..... 15

1. Une conception matérielle « encrée » dans le papier ..... 16

2. Une conception fonctionnelle axée sur l'authenticité ..... 18

Chapitre 2 – L'original en droit .....21

Section 1 - L'art de la preuve..... 21

1. Les fondements du droit de la preuve..... 21

a. Définition ..... 21

b. Fonctions de la preuve ..... 23

2. Ancrée dans le temps ..... 27

a. Des facteurs d'évolution ..... 28

b. Des évolutions historiques, de l'Édit de Moulins à la LCCJTI ..... 39

Section 2 – Le système probatoire québécois ..... 44

1. Fonctionnement ..... 44

2. La règle de la meilleure preuve ou « la nécessité de l'original »..... 46

a. Les origines historiques..... 47

b. La règle dans le système probatoire québécois ..... 48

3. La règle de la meilleure preuve ou « la nécessité de l'authenticité »..... 55

Conclusion de la première partie .....59

<b>Seconde partie - L'original, applications pratiques .....</b>	<b>60</b>
<b>Chapitre 1 - L'original technologique .....</b>	<b>60</b>
<b>Section 1 - La LCCJTI: principes fondateurs.....</b>	<b>60</b>
<b>1. Principes .....</b>	<b>60</b>
a. Le document technologique .....	61
b. La neutralité technologique et l'équivalence fonctionnelle .....	65
<b>2. Applications.....</b>	<b>68</b>
a. Valeur juridique et cycle de vie .....	68
b. Fiabilité, authenticité, intégrité .....	70
<b>Section 2 – La preuve par l'original.....</b>	<b>77</b>
<b>1. Document technologique et droit de la preuve.....</b>	<b>77</b>
a. Élément et moyen de preuve .....	77
b. Recevabilité.....	79
c. Force probante.....	81
<b>2. L'original technologique de l'article 12 .....</b>	<b>82</b>
a. Analyse littérale.....	82
b. Analyse exégétique.....	84
<b>Chapitre 2 - La copie originale.....</b>	<b>98</b>
<b>Section 1 – L'original démultiplié .....</b>	<b>98</b>
<b>1. La copie : cadre général .....</b>	<b>98</b>
a. Définition .....	98
b. Sources historiques.....	99
<b>2. La copie: cadre juridique.....</b>	<b>101</b>
a. Le Code Napoléon.....	102
b. Le Code civil du Bas-Canada.....	102
c. Loi sur la preuve photographique de documents.....	103
d. « De la reproduction de certains documents » .....	105
e. Auteur et processus : les garde-fous .....	106
<b>Section 2 – Copies qui légalement tiennent lieu d'original .....</b>	<b>109</b>
<b>1. Copie, transfert: définitions.....</b>	<b>109</b>
a. Copie c. Transfert .....	109
b. La copie de l'article 15 .....	113
c. Le transfert de l'article 17.....	119
<b>2. Copie, transfert: critique de la distinction .....</b>	<b>121</b>
<b>3. Des copies originales: une remise en cause de la distinction « original » - « copie qui en tient lieu »? .....</b>	<b>129</b>

<b>Conclusion de la seconde partie .....</b>	<b>135</b>
<b>Conclusion générale .....</b>	<b>136</b>
<b>TABLE DE LA LÉGISLATION .....</b>	<b>139</b>
<b>TABLES DES JUGEMENTS.....</b>	<b>140</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>143</b>

## LISTE DES SIGLES, ABRÉVIATIONS ET EXPRESSIONS LATINES USUELLES

C. de D.	Cahiers de droit
C.c.B-C.	Code civil du Bas-Canada
C.c.Q.	Code civil du Québec
C.p.c.	Code de procédure civile
C.P.I.	Cahiers de propriété intellectuelle
C.Q.	Cour du Québec
CCC	Communication Commerce Electronique
CE	Conseil de l'Europe
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial
<i>In fine</i>	À la fin (d'une disposition législative)
<i>In limine</i>	Au début (d'une disposition législative)
JCP	Semaine juridique (édition générale)
L.Q.	Lois du Québec
L.R.C	Lois révisées du Canada
L.R.Q.	Lois refondues du Québec
LCCJTI	Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information
LP	Loi sur la preuve au Canada
LPPD	Loi sur la preuve photographique de documents
QCCA	Cour d'appel du Québec
R. du B.	Revue du Barreau
R. du N.	Revue du Notariat
R.C.S.	Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada
R.J.T.	Revue juridique Thémis
RLDI	Revue Lamy droit de l'immatériel
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil

## REMERCIEMENTS

« Hâtez-vous lentement, et sans perdre courage,  
Vingt fois sur le métier remettez votre ouvrage,  
Polissez-le sans cesse, et le repolissez,  
Ajoutez quelquefois, et souvent effacez. »

Nicolas BOILEAU, *De l'Art poétique*, 1674.

Il n'est point original de commencer par remercier son directeur de mémoire mais c'est chose nécessaire tant le soutien du Professeur Vincent Gautrais m'a été précieux. Les échanges que nous avons pu avoir m'ont permis d'approfondir mes réflexions et ses intuitions se sont toujours révélées bonnes.

Je tiens également à remercier mes parents qui m'ont permis de découvrir le Québec et particulièrement ma mère qui m'a toujours aiguillé sur la bonne voie lors de la rédaction du présent texte. Son aide à la relecture a été précieuse et les fautes restantes sont miennes.

Je remercie le Centre de recherche en droit public de m'avoir accueilli dans un cadre de travail très enrichissant tant sur le plan intellectuel, qu'humain. Enfin je remercie la Fondation André-Savoie et la Faculté des études supérieures et postdoctorales de l'Université de Montréal pour leur soutien financier.

Pour finir je souhaite souligner les précieux échanges avec François Senécal, Marie Demoulin et Valentin Callipel et le soutien de l'équipe de la bibliothèque de la Faculté, notamment Amélie Bernard.

## INTRODUCTION

« [L]e droit est né à la fois du culte des morts et de l'échange entre les vivants. »<sup>1</sup>

Le développement des technologies de l'information a fait germer une idée qui s'est de plus en plus répandue dans le monde juridique : le droit sera toujours en retard sur les nouvelles technologies. Cependant, cette affirmation nous semble hasardeuse et mérite qu'on s'y attarde, car le droit et les technologies sont de natures différentes. Tandis que le droit pose des principes généraux dont la réussite se mesurera entre autre à leur durabilité face au changement technologique, les technologies, elles, sont jugées sur leur capacité d'innovation. Le droit représente la tradition dans l'innovation, les technologies représentent l'innovation dans la tradition.

« Dès lors, les changements du droit sont lents, tatillons, et répondent aux mêmes exigences de continuité et de sécurité juridique. Il n'y a pas de révolutions en droit, de l'évolution oui. »<sup>2</sup>

Du fait de cette différence de nature, le législateur ne doit pas prendre en compte toutes les innovations technologiques car elles ont lieu à un rythme effréné<sup>3</sup>. Le législateur doit prendre en compte les technologies dans leur ensemble, en tant que système pour permettre de réconcilier le droit et les technologies.

« Le droit doit s'efforcer de concilier les impératifs permanents avec les techniques contingentes et les exigences pratiques des affaires modernes. »<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> François TERRÉ, « Informatique et sociologie du droit », dans *Droit et informatique, l'Hermine et la puce*, Pierre CATALA (dir.), Paris, Masson, 1992, p. 161.

<sup>2</sup> Serge GUTWIRTH, « Composer avec du droit, des sciences et le mode technique: une exploration », *Les technologies de l'information au service des droits: opportunités, défis, limites*, Daniel LE MÉTAYER (éd.), *Cahiers du CRID* n°32, Bruylant, 2010, p. 31.

<sup>3</sup> Emmanuel DERIEUX, « Aspect éthico-juridiques des nouvelles technologies d'information et de communication », *RLDI*, Paris, 2694, n°80, mars 2012, p.76.

<sup>4</sup> Michel REULOS, « Le droit de la preuve et les techniques modernes d'établissement, de reproduction et de diffusion des documents », dans *Recueils de la société Jean BODIN*, Bruxelles, Imprimerie des

Les technologies, entendues au sens de « techniques, outils et machines »<sup>5</sup>, sont des facteurs influents de l'évolution des sociétés, car elles ont un impact socio-économique de premier ordre. Bernard Stiegler déclare à ce titre que la connaissance de « l'histoire de la formation de la pensée à travers ses instruments en général »<sup>6</sup> est indispensable car le développement de nos connaissances est lié aux moyens techniques permettant de les mettre en œuvre. Par exemple, le développement de la microbiologie est parallèle à celui des techniques de grossissement de la vue ; l'apparition de la photographie, puis du cinéma aux connaissances en physique et en chimie, etc., l'apparition des nouvelles technologies de l'information n'est qu'un exemple supplémentaire. Or comme l'explique Michel Serres:

« C'est lors des révolutions concernant les nouveaux modes de traitement de l'information que les civilisations basculent! »<sup>7</sup>

Les pays occidentaux sortent de l'ère industrielle pour rentrer dans l'ère informationnelle<sup>8</sup>. D'un point de vue juridique, il a été nécessaire de prendre en compte ce phénomène pour assurer « la sécurité juridique des communications [...] au moyen de documents quels qu'en soient les supports »<sup>9</sup>, afin d'éviter les risques engendrés par l'utilisation des technologies et d'instaurer un climat de confiance pour favoriser leur utilisation. C'est ce qu'a fait le législateur québécois en adoptant la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*<sup>10</sup> en 2001 (Ci-

---

travaux publics, Tome 18, 1963-1965, *LXVII*, p. 329.

<sup>5</sup> Grand Robert en ligne, «Technologie».

<sup>6</sup> Bernard STIEGLER, «Entretien avec... Bernard Stiegler», par Ivana BALLARINI-SANTONOCITO et Alexandre SERRES, disponible à <http://www.fadben.asso.fr/Entretien-avec-Bernard-Stiegler.html>, site visité le 13 août 2012.

<sup>7</sup> Michel SERRES, «Les nouvelles technologies : révolution culturelle et cognitive», Conférence INRIA, 2007, disponible à: [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), site visité le 31 juillet 2012.

<sup>8</sup> En ce sens voir les livres de : Antonio CASILLI, *Les liaisons numériques*, Paris, Seuil, 2010; Bernard STIEGLER, *Réenchanter le monde : la valeur esprit contre le populisme industriel*, Paris, Flammarion, 2006.

<sup>9</sup> Art. 1. 1 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, , LRQ, c C-1.1, ci après la Loi.

<sup>10</sup> *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, , LRQ, c C-1.1.

après la Loi), suite aux recommandations de la CNUDCI<sup>11</sup>.

Dans ce contexte nous nous pencherons sur la question de l'adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information car cette problématique est intimement liée à celle de la « sécurité juridique des communications », principe prévu dans le premier article de la Loi. En effet le développement de nouveaux moyens de communication et particulièrement les nouvelles technologies, soulève immédiatement la question de la preuve de ces communications<sup>12</sup>.

« Dès que l'on évoque le droit des nouvelles technologies de l'information, le passé nous le montre, la question de la preuve est apparue en tout premier ordre. »

Dès lors, pour assurer la confiance en ces moyens de communication et plus généralement dans ces nouveaux supports de l'information, le rôle de la loi est d'assurer la « sécurité juridique » des utilisateurs. Cette dernière se traduit notamment par la capacité des utilisateurs à utiliser ces technologies à titre de preuve, que ce soit, par exemple, pour établir un acte ou un fait juridique.

Depuis l'adoption de la Loi et la modification conséquente de certains articles du Code civil québécois<sup>13</sup>, toute information est admissible à titre d'élément preuve, sous certaines conditions, qu'importe son support. C'est le principe de l'équivalence fonctionnelle appliqué entre le support papier et le support technologique<sup>14</sup>. En apparence, ce principe est séduisant, mais nous nous demanderons si le législateur a vraiment réussi à adapter les différentes notions du droit de la preuve aux nouveaux supports technologiques. Nous nous intéresserons principalement à la notion d'original qui a une place fondamentale dans le système probatoire québécois, car

---

<sup>11</sup> *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique*, 1996 ; Claude FABIEN, «La preuve par document technologique», (2004) 38 *R.J.T.* 533, p. 539.

<sup>12</sup> Vincent GAUTRAIS, *L'encadrement juridique du contrat électronique international*, Thèse de doctorat, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1998, Tome 1, p. 108.

<sup>13</sup> Notamment les articles 2837 à 2842 *C.c.Q.* et l'article 2860 *C.c.Q.*

<sup>14</sup> Art. 1. 3 de la Loi.

l'original a longtemps été reconnu comme étant la « meilleure preuve ». Nous allons nous pencher sur l'adaptation de la règle de la meilleure preuve dans ce contexte et nous demander si la notion d'original y est toujours adaptée. Dans la première partie de notre mémoire nous reviendrons sur la place de la notion d'original dans un contexte juridique général, puis historique et enfin dans le cadre du droit civil québécois actuel (PREMIÈRE PARTIE - Les fondements théoriques de l'original). Dans une seconde partie nous verrons comment la Loi a adapté le droit de la preuve aux technologies de l'information et notamment la notion d'original, puis nous verrons comment les reproductions d'un document prennent de plus en plus d'importance à côté de leur original (SECONDE PARTIE - Applications pratiques de l'original).

## **Première partie - Les fondements théoriques de l'original**

Dans un premier chapitre nous nous intéresserons à la notion générale d'original et verrons quels autres concepts elle recoupe (Chapitre 1 - L'original en soi) puis nous traiterons de la notion sous l'angle du droit de la preuve (Chapitre 2 - L'original en droit). Nous verrons ainsi que cette notion est à employer avec précaution car elle ne se définit pas nécessairement de la même façon en fonction du domaine dans laquelle elle est utilisée.

### **Chapitre 1 - L'original en soi**

Dans un premier temps nous nous pencherons sur les différents domaines dans lesquels la notion d'original est employée (Section 1 - L'original originel) puis, dans un second temps, nous verrons les deux conceptions que l'on peut avoir de la notion, de matérielle à fonctionnelle (Section 2 - L'original original).

#### **Section 1 - L'original originel**

##### **1. L'original**

###### **a. Une définition générale**

La notion d'original est polymorphe et couvre un champ plus large que le droit de la preuve, car elle joue aussi un rôle important en matière de documents officiels<sup>15</sup>, dans le domaine de l'art, mais aussi des marques de commerce. Le terme « original » provient du terme latin « originalis » qui signifie « qui existe dès l'origine »<sup>16</sup>. Il est rattaché au terme « originel » qui a la même racine étymologique.

Cette notion, prise comme substantif, est définie par le Grand Robert comme un « Ouvrage humain dont il est fait des reproductions »<sup>17</sup>. Entendu comme adjectif,

---

<sup>15</sup> Que l'on pense aux papiers d'identité, aux diplômes ou à la monnaie.

<sup>16</sup> Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 7<sup>ème</sup> éd., Paris, PUF, 2005, « Original ».

<sup>17</sup> Grand Robert en ligne, « Original ».

original a plusieurs acceptions. Il signifie le plus simplement possible « primitif »<sup>18</sup> et par extension est entendu comme étant un ouvrage « [q]ui, émanant directement de l'auteur, est l'origine et la source première des reproductions que l'on en fait »<sup>19</sup>. Dans ce sens la notion d'original se confond avec la notion d'authenticité<sup>20</sup>.

Un original se rattache donc à un ouvrage, un document qui dispose du caractère primitif, car il est à l'origine de tous les autres ouvrages qui lui seraient identiques et émane directement de son auteur et se distingue de la copie qui en est une reproduction. Cette notion recouvre deux caractéristiques. La première est matérielle le document est la source première d'une reproduction, la seconde est substantielle, le document est authentique, les informations qu'ils comportent n'ont pas été altérées. Nous verrons comment que ces deux caractéristiques vont être importantes dans le domaine probatoire<sup>21</sup>.

### **b. L'original en art**

En art, la notion d'original joue un rôle principal. Dans ce domaine, la notion d'original a deux acceptions. Premièrement on parle du caractère original d'une œuvre, nécessaire pour qu'elle soit protégée par le droit d'auteur. C'est-à-dire que l'œuvre doit présenter un caractère nouveau, être issue du génie de son créateur<sup>22</sup>. Deuxièmement, une œuvre originale est une « œuvre d'art authentique, de la main de l'auteur, antérieure à toute copie »<sup>23</sup>. C'est cette acception sur laquelle nous nous arrêterons, mais remarquons que ces deux définitions se réfèrent à l'idée d'origine.

Selon le Grand Robert, pour être originale, une œuvre doit être authentique<sup>24</sup>.

---

<sup>18</sup> *Id.*

<sup>19</sup> *Id.*

<sup>20</sup> Grand Robert en ligne, « Authentique » : « Qui est attesté, certifié conforme à l'original. »

<sup>21</sup> *Cf., Infra*, p. 15.

<sup>22</sup> Thomas PARIS, *Le droit d'auteur: l'idéologie et le système*, Paris, PUF, 2002, p. 122; dans le même sens Adrienne PORCIN, « Le droit botté », *Les Cahiers de Propriété Intellectuelle*, vol. 22, n. 1, 2010, p. 112.

<sup>23</sup> Grand Robert en ligne, « Original ».

<sup>24</sup> Grand Robert en ligne: « Œuvre d'art authentique, de la main de l'auteur, antérieure à toute copie. ».

« Telle une pierre philosophale, l'authenticité semble ainsi avoir le pouvoir de transformer en or l'assemblage de toile et de pigments que constitue un tableau. »<sup>25</sup>.

L'authenticité, à l'instar de l'originalité, entendue dans un sens large, suppose la réunion cumulative de deux conditions qui sont les faces d'une même pièce. L'une portant sur l'œuvre et l'autre sur son auteur<sup>26</sup>. Premièrement, l'œuvre ne doit pas avoir été altérée, elle n'est ni un faux (dès l'origine), ni une falsification (à la suite de sa création), c'est à dire qu'elle doit être intègre<sup>27</sup>. Secondement, l'œuvre doit être née du créateur auquel on l'attribue. L'œuvre doit ainsi être « issue de la main de l'auteur et antérieure à toute copie »<sup>28</sup>. Cela nous conduit à rattacher la condition d'unicité au caractère original car l'œuvre doit être antérieure à toute reproduction. En effet dans le domaine des arts plastiques le caractère primitif du support va jouer un rôle primordial puisqu'il confère à l'œuvre une valeur patrimoniale et économique. Seulement, l'invention de la photographie au début du XIX<sup>ème</sup> siècle<sup>29</sup>, suivie par celle du cinéma, va bouleverser la conception que nous avons de l'art<sup>30</sup> et remettre en question le critère d'unicité d'une œuvre propre aux arts plastiques<sup>31</sup>.

C'est ce que nous pourrions appeler la crise de l'original. En effet la photographie est la première forme d'art plastique faite pour être reproduite mécaniquement. Ces œuvres peuvent dès à présent être disponibles en plusieurs exemplaires qui seront autant d'originaux.

---

<sup>25</sup> Stéphanie LEQUETTE-de KERVENOAËL, *L'authenticité des œuvres d'art*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, Tome 451, 2006, p. 2.

<sup>26</sup> Grand Robert en ligne: « Qui est véritablement de l'auteur auquel on l'attribue » et « Qui n'est pas altéré, dénaturé, imité. ».

<sup>27</sup> Grand Robert en ligne: « État d'une chose qui est dans son entier, complète, intégrale, et, spécialt, intacte, inaltérée ».

<sup>28</sup> *Id.*

<sup>29</sup> Walter BENJAMIN, *L'œuvre d'art à l'époque de sa reproductibilité technique*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Éditions Allia, 2003, p. 24.

<sup>30</sup> *Id.*, p. 34 : « On s'était dépensé en vaines subtilités pour décider si la photographie était ou non un art, mais on ne s'était pas demandé d'abord si cette invention même ne transformait pas le caractère général de l'art [...] ».

<sup>31</sup> Stéphanie LEQUETTE-de KERVENOAËL, préc. note 25, p. 2 : « [l]a musique et la littérature ne sont pas soumises à la dictature de l'authenticité, du moins dans les mêmes termes que les œuvres relevant des arts plastiques ».

« [D]e la plaque photographique, par exemple, on peut tirer un grand nombre d'épreuves; il serait absurde de demander laquelle est authentique. »<sup>32</sup>

Ce mécanisme de reproduction des œuvres conduit à se détacher de la conception matérielle de l'original<sup>33</sup>. Une œuvre va pouvoir être disponible en plusieurs originaux, en plusieurs exemplaires, tous authentiques. Même si la notion d'original est remise en question celle-ci recoupe toujours l'authenticité et les deux notions sont difficilement distinguables. La reproductibilité technique a bouleversé le domaine de l'art, et l'a obligé à se repenser en profondeur<sup>34</sup>. Cela touche à l'heure actuelle le domaine du droit de la preuve comme nous le verrons.

### c. (Non)-définition juridique

« Rappelons les données du problème : dans l'histoire du Droit civil, la preuve littérale n'a jamais été réellement définie par la loi, tant elle s'identifiait jusqu'à hier avec l'écriture manuscrite, apposée sur un support en papier. »<sup>35</sup>

À l'instar de la définition de « l'écrit » qui a fait son apparition récemment dans plusieurs législations nationales<sup>36</sup>, la notion d'original n'a jamais été définie dans les codes civil québécois ou français<sup>37</sup>, comme si sa signification était évidente<sup>38</sup>. Pour en avoir une définition juridique<sup>39</sup>, nous nous sommes tournés vers les dictionnaires

---

<sup>32</sup> W. BENJAMIN, préc., note 29, pp. 24-25.

<sup>33</sup> W. BENJAMIN, préc., note 29, pp. 14-15.

<sup>34</sup> S. LEQUETTE-de KERVENOËL, préc., note 25, p. 7.

<sup>35</sup> Pierre CATALA et Pierre-Yves GAUTHIER, « L'audace technologique à la Cour de cassation: vers la libéralisation de la preuve contractuelle », *JCP*, éd. E, 1998, p. 884.

<sup>36</sup> François SENÉCAL, *L'écrit électronique*, Cowansville, Édition Yvon Blais, 2012 ; Didier GOBERT et Etienne MONTERO, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », *Journal des Tribunaux*, 6000e, 17 février 2001, p. 124, disponible à <http://www.droit-technologie.org/dossier-38/l-ouverture-de-la-preuve-litterale-aux-ecrits-sous-forme-electronique.html>, site visité le 15 juillet 2012.

<sup>37</sup> La comparaison avec le droit français est intéressante car bien que les deux systèmes origines de la même source ils ont pris des virages différents en matière de preuve.

<sup>38</sup> *Id.*, p. 120.

<sup>39</sup> L'article 12 de la Loi en donne maintenant une définition que nous verrons dans la seconde partie de notre mémoire, p. 82.

juridiques de références. Le Vocabulaire juridique du Doyen Cornu propose la définition suivante :

« Écrit dressé, en un ou plusieurs exemplaires, afin de constater un acte juridique, signé par les parties à l'acte (ou par leur représentant), à la différence d'une copie. »<sup>40</sup>

La définition donnée par Hubert Reid est sensiblement similaire:

« Rédaction primitive d'un acte dressé en un ou plusieurs exemplaires et signé par les parties à l'acte ou par leur représentant. »<sup>41</sup>

Dans ces définitions, l'original est assimilé à la matérialisation originelle d'un acte juridique entre des parties sur un document et recoupe donc la notion d'authenticité. Seulement, comme nous allons le voir, cette notion ne devrait pas être définie de la même manière dans le système juridique québécois et français. Dans le système français, la notion d'original se rattache exclusivement aux documents signés et est donc liée explicitement à la notion d'authenticité:

« En réalité, avec la doctrine traditionnelle, il faut retenir que c'est la signature, et elle seule, qui élève un écrit au rang d'original. »<sup>42</sup>

Dans le système québécois, contrairement à la définition que nous venons de donner et à celle donnée par Hubert Reid, cette notion se rattache à la preuve par écrit en général et ne se limite pas à l'acte signé comme nous le verrons par la suite. On pourrait avancer qu'en droit français l'original est une règle de forme nécessaire à la validité de l'acte alors qu'en droit québécois s'est une règle de preuve, nécessaire pour l'admission du document écrit.

---

<sup>40</sup> G. CORNU, préc., note 16, «Original».

<sup>41</sup> Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 4e édition, Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, « Original ».

<sup>42</sup> D. GOBERT et E. MONTERO, préc., note 36, p. 127.

Pour chercher l'essence de l'original dans le droit français, les auteurs Gobert et Montero tentent de le définir par « ce qu'il n'est pas ». Ils relèvent alors quatre caractéristiques qu'il serait erroné de lui attribuer<sup>43</sup>. **En premier lieu** un document n'est pas original du fait qu'il existe en un exemplaire unique. D'une part car ce critère n'a jamais été érigé en obligation, d'autre part car il existe la règle des originaux multiples que l'on retrouve explicitement dans le code civil français<sup>44</sup>. Selon cette règle il doit y avoir autant d'exemplaires originaux d'un acte sous seing privé qu'il y a de parties. **En deuxième lieu** le caractère primitif du support n'est pas une exigence de la loi pour reconnaître le caractère original d'un document. En effet, la photocopie signée manuscritement d'un document original dispose elle aussi de la qualité d'original<sup>45</sup>. **En troisième lieu** la notion d'original n'est pas liée à un support en particulier, à savoir le papier. La jurisprudence française est d'ailleurs assez souple à ce sujet pour reconnaître la qualité d'original à un acte sous seing privé ou à un chèque sur divers supports<sup>46</sup>. **Pour finir**, les auteurs relèvent que la condition de l'intégrité de l'information, son caractère primitif, ne suffit pas pour que le document endosse le qualificatif d'original. Comme nous venons de le voir, le document doit impérativement être signé. Cette dernière caractéristique n'a pas lieu d'être au Québec ou l'exigence d'une signature est propre notamment à l'acte sous seing privé et non à l'original<sup>47</sup>.

En adaptant cette réflexion au système probatoire québécois on peut avancer que si la signature n'y est pas considérée comme une condition essentielle d'un document original, en revanche c'est le cas de l'intégrité. Nous verrons que la suite de notre analyse vient confirmer cela. Même si nous venons de voir que la notion d'original

---

<sup>43</sup> D. GOBERT et E. MONTERO, préc., note 36, p. 127.

<sup>44</sup> Article 1325 al.1 C.c.F. : « Les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. ».

<sup>45</sup> En effet car c'est la signature manuscrite qui confère au document le titre d'original et non le reste du contenu.

<sup>46</sup> Sur l'admission du chèque quel que soit son support : Cour d'appel de Paris, 2 Oct.1986 : BRDA 15 Nov. 1986, 13.

<sup>47</sup> Art. 2826 C.c.Q. : « L'acte sous seing privé est celui qui constate un acte juridique et qui porte la signature des parties; il n'est soumis à aucune autre formalité. ».

n'est pas rattachée à un support, celle-ci se rattache à la notion de document dans sa définition générale et juridique. En effet lorsque l'on parle d'un original, il s'agit d'une commodité de langage pour parler d'un document original. Il conviendra alors de définir cette notion.

## 2. Le document

À l'heure actuelle, un document peut se définir comme un « écrit servant de preuve ou de renseignement »<sup>48</sup> et par extension comme étant « toute base de connaissance, fixée matériellement, susceptible d'être utilisée pour consultation, étude ou preuve »<sup>49</sup>. Langelier donne lui aussi une définition de document : « [...] toute chose dont la production établit un fait indépendamment de tout témoignage »<sup>50</sup>. Ainsi, un document est la symbiose de deux éléments, un support et une information<sup>51</sup> mais l'accent est mis sur la matérialisation de l'information, sa fixation sur un support. Comme le rappelle un auteur :

« Dans son orthographe ancienne, le terme «documens» désignait au Moyen-âge aussi bien une leçon présentée par un orateur, un spectacle, qu'un écrit consigné sur un support. L'accent était mis alors principalement sur la transmission. L'acception moderne de document qui s'est imposée au XVIIIe siècle renvoie à une inscription sur un support, un enregistrement. »<sup>52</sup>

Nous allons voir que le terme document va retrouver son sens primaire avec l'apparition des technologies de l'information, car les supports technologiques facilitent

---

<sup>48</sup> Grand Robert en ligne, «Document».

<sup>49</sup> Définition de l'Union Française des Organismes de Documentation citée par le Grand Robert en ligne.

<sup>50</sup> François LANGELIER, *De la preuve en matière civile et commerciale*, Montréal, C. Théoret éditeur, 1895, p. 145.

<sup>51</sup> Stéphane CAÏDI, « La preuve et la conservation de l'écrit dans la société de l'information », (2004) *Lex-Electronica*, vol.9, no.1, p. 51, disponible à l'adresse : <http://www.lex-electronica.org/articles/v9-1/caidi.htm>, site visité le 20 mai 2011; M. PHILLIPS, préc., note 51, p. 6; Vincent GAUTRAIS et Patrick GINGRAS, « La preuve des documents technologiques », *Les cahiers de propriété intellectuelle*, Éditions Yvon Blais, Vol. 22, Num. 2, Mai 2010, p. 272.

<sup>52</sup> Jean-Michel SALAÜN, « Les trois dimensions de l'économie du document », *Documentaliste, sciences de l'information* 48, n°3 : 24-27, 2011, p. 3, disponible à : <https://papyrus.bib.umontreal.ca/jspui/bitstream/1866/5405/1/salaun-jm-economie-document-documentaliste.pdf>, site visité le 18 juillet 2012.

la transmission de l'information au détriment de sa fixation<sup>53</sup>.

« Nous pouvons en fait affirmer avec certitude que l'un des aspects les plus souvent négligés ou oubliés de la culture numérique est, en dernière analyse, la non-permanence ou la fragilité de l'information et de son support-matériel. »<sup>54</sup>

Pour résumer, le support d'un document permet de fixer l'information dans le temps dans le but de pouvoir la réutiliser. Un support de l'information porte aussi le qualificatif d'hypomnémata<sup>55</sup> et peut se définir ainsi :

« Les hypomnémata, au sens général, sont les objets engendrés par l'hypomnesis, c'est-à-dire par l'artificialisation et l'extériorisation technique de la mémoire. Les hypomnémata sont les supports artificiels de la mémoire sous toutes leurs formes : de l'os incisé préhistorique au lecteur MP3, en passant par l'écriture de la Bible, l'imprimerie, la photographie, etc. »<sup>56</sup>.

À ce stade de notre analyse, il convient de se demander l'intérêt qu'il peut y avoir à qualifier un document d'original par opposition aux copies qui peuvent en être faites. L'original dispose d'un attribut que la copie n'a pas : c'est le document primitif. Jusqu'à présent, les documents étaient principalement sur des supports papier, ou supports aux caractéristiques physiques similaires, il conviendra de poser les caractéristiques physiques de ce support pour voir qu'elles ont largement contribué à l'essor la notion d'original et à son association avec la notion d'authenticité.

### *Le support papier*

La première caractéristique du support papier est qu'il revêt un caractère tangible<sup>57</sup>. Un document papier est donc en soi unique et dispose en principe d'une grande résistance face au temps. La deuxième caractéristique est qu'en général, il fixe de manière

---

<sup>53</sup> Milad DOUEIHI, *La grande conversion numérique*, Paris, Éditions du Seuil, 2008, p. 209.

<sup>54</sup> *Id.*, p. 209.

<sup>55</sup> Bernard STIEGLER, *Réenchanger le monde : la valeur esprit contre le populisme industriel*, Paris, Flammarion, p. 37.

<sup>56</sup> ARS INDUSTRIALIS, « Hypomnémata », disponible à :

<http://arsindustrialis.org/hypomn%C3%A9mata>, site visité le 11 décembre 2011.

<sup>57</sup> V. GAUTRAIS, *L'encadrement juridique du contrat électronique international*, préc. note, p. 113.

irréversible l'information qu'il porte et l'information est indissociable de son support<sup>58</sup>. Ces caractéristiques ont une influence directe sur les qualités probatoires d'un document papier. En effet, l'information y est inscrite de façon indélébile et est directement intelligible pour l'homme. Ainsi nous pensons que la notion d'original a suivi la même dérive que la notion d'écrit : dans les deux cas, la doctrine classique leur a reconnu certaines qualités propres en fait au support papier<sup>59</sup>, dont la condition d'unicité<sup>60</sup> :

« Sous l'empire du papier, on pouvait penser, à juste titre, qu'écrit original et écrit originaire se confondent ou, en d'autres termes, que le tracé de l'écriture sur son premier support est une caractéristique essentielle de l'original. A l'heure de l'informatique, cette analyse doit être affinée. »<sup>61</sup>

Les caractéristiques nouvelles du document sur support technologique vont nous obliger à rechercher l'essence de l'original. Celle-ci ne réside pas tant dans le caractère primitif du support comme le papier l'avait laissé supposer. Avant cela il conviendra de poser les caractéristiques du support technologique.

### *Le support technologique*

Nous définirons le support technologique en l'opposant au support papier<sup>62</sup>. Le support technologique se voit souvent, à tort, qualifié d'immatériel<sup>63</sup>. En effet, ce qualificatif fait référence au détachement de l'information de son support qui lui est bel et bien matériel. Contrairement au document papier, le support technologique ne fixe *a priori* pas de manière irréversible, indélébile l'information qu'il porte. En effet ses qualités

---

<sup>58</sup> André PRÜM, « L'acte sous seing privé électronique : réflexions sur une démarche de reconnaissance », *Mélanges M. Cabrillac*, 1999, Editions Dalloz, p. 268.

<sup>59</sup> D. GOBERT et E. MONTERO, préc., note 36, p. 122 : « En réalité, certaines de ces qualités [lisibilité, inaltérabilité, stabilité] sont inhérentes, non à l'écrit, mais au papier, qui était le support traditionnel de l'écrit. » ; William DROSS, « L'encadrement des technologies par le droit: nécessité et source de changement », (2004) 106 *R. du N.*, p. 357.

<sup>60</sup> F. SENÉCAL, préc., note 36, p. 125: « [...] l'original sur support papier étant fortement associé à l'idée d'unicité. ».

<sup>61</sup> D. GOBERT et E. MONTERO, préc., note 36, p. 127.

<sup>62</sup> Nous développerons le concept de document technologique dans la deuxième partie de notre mémoire, voir p. 60.

<sup>63</sup> A. PRÜM, préc., note 58, p. 265.

intrinsèques font qu'il est possible d'effacer, de modifier ou de remplacer de l'information sans trace apparente à l'œil humain. Cela est rendu possible par le fait que les technologies dites numériques transforment les informations sous forme d'octets. Toutes les informations vont être formatées sous la forme d'un code et pourront ainsi être aisément détachées du support qui les porte pour avoir une existence propre. Cette transformation de l'information fait qu'à la différence du document papier, l'information portée par un support numérique n'est pas directement intelligibles pour l'homme.

Pour résumer, les principales différences entre le document technologique et son homologue papier sont sa « malléabilité », l'indépendance de l'information vis-à-vis du support et la transformation de l'information, qualités qui le rendent aussi facilement transmissible que modifiable<sup>64</sup>.

« Ainsi émerge le paradoxe du document numérique. Lui dont la diffusion est amplifiée, reproduit à peu de frais, s'affranchissant de la distance, des alphabets et des langues, voit sa pérennité fragilisée, par la double contrainte du support et du logiciel, et devient volatile voire éphémère. »<sup>65</sup>

Alors que les qualités du support papier permettaient facilement de reconnaître à un document le qualificatif d'original, celles du support technologique nous obligent à repenser la notion qui n'apparaît plus comme évidente<sup>66</sup>. En effet, il est complexe de connaître le support technologique primitif d'une information, au point que certains auteurs ont annoncé la mort de l'original<sup>67</sup>. Une jurisprudence est même allée dans ce

---

<sup>64</sup> David G. MASSE, « La preuve des inscriptions informatisées », (1997) Congrès Annuel du Barreau du Québec, cité par S. CAÏDI, préc., note 5151, p. 14.

<sup>65</sup> G. LALLICH-BOIDIN, J.P. METZGER et F. SEDES, « Le temps dans le cycle de vie du document numérique », *Le numérique : impact sur le cycle de vie du document*, 13-15 octobre 2004, Montréal, sous la dir. de Réjean SAVARD, 4-16. Lyon : École nationale supérieure des sciences de l'information et des bibliothèques, disponible à : <http://www.enssib.fr/bibliotheque-numerique/notice-1223>, site visité le 20 juillet 2012; cité par Yvan BARREAU, « L'écrit comme meilleure preuve : toujours une vérité à l'ère numérique? », Travail réalisé dans le cadre du cours SCI6112, Évaluation des archives. Montréal : Université de Montréal, École de bibliothéconomie et des sciences de l'information, 2011, p. 4, disponible à <http://hdl.handle.net/1866/5079>.

<sup>66</sup> D. GOBERT et E. MONTERO, préc., note 36, p. 127 ; M. DOUEIHI, préc., note 53, p. 211.

<sup>67</sup> V. GAUTRAIS, préc., note 57, pp. 132,133 ; M. PHILLIPS, préc., note 51, p. 65 ; Marion VIDEAU, « Aspects techniques de la preuve littérale reposant sur l'écrit électronique », *RLDI*, septembre 2009, p.

sens. Il s'agissait d'une objection fondée sur la règle de la meilleure preuve, c'est à dire sur la nécessité de fournir l'original. En l'espèce, une partie souhaitait produire en preuve des extraits papier de relevés informatiques et l'autre partie s'y opposait car il ne s'agissait pas des originaux :

« [17] Recevoir l'objection de la défenderesse équivaldrait en l'espèce à sanctionner une impossibilité de preuve car en informatique, toute information colligée est stockée sur un disque dur, privée de l'existence matérielle d'un document, par exemple. Pour traduire, il faut questionner l'appareil et ensuite, coucher sur papier. [...] »<sup>68</sup>.

Seulement, comme nous l'avons vu, l'original n'est ni rattaché à un support en particulier, le papier, ni soumis à ses caractéristiques intrinsèques, l'unicité ou support originel<sup>69</sup>. Dès lors nous pensons qu'il est tout à fait possible d'adapter cette notion à l'univers technologique et de reconnaître à l'original une existence matérielle.

## **Section 2 - L'original original**<sup>70</sup>

La conception historique que l'on avait de l'original n'a jamais été remise en question tant que nous restions dans l'univers du tangible. En revanche elle n'est pas transposable telle quelle dans l'univers technologique, car les caractéristiques techniques du support technologique ne sont plus constitutives de garantie. L'original sur support papier s'est avéré adapté au monde juridique et judiciaire, mais il est nécessaire d'adapter cet outil aux spécificités techniques des technologies de l'information :

« [L]es percées technologiques des dernières décennies ayant mis fin au monopole du papier sur la communication fiable des renseignements, les rituels associés aux documents papier devraient être examinés de manière à les adapter à l'émergence de nouvelles

---

16 ; François SCHWERER, « Réflexions sur la preuve et la signature dans le commerce électronique », *CCC jurisclasseur*, 2000, n°12, p. 4.

<sup>68</sup> *R. c. Ladouceur*, 2003 CanLII 14163 (QCCQ).

<sup>69</sup> F. SENÉCAL, préc., note 36, p. 125.

<sup>70</sup> Grand Robert en ligne : Entendu au sens: « Marqué de caractères nouveaux et singuliers au point de paraître bizarre et peu normal ».

technologies plus efficaces. »<sup>71</sup>

## 1. Une conception matérielle « encrée » dans le papier

Comme nous l'avons vu, un document est la somme d'un support et d'une information. Avec le papier, ces deux composantes étaient liées de manière irréversible. Le support servait d'outil pour garantir le caractère primitif de l'information assurant que celle-ci n'avait pas subi d'altération<sup>72</sup> et, *a contrario*, qu'elle était intègre<sup>73</sup>. Ensuite, dans le cas où le document était signé, cela assurait qu'il émanait « directement de son auteur », c'est-à-dire qu'il était authentique<sup>74</sup>. Or, comme nous l'avons vu, la spécificité d'un document original réside dans l'assurance que l'information qu'il porte est intègre et authentique<sup>75</sup>.

« [...] cette notion [l'authenticité] ne perd rien de son rôle et de sa valeur avec le changement de paradigme. Il est particulièrement intéressant de constater à quel point le besoin de fournir de l'information authentique et intègre à l'utilisateur est défendu par le théoricien. »<sup>76</sup>

L'original papier est une question d'apparence et sa valeur tient à la confiance que nous lui portons. Les caractéristiques du support papier qui rendent le document en théorie unique et inaltérable fait que l'original présente des garanties suffisantes d'authenticité et d'intégrité<sup>77</sup>. Pensée dans l'univers du papier, la notion d'original en a absorbée les

---

<sup>71</sup> N. VERMEYS et K. BENYKHELEF, « Premiers éléments d'une méthodologie de réformation des processus judiciaires par la technologie », dans Daniel LE MÉTAYER (dir.), *Les technologies de l'information au service des droits : opportunités, défis, limites*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 232.

<sup>72</sup> Grand Robert en ligne : « Altération » : « Changement, modification en mal par rapport à un état normal ».

<sup>73</sup> *Id.*, « Intègre » : « État d'une chose qui est dans son entier, complète, intégrale; contra: altération. ».

<sup>74</sup> *Id.*, « Authentique » : « Qui est véritablement de l'auteur auquel on l'attribue ».

<sup>75</sup> La CNUDCI dans sa Loi type de 1996 traite de l'original électronique à son article 8 et exige notamment que celui-ci présente des « garantie fiable quant à l'intégrité de l'information », in COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL, Loi type sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation avec article 5 *bis* tel qu'ajouté en 1998, Nations Unies, New York, 1999, disponible à : [http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral\\_texts/electronic\\_commerce/1996Model.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html), site visité le 7 août 2012.

<sup>76</sup> V. FREY, « La préservation de l'authenticité dans un environnement numérique », *Documentation & Bibliothèques*, 55, n°3, 2009, pp.131-132, cité par Y. BARREAU, préc., note 65, p. 7.

<sup>77</sup> *Id.*

caractéristiques techniques, car il jouait un rôle de garantie. L'arrivée des technologies de l'information nous pousse à nous interroger sur la véritable fonction de cette notion dans le domaine probatoire et nous conduit à passer d'une conception matérielle, fondée sur les caractéristiques du support papier, à une conception fonctionnelle fondée sur les caractéristiques de l'information<sup>78</sup>. C'est le caractère original de l'information qui va primer sur le caractère original du support : l'originalité glisse du support à l'information. Dès lors on peut voir dans la définition d'original un autre sens que celui habituellement donné, qui n'est pas tant dans le caractère primitif du document du fait de son support, mais par les informations qu'il porte :

« L'avènement de l'informatique remet en question la notion même de support, du moins de support matériel. Il n'en reste pas moins que la notion d'originalité d'un document reste primordiale. Cette originalité ne se ramène pas, comme par le passé, à une absence de modification du support, mais cette originalité découle de ce que l'intégrité d'une information puisse être établie de son origine à nos jours. »<sup>79</sup>

La notion d'original qui paraissait à premier abord ancrée dans l'univers papier, s'en détache, à l'instar de l'information et de son support. Il serait alors peut être plus juste de parler d'information originale que de document original, car l'authenticité de l'information importe plus que le caractère primitif du support<sup>80</sup>. Face à cette constatation, les auteurs semblent s'accorder pour dire qu'il faut tout d'abord repenser la notion d'original puis trouver des substituts techniques au support papier capables de garantir l'authenticité et l'intégrité du document technologique<sup>81</sup>.

---

<sup>78</sup> À l'image de ce que suggère plusieurs auteurs: V. GAUTRAIS, « Les Principes d'UNIDROIT face au contrat électronique » (2002) 36 *R.J.T.* 481 – 517, p. 42, disponible : <http://www.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/rjtv036num2/gautrais.pdf>, site visité le 30 mai 2012 ; l'auteur se réfère ici à la notion de signature mais le parallèle avec l'original est possible ; D. GOBERT et E. MONTERO, préc., note 36, p. 123; Elisabeth JOLY-PASSANT, *L'écrit confronté aux nouvelles technologies*, Paris, L.G.D.J., 2006, p. 250.

<sup>79</sup> *Commentaire du projet de loi luxembourgeois*, cité par Eric CAPRIOLI, « Traçabilité et droit de la preuve électronique », *Droit & Patrimoine*, n° 93, mai 2001, p. 68-75, p. 73, aussi disponible : <http://www.caprioli-avocats.com/dematerialisation-et-archivage/113-tracabilite-et-droit>, site visité le 22 juillet 2012.

<sup>80</sup> En ce sens : Art. 8 de la Loi type de la CNUDCI, préc., note 11 ; Michel REULOS, préc., note 4, p. 313 : « Le document original devient ainsi un document primaire ou de base ».

<sup>81</sup> « (...) la dématérialisation de l'information, autrement dit le fait que l'information existe indépendamment de tout support matériel, débouche sur de délicats problèmes juridiques. Comme «c'est l'indissociabilité entre un support matériel durable et l'information qu'il porte (contenu du message et origine de celui-ci) qui fait la qualité d'une preuve et notamment la preuve préconstituée

## 2. Une conception fonctionnelle axée sur l'authenticité

« Le défi, on l'aura compris, est de retenir les fonctions strictement indispensables à la notion ou, en d'autres termes, d'écarter celles qui, n'appartenant pas à son essence, la contracteraient indûment. »<sup>82</sup>

Les auteurs, juristes<sup>83</sup> comme bibliothéconomes<sup>84</sup>, s'accordent pour reconnaître que la valeur du document original réside dans la garantie qu'il offre une information fiable car intègre et authentique. André Prüm déclare à cet effet en s'appuyant sur les recommandations de la CNUDCI :

« Il faut [...] rechercher une nouvelle définition pour la notion d'original, [...], celle-ci peut-être recherchée dans l'assurance que le contenu de l'acte signé n'a subi aucune altération depuis son origine. »<sup>85</sup>

Même si cette citation traite de la problématique de l'original en droit français et donc fait référence à l'acte signé, on peut l'appliquer à tous les types d'écrits au Québec car comme nous l'avons vu la notion d'original y est plus large. Il subsiste toutefois un problème : celui de trouver le moyen d'assurer la qualité d'original à l'information étant donné que le support n'en a plus la capacité<sup>86</sup>. En effet, comme le souligne Éric

---

d'un acte juridique», il est impératif de trouver un substitut technique à la valeur probante de l'original papier » : J.M. YANTE, « La problématique de base des archives électroniques », *Les archives électroniques. Quels défis pour l'avenir?*, Véronique FILLIEUX et Évelyne VANDEVOORDE (dir.), 23-36, Archives de l'Université catholique de Louvain, Louvain-la-Neuve, 2004, cité par Y. BARREAU, préc., note 65.

<sup>82</sup> D. GOBERT ET E. MONTERO, préc., note , p. 124.

<sup>83</sup> F. SENÉCAL, préc., note 36, p. 125.

<sup>84</sup> « Un original numérique désigne donc toute représentation d'entité informationnelle numérique qui a le maximum de possibilité de conserver tous les aspects significatifs et pertinents de l'entité. On ne parle plus de l'original, mais d'un « original. » », V. FREY, préc., note 76.

<sup>85</sup> A. PRÜM, préc., note 58, p. 266.

<sup>86</sup> Dans ce sens : Eric CAPRIOLI, préc., note 79, p. 73. : « Avec le support papier, la notion de « trace intègre » était caractérisée par « l'original ». L'intégrité de l'écrit, c'est à dire la certitude que l'écrit est demeuré intact dans le temps, correspond à une fonction juridique fondamentale. Cette notion facilement perceptible dans le monde matériel pouvait poser un problème particulier dans le monde numérique. »; Y. BARREAU, préc., note 65, p. 6 : « Plusieurs problèmes apparaissent en raison des nouveaux attributs du document numérique. Son caractère dynamique rend très difficile l'application « à l'ancienne » de l'authenticité, notamment en raison du problème des originaux. ».

Dunberry, une des principales difficultés d'appréhension du document technologique

« résulte avant tout de sa dématérialisation en un langage machine inintelligible pour l'humain. Cet état [...] explique la difficulté d'assurer l'authentification, l'intégrité et la fiabilité du document électronique tout au long de son cycle de vie pour qu'il puisse servir les fins pour lesquelles il a été créé et conservé. »<sup>87</sup>

Ainsi, l'original papier d'un document était autosuffisant grâce aux caractéristiques de son support. Ce n'est plus le cas de l'original technologique à l'instar de la notion d'écrit<sup>88</sup>:

« L'écrit sous forme électronique ne saurait se suffire à lui-même : il a besoin d'un «plus» pour s'aligner sur l'écrit papier. »<sup>89</sup>

Nous pourrions alors paraphraser le Professeur Ethan Katsh et dire que si la preuve d'un document papier est un acte, celle d'un document technologique est un processus<sup>90</sup>. Cependant nous allons voir, grâce à un panorama historique du droit de la preuve, que le processus qui encadre la mise en place d'une preuve n'est pas le propre du document technologique<sup>91</sup>. En effet, la confiance que nous portons dans un élément de preuve est question de circonstances.

Pour clôturer ce chapitre, nous avons vu que dans son sens large un document original est un document authentique. Or « [l']authenticité est utilisée comme garantie du contrat social : elle se fonde notamment sur l'apport de vérité des faits véhiculés par l'objet informationnel. Cette vérité rend possible la mise en place de la

---

<sup>87</sup> Eric DUNBERRY, « L'archivage des documents électroniques », dans V. GAUTRAIS (dir.), *Droit du commerce électronique*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 93.

<sup>88</sup> M. DOUEIHI, préc., note 53, p. 211 : « Si la culture imprimée a engendré une archive historiquement fiable (qui, par comparaison exigeait peu d'interventions), la culture numérique, fondée sur le changement et les conversions continues, a produit, au mieux, une archive fragmentée. ».

<sup>89</sup> D. GOBERT ET E. MONTERO, préc., note 36, p. 114.

<sup>90</sup> Ethan KATSH, *Law in a digital world*, New York, Oxford University Press, 1995, p. 129 : « [p]aper contracts bind parties to an act. The electronic contract binds parties to a process. », cité par V. GAUTRAIS, préc., note 57, p. 13 ; Voir partie II.

<sup>91</sup> Cf., *Infra*, p. 27 et s.

confiance entre le créateur, les intermédiaires et l'utilisateur. »<sup>92</sup>. Ainsi, le caractère original d'un document sert les fondements du droit de la preuve, l'éclosion de la vérité. D'où la nécessité de se pencher sur le droit de la preuve en général puis sur le système québécois en particulier. Nous verrons alors que la notion d'original prend un sens particulier dans ce contexte, et est à distinguer de la notion d'authenticité. Jusqu'à présent, celles-ci se recoupaient souvent en pratique mais nous verrons que l'apparition des technologies de l'information va renforcer la preuve d'authenticité au dépend de celle d'originalité.

---

<sup>92</sup> V. FREY, « La préservation de l'authenticité dans un environnement numérique », *Documentation & Bibliothèques*, 55, n°3, 2009, pp. 131-132, cité par Y. BARREAU, préc., note 65, p. 7.

## Chapitre 2 – L'original en droit

Dans une première section nous poserons les fondements du droit de la preuve et tracerons un panorama historique de l'évolution de ce domaine qui nous permettra de relativiser le concept de vérité (Section 1 – L'art de la preuve). Dans une seconde section nous étudierons le fonctionnement du système probatoire québécois et verrons comment la notion d'original s'y insère à côté de celle d'authenticité (Section 2 – Le système probatoire québécois).

### Section 1 - L'art de la preuve

« La preuve et la vérité ne sont que des moyens de réaliser la justice, telle qu'elle est conçue dans une société donnée. »<sup>93</sup>

Nous allons nous pencher sur les fondements du droit de la preuve et sur son développement historique dans le but de montrer que la conception que l'on se fait de la vérité évolue avec l'avancée de nos connaissances et l'amélioration des outils employés pour la révéler.

#### 1. Les fondements du droit de la preuve

« La preuve double le droit, comme l'ombre suit le corps. »<sup>94</sup>

##### a. Définition

Dans sa définition générale donnée par le Grand Robert, la preuve sert à l'établissement

---

<sup>93</sup> C. PERELMAN, « Essai de synthèse », dans Chaïm PERELMAN et Paul FORIERS (ss. dir.), *La preuve en droit*, « Travaux du Centre national de recherches de logique », Établissements Émile Bruylant, Bruxelles, 1981, p.364.

<sup>94</sup> V.H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, Paris, 4<sup>e</sup> éd., 1999, n°161, cité par Loïc CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, PUF, 2010, p. 835.

de la vérité<sup>95</sup>. Seulement, la preuve, comme la vérité, sont des notions dont la sémantique est fortement marquée par le domaine et le contexte spatio-temporel dans lesquelles elles sont employées<sup>96</sup>. Ainsi la preuve scientifique, caractérisée par l'entière liberté du chercheur, est à la recherche de la vérité scientifique marquée par l'absolu, contrairement à la preuve judiciaire qui, elle, recherche la vérité judiciaire<sup>97</sup> pleine de compromis. Au sein même de la preuve judiciaire on distingue la preuve civile et la preuve pénale qui sont régies par des mécanismes différents<sup>98</sup>.

Nous nous intéresserons en l'espèce à la preuve judiciaire qui se définit comme étant la « [d]émonstration de l'existence d'un fait ou d'un acte dans les formes admises ou requises par la loi »<sup>99</sup>. Henri Lévy-Bruhl en donne aussi une définition:

« La preuve judiciaire [...] est le procédé par lequel un fait ou un droit jusqu'alors controversé et douteux acquiert, par le moyen du jugement qui l'entérine, la valeur d'une vérité, au moins provisoire. »<sup>100</sup>

De cette définition, on peut relever les caractéristiques essentielles de la preuve judiciaire. La preuve n'a d'intérêt en soi qu'en cas de doute, de contestation<sup>101</sup>. Il s'agira pour les parties aux litiges de faire valoir leurs arguments, à l'aide d'une preuve, pour convaincre le juge de leur justesse et ainsi, rendre effectif ce qu'ils considèrent être leurs droits<sup>102</sup>. Ensuite la preuve doit permettre de mettre fin à un doute en tentant de se rapprocher au plus de la vérité. Le fait, l'acte ou le droit prouvé va se voir revêtu de la « valeur d'une vérité », qu'il conviendra de définir. Enfin le procès est tributaire de la preuve et la valide.

« La preuve est, en effet, inséparable de la décision judiciaire : c'en est

---

<sup>95</sup> Grand Robert en ligne, « Preuve ».

<sup>96</sup> L. CADIEU, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, préc., note 94, p. 836.

<sup>97</sup> J.-C. ROYER et S. LAVALLÉE, *La preuve civile*, Cowansville, Editions Yvon Blais, 2008, p. 1.

<sup>98</sup> *Id.*, p. 20.

<sup>99</sup> G. CORNU, préc., note 16, « Preuve ».

<sup>100</sup> Henri LEVY-BRUHL, *La preuve judiciaire*, Éd. Marcel Rivière et Cie, 1963, p. 7.

<sup>101</sup> V. GAUTRAIS, préc., note 57, p. 109 ; L. CADIEU, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, préc., note 9496, p. 839.

<sup>102</sup> Henri KELADA, *Notions et techniques de preuve civile*, Montréal, Wilson & Lafleur ltée, 1986, p. 10.

l'âme, et la sentence n'est qu'une ratification. »<sup>103</sup>

## **b. Fonctions de la preuve**

Le droit de la preuve, aussi aride qu'il puisse paraître, sous-tend tout le système juridique *Idem est non esse aut non probari*<sup>104</sup>. Certes il s'agit d'un droit technique qui pourrait paraître détaché de toute valeur, cependant :

« Il ne suffit pas d'avoir des droits; encore faut-il être à même, à l'occasion d'en établir l'existence : les procédés par lesquels on réalise cet objectif constituent les modes de preuves. »<sup>105</sup>

Il faut souligner la double caractéristique de la preuve. Par sa fonction, elle assure que ce soit la vérité qui triomphe, aussi relative que soit celle-ci. Par son aspect matériel, elle assure le bon fonctionnement du processus judiciaire et la sécurité juridique des parties.

« Le système probatoire québécois ayant adopté le régime de la preuve légale, il n'en demeure pas moins qu'un régime de preuve doit donc être ferme sans être rigide; il doit être souple, sans être inconsistant afin de pouvoir concilier les impératifs de la vérité et ceux de la sécurité juridique. »<sup>106</sup>

La preuve est une question de fond et de forme. De fond, car elle va permettre de mettre un terme au doute qu'il peut y avoir sur un fait, un acte, un droit. Ce sont les éléments fournis par la preuve qui vont convaincre ou non le juge de la justesse des prétentions des parties. De forme, car ce sont les caractéristiques techniques et formelles qui entourent chaque type de preuve qui vont lui assurer son admissibilité et sa force

---

<sup>103</sup> H. LEVY-BRUHL, préc., note 100, p. 7.

<sup>104</sup> Si en théorie ne pas pouvoir prouver un droit ne signifie pas en être dénué, en pratique c'est souvent le cas ; Jean-Marc MOUSSERON, *Technique contractuelle*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Editions Francis Lefebvre, 1988, p. 695, par. 1701; Dans le même sens : H. KELADA, préc., note 102, p. 2 ; J.-C. ROYER et S. LAVALLÉE, préc., note 97, p. 1; Léo DUCHARME, *L'administration de la preuve*, 3e édition, Montréal, Wilson & Lafleur, 2001, p.1.

<sup>105</sup> JOSSERAND, *Cours de droit civil français*, T.I n°166, cité par Paul FORIERS, « Introduction au droit de la preuve », préc., note 93, p. 17.

<sup>106</sup> H. KELADA, préc., note 102, p. 6.

probante dans le cadre judiciaire. Les règles probatoires « sont posées dans le but de prévenir les litiges, d'en faciliter la régulation, et d'en réduire le coût social »<sup>107</sup>.

Le droit de la preuve doit donc concilier deux impératifs antagonistes : la vérité et l'accessibilité.

### *i. Vérité c. Accessibilité*

La preuve doit emporter la conviction du juge ou du juré qu'il fait triompher la vérité, aussi relative soit-elle<sup>108</sup>.

« Prouver, c'est faire approuver. Une proposition prouvée est une proposition admise, acceptée, faisant désormais, au moins pour un temps, partie des vérités officielles. »<sup>109</sup>

Il est nécessaire d'encadrer les mécanismes de preuve pour éviter au maximum toute manipulation de celle-ci. Plus ces mécanismes seront stricts et respectés, plus la force probante de la preuve sera élevée. Cet encadrement a pour contre partie sa difficulté technique d'application. Moins une preuve sera falsifiable, plus elle sera difficile à obtenir, à mettre en place. Or dans certains cas, il faut que ces mécanismes de preuve soient accessibles au plus grand nombre de citoyens et adaptés à la réalité pratique.

Le droit de la preuve, à l'image de Thémis, doit trouver un juste équilibre en ces deux intérêts, vérité et accessibilité. Ces derniers font ressortir la caractéristique principale de la preuve judiciaire, son caractère pragmatique et utilitaire<sup>110</sup>.

---

<sup>107</sup> Lucien PAULIAC, « Les archives face au droit de la preuve », *Association preuve & archivage*, disponible à [http://www.megapreuve.org/crbst\\_4.html](http://www.megapreuve.org/crbst_4.html), site visité le 25 juillet 2012.

<sup>108</sup> Claude FABIEN, « Le oui-dire revisité », mémoire présenté à l'Assemblée nationale, 2011, p. 11, disponible à <http://lccjti.ca/doctrine/fabien-c-le-oui-dire-revisite/>, site visité le 25 juillet 2012.

<sup>109</sup> H. LEVY-BRUHL, préc., note 100, p. 22.

<sup>110</sup> H. LEVY-BRUHL, « La preuve judiciaire chez les "primitifs" », dans *Recueils de la société Jean BODIN*, Bruxelles, Imprimerie des travaux publics, Tome 18, 1963-1965, 3ème partie, Chap. XL, p. 5.

## *ii. La Vérité*

La vérité absolue n'existe pas<sup>111</sup>, dès lors il convient de savoir de quelle vérité nous parlons. La preuve judiciaire ne cherche pas tant à atteindre la vérité absolue que la vérité judiciaire<sup>112</sup>.

« En contraste avec les autres sciences où un problème ne saurait généralement comporter qu'une solution, tout problème, ici, en comporte au moins deux. Chacune des prétentions contradictoires est, *à priori*, plaidable, puisqu'on la plaide, et si elle est plaidable, elle est probable. Toute opinion tend à devenir du droit, et il n'y a dans le droit que des opinions diversement probables. »<sup>113</sup>

La preuve judiciaire cherche à créer une conviction chez le juge, conviction dont l'intensité variera en fonction de l'objet du litige, civil ou pénal. En droit pénal québécois, la preuve devra convaincre le juge hors de tout doute raisonnable, contrairement au procès civil où la prépondérance des probabilités est suffisante<sup>114</sup>, c'est à dire que 50 + 1% suffisent pour convaincre le juge. Certains auteurs parlent alors de vérité subjective pour la preuve civile et de vérité objective pour la preuve pénale<sup>115</sup>.

« En droit pénal l'enjeu probatoire est de reconstituer le plus fidèlement possible par tous les moyens légalement admis, les faits qui donnent lieu à poursuite ainsi que le rôle des acteurs. En droit civil, l'optique est différente: la preuve est entendue, le plus souvent, comme le moyen pour une partie d'assurer l'efficacité du droit dont elle se prévaut (ex. : la preuve écrite). »<sup>116</sup>

La preuve va ainsi permettre d'habiller une décision judiciaire de la valeur de vérité, mais, comme le rappelle Xavier Lagarde :

---

<sup>111</sup> Isabelle de LAMBERTERIE, « Les actes authentiques électroniques, Réflexion juridique prospective », Paris, *La documentation Française*, 2002, p. 2.

<sup>112</sup> H. LEVY-BRUHL, préc., note 110, p. 5.

<sup>113</sup> Jean CARBONNIER, *Droit civil*, vol.1, Introduction, PUF, Quadrige, 2004, n°28, pp. 63-64, cité par L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, préc., note 9496, p. 843.

<sup>114</sup> Art. 2804 *C.c.Q.*; Léo DUCHARME, préc., note 104, p. 58; *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53 (CanLII).

<sup>115</sup> L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, préc., note 9496, p. 842.

<sup>116</sup> I. de LAMBERTERIE, préc., note 111, p. 2.

« [...] ce n'est cependant pas l'idée de vérité qui se réalise dans le droit de la preuve. C'est tout au contraire le droit de la preuve qui utilise l'idée de vérité en vue de se réaliser.»<sup>117</sup>

« Ainsi, ce qui fait l'autorité d'un jugement de preuve, ce n'est pas qu'il est vrai, c'est que sa vérité ne peut être efficacement contestée. »<sup>118</sup>

En se parant des ornements de la vérité, la décision judiciaire fondée sur des moyens de preuve reconnus par le système judiciaire en place, gagne en légitimité et assure le bon fonctionnement du processus judiciaire.

### *iii. L'accessibilité*

L'accessibilité permet aussi d'assurer la légitimité des mécanismes probatoires en place. Prenons l'exemple de la matérialisation d'un échange de consentement sur un document qui pourrait prendre la forme d'un acte authentique<sup>119</sup> ou d'un acte sous seing privé<sup>120</sup>. Alors que la mise en place d'un acte sous seing privé est à la portée de tous et ne nécessite que de simples formalités, celle d'un acte authentique est plus compliquée car il faut faire appel à un officier public. En revanche, l'assurance que procure cette accessibilité restreinte fait que l'acte authentique dispose d'une valeur probatoire plus élevée que l'acte sous seing privé comme nous le verrons. En l'espèce les deux impératifs que la preuve doit concilier, vérité et accessibilité, ont trouvé des équilibres différents en fonction de l'importance des conséquences que pourraient avoir de tels types d'actes.

---

<sup>117</sup> Xavier LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, Paris, L.G.D.J., 1994, p. 18.

<sup>118</sup> *Id.*, p. 405.

<sup>119</sup> Art. 2813 *C.c.Q.*: « L'acte authentique est celui qui a été reçu ou attesté par un officier public compétent selon les lois du Québec ou du Canada, avec les formalités requises par la loi. L'acte dont l'apparence matérielle respecte ces exigences est présumé authentique. ».

<sup>120</sup> Art. 2826 *C.c.Q.*: « L'acte sous seing privé est celui qui constate un acte juridique et qui porte la signature des parties; il n'est soumis à aucune autre formalité. ».

#### *iv. Légitimité*

« [I]l est des mécanismes destinés à légitimer les décisions de l'institution judiciaire en faisant croire à leur vérité, entendu au sens large d'exactitude ou de perfection. »<sup>121</sup>

Le droit de la preuve ne cherche pas tant à révéler la vérité, matérielle ou scientifique, que la vérité judiciaire qui se traduit finalement par la recherche de l'adhésion du groupe social dans laquelle elle s'inscrit<sup>122</sup> pour assurer au droit son rôle de pacificateur social<sup>123</sup>. Plus que la vérité, le droit de la preuve cherche la légitimité sociale dans un contexte spatio-temporel<sup>124</sup>.

Les mécanismes de preuve et leur légitimité sont donc ancrés dans l'espace et le temps. C'est une matière qui, par son aspect transversal nécessite une certaine stabilité dans son évolution, c'est aussi une matière dont l'évolution est indispensable pour permettre l'incorporation de nouveaux moyens de communications ou de nouveaux supports d'informations qui seraient pertinents lors d'un litige. Nous nous intéresserons donc à l'évolution des techniques probatoires dans le temps.

#### **2. Ancrée dans le temps**

La notion juridique de document original a obtenu sa légitimité car elle remplissait au mieux les conditions de vérité et d'accessibilité grâce aux caractéristiques du support papier. La légitimité à l'instar de la confiance ne s'achète pas, elle se construit avec le temps. Ainsi la légitimité portée par l'original, fer de lance du règne de la preuve écrite, s'inscrit dans une évolution historique au long cours comme nous allons le voir.

---

<sup>121</sup> X. LAGARDE, préc., note 117, p. 405.

<sup>122</sup> *Id.*, p. 17.

<sup>123</sup> Gaëlle DALBIGNAT-DEHARO, *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de l'Institut André Tunc, Tome 2, 2004, p. 351; L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, préc., note 9496, p. 845.

<sup>124</sup> Vincenzo FERRARI et Edwige RUDE-ANTOINE, « Synthèse et conclusions », Edwige RUDE-ANTOINE (dir.), *Le procès enjeu de droit et de vérité*, Paris, PUF, 2007, p. 389.

« Si tous les hommes étaient justes et sincères, on n'aurait pas besoin sans doute de tant de règles. Mais outre que l'expérience n'a que trop appris tout ce que l'on doit redouter du vice ou de la faiblesse, ce qui seul justifierait les mesures que la loi prend pour constater les conventions, nous devons aussi reconnaître que les hommes se succédant sur la terre et les obligations se transmettant d'âge en âge, il est indispensable de fixer les formes qui seules peuvent faire retrouver les traces des obligations et des preuves de la libération. »<sup>125</sup>

Dans cette partie nous montrerons que l'évolution du droit de la preuve est intimement liée à plusieurs facteurs. Nous soulignerons ainsi le fait que l'original n'est pas une fin en soi, mais un moyen, un outil au service de la preuve. Outil qu'il convient de réexaminer alors que sont apparus de nouveaux supports de l'information aux caractéristiques techniques différentes. Nous verrons aussi que, pour instaurer la confiance dans le document papier comme élément de preuve, il a fallu mettre en place des processus rigoureux pour s'assurer de sa fiabilité. Ainsi, le papier n'a pas toujours fait preuve par lui même.

#### **a. Des facteurs d'évolution**

Les règles de preuve ont évolué en parallèle au développement des sociétés dans lesquelles elles s'appliquent, comme nous allons le voir<sup>126</sup>, en fonction des connaissances techniques, des aptitudes et du type de culture des populations. Pour les fins de la présentation, nous diviserons ces facteurs en deux catégories, socioculturels et technologiques, mais il ne faut pas perdre de vue qu'ils sont intimement liés.

« Les règles concernant l'objet, le fardeau, les moyens et la limitation de la preuve sont intimement liées à des valeurs d'ordre moral, social, philosophique et politique. »<sup>127</sup>

---

<sup>125</sup> LOCRÉ, t. XII, p. 505, cité par P.-Y.GAUTIER et X. LINANT de BELLEFONDS, « De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent », *JCP éd. G.*, 2000, I, n°236, v. n°31.

<sup>126</sup> Voir par exemples les ouvrages : Jean BART, *Histoire du droit privé, de la chute de l'Empire romain au XIXème siècle*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2009 ; J.P. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2010.

<sup>127</sup> J.-C. ROYER et S. LAVALÉE, préc., note 97, p. 1.

## ***1. La preuve est une question de culture***

La preuve recherche la légitimité à travers le concept de vérité, lui-même lié à la culture de la société dans laquelle il s'inscrit. La vérité est une question de croyance, dont le spectre s'étend de la vérité scientifique à la vérité mystique. La preuve est donc une question de culture<sup>128</sup>.

### ***i. De la preuve irrationnelle à la preuve rationnelle***

Dans les sociétés primitives<sup>129</sup>, la preuve est dite irrationnelle, mystique, archaïque<sup>130</sup> ou encore religieuse<sup>131</sup>. Ces sociétés se définissent par le fait qu'elles n'ont aucune notion, ou presque, des lois physiques et naturelles qui gouvernent le monde<sup>132</sup>. Le monde est contrôlé par des puissances supérieures, rien n'est dû au hasard ou à la science. Le divin, tire sa légitimité en tant que mode de preuve car il est source de vérité.

En cas de litige, la preuve sera faite par un appel au divin grâce à différentes méthodes que l'on peut regrouper sous le terme d'*ordalie*, entendu en son sens large<sup>133</sup>.

La technique la plus répandue dans certains pays d'Afrique noire au début du XX<sup>ème</sup> siècle, comme l'explique Lévy-Bruhl, était l'empoisonnement. Le présumé coupable<sup>134</sup>, devait ingurgiter une dose de poison, non létale en principe, dont les effets étaient révélateurs ou non de sa culpabilité. On relève aussi l'épreuve de l'eau. Le suspect était jeté ligoté dans une rivière, un lac, et suivant qu'il coulait ou non, il était déclaré coupable<sup>135</sup>.

---

<sup>128</sup> H. LEVY-BRUHL, préc., note 100, p. 8.

<sup>129</sup> Annie DORSINFANG-SMETS, « Réflexions sur les modes de preuve dans l'action judiciaire des sociétés dites primitives », dans *Recueils de la société Jean BODIN*, Bruxelles, Imprimerie des travaux publics, Tome 18, 1963-1965, p. 15 à 35; Henri LEVY-BRUHL, préc., note 110, p. 5 à 13.

<sup>130</sup> H. LEVY-BRUHL, préc. note 100, p. 57.

<sup>131</sup> Jean-Philippe LÉVY, « L'évolution de la preuve, des origines à nos jours », dans *Recueils de la société Jean BODIN*, Bruxelles, Imprimerie des travaux publics, Tome 18, 1963-1965, p. 10.

<sup>132</sup> H. LEVY-BRUHL, préc., note 110, p. 5.

<sup>133</sup> *Id.*, p. 8.

<sup>134</sup> En effet dans ces sociétés l'individu suspect sera toujours présumé coupable; *Id.*, p. 8.

<sup>135</sup> H. LEVY-BRUHL, préc., note 100, p. 64.

Sans développer les différentes techniques possibles d'ordalie, que l'on pense au duel ou au nouveau né abandonné sur les eaux d'un fleuve<sup>136</sup>, elles ont toutes pour point commun de faire appel au hasard, au destin ou au divin. À la différence de la preuve rationnelle, la preuve mystique ne se penche pas tant sur les faits suspectés, que sur le suspect lui-même<sup>137</sup>. La vérité matérielle, factuelle, étant moins légitime que la vérité divine.

Ces mécanismes fonctionnent tant que les sociétés qui les appliquent croient aux pouvoirs de ces forces supérieures, tant qu'ils disposent d'une légitimité<sup>138</sup>. Avec le développement de la science, la preuve dite rationnelle va prendre le dessus. La recherche de la vérité matérielle va progressivement gagner en importance.

Le passage des sociétés primitives à modernes se caractérise par la lente transformation des croyances populaires. La vie ne s'explique plus par le destin et les signes divins mais à l'aide de la raison humaine et de la logique scientifique. Logique et raison vont gagner en légitimité grâce à la stabilité et la prévision qu'elles procurent.

« L'essor de la logique et le déclin de la religiosité dans les sociétés modernes ont poussé les hommes à chercher d'autres valeurs susceptibles de venir occuper la place laissée vacante par la religion et à fonder ainsi la notion de vérité en relation avec le développement des sciences et l'a lié à des exigences méthodologiques très rigoureuses dont le but était de découvrir la vérité en décrivant la réalité conçue comme expérience sensible. »<sup>139</sup>

Ainsi, le témoignage puis l'écrit vont progressivement s'imposer comme modes de preuve rationnels, tout au long de la construction de la société occidentale à la suite de la chute de l'Empire romain.

---

<sup>136</sup> *Id.*, p. 79 à 82.

<sup>137</sup> *Id.*, p. 63.

<sup>138</sup> Dans ce sens Nicolas VERMEYS et Karim BENYEKHEF, préc., note 71, p. 223.

<sup>139</sup> Gaëlle DALBIGNAT-DEHARO, préc., note 123, p. 30.

## *ii. De l'oral à l'écrit*

La chute de l'Empire romain entraîne avec elle celle du droit et de la culture en occident, au point que le principe de législation écrite va être abandonné au profit d'une culture orale<sup>140</sup>. Progressivement, durant le moyen-âge, l'écrit, et ses différents supports, vont retrouver les lettres de noblesse qu'ils avaient perdues. Cette conquête va être longue, car la culture est celle de l'oralité et de la mémoire<sup>141</sup>. Ainsi, durant plusieurs siècles, et cela jusqu'à l'Édit de Moulins en 1566, l'écrit est considéré comme un support de la parole<sup>142</sup>, qui elle reste le meilleur mode de preuve. En France, le XIII<sup>ème</sup> siècle est un bon exemple de la période de transition durant laquelle l'écrit va lentement s'implanter dans la culture juridique.

À cette époque, la France n'étant pas encore unifiée, plusieurs coutumes y avaient cours et sont d'intéressants témoignages. La *Coutume de Beauvaisis* en est un exemple. Elle a été rédigée au milieu du XII<sup>ème</sup> siècle par Philippe de Beaumanoir et elle reconnaît huit modes de preuve dont quatre rationnels, l'aveu, le témoignage, les présomptions et l'écrit<sup>143</sup>.

« Le coutumier de Beaumanoir<sup>144</sup> atteste cette période de transition. Tant la procédure que le système des preuves qui y est rattaché sont ainsi marqués d'un dualisme qui, globalement, se traduit non pas par la substitution de l'écriture à la parole, mais plutôt par la superposition de ces deux médiums. »<sup>145</sup>

Cette période est intéressante car elle est comparable à celle qui a précédé l'adoption des lois portant réforme du droit de la preuve pour intégrer les technologies de l'information. En effet durant ces deux périodes on remarquera des balbutiements

---

<sup>140</sup> P.C. TIMBAL et André CASTALDO, *Histoire des institutions publiques et des faits sociaux*, Paris, Dalloz, 1985, p. 27.

<sup>141</sup> François SENÉCAL, préc., note 36, p. 15.

<sup>142</sup> J. ROY, *Prouver son droit: le geste, la parole et l'écrit d'après Philippe de Beaumanoir (c. 1250 - 1296)*, Mémoire de maîtrise, Université de Montréal, 1998, p. 87; Laurent ABOUCAYA, « Les évolutions du droit de la preuve: perspectives historiques », *RLDI* 1741, Août-septembre 2009, p. 6.

<sup>143</sup> J. ROY, *Id.*, p. 75.

<sup>144</sup> Ce coutumier date de 1283.

<sup>145</sup> J. ROY, préc., note 142, p. 87.

législatifs cherchant à intégrer au mieux un nouveau support comme moyen de preuve.

Sous la *Coutume de Beauvaisis*, la caractéristique des écrits est qu'en principe ils n'ont pas de force contraignante à eux seuls. Ils doivent nécessairement faire suite à un accord oral<sup>146</sup>. Dans ce cadre, l'écrit commence à prendre de la valeur grâce à la stabilité de son support, contrairement à la mémoire humaine qui paraît de plus en plus faire défaut<sup>147</sup>, mais encore fallait-il pour que l'écrit acquière une valeur probante qu'il fût crédible. Il est donc apparu nécessaire de mettre en place des exigences formelles qui vont assurer la force probante de l'information contenue dans le document. Beaumanoir va établir une hiérarchie au sein des preuves écrites en fonction de la qualité des parties, à savoir qu'elles possèdent ou non un sceau. Il y a tout d'abord les écrits entre nobles, qui sont authentifiés de leur sceau et font pleine preuve entre les parties. Puis les conventions entre un noble et un roturier, ce dernier devant faire appel à un seigneur ou souverain pour authentification. Enfin les conventions passées devant l'ordinaire de chrétienté, qui n'ont pas de force particulière, contrairement aux deux premiers types d'écrits<sup>148</sup>.

Non seulement Beaumanoir établit une hiérarchie de la force probante des écrits, mais il pose aussi les principes d'opposition à un écrit<sup>149</sup>. À côté des « critiques internes » (faux ou absence d'une des parties), il pose des règles de « critique externe ». Le document pourra être déclaré nul si il a été altéré sur un de ses passages essentiels<sup>150</sup>, si le document est déchiré, ou qu'il présente des interlignes qui permettraient de faire des rajouts, et enfin si le sceau n'est pas entier. Nous remarquerons que ces différents moyens de contester la validité d'un écrit à titre de preuve se révèlent assez similaires à ceux employés de nos jours.

Il en est de même pour les questions d'admissibilité et de force probante. Un écrit, sous la *Coutume de Beauvaisis*, doit être authentifié à l'aide d'un sceau qui ne doit pas avoir

---

<sup>146</sup> *Id.*, p. 105.

<sup>147</sup> H. LEVY-BRUHL, préc., note 100, p. 112 ; dans le même sens Michel SERRES, préc., note 7.

<sup>148</sup> J. ROY, préc., note 142, pp. 113-115.

<sup>149</sup> *Id.*, pp. 115-116.

<sup>150</sup> « Si comme l'en voit que la letre est gratee et rescite en lieu la ou la grateure fu », Philippe DE BEAUMANOIR, *Coutume de Beauvoisis*, Paris, éd. A. Salmon Picard, 1899, 2 vol., par.1182, cité par J. ROY, préc., note 142, p. 116.

été altéré et le document doit être intègre, non dénaturé par des modifications internes (rature, ajout) ou externes (déchiré). Ainsi, les concepts qui se trouvent derrière la notion d'original à l'heure actuelle sont des préoccupations qui occupaient déjà l'esprit des législateurs au XIII<sup>ème</sup> siècle.

La mutation qui a lieu au Moyen Âge en Europe occidentale, et plus particulièrement dans ce qui deviendra la France, est un bon exemple que le droit de la preuve est le reflet de la culture de la société dans lequel il s'inscrit. Or l'expansion de la culture est intimement liée aux développements des connaissances techniques des sociétés à l'instar du droit de la preuve qui est aussi une question de technique<sup>151</sup>.

## ***2. La preuve est une question de technique***

### ***i. Technique judiciaire et « technologique »***

Le droit de la preuve est un subtil alliage entre mécanismes judiciaires et outils, qui doivent être suffisamment faciles à mettre en place et à utiliser tout en étant fiables. Ces mécanismes et outils sont liés au développement de nos connaissances techniques. Ils sont choisis car considérés à une époque donnée comme étant de bons moyens de retranscrire le plus exactement possible la volonté des parties, les actes d'une personne, etc. Cette considération ne repose cependant pas forcément sur des critères objectifs.

Pour relativiser la toute-puissance du document papier dit original, nous nous appuyerons sur quelques exemples non exhaustifs de différentes techniques probatoires.

Avant l'ère Chrétienne, plusieurs techniques ancestrales s'étaient développées, que ce soit en matière de preuve littérale ou testimoniale. Il est alors intéressant de remarquer qu'il était déjà fait appel à l'outil « original ». On relève en effet une technique ancestrale en Mésopotamie où lors de la conclusion d'un acte juridique sur support matériel, celui-ci était constitué en double<sup>152</sup>. Un des supports étant conservés sous

---

<sup>151</sup> En ce sens : Michel SERRES, préc., note 7147.

<sup>152</sup> Denis ALLAND et Stéphane RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1199, cité par M. PHILLIPS, préc., note 51, p. 47.

scellé, l'autre étant en la possession d'une des parties pour usage courant. En cas de conflit, le support sous scellé faisait foi. Une autre technique au Moyen-âge était de constater l'acte en plusieurs exemplaires identiques sur un même parchemin, que l'on séparait ensuite en suivant un motif propre (dentelé, arrondi, etc.)<sup>153</sup>. Il suffisait ensuite de remettre bout à bout les différents exemplaires pour s'assurer qu'ils étaient bien issus du même parchemin.

Ces techniques semblent cependant être des exceptions face à la preuve testimoniale beaucoup plus répandue. En matière de preuve testimoniale, on relève que la première technique mise en place a été celle des témoins multiples. Ce serait même Moïse qui imposa le premier la preuve testimoniale par deux témoins dans le but de pouvoir confronter leurs versions en cas de différends<sup>154</sup>.

La difficulté de la preuve testimoniale a toujours été double : d'un côté les témoins sont corruptibles, ils modifient intentionnellement leur version. De l'autre côté, de manière involontaire, un témoin peut disparaître ou oublier<sup>155</sup>. Pour limiter ces problèmes et apporter plus de garanties à la preuve testimoniale, il fallait généralement passer les actes devant témoins dont le nombre variait en fonction de l'importance de l'acte<sup>156</sup>.

« Les lois qui font périr un homme sur la déposition d'un seul témoin sont fatales à la liberté. La raison en exige deux; parce qu'un témoin qui affirme et un accusé qui nie font un partage; et il faut un tiers pour le vider. »<sup>157</sup>

Pour lutter contre l'oubli, différentes techniques, souvent cocasses, avaient été développées dans le but de marquer les esprits<sup>158</sup>. On peut relever que, lors de la conclusion d'un accord important dans une communauté, une grande cérémonie était

---

<sup>153</sup> L. ABOUCAYA, préc., note 142, p. 7.

<sup>154</sup> DANTY, *Traité de la preuve par témoins en matière civile*, 6e éd., Paris, De Nully, Vincent, Despilly, 1769, p. 2, cité par M. PHILLIPS, préc., note 51 ; C. PERELMAN, « Essai de synthèse », préc., note 93, p. 360.

<sup>155</sup> Arnaud RAYNOUARD et Lucien PAULIAC, « De « tiers archiveur » à témoin gênant », *Le Figaro*, 28 juin 2005, disponible sur megapreuve.com.

<sup>156</sup> MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois I*, Paris, Gallimard, 2005, p. 378.

<sup>157</sup> *Id.*, p. 378.

<sup>158</sup> L. ABOUCAYA, préc. note 142, p. 6.

donnée durant laquelle les parties avaient à revêtir des tenues d'apparat et à laquelle tous les membres de la communauté étaient conviés. Le caractère festif et exceptionnel de la cérémonie était ainsi un outil au service de la preuve, il permettait d'ancrer l'événement dans les mémoires<sup>159</sup>.

Une autre technique avait été développée ou l'on prenait les enfants comme témoin. D'une part, cela augmentait les probabilités quant à leur durée de vie, d'autre part, car l'on présumait qu'ils étaient moins corruptibles. Et pour marquer leurs esprits il arrivait qu'on les batte<sup>160</sup>.

Progressivement, la technique du témoignage va perdre ses lettres de noblesse face à la technique de l'écriture<sup>161</sup>. La confiance accordée à cette dernière était grandissante au fur et à mesure de l'avancée des techniques d'authentification<sup>162</sup>. Ainsi s'est développé le sceau qui conférait pleine force aux écrits qui le portaient et permettait de remplacer la preuve testimoniale, mais en soi cet outil n'était pas plus à même de révéler la vérité que la preuve testimoniale.

« Un signe de validation ne peut mériter de faire foi que lorsqu'il permet d'identifier sans conteste la personne qui en fait usage. Plus il était individualisé, plus il devenait difficile à imiter. C'est le cas du sceau, dont l'usage qui, au début, était propre au roi: il fallait, pour contrefaire le sceau royal, un outillage et des techniques complexes difficiles à mettre en œuvre. »<sup>163</sup>

Le sceau se généralisera par la suite sous la forme de la signature, technique plus accessible<sup>164</sup>. C'est le couplage, support, écrit, seing, sous forme originale qui va permettre d'assurer la confiance dans le document, et va l'élever au titre d'élément de preuve fiable, car jusqu'à présent il n'avait qu'une existence secondaire face à la preuve testimoniale et il n'existait pas vraiment de hiérarchie entre les différents moyens de

---

<sup>159</sup> *Id.*

<sup>160</sup> *Id.*, p. 6.

<sup>161</sup> F. SENÉCAL, préc., note 36, p. 15.

<sup>162</sup> L. ABOUCAYA, préc. note 142, p. 8.

<sup>163</sup> *Id.*, p. 7.

<sup>164</sup> J. ROY, préc., note 142, p. 111.

preuve envisageables<sup>165</sup>.

Même si l'écrit apporte une tangibilité à l'information, il n'est pas pour autant source absolue de vérité. La fabrication de faux, ou la falsification d'un écrit sont toujours possibles et seraient apparus dès l'invention de l'écriture<sup>166</sup>. Ainsi s'est développée la science de la diplomatique, discipline permettant de déceler l'authenticité ou la falsification d'un document<sup>167</sup>.

## *ii. La diplomatique*

Il ne s'agira pas de s'attarder sur une description exhaustive de cette discipline mais simplement d'en tracer les contours afin de montrer que les enjeux de la notion d'original à l'heure actuelle sont loin d'être nouveaux. Cette discipline a pour objet l'analyse de l'authenticité interne et externe des documents (diplômes, chartes, actes, contrats, etc.)<sup>168</sup>. C'est à dire l'analyse matérielle des documents (interne) pour s'assurer de leur authenticité et ainsi leur conférer une force sur un plan juridique, ou historique (externe). Cette discipline est donc une technique au service du droit, de l'histoire, pour assurer la confiance dans les instruments employés et garantir leur efficacité. Pour ce faire cette discipline emploie la notion d'authenticité:

« [...] dans le sens étroit et juridique d'actes rédigés dans des formes et d'après des règles qui en assuraient la valeur et l'authenticité légale. Dans le sens large et ordinaire du mot, les sources narratives non falsifiées sont authentiques au même degré que les documents diplomatiques. »<sup>169</sup>.

Un document original acquiert alors le statut d'authentique suite à une vérification. On remarque que l'authenticité et l'originalité sont deux notions historiquement liées et qu'il

---

<sup>165</sup> J.P. LEVY, « Les classifications des preuves dans l'histoire du droit », C. PERELMAN et P. FORIERS, préc., note 93, pp. 36-38.

<sup>166</sup> H. LEVY-BRUHL, préc., note 100, p. 114.

<sup>167</sup> F. SENÉCAL, préc., note 36, p. 19.

<sup>168</sup> Éric PERRIN, *L'origine du parchemin et Le procès des notaires royaux*, Cheminements, 2002, p. 3.

<sup>169</sup> *Id.*, p. 4.

est une fois de plus difficile de les différencier<sup>170</sup>.

On peut retracer l'existence de la diplomatique depuis des millénaires mais elle sera couronnée comme science grâce à l'ouvrage de Jean Mabillon en 1681, *De Re Diplomatica*<sup>171</sup>. Cette science peu abordée par le juriste contemporain est d'une importance fondamentale dans l'histoire de l'acte privé. Ainsi « [l]es deux thèmes majeurs de l'histoire de l'acte privé [sont sa] fonction juridique et [sa] valeur probante », avec une primauté pour la valeur probante<sup>172</sup>. Tout au long de l'histoire on relève que dans chaque juridiction, chancellerie, centre de pouvoir, on trouvait des experts en analyse d'écriture « qui devaient être au fait des règles en usage pour la rédaction des actes et habiles à reconnaître les falsifications. »<sup>173</sup>

Nous illustrerons nos dires :

« Grégoire de Tours raconte qu'en 590, l'évêque de Reims présenta au Roi Childebart une prétendue donation émanée de lui: pour la vérifier on manda le référendaire qui devait l'avoir expédié et souscrite, et celui-ci déclara faux le signe de validation qui lui était attribué. »<sup>174</sup>

Cette matière a toujours revêtu un rôle très important, d'autant plus important qu'à l'époque les documents passés sur support papier supportaient des enjeux plus grands que ceux d'un acte entre particuliers, en effet :

« On peut citer comme un des premiers exemples de critique diplomatique la réponse adressée par Pétrarque en 1361, à l'empereur Charles IV, qui l'avait consulté sur l'autorité de prétendues privilèges accordés à l'Autriche par Jules César et Néron. »<sup>175</sup>

La diplomatique est une technique de plus dans l'art de la preuve, utilisée pour assurer

---

<sup>170</sup> Cf., *Supra*, p. 5 et s.

<sup>171</sup> Jean MABILLON, *De Re Diplomatica*, cité par François SENÉCAL, préc., note 36, p.20.

<sup>172</sup> A. de BOÛARD, *Manuel de diplomatique française et pontificale, l'acte privé*, Paris, Édition Auguste Picard, 1948, p. 7.

<sup>173</sup> *Id.*, p. 54.

<sup>174</sup> *Id.*, p. 53.

<sup>175</sup> *Id.*, p. 55.

sa légitimité. Celle-ci se développe en parallèle aux techniques d'authentification et de falsifications de plus en plus perfectionnées. Ainsi, comme le soulève Lévy-Bruhl, certains auteurs défendent l'idée que le droit de la preuve doit se techniciser, à l'image de notre société:

« Leur raisonnement est le suivant: notre civilisation est de plus en plus technicienne; les problèmes qu'elle provoque sont toujours plus complexes. Si cultivé, si instruit soit-il, un juge est dans l'incapacité absolue de les résoudre. Il faut de toute nécessité qu'il s'adresse à un spécialiste, à un technicien, c'est à dire à un expert. »<sup>176</sup>

Ce recours à l'expert dont Levy-Bruhl parle dès le début des années 1960 est d'ailleurs devenu de plus en plus fréquent au fur et à mesure du perfectionnement des technologies. Mais il ne faut pas oublier que la science, malgré ses progrès, n'est toujours pas parvenue à atteindre le salut de notre âme qui passe par la révélation d'une vérité absolue<sup>177</sup>. D'ailleurs un rapide survol de la jurisprudence sur la contestation de l'authenticité d'un document sur support papier<sup>178</sup> comme technologique<sup>179</sup> met bien en évidence la difficulté d'accorder les experts sur les techniques à employer pour savoir si le document a été forgé ou falsifié.

Ces différents exemples, qui n'ont pas de prétention d'exhaustivité, nous permettent d'appuyer l'idée que le droit de la preuve est intimement lié à nos connaissances techniques en matière de fixation de l'information, que ce soit par la mémoire humaine, ou grâce à un support matériel externe. Comme nous l'avons vu, le droit de la preuve est intimement lié à la technique, mais il doit la dépasser, l'encadrer. Le droit de la preuve ne doit pas donner des moyens, mais doit assigner des fins et il revient ensuite à la

---

<sup>176</sup> H. LEVY-BRUHL, préc., note 100, p. 116.

<sup>177</sup> *Id.*, p. 118.

<sup>178</sup> *Diatta c. Cohen*, 2012 QCCS 5424 (CanLII), par. 24 ; *Hôtel Mortagne inc. c. Michaud*, 2010 QCCS 4831 (CanLII), par. 89 à 91; *Banque Nationale du Canada c. Lumia*, 23 juillet 2008, Cour du Québec, EYB 2008-139223; *Mahé c. Martel*, 26 avril 2007, Cour supérieure, EYB 2007-118762.

<sup>179</sup> En ce sens : « [75] À cet égard, le Tribunal a pris connaissance d'une preuve d'expertise exhaustive qui lui permet de conclure qu'il est scientifiquement difficile de retracer l'auteur réel d'un courriel. L'auteur peut facilement modifier, altérer et falsifier un courriel et on ne peut simplement pas se fier aux informations qui apparaissent à la face du document. », *Richard c. Gougoux*, 2009 QCCS 2301.

technique de s'adapter<sup>180</sup> :

« Une nouvelle technique s'accompagne donc d'une certaine incertitude juridique entourant son utilisation, jusqu'à ce qu'elle soit formellement consacrée par le texte de la loi (ou par la jurisprudence), consécration qui sera justifiée et légitimée par la rencontre d'un certain critère légal et qui se produira parallèlement à une utilisation et une confiance grandissante de la part du public. »<sup>181</sup>

## **b. Des évolutions historiques, de l'Édit de Moulins à la LCCJTI**

Après avoir montré que le droit de la preuve en matière civile est un droit principalement utilitariste et pragmatique, influencé par divers facteurs dans sa recherche de la vérité, nous verrons comment cela c'est traduit en pratique à travers un panorama historique de l'évolution du droit de la preuve.

### ***1. Panorama historique***

Bien qu'il soit possible de remonter à l'antiquité nous nous intéresserons principalement à deux périodes. La première remonte de la chute de l'Empire romain à l'Édit de Moulins. La seconde s'étend de cette dernière date à aujourd'hui.

#### ***i. Témoin passe Lettre***

La chute de l'Empire romain en l'an 476 après J.-C. entraîne avec elle celle de la culture écrite<sup>182</sup>. Le premier millénaire qui s'en suit est alors fortement marqué par la culture orale et le retour des techniques de preuve dites irrationnelles<sup>183</sup>. La fin du premier millénaire après J.-C. va voir réapparaître une tradition juridique ancestrale et avec elle les techniques de preuve rationnelle, par l'intermédiaire d'abord de la preuve

---

<sup>180</sup> Jeanne PROULX, « Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, Quelques constats », Notes pour l'allocution faite à l'Université de Montréal, 27 septembre 2001, p. 5, disponible à : <http://www.justice.gouv.qc.ca/Francais/ministere/discours/2001/autres01.htm>, site visité le 2 août 2012.

<sup>181</sup> F. SENÉCAL, préc., note 36, p. 9.

<sup>182</sup> J.-C. ROYER et S. LAVALLÉE, préc., note 97, p. 10.

<sup>183</sup> H. KELADA, préc., note 102, p. 4.

testimoniale. La primauté accordée à l'oralité sur l'écrit s'expliquait principalement par le fait qu'à l'époque très peu de gens maîtrisaient l'écriture et la lecture, il était alors irréaliste d'en généraliser l'utilisation en pratique<sup>184</sup>. C'était non seulement une question de technique, mais aussi une question de croyance. Il était courant de penser que le témoignage d'un homme fait sous serment serait plus à même de révéler la vérité qu'un document désincarné<sup>185</sup>, à l'instar du proverbe de l'époque « L'écrit souffre de tout mais ne rougit de rien »<sup>186</sup>. Ainsi aux alentours de 1200, une Décrétale du pape Innocent III, confirmait l'adage « Témoin passe lettre »<sup>187</sup>. Cependant, cette confiance dans le témoin va peu à peu être remise en question au profit du document écrit. Dorion déclarait dans sa thèse en 1894 :

« Si l'on admet comme à peu près infaillible le témoignage universel des hommes, si l'on considère comme incontestable le témoignage historique, il n'en saurait être de même du témoignage d'un homme sur un fait de nature privée. »<sup>188</sup>

L'influence des différents facteurs que nous avons mis en avant précédemment va remettre en cause la primauté de ce mode de preuve. L'adage « Témoin passe lettre » pourtant ancrée dans l'inconscient collectif va progressivement être remis en cause. D'une part, car le témoignage était devenu un métier pour certains, dont l'objectivité et l'intégrité laissaient de plus en plus à désirer. En effet, il suffisait aux parties de payer à boire aux témoins, à l'image de ce que préconisait Loysel, « [q]ui mieux abreuve, mieux preuve. »<sup>189</sup>. D'autre part, car l'administration de la justice était considérablement plus lourde lorsque le juge devait écouter les différentes versions des faits et s'assurer de la présence des différents témoins<sup>190</sup>.

---

<sup>184</sup> Notamment L. ABOUCAYA, préc., note 142 ; V. GAUTRAIS, « Réécrire l'écrit », dans Sylvette GUILLEMARD (dir.), *Mélanges en l'honneur du professeur Prujiner*, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 126.

<sup>185</sup> F. LANGELIER, préc., note 50, p. 5.

<sup>186</sup> L. ABOUCAYA, préc., note 142, p. 5.

<sup>187</sup> H. LEVY-BRUHL, préc., note 100, pp. 121-122.

<sup>188</sup> C.E. DORION, *De l'admissibilité de la preuve par témoins en droit civil*, Thèse de doctorat, Université Laval-Québec, Montréal, Whiteford et Théoret éd., 1894, p. 4.

<sup>189</sup> LOYSEL, *Institutes coutumières*, Paris, éd. Dupin et Laboulaye, 1846, 770, cité par L. ABOUCAYA, préc., note 142, p. 6.

<sup>190</sup> J. ROY, préc., note 142, p. 107; F. LANGELIER, préc., note 50, pp. 142-143.

« Le témoignage exclusivement oral entendu à l'audience est un procédé long et couteux qui contribue aux coûts et aux délais qui font obstacle à l'accès à la justice. »<sup>191</sup>

Seulement, cette crise de la preuve testimoniale ne suffisait pas à elle seule pour remettre en cause le système. Encore fallait-il qu'il y ait des techniques alternatives à ce mode de preuve qui soient plus fiables, plus efficaces et simples à mettre en place. Or, à l'époque, en parallèle à la remise en cause de l'institution testimoniale, la maîtrise de l'écriture se répandait dans les populations. L'adage « Témoin passe Lettre » va alors devenir « Lettre passe Témoin » suite à l'*Édit de Moulins* en 1566<sup>192</sup>.

## *ii. Lettre passe Témoin*

Bien que la preuve testimoniale présente des défauts, il n'y avait guère de sens à imposer un système de preuve écrite avant le développement des techniques d'information et de leur utilisation par la société<sup>193</sup>. Dès le moment où l'écriture et la lecture deviennent accessibles à une plus grande part de la population, ce virage prend tout son sens, car la preuve écrite, en principe, est préférable à la preuve par témoin par ses différentes caractéristiques. L'écriture, et son support ont pour atout face à la mémoire humaine de conférer plus de stabilité, de pérennité<sup>194</sup> à l'information et de réduire les probabilités d'une éventuelle altération de celle-ci : « [l]es écrits contiennent quelque chose de plus permanent que les paroles »<sup>195</sup>. Par contre, l'écrit n'a pas que des avantages. Avec l'écrit, on gagne indéniablement en stabilité de l'information, mais pas directement en valeur probatoire. En effet, l'écrit n'a pas intrinsèquement plus de valeur probatoire que le témoin. De plus, les possibilités de faux ont toujours été un problème à l'image du développement de la diplomatique et de l'expertise d'écriture<sup>196</sup>. Dès lors, ce

---

<sup>191</sup> C. FABIEN, « Améliorer l'accès à la justice en favorisant la preuve testimoniale par déclarations écrites », préc., note 108, préambule.

<sup>192</sup> D. GOBERT et E. MONTERO, préc., note 36, p. 121 ; F. SENÉCAL, préc., note 36, p. 14.

<sup>193</sup> V. GAUTRAIS, préc., note 184, p. 126.

<sup>194</sup> J. ROY, préc., note 142, p. 104.

<sup>195</sup> MONTESQUIEU, préc., note 156, p. 394.

<sup>196</sup> André MUNCH, *L'expertise en écritures et en signatures*, Septentrion, Québec, 2000.

sont les conditions qui entourent l'écrit qui vont lui donner cette force<sup>197</sup> et, comme le soulève un auteur ce que l'écrit perd face à la preuve testimoniale, c'est l'identification de son auteur<sup>198</sup>. Ainsi le seing, puis la signature étaient avant tout des outils pour combler cette perte<sup>199</sup>.

Les législateurs ont tenu compte de ces caractéristiques<sup>200</sup>, mais elles ne sont pas les seuls facteurs de changement. Le système judiciaire s'organise tout comme celui du notariat et des greffiers<sup>201</sup>. Ainsi, l'écrit et son support disposent de caractéristiques intéressantes dès l'instant où le document est sous sa forme originale, ils vont ainsi être favorisées parce qu'ils facilitent l'administration de la justice dans un contexte où celle-ci tend à être de plus en plus organisée<sup>202</sup>.

*L'Édit de Moulins* marque un tournant dans l'histoire du droit mais n'a pas bouleversé du jour au lendemain les habitudes en place depuis plusieurs siècles<sup>203</sup>. C'est un siècle plus tard, en 1667, que *l'Ordonnance de Saint-Germain-En-Laye* va venir donner un second souffle à la légitimité de la preuve écrite en imposant la confection des actes juridiques sous forme écrite dès lors que leur montant était supérieur à 100 livres<sup>204</sup>. L'adoption de la preuve écrite par les populations va alors se généraliser sur plusieurs siècles en parallèle à leur alphabétisation.

Ce panorama historique nous a permis de relativiser la toute-puissance accordée à l'écrit dans l'évolution historique du système probatoire et de voir que les problématiques soulevées par les technologies à l'heure actuelle sont finalement loin d'être toutes

---

<sup>197</sup> Y. BARREAU, préc., note 65, p. 10 : « Ainsi, ce sont l'autorité ayant créé le document, le contexte de création et l'action à laquelle participe le document qui révèlent de l'authenticité dans l'environnement papier. ».

<sup>198</sup> L. ABOUCAYA, préc., note 142, p. 7.

<sup>199</sup> *Id.*

<sup>200</sup> F. SENÉCAL, préc., note 36141, pp. 15-17.

<sup>201</sup> Soraya AMRANI-MEKKI, préc., note , par. 9. ; dans le même sens, V. GAUTRAIS, préc., note 193, p. 126.

<sup>202</sup> H. LEVY-BRUHL, préc., note 100, p. 122; dans le même sens V. GAUTRAIS, préc., note 193, p. 126 ; C. PERELMAN, « Essai de synthèse », préc., note 93, p. 361.

<sup>203</sup> F. SENÉCAL, préc., note 36, p. 18.

<sup>204</sup> *Id.*, p. 18.

nouvelles<sup>205</sup>. Le document papier, à l'instar du témoin, n'est finalement qu'un support de l'information pour retranscrire, par exemple, la volonté des parties lors du passage d'un acte juridique.

« Le papier, comme tout autre technologie, est simplement un véhicule portant l'information utile au processus judiciaire. »<sup>206</sup>

Or, dans le domaine probatoire notamment, comme l'a bien dit Stéphane Caïdi : « [p]eu importe le support, pourvu qu'on ait la certitude. »<sup>207</sup>. Depuis plusieurs siècles, le support papier a été prédominant et l'arrivée des technologies va venir le bousculer<sup>208</sup>. Cependant, des auteurs relèvent que cette suprématie du papier, s'explique plus par son ancrage dans la société en tant qu'outil de preuve et par les risques encourus à venir le falsifier que par l'impossibilité de le falsifier. En effet, comme nous l'avons vu, la création de faux a toujours existé et n'a jamais remis en question cette supériorité du document papier. Ainsi, selon Jacques Larrieu, dont les propos ont été repris par Jean-François Blanchette, la valeur probante des documents écrits en France ne tient pas du caractère infalsifiable du support papier, mais tient à trois facteurs distincts et complémentaires : la qualité du responsable de la création ou de la reproduction du document, le processus encadrant le cycle de vie du document (création, conservation) et enfin le risque encouru à entacher l'authenticité ou l'intégrité du document<sup>209</sup>. En ce sens, nous citerons Bruno Lemesle qui nous rappelle que la « nature de la preuve » compte moins que la « procédure pour la mettre en œuvre »<sup>210</sup>. En effet, comme nous l'avons vu, un document sur support papier n'est pas nécessairement plus probant qu'un témoin, tout dépend des circonstances, du processus, qui encadrent la confection du document. Nous verrons que la suite de notre analyse confirme cette hypothèse que l'on

---

<sup>205</sup> E. JOLY-PASSANT, préc., note 78, pp. 4-5.

<sup>206</sup> N. VERMEYS et K. BENYEKHLEF, préc., note 71, p. 232.

<sup>207</sup> S. CAÏDI, préc., note 51, p. 32, par. 72.

<sup>208</sup> F. SENÉCAL, préc. note 36, pp. 29-30.

<sup>209</sup> Jacques LARRIEU, « Les nouveaux moyens de preuve: pour ou contre l'identification des documents informatiques à des écrits sous seings privés? », *Lamy droit de l'informatique* H, I (1988), cité par Jean-François BLANCHETTE, « Modernité et intelligibilité du droit de la preuve français », *CCC*, n°3, 2005, Etude 13, p. 4 ; Dans le même sens : F. SENÉCAL, préc., note 36, p. 18 et s.

<sup>210</sup> Bruno LEMESLE (dir.), *La preuve en justice. De l'antiquité à nos jours*, Presse Universitaire de Rennes, Rennes, 2003, p. 265.

pourra facilement transposer aux mécanismes mise en place par la Loi pour assurer une valeur probatoire équivalente aux documents papier et technologique et adapter l'outil juridique qu'est l'original.

Il s'agira alors de voir comment s'est adapté le droit de la preuve québécois à l'arrivée des technologies mais avant cela nous poserons les bases du fonctionnement de ce droit.

## **Section 2 – Le système probatoire québécois**

### **1. Fonctionnement**

Le Québec, en tant que province canadienne, est soumis à deux législations et à deux régimes de preuve distincts. D'un côté le régime fédéral canadien, de l'autre le régime provincial québécois<sup>211</sup>. Pour savoir quel régime a cours dans chaque espèce il faut se référer à la Loi constitutionnelle de 1867<sup>212</sup>. Nous retiendrons pour les fins de notre présentation qu'en matière civile, c'est la loi provinciale qui s'applique et que ce sont les règles du Code civil québécois qui prévalent<sup>213</sup>.

Même si c'est à cet instrument civiliste par excellence qu'il faut se référer, le système probatoire québécois n'en est pas moins « original » puisqu'il tire ses sources de la tradition françaises et anglaises<sup>214</sup>. Pour un auteur, les origines françaises étant plus marquées en droit civil, tandis qu'en matière pénale, ce sont les sources de common law qui dominent<sup>215</sup>. Pour d'autres, dans le domaine civil, les règles de fond trouvent leur source dans le droit français tandis que celles de forme proviennent du droit anglais<sup>216</sup>, à l'instar de la règle de la meilleure preuve, comme nous allons le voir<sup>217</sup>.

---

<sup>211</sup> H. KELADA, préc., note 102, p. 13.

<sup>212</sup> *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 Vict, c 3.

<sup>213</sup> H. KELADA, préc., note 102, p. 16.

<sup>214</sup> J.-C. ROYER et S. LAVALLEE, préc., note 97, p. 22, par. 47; H. KELADA, préc., note 102, p. 11.

<sup>215</sup> Yves-Marie MORISSETTE, « L'influence du droit français sur le droit de la preuve du Québec », Patrick H. GLENN (Dir.), *Droit québécois et droit français: communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 424.

<sup>216</sup> NADEAU et DUCHARME, « La preuve en matière civile et commerciale », Gérard TRUDEL (dir.), *Traité de droit civil du Québec*, t. IX, Montréal, Wilson et Lafleur, 1942, p. 9.

<sup>217</sup> Cf. *Infra*, p. 46.

Le Code civil du Québec consacre son septième livre à la preuve, des articles 2803 à 2874. Le Québec s'inscrit ainsi dans un régime de preuve légale puisque la façon d'administrer la preuve devant la justice, tout comme la valeur des moyens de preuve, sont définies dans le code<sup>218</sup>.

Le premier article du livre sur la preuve pose un des principes fondateurs de ce droit, la preuve incombe à celui qui prétend, *actori incumbit probatio*<sup>219</sup>. Dans les articles suivants, le code régit les questions d'admissibilité et de force probante des éléments de preuve qui permettent la preuve d'un fait ou d'un acte. Un élément de preuve est « la plus petite unité »<sup>220</sup> en matière de preuve et peut prendre la forme d'un document écrit, d'une photographie, d'une vidéo ou d'un objet. Celui-ci doit être inséré dans un moyen de preuve, qui est une catégorie juridique, pour être admissible lors d'un litige devant la Cour. Il existe cinq moyens de preuve<sup>221</sup> : l'écrit, le témoignage, la présomption, l'aveu et l'élément matériel<sup>222</sup>, que l'on pourrait définir comme étant les véhicules dans lesquels l'élément de preuve va circuler lors de son parcours judiciaire qui peut être divisé en deux grandes étapes. En premier lieu il sera question d'admettre un élément de preuve au titre d'un moyen de preuve pour qu'il puisse être considéré par le juge. En second lieu il sera question pour le juge de conférer une certaine force probante à cet élément de preuve<sup>223</sup>.

---

<sup>218</sup> H. KELADA, préc., note 102, p. 5; J.-C. ROYER et S. LAVALLÉE, préc., note 97, p. 22.

<sup>219</sup> J.-C. ROYER et S. LAVALLÉE, préc., note 97, p. 102 ; « Il est utile de rappeler que le fardeau de la preuve repose sur le demandeur. L'expression « fardeau de preuve » signifie l'obligation pour une partie de faire la démonstration du bien-fondé de son droit, de ses prétentions, des faits allégués et d'en convaincre le Tribunal. », dans *Lévy c. Lévy*, 2012 QCCS 2408 (CanLII), par. 84.

<sup>220</sup> C. FABIEN, « La preuve par document technologique », (2004) 38 *R.J.T.* 533, p. 543.

<sup>221</sup> Art. 2811 *C.c.Q.*: « La preuve d'un acte juridique ou d'un fait peut être établie par écrit, par témoignage, par présomption, par aveu ou par la présentation d'un élément matériel, conformément aux règles énoncées dans le présent livre et de la manière indiquée par le Code de procédure civile (chapitre C-25) ou par quelque autre loi. » [Nos soulignements].

<sup>222</sup> Il est à noter que le qualificatif employé pour ces moyens de preuve, reflétaient en principe la forme couramment prise par les éléments de preuve, c'est-à-dire qu'un écrit était généralement sous forme « écrite » et un témoignage sous forme orale. Seulement ces qualificatifs ne doivent pas être interprétés strictement. En effet, ils sont le reflet d'une époque que le législateur, le juge et la doctrine s'accordent à dépasser. Une déclaration orale pourrait par exemple être qualifiée d'écrit au sens moyen de preuve. Il est donc important de bien distinguer entre le qualificatif de chaque moyen de preuve et la forme que peut prendre chaque élément de preuve, les deux n'étant pas nécessairement liés. En ce sens: J.-C. ROYER et S. LAVALLÉE, préc., note 97, p. 829, cite à l'appui: *MIUF – 3*, [1988] R.D.J. 425 (C.S.); *Pagé c. Beaudry*, [1977] C.S. 1103.

<sup>223</sup> C. FABIEN, préc., note 220, p. 542.; Force Probante : « Valeur et efficacité d'un moyen de preuve comme élément de conviction », in Hubert REID, préc., note 41; « La force probante d'une preuve dépend de sa fiabilité et de sa pertinence par rapport aux faits en litige », P. TESSIER et M. DUPUIS,

Lors de la phase d'admission d'un élément de preuve, celui-ci doit remplir certaines conditions propres au moyen de preuve dans lequel il s'inscrit. En découleront ensuite des conséquences quant à sa force probante. En effet il existe une hiérarchie des moyens de preuve, quant à leur force probante, c'est-à-dire non seulement quant à la valeur que le juge devra leur accorder face à d'autre moyen de preuve, mais aussi quant à la manière dont la défense pourra s'opposer à cette preuve<sup>224</sup>. Comme nous le verrons, le moyen de preuve « écrit » dispose d'un régime d'admissibilité favorable à celui qui s'en prévaut et d'une grande force probante, qui lui vaut le qualificatif de « reine des preuves »<sup>225</sup>. Cependant pour être admis en preuve deux règles sont à respecter : il faut produire la « meilleure preuve » soit l'original ou une copie qui légalement en tient lieu et généralement une preuve distincte d'authenticité est requise. Il convient alors de se pencher sur ces conditions.

## **2. La règle de la meilleure preuve ou « la nécessité de l'original »<sup>226</sup>**

Comme l'explique Langelier, cette règle « veut dire qu'on ne doit pas faire une preuve qui, dans son apparence laisse voir que la partie pourrait recourir à une autre source d'information plus satisfaisante, plus digne de confiance en elle-même »<sup>227</sup>, dans le but de limiter au mieux la fraude et le parjure<sup>228</sup> :

« La preuve offerte doit être la plus parfaite possible et complète possible; la règle de la meilleure preuve vise la fiabilité de la preuve

---

« Les qualités et les moyens de preuve - L'écrit », *Preuve et procédure*, Collection de droit 2009-2010, École du Barreau du Québec, vol. 2, 2009, p. 219.

<sup>224</sup> H. REID, préc., note 41, « Force probante ».

<sup>225</sup> En ce sens : L. DUCHARME, préc., note 104, par. 1187; N. VERMEYS et K. BENYEKHLEF, préc., note 71, p. 230 : « En fait notre régime de droit processuel part de la prémisse qu'un document matériel constitue la meilleure forme de preuve. ».

<sup>226</sup> Claude MARSEILLE et Raphaël LESCOP, « Règle de nécessité de l'original », dans *Preuve et prescription*, JurisClasseur Québec, Montréal, LexisNexis, 2008.

<sup>227</sup> F. LANGELIER, préc., note 50, p.100, par. 238; Dans le même sens : John D. GREGORY, « The legal framework for electronic communications in the common law provinces », *Legal IT*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 68.

<sup>228</sup> C. MARSEILLE et R. LESCOP, préc., note 226, p. 3; Michel BASTARACHE, « L'avènement des dossiers électroniques à la Cour suprême du Canada », *Legal IT*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 6.

offerte [...]. »<sup>229</sup>

### a. Les origines historiques

Cette règle aurait pour origine une décision anglaise rendue en 1701 par le juge Holt. Il déclarait alors que la meilleure façon de prouver son droit était de déposer « The best proof that the nature of the thing will afford is only required »<sup>230</sup>. Cette déclaration de principe prendra une ampleur rapide dans les juridictions de common law, au point que durant le XVIII<sup>ème</sup> siècle la règle soit érigée en un principe général<sup>231</sup>. Cependant, la portée de cette règle va progressivement être réduite au point de n'être plus qu'une « règle de prudence pour le juge »<sup>232</sup>, en effet comme le soulève un auteur :

« Les raisons ayant motivé la création et le développement de cette règle perdirent de l'importance. Une meilleure organisation des cours de justice rendait plus difficile la fraude et le parjure. De plus, la pratique judiciaire permettait de constater que la présomption de fraude principal fondement de la règle de la meilleure preuve, était moins évidente. C'était principalement pour des raisons économiques et pratiques qu'un plaideur produisait une preuve secondaire. »<sup>233</sup>

À l'heure actuelle, il ressort de la doctrine anglaise que cette règle permet de formuler une objection à la preuve du contenu d'un document par une preuve secondaire. De plus, « selon un courant doctrinal et jurisprudentiel nouveau, la recevabilité d'une preuve secondaire du contenu d'un document dépendra aujourd'hui de sa valeur probante »<sup>234</sup>. Ainsi, à l'instar du phénomène qui se développe dans le système probatoire québécois, les preuves secondaires (reproduction d'un document) vont disposer d'une reconnaissance grandissante comme nous le verrons dans notre deuxième partie.

---

<sup>229</sup> P. TESSIER et M. DUPUIS, préc., note 223, p. 227.

<sup>230</sup> L. DUCHARME, « La règle de la meilleure preuve », *Les Cahiers de droit*, vol. 5, n° 1, 1962, p. 28, disponible à : <http://id.erudit.org/iderudit/1004164ar?integral=oui>, site visité le 15 juillet 2012 ; La décision en question est *Ford c. Hopkins*, [1701] 1 SALK. 283 (K.B.).

<sup>231</sup> J.-C. ROYER et S. LAVALLÉE, préc., note 97, p. 1153.

<sup>232</sup> *Id.*, p. 1154.

<sup>233</sup> *Id.*, p. 1153.

<sup>234</sup> *Id.*, p. 1154. Cite *Masquerade Music Ltd. c. Springsteen*, [2001] EWCA Civ 563, [2001] C.P.L.R. 369, [2001] E.M.L.R. 25, par. 85.

## **b. La règle dans le système probatoire québécois**

### ***i. Principe***

Au Québec, l'origine de cette règle est débattue. Tandis que des auteurs prétendent qu'elle provient de la « Best Evidence Rule »<sup>235</sup> que nous venons de présenter, d'autres avancent qu'elle trouve sa source dans l'Ordonnance de Moulins<sup>236</sup>. Quoiqu'il en soit cette règle fut transposée dans le droit québécois à l'article 1204 du Code civil du Bas-Canada<sup>237</sup> qui dispose ainsi:

« La preuve offerte doit être la meilleure dont le cas, par sa nature, soit susceptible.

Une preuve secondaire ou inférieure ne peut être reçue, à moins qu'au préalable il n'apparaisse que la preuve originaire où la meilleure ne peut être fournie. »

À première vue, cette règle prend l'apparence d'un principe général s'appliquant à tous les éléments de preuve. Cependant, ce ne fut pas le cas<sup>238</sup>, « la règle de la meilleure preuve n'était ni un principe général d'irrecevabilité, ni la formulation générale de règles particulières »<sup>239</sup>, et ce, même si certains auteurs tentèrent de lui redonner son aura d'antan. En effet, Langelier souhaitait l'ériger en principe général du droit de la preuve<sup>240</sup>. Cette règle fut plutôt appliquée dans un sens positif, c'est à dire « pour motiver l'appréciation et non le rejet d'une preuve »<sup>241</sup>. Toutefois, elle permettait l'exclusion d'une preuve lorsqu'il s'agissait de prouver un acte juridique contenu dans un écrit ou le contenu d'un écrit. C'est d'ailleurs le sens qu'elle a pris aujourd'hui<sup>242</sup>.

---

<sup>235</sup> Yves-Marie MORISSETTE, « L'influence du droit français sur le droit de la preuve au Québec », préc., note 215, p. 435 ; J.-C. ROYER et S. LAVALLÉE, préc., note 97, p. 1151; L. DUCHARME, préc., note 104, p. 27.

<sup>236</sup> H. KELADA, préc., note 102, p. 75.

<sup>237</sup> Y.-M. MORISSETTE, préc., note 215, p. 435; L. DUCHARME, préc., note 104, p. 25.

<sup>238</sup> J.-C. ROYER et S. LAVALLÉE, préc., note 97, p. 1155.

<sup>239</sup> *Id.*, p. 1156.

<sup>240</sup> L. DUCHARME, préc., note 104, p. 33.

<sup>241</sup> J.-C. ROYER et S. LAVALLÉE, préc., note 97, p. 1155 ; En ce sens : « L'objection de la production en preuve d'une bande magnétique, basée sur la règle de la meilleure preuve, doit être rejetée puisque l'enregistrement est supérieur en preuve à la déposition d'un témoin dont la mémoire peut défaillir. », dans *Erez Sewing Machine Co. Ltd. c. Vêtement Super Vogue Inc.*, [1980] C.P. 157.

<sup>242</sup> J.-C. ROYER et S. LAVALLÉE, préc., note 97, p. 1157; d'ailleurs cet auteur place cette règle dans le 3ème titre de son ouvrage qui traite des règles d'irrecevabilité de la preuve.

« [...] l'article 1204 ne saurait énoncer un principe fondamental de notre droit, ni même un principe particulier. Il faut, même chez nous, reconnaître qu'il n'y a pas qu'une, mais trois règles de la meilleure preuve qui jouissent chacune d'une autonomie absolue et qui n'ont en commun que le nom. »<sup>243</sup>

Parmi ces trois règles<sup>244</sup>, une seule nous intéresse, celle de la preuve du contenu d'un écrit retranscrite maintenant à l'article 2860 al.1 C.c.Q.<sup>245</sup> :

« L'acte juridique constaté dans un écrit ou le contenu d'un écrit doit être prouvé par la production de l'original ou d'une copie qui légalement en tient lieu. »<sup>246</sup>

Cet alinéa est une transposition de la règle de la meilleure preuve de l'article 1204 C.c.B.-C. qui tient compte de l'interprétation qu'en ont fait les tribunaux<sup>247</sup>. Ainsi, comme le soulève Claude Marseille, bien que l'expression « règle de la meilleure preuve » soit restée dans le langage courant du juriste québécois, il serait plus précis de parler de « règle de la nécessité de l'original » qui ne s'applique plus qu'aux écrits<sup>248</sup>. Seulement nous verrons que le tournant que prends le droit de la preuve actuellement nous amène à relativiser cette « nécessité de l'original ».

Les exigences de l'article 2860 C.c.Q. s'appliquent lorsque deux conditions sont remplies. Il faut qu'il existe un écrit et qu'une partie souhaite en prouver le contenu ou l'acte juridique qu'il constate<sup>249</sup>. Dès l'instant où ces conditions sont remplies, c'est

---

<sup>243</sup> L. DUCHARME, préc., note 104, p. 35.

<sup>244</sup> Preuve du contenu d'un écrit, preuve de la confection des écrits reçus devant témoins et preuve par ouï-dire.

<sup>245</sup> C. MARSEILLE et R. LESCOP, préc., note 226, p. 19; M. PHILLIPS, préc. note 51, p. 61; Y.-M. MORISSETTE, préc., note 215, p. 435; L. DUCHARME, préc., note 104, p. 29.

<sup>246</sup> Art. 2860 al.1 C.c.Q.

<sup>247</sup> J.-C. ROYER et S. LAVALLÉE, préc., note 97, p. 1157 : cite à l'appui les commentaires du ministre de la justice sur l'article; BAUDOUIN et RENAUD, *Code civil du Québec annoté*, Art. 2860, Annotations – Commentaires du ministre de la Justice.

<sup>248</sup> C. MARSEILLE et R. LESCOP, préc., note 226, p. 2; Pour des exemples de documents écrits originaux : L. DUCHARME, préc., note 104, par. 1195.

<sup>249</sup> J.-C. ROYER et S. LAVALLÉE, préc., note 97, p. 1157; L. DUCHARME, préc., note 104, par. 1178 : cite à l'appui *Air Club International Inc. c. Conquest Tours inc.*, REJB 1999-11784 (C.S.); Dans le cadre de la production en preuve de courriel pour prouver des faits matériels externes le respect de la règle de l'article 2860 C.c.Q. n'est pas nécessaire: *Vandal c. Salvas*, 2005 QCCQ 40771; *Intercontinental Corporate Technology Services Ltd. c. Bombardier inc.*, 2008 QCCS 5086 (CanLII).

l'original ou une copie en tenant lieu qui doit être produit, excluant de fait toute preuve secondaire du contenu de cet écrit, que ce soit une simple copie ou un témoignage<sup>250</sup>. Cette règle est d'autant plus justifiée que comme le précise Claude Marseille « si les parties ont pris la peine de rédiger un écrit [...] c'était précisément pour s'en préconstituer la preuve »<sup>251</sup>, preuve qu'il convient d'amener dans sa matérialisation originelle. Dès lors toute reproduction d'un document original est en principe irrecevable<sup>252</sup>. Seulement comme nous allons le voir il ne s'agit pas d'une règle d'ordre public, il est possible de produire en preuve une copie qui tient lieu d'original et enfin deux exceptions sont prévues dans le code aux articles 2860 al.2 et 2861 C.c.Q.. De plus nous verrons que l'application pratique de cette règle est plus souple que sa formulation théorique<sup>253</sup>.

En **premier lieu** la règle n'est pas d'ordre public<sup>254</sup>. D'une part le juge ne peut pas soulever ce défaut d'office selon l'article 2859 C.c.Q.<sup>255</sup>, d'autre part les parties peuvent admettre la production d'une preuve secondaire ou renoncer à l'application de la règle de la meilleure preuve<sup>256</sup>. Dans la première situation, il s'agira par exemple pour une partie de citer une preuve secondaire à l'appui d'un acte de procédure (admission expresse) ou de ne pas s'objecter à la production d'une preuve secondaire en contestant l'authenticité de celle-ci selon la procédure prévue à cet effet à l'article 89 C.p.c. (admission tacite)<sup>257</sup>.

---

<sup>250</sup> J.-C. ROYER et S. LAVALLÉE, préc., note 97, p. 1157 ; L. DUCHARME, préc., note 104, par. 1129 ; En ce sens: *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Roy*, 2006 QCCQ 12957 (CanLII) : « [7]En l'espèce, cette objection doit être retenue, puisqu'il est évident que la pièce O-2 n'est pas un original, et que le procureur de l'opposante n'a fait valoir aucun motif sérieux pouvant expliquer une quelconque impossibilité d'avoir produit l'original. »; *Rochefort c. Poulin*, 2007 QCCQ 2157 (CanLII); *Mercier c. Cauchon*, 12 janvier 2012, Cour supérieure, par.75, EYB 2012-200832; *Gauthier c. Imbeault*, 2009 QCCQ 5886 (CanLII), par. 82.

<sup>251</sup> C. MARSEILLE et R. LESCOP, préc., note 226, p. 4.

<sup>252</sup> J.-C. ROYER et S. LAVALLÉE, préc., note 97, p. 1152, cite à l'appui *Bellingham Trading Limited c. Metropolitan (M.T.L.) Fund Management Limited*, J.E. 2006-146, EYB 2005-97782 (C.S.); *R. c. Laberge*, [1994] R.J.Q. 1712, EYB 1994-73371 (C.Q.); *Grynspan c. Creighton*, [1987] R.J.Q. 527, EYB 1987-62682 (C.A.); *Centre commercial Lachute inc. c. Assaly*, [1984] R.D.J. 177 (C.A.).

<sup>253</sup> V. GAUTRAIS, « Libres propos sur le droit des affaires électroniques », *Legal IT*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, pp. 130-131.

<sup>254</sup> L. DUCHARME, préc., note 104, par. 1218; C. MARSEILLE et R. LESCOP, préc., note 226, p. 77.

<sup>255</sup> *Robert c. Riberdy*, 2011 QCCQ 7065 (CanLII), par. 5; *Iko Industries Ltd. c. Produits pour toitures Fransyl ltée*, 2007 QCCS 33 (CanLII), par. 31.

<sup>256</sup> C. MARSEILLE et R. LESCOP, préc., note 226, p. 77; L. DUCHARME, préc., note 104, par. 1218; J.-C. ROYER et S. LAVALLÉE, préc., note 97, p. 1183.

<sup>257</sup> *Nadeau c. Nadeau*, 2005 CanLII 24413 (QCCS).

Dans la seconde situation, si une partie ne répond pas à la mise en demeure de l'article 403 C.p.c. elle reconnaît de fait « la véracité ou l'exactitude de la pièce » que l'autre partie a mise en preuve, que ce soit l'original ou une copie<sup>258</sup>. Une partie peut également faire un aveu judiciaire du contenu d'une pièce dont l'original n'aurait pas été produit<sup>259</sup>.

« [L]es règles de preuve étant en principe d'ordre privé, il appartient donc aux parties et non au juge d'en surveiller l'application et d'en soulever toute violation. »<sup>260</sup>

En **deuxième lieu** le code prévoit explicitement deux exceptions à cette règle aux articles 2860 al.2 C.c.Q.<sup>261</sup> et 2861 C.c.Q.<sup>262</sup> en fonction de l'existence ou non d'un original<sup>263</sup>. Dans le premier cas, une partie n'a pas à fournir l'original d'un écrit si elle « ne peut, malgré sa bonne foi et sa diligence » le produire<sup>264</sup>. La preuve pouvant alors être apportée par tous moyens. Dans le second cas, une partie n'a pas à produire d'original dès l'instant où elle a été dans l'impossibilité de s'être ménagée un document écrit et cela « pour une raison valable »<sup>265</sup>. Nous ne rentrerons pas dans les détails de ces

---

<sup>258</sup> « Dans une réclamation d'assurance, une objection qui est formulée à l'effet que la production d'une copie photostatée de la police d'assurance et d'une déclaration non assermentée ne constitue pas la meilleure prévue doit être rejetée, la véracité et l'exactitude des documents n'ayant pas été niées (art. 403 C.P.). », in *Lumbermens Mutual Casualty Company c. Asselin*, [1975] C.S. 1025; cité par H. KELADA, préc., note 102.

<sup>259</sup> En ce sens : *Valley Paper LLC c. Simex Papier International Inc.*, 2004 CanLII 9120 (QCCQ), par. 12.

<sup>260</sup> P. TESSIER et M. DUPUIS, préc., note 223, p. 415.

<sup>261</sup> Art. 2860 al.2 C.c.Q. : « Toutefois, lorsqu'une partie ne peut, malgré sa bonne foi et sa diligence, produire l'original de l'écrit ou la copie qui légalement en tient lieu, la preuve peut être faite par tous moyens. ».

<sup>262</sup> Art. 2861 C.c.Q. : « Lorsqu'il n'a pas été possible à une partie, pour une raison valable, de se ménager la preuve écrite d'un acte juridique, la preuve de cet acte peut être faite par tous moyens. ».

<sup>263</sup> P. TESSIER et M. DUPUIS, préc., note 223, p. 220.

<sup>264</sup> Art. 2860 al.2 C.c.Q. ; En ce sens voir la jurisprudence *Croustilles Yum Yum* qui traite d'un cas où l'original du document sur support papier n'existe plus et qu'une reproduction des données sur support informatique est disponible, *Croustilles Yum Yum Enr. c. Intexvin Inc.*, 2004 QCCS 20457; Dans le même sens : *Di Marco c. Bradford*, 2003 CanLII 7414 (QCCQ); *Desrosiers c. Beaulne*, 2002 CanLII 26405 (QCCQ); *2622-7751 Québec inc. c. Transmission Bernard Lortie & Fils inc.*, 2007 QCCS 2071 (CanLII), par. 58; *Gallant c. Les Habitations de Vaucresson Inc.*, [1980] R.P. 391 (C.S.); *St-Martin c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, 2002 CanLII 4912 (QCCQ); *Gatti c. Barbosa Rodrigues*, 16 décembre 2011, Cour supérieure, EYB 2011-199766, par. 10 ; *Smith (Succession de) c. Richardson*, 2006 QCCS 3428 (CanLII); *Carr Steel Investments Ltd. c. Immogest Property Management Inc.*, 2012 QCCQ 4766 (CanLII).

<sup>265</sup> Art. 2861 C.c.Q. ; Voir notamment *Veeravagh c. Yogalingam*, 2006 QCCQ 18139 (CanLII); *9129-8265 Québec inc. c. Ciment St-Laurent inc.*, 2006 QCCQ 10072 (CanLII), par. 38 ; *Lévy c. Lévy*, 2012 QCCS 2408 (CanLII), par. 75.

exceptions à la règle de la nécessité de l'original car cela serait s'éloigner de notre sujet<sup>266</sup>. Cependant une analyse de la jurisprudence nous permet de voir que, lorsqu'une partie tente de faire jouer ces exceptions, la Cour les analyse avec rigueur et accepte difficilement une preuve secondaire à ce titre<sup>267</sup>. En effet, la partie désirant produire une preuve secondaire devra démontrer qu'elle a fait preuve de diligence et de bonne foi dans la recherche ou la conservation de l'original.

« [26] La jurisprudence sous l'article 2861 C.c.Q. (ou autrefois l'article 1233 C.c.B.C.) révèle que les tribunaux se sont montrés particulièrement exigeants quant aux motifs justifiant l'impossibilité de se procurer un écrit. »<sup>268</sup>

Enfin, en **dernier lieu**, il est possible de produire en preuve une reproduction qui légalement tient lieu d'original selon l'article 2860 al.1 C.c.Q.<sup>269</sup>. Cette règle fait l'objet d'un développement approfondi dans la deuxième partie de notre mémoire<sup>270</sup>, cependant nous pouvons déjà avancer que c'est cette exception à la règle de l'original qui va permettre une véritable remise en question de la conception de l'original en tant que document primitif.

## *ii. Application*

« Le déclin de la règle de la meilleure preuve a coïncidé avec l'amélioration de l'organisation judiciaire. »<sup>271</sup>

---

<sup>266</sup> Pour plus de détails sur ces exceptions: L. DUCHARME, préc., note 104, p.491 et s. ; J.-C. ROYER et S. LAVALLÉE, préc., note 97, p. 1175 et s. ; P. TESSIER et M. DUPUIS, préc., note 223, p. 228 et s.

<sup>267</sup> *St-Martin c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, 2002 CanLII 4912 (QCCQ); *Automobiles Jalbert inc. c. BMW Canada inc.*, 2011 QCCS 2499 (CanLII); *Castor Holding Ltd. (Syndic de)*, 2008 QCCS 3437 (CanLII); *Gémika inc. c. Centre de la petite enfance Ste-Gertrude inc.*, 2005 CanLII 37516 (QCCS); *Asfab (1983) inc. c. La Garantie compagnie d'assurances de l'Amérique du Nord*, 2001 CanLII 15995 (QCCQ).

<sup>268</sup> *Coutu c. Morin*, 2002 CanLII 12930 (QCCQ).

<sup>269</sup> J.-C. ROYER et S. LAVALLÉE, préc., note 97, p. 1157.

<sup>270</sup> *Cf. Infra*, p. 109 et s.

<sup>271</sup> J.-C. ROYER et S. LAVALLÉE, préc., note 97, p. 3.

Comme nous l'avons évoqué, l'application pratique de la règle de la meilleure preuve se distingue de sa formulation théorique par sa souplesse. En effet cette dernière se constate aussi bien du côté du juge que du praticien et les auteurs de doctrine, professeur ou avocat, s'accordent sur ce sujet<sup>272</sup>.

« Le développement de l'informatique, qui rend inutilement onéreuse la confection ou la conservation d'une preuve documentaire [papier], accentue le déphasage entre la réalité et les règles rigides de la preuve littérale. Aussi, même en l'absence d'une législation formelle adéquate, la jurisprudence continuera vraisemblablement ce mouvement vers la libéralisation de la preuve, d'autant plus que l'évolution technologique qui la commande coïncide avec un interventionnisme moderne qui accroît le pouvoir créateur des tribunaux. »<sup>273</sup>

Concrètement, une application souple de la règle de la meilleure preuve se traduit par une tolérance du juge et des parties, dans la production de preuves secondaires lors d'un litige<sup>274</sup>.

D'un côté, Ducharme relève que dans certains cas le tribunal « au lieu de se reconnaître un pouvoir d'appréciation dans l'application de la règle » déclare qu'une preuve n'y est pas soumise dans le souci d'en « tempérer la rigueur »<sup>275</sup> en citant à l'appui l'arrêt *Stikeman c. Danol Holdings inc*<sup>276</sup>. Cependant, on remarque que le juge contourne la règle plutôt que de s'y opposer directement<sup>277</sup>.

De l'autre côté, Claude Marseille, du fait de son expérience, déclare qu'« en pratique, dans la grande majorité des cas, les plaideurs se satisfont sans problème des photocopies produites par leurs adversaire »<sup>278</sup> pour plusieurs raisons : souvent les reproductions « présentent des garanties suffisantes de fiabilité ou [...] il s'agit de document secondaire

---

<sup>272</sup> L. DUCHARME, préc., note 104, par. 1218 à 1220; J.-C. ROYER et S. LAVALLÉE, préc., note 97, par. 1263; C. MARSEILLE et R. LESCOP, préc., note 226, par. 101; V. GAUTRAIS, préc., note 253, pp. 130-131.

<sup>273</sup> J.-C. ROYER et S. LAVALLÉE, préc., note 97, p. 163, par. 224.

<sup>274</sup> *Isoré c. Vitess Canada inc.*, 2005 CanLII 45443 (QCCQ).

<sup>275</sup> L. DUCHARME, préc., note 104, par. 1219.

<sup>276</sup> *Stikeman c. Danol Holdings inc.*, [1996] R.J.Q. 2489, J.E. 96-1358 (C.A.).

<sup>277</sup> Dans ce sens : *Intercontinental Corporate Technology Services Ltd. c. Bombardier inc.*, 2008 QCCS 5086 (CanLII).

<sup>278</sup> C. MARSEILLE et R. LESCOP, préc., note 226, par. 101.

au litige » pour lesquels il serait contestable de respecter à la lettre la règle de la meilleure preuve<sup>279</sup>. Cependant, il arrive encore que dans certains cas la règle de la meilleure preuve permette à un plaideur de s'opposer avec réussite<sup>280</sup>. En l'espèce, le problème ne portait pas sur la production de photocopies mais sur le fait qu'une des parties n'apportait aucune preuve de l'acte juridique qui aurait du être contenu dans un acte sous seing privé.

### *iii. Justification*

Dans l'univers papier, l'original, s'avère effectivement être la meilleure preuve d'un écrit. Par son caractère primaire, c'est la preuve la plus directe de l'information qu'il contient<sup>281</sup>. Sur cette base, une distinction a été établie entre l'original, preuve primaire et la copie, preuve secondaire<sup>282</sup>. Nous verrons que cette distinction s'atténue progressivement<sup>283</sup>. En effet, plusieurs systèmes juridiques reconnaissent dans certaines conditions la valeur d'original à des copies<sup>284</sup> d'autant plus que la jurisprudence avait su s'adapter face à l'apparition progressive des documents numériques avant l'adoption de la Loi<sup>285</sup>.

Ainsi, nous pensons que la règle de la meilleure preuve telle qu'édictee dans le C.c.B.-C. était visionnaire par sa « neutralité technologique »<sup>286</sup> car elle édictait un principe qui n'était pas rattaché à la matérialité que devait revêtir un élément de preuve. La difficulté

---

<sup>279</sup> *Id.*

<sup>280</sup> *Myette (Succession de) c. 2786591 Canada inc./Franchises Multi-prêts*, 2011 QCCS 2286 (CanLII): « [87] Jonathan Myette étant décédé, le procureur des demandeurs a voulu mettre en preuve des interrogatoires hors cour de ce dernier. Des objections ont été soulevées à l'encontre de ce témoignage qui se réfère à certaines occasions à des actes juridiques constatés dans un écrit non produit devant la Cour.[...] »; *ING Canada c. Corporation des camions et moteurs International Canada*, 2006 QCCS 3009 (CanLII), par. 5 : « [96] Sur la base de l'article 2860 C.c.Q, les objections accueillies sont les suivantes: nos. 1, 2, 4, 5, 7 à 12, 14 à 18, 21 à 59, 66, 67 et 68. Les autres objections sont rejetées puisqu'un écrit a été soumis. ».

<sup>281</sup> C. MARSEILLE et R. LESCOP, préc., note 226, p. 2.

<sup>282</sup> P. TESSIER et M. DUPUIS, préc., note 223, p. 220.

<sup>283</sup> Avec la possibilité de certifier une copie ou documenter un transfert grâce à la Loi. *Cf., Infra*, p. 109 et s.

<sup>284</sup> Art. 2841 et 2842 C.c.Q.; Art. 1348 al.2 C.c.F..

<sup>285</sup> L. DUCHARME, préc., note 104, p. 476 : cite un « imprimé d'ordinateur » reçu comme un écrit, *NSK Container Services Limited c. Flexi-Van Leasing Inc.*, [1992] R.D.J. 288 (C.A.).

<sup>286</sup> Expression consacrée par la Loi comme nous le verrons. *Cf., Infra*, p. 65.

de cette règle telle que transposée dans le Code civil actuel est qu'elle ne fait plus référence au concept de « meilleure preuve », mais à la notion d'original. Or cette notion est plus difficile à arrimer à la réalité pratique et aux technologies de l'information, même si l'énoncé de la règle a un caractère suffisamment général pour s'adapter à tous les supports sur lesquels pourrait être matérialisé un écrit original.

Heureusement, si en théorie ces différences entre les deux énoncés se révèlent importantes, en pratique l'application de la règle de l'original ne s'avère pas trop rigide. Les raisons nous semblent assez similaires à celles qui auraient fait changer d'avis à son encontre la jurisprudence de common law. D'une part « la présomption de fraude » a largement diminué. D'autre part les avantages pratiques et économiques de la production d'une copie sont souvent supérieurs aux risques encourus par la fraude<sup>287</sup>. D'ailleurs comme le relève un auteur :

« Cette règle a l'avantage de procurer une plus grande certitude de l'existence ou de l'extinction d'un droit. Elle a par ailleurs l'inconvénient d'empêcher une partie d'établir son droit ou de lui imposer pour le faire des conditions onéreuses. »<sup>288</sup>

Dès lors que l'application stricte de la règle de la nécessité de l'original était remise en question il fallait s'assurer de deux choses. La première chose est une meilleure prise en compte des copies. Nous verrons à ce titre que depuis plusieurs années le législateur n'a cessé d'étendre la catégorie des « copies qui légalement tiennent lieu d'original »<sup>289</sup>. La seconde est la mise en place d'un nouveau moyen de contrôle des éléments de preuve afin de s'assurer qu'ils remplissent les objectifs du droit de la preuve, soit l'éclosion de la vérité. Pour cela nous allons voir comment le législateur a déplacé la règle de la meilleure preuve de la nécessité de l'originalité à la nécessité de l'authenticité.

### **3. La règle de la meilleure preuve ou « la nécessité de l'authenticité »**

---

<sup>287</sup> J.-C. ROYER et S. LAVALLÉE, préc., note 97, p. 1153; Dans ce sens : John D. GREGORY, préc. note 227, p.68.

<sup>288</sup> J.-C. ROYER et S. LAVALLÉE, préc., note 97, p. 1153.

<sup>289</sup> Cf., *Infra*, p. 101 et s.

La production en preuve d'un écrit nécessite la réunion cumulative de deux conditions. Tout d'abord il faut que ce soit l'original ou une copie qui en tienne lieu qui soit produit en preuve. Ensuite, il faut fournir une preuve d'authenticité de ce document<sup>290</sup>. Jusqu'à présent, ces deux étapes étaient souvent liées en pratique car la production de l'original faisait présumer de l'authenticité de l'écrit. Établir l'authenticité d'un écrit revient à lui reconnaître deux qualités : il provient bien de l'auteur auquel on l'attribue et il n'a pas été altéré depuis sa création<sup>291</sup>.

Cependant, ce terme dispose également d'un autre sens, plus technique :

« Se dit plus techniquement, par opposition à l'acte sous seing privé, de l'acte, qui, étant reçu ou dressé par un officier public compétent, selon les formalités requises, fait foi par lui même jusqu'à inscription de faux. »<sup>292</sup>

Ainsi, l'acte authentique bénéficie d'un régime d'admission en preuve plus favorable que l'acte sous seing privé puisque contrairement à ce dernier la preuve d'authenticité n'est pas nécessaire. En effet, l'authenticité de ce moyen de preuve est présumée jusqu'à contestation par inscription de faux. Dans le cas de l'acte sous seing privé, son authenticité est elle aussi présumée mais seulement si il est opposé « à celui qui paraît l'avoir signé ou à ses héritiers »<sup>293</sup>. Et dans le cas où ces derniers voudraient en contester l'authenticité, la procédure serait moins lourde que l'inscription en faux puisqu'il

---

<sup>290</sup> Art. 2828 C.c.Q.; *Brien c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, 2004 CanLII 21555 (QCCQ), par. 128; *Leblanc c. Pigeon*, 2009 QCCS 5715 (CanLII), par. 39; « Un écrit sous seing privé ne fait pas foi de son authenticité externe. En d'autres termes, il ne fait pas foi à lui seul de l'authenticité de la signature, qui doit être prouvée lorsqu'elle est contestée et en l'absence d'une reconnaissance tacite. », dans *Banque Canadienne Impériale de Commerce c. Laverdure*, [1979] C.P. 211, cité par H. KELADA, préc., note 102.

<sup>291</sup> C. FABIEN, préc., note 220, p. 571; P. TESSIER et M. DUPUIS, préc., note 223, p. 257; C. MARSEILLE et R. LESCOP, préc., note 226, p. 21; Dans le même sens Marie-Ève BÉLANGER, « Documents technologiques, copies et documents résultants d'un transfert », Fascicule 5, *JurisClasseur Québec – Preuve et prescription*, Montréal, LexisNexis Canada, 2008, par. 41; G. CORNU, préc., note 16, « Authentique »: « Qui a véritablement l'auteur ou l'origine qu'on lui attribue. »; Dans le même sens : « [...] Reconnaître la véracité ou l'exactitude d'un écrit dans son aspect matériel, c'est en reconnaître l'authenticité, c'est reconnaître que l'écrit émane bien de la personne qui en est apparemment l'auteur. Toutefois, cela n'a pas pour but de reconnaître la véracité ou l'exactitude d'un écrit quant à son contenu, surtout une contre-expertise. », *Desgagné-Bolduc c. Provigo Distribution inc.*, 2007 QCCS 3224 (CanLII), par. 106.

<sup>292</sup> G. CORNU, préc., note 16, « Authentique ».

<sup>293</sup> *Leblanc c. Pigeon*, 2009 QCCS 5715 (CanLII), par. 41 et 42.

suffirait de respecter les conditions de l'article 89 par.1 C.p.c.<sup>294</sup>. Cette comparaison est intéressante en deux points. Premièrement, car elle correspond bien avec la théorie de Jacques Larrieu sur la force probatoire des écrits<sup>295</sup>. L'acte authentique présente des avantages face à l'acte sous seing privé parce qu'il provient d'un officier public et que le processus pour le mettre en place est plus règlementé et que les risques encourus en cas de falsification sont plus importants.

Deuxièmement, car on peut d'ores et déjà distinguer l'originalité de l'authenticité dans le système probatoire québécois. En effet, l'original d'un acte sous seing privé n'est pas automatiquement présumé authentique contrairement à l'original d'un acte authentique. De plus, la copie d'un acte authentique est présumée authentique bien que ce ne soit pas un original<sup>296</sup>. On peut alors avancer qu'un document original n'est pas nécessairement authentique et qu'un document authentique n'est pas nécessairement original et on peut se demander laquelle des deux conditions est la véritable essence de la règle de la meilleure preuve.

Jusqu'à présent, demander l'original d'un acte sous seing privé papier était la meilleure façon de s'assurer de l'authenticité du document. Quant à la possibilité de produire une « copie qui légalement en tient lieu », celle-ci ne s'appliquait que pour les copies de lois, d'actes authentiques ou semi-authentiques<sup>297</sup>. Avec l'adoption de la Loi, nous allons voir qu'il est possible pour tout un chacun de créer des copies qui légalement tiennent lieu d'original d'un acte sous seing privé<sup>298</sup>. Cela nous permet de remettre en cause l'importance de la notion d'original, telle qu'axée sur le caractère primitif du support et de confirmer la nécessité d'assurer l'authenticité du document, par l'intermédiaire des

---

<sup>294</sup> Art. 89 par.1 C.p.c. :

« Doivent être expressément alléguées et appuyées d'un affidavit :

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

<sup>295</sup> Entendu comme les étapes d'admission et d'analyse de la force probante ; Théorie cité par Jean-François BLANCHETTE, préc., note 209, p. 4.

<sup>296</sup> Art. 2815 C.c.Q.

<sup>297</sup> Voir les autres exceptions en II.B.

<sup>298</sup> P. TESSIER et M. DUPUIS, préc., note 223, p. 221; C. MARSEILLE et R. LESCOP, préc., note 226, p. 47.

trois critères proposés par Jacques Larrieu<sup>299</sup> : auteur, processus et risque de falsification.

Dans le même sens, avant que soit promulguée la réforme sur le droit de la preuve en France<sup>300</sup>, la Cour de Cassation française<sup>301</sup> avait accepté de reconnaître une force probante à un écrit électronique dès le moment où son intégrité et son imputabilité était assurée c'est-à-dire dès l'instant où son authenticité était prouvée<sup>302</sup>, passant ainsi outre la difficulté de qualifier un document technologique d'original.

Ainsi nous avons vu que dans le système québécois la règle de l'original n'est pas la seule barrière à la production d'un écrit. La preuve d'authenticité est une condition tout aussi importante.

---

<sup>299</sup> Cité par Jean-François BLANCHETTE, préc., note 209, p. 4.

<sup>300</sup> Loi du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique.

<sup>301</sup> Cass. Com., 2 décembre 1997, 95-14.251, publié au bulletin, disponible à <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007039668&fastReqId=2044359597&fastPos=2>, site visité le 6 décembre 2011.

<sup>302</sup> E. CAPRIOLI, préc., note 79, p. 71; Jean-Louis NAVARRO, « L'impact de l'écrit électronique sur le droit de la preuve français », *R. de N.* (106) 2004, p. 485.

## **Conclusion de la première partie**

La notion d'original est polysémique, dans son sens général mais aussi dans son sens juridique. En effet comme nous l'avons vu celle-ci ne recouvre pas les mêmes caractéristiques dans le droit français et belge que dans le droit québécois. Au Québec l'original est une règle de preuve qui provient de la règle de la meilleure preuve, tandis qu'en France c'est une règle de forme, l'original caractérisant l'acte signé.

La supériorité du document original dans le système probatoire québécois s'explique par sa fiabilité, c'est à dire par la garantie que les informations qu'il porte sont authentiques et intègres. Seulement cette fiabilité va être remise en question avec le développement des documents sur support technologique. En effet, ce dernier ne dispose pas des mêmes caractéristiques que le support papier et ne procure donc pas la même fiabilité. Tandis que l'original sur support papier faisait preuve à sa vue même de son authenticité et de son intégrité, ce n'est plus le cas de l'original technologique. Ainsi, avec le document technologique, le critère d'original va passer derrière celui d'authenticité. Le législateur québécois a tenu compte de ces spécificités avec l'adoption de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* comme nous allons le voir dans la seconde partie.

## **Seconde partie - L'original, applications pratiques**

Dans un premier chapitre nous traiterons de la question de l'original technologique et des dispositions introduites à cet effet dans le Code civil du Québec et la Loi (Chapitre 1- L'original technologique), puis nous traiterons de la question des reproductions de l'original (Chapitre 2 – La copie originale).

### **Chapitre 1 - L'original technologique**

Après avoir tracé les contours théoriques de la notion d'original, il convient maintenant de présenter la Loi qui introduit les technologies de l'information dans le système juridique québécois (Section 1 – La LCCJTI - principes fondateurs). Puis nous verrons comment elle s'applique en parallèle aux exigences du Code civil du Québec en matière de preuve des documents technologiques originaux (Section 2 – La preuve par l'original).

#### **Section 1 - La LCCJTI: principes fondateurs**

##### **1. Principes**

La Loi pose des principes fondateurs qui permettent d'intégrer les technologies de l'information dans le droit, et en l'espèce dans le droit de la preuve. Pour ce faire, elle crée le concept de document technologique (a), et pose les deux piliers de cette intégration (b). Nous aborderons ces notions de façon succincte, car là n'est pas le sujet de notre recherche et plusieurs articles ont été écrits sur le sujet<sup>303</sup>.

---

<sup>303</sup> V. GAUTRAIS, *Neutralité technologique: rédaction et interprétation des lois face aux technologies*, Montréal, Éditions Thémis, 2012; 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, Droit civil en ligne (DCL), EYB2008DEV1511.

## a. Le document technologique

### i. Définition

Comme nous l'avons vu dans la première partie de notre mémoire<sup>304</sup>, un document est constitué d'une information et d'un support<sup>305</sup>. La Loi met en place ce concept pour rassembler sous un même ensemble tous les documents, indépendamment de leur support, papier ou technologique<sup>306</sup>.

Le document technologique, ce « nouveau héros »<sup>307</sup>, est « un néologisme créée par la Loi »<sup>308</sup>. Il se définit le plus simplement par ce qu'il n'est pas<sup>309</sup>, à l'instar de l'original et de la copie. Le document technologique est un document dont le support employé n'est pas le papier (ou équivalent). La Loi crée donc une dichotomie par le support au sein de la notion de document. Face aux documents sur support papier se trouvent ceux sur supports technologiques. Il faut faire attention à ce que nous entendons par technologie car, comme le soulève des auteurs<sup>310</sup>, le papier et l'écriture manuscrite sont elles aussi des technologies<sup>311</sup>. Le terme se réfère ici à un anglicisme, technologie faisant référence aux nouvelles technologies<sup>312</sup>.

Sur la base de cette distinction, une définition positive de cette notion est possible<sup>313</sup>. Comme le précise l'article 1 alinéa 2 de la Loi, les documents technologique sont :

« [Des] documents qui sont sur des supports faisant appel aux technologies de l'information, qu'elles soient électronique, magnétique,

---

<sup>304</sup> Cf., *Supra*, p. 11 et s.

<sup>305</sup> Art. 3 de la Loi : « Un document est constitué d'information portée par un support. [...] ».

<sup>306</sup> V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, préc., note 51, p. 272.

<sup>307</sup> C. FABIEN, « L'impact des technologies de l'information sur le système de preuve de droit civil québécois », *R. de N.*, Vol. 106, décembre 2004, p. 497.

<sup>308</sup> C. FABIEN, préc., note 220, p. 537.

<sup>309</sup> V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, préc., note 51, pp. 273-274.

<sup>310</sup> C. FABIEN, préc., note 307, p. 547; Michel SERRES, préc., note 7.

<sup>311</sup> Entendu dans son sens général.

<sup>312</sup> Grand Robert en ligne, « Technologie ».

<sup>313</sup> V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, préc., note 51, pp. 273-274; J.-C. ROYER et S. LAVALLÉE, préc., note 97, p. 162.

optique, sans fil ou autres ou faisant appel à une combinaison de technologies. »

Cette définition a l'avantage d'être neutre car elle inclut toutes les technologies existantes et à venir. Le législateur a d'ailleurs volontairement employé le terme « technologique » plutôt qu'« électronique »<sup>314</sup>, contrairement à d'autres législations<sup>315</sup>. Le Professeur Fabien a également proposé une définition du document technologique :

« [L]'expression désigne, de façon générale, tous les supports d'information, autres que le papier, créés par la science moderne et susceptibles d'être utilisés en preuve devant les tribunaux. »<sup>316</sup>

Si la notion de document technologique semble simple à saisir en théorie, nous remarquerons que cela n'est pas le cas en pratique et seulement une minorité de décisions qualifient correctement le document en litige de « technologique » ou de « papier »<sup>317</sup>. En effet alors que certaines décisions ne dévoilent pas le support du document qui est produit<sup>318</sup>, d'autres se réfèrent à des documents papier qui sont des impressions d'un document technologique original, alors que la Cour les qualifie de document technologique<sup>319</sup>. En effet, comme nous le verrons il s'agit en fait du transfert sur support papier d'un document originellement technologique<sup>320</sup>.

---

<sup>314</sup> Débats parlementaires, Projet de loi n°161 : Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, Assemblée Nationale du Québec, 2000-2001, disponible à <http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/projets-loi/projet-loi-161-36-1.html>, site visité le 23 juillet 2012 ; V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, préc., note 51, p. 270.

<sup>315</sup> Notamment la législation française, belge, canadienne et internationale.

<sup>316</sup> C. FABIEN, préc., note 220, p. 537.

<sup>317</sup> *Bouchard c. Société industrielle de décolletage et d'outillage (SIDO) ltée*, 2007 QCCS 2272, par. 11.

<sup>318</sup> *Croustilles Yum Yum Enr. c. Intexvin Inc.*, 2004 QCCS 20457, par. 100; *Tanguay c. Ordre des ingénieurs du Québec*, (C.S., 2006-10-18), 2006 QCCS 5296, SOQUIJ AZ-50398626, J.E. 2006-2277, [2006] R.R.A. 1051, EYB 2006-110482.

<sup>319</sup> *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Compagnie d'arrimage de Québec ltée*, 2010 QCCQ 942, par. 119 et 120; *GMAC Location Ltée c. Cie. mutuelle d'assurance Wawanesa*, 2003 QCCQ 39453; *Intercontinental Corporate Technology Services Ltd. c. Bombardier inc.*, 2008 QCCS 5086; Contra: *Lefebvre Frères ltée c. Giraldeau*, 2009 QCCS 404, par. 81; *Stefanovic c. ING Assurances inc.*, 2007 QCCQ 10363, par. 65; Dans le même sens mais porte sur la signature : *Roussel c. Desjardins Sécurité financière, compagnie d'assurance-vie*, 2012 QCCQ 3835 (CanLII).

<sup>320</sup> Cf., *Infra*, p. 118.

## *ii. Information, support et technologie*

Le document technologique, à l'instar du document papier, est composé d'une information et d'un support auxquels vient s'ajouter une technologie plus communément connue sous le nom de logiciel<sup>321</sup>. Il conviendra alors de définir ces notions dans ce contexte.

« Ainsi, ce n'est pas la série de 0 et de 1, portée sur le support qu'est le disque dur -(...)- qui constitue le document, mais plutôt le trio disque dur-logiciel-matériel conçu comme un tout. Si le disque dur est effectivement le support au sens strict, il ne peut pas être dissocié du logiciel et du matériel qui sont nécessaires à la réalisation intelligible des données. »<sup>322</sup>

### **Information**

L'information est l'essence du document, sa raison d'être. Pour cela il faut qu'elle soit intelligible par l'homme, peu importe le moyen employé pour ce faire<sup>323</sup>. La Loi définit cette notion de façon englobante :

« Un document est constitué d'information portée par un support. L'information y est délimitée et structurée, de façon tangible ou logique selon le support qui la porte, et elle est intelligible sous forme de mots, de sons ou d'images. L'information peut être rendue au moyen de tout mode d'écriture, y compris d'un système de symboles transcritibles sous l'une de ces formes ou en un autre système de symboles. »<sup>324</sup> [Nos soulignements]

### **Support**

En combinant plusieurs définitions un support se définit comme un « élément

---

<sup>321</sup> Art. 3 de la Loi; Jean-Yves ROUSSEAU, Carol COUTURE, *Les fondements de la discipline archivistique*, Presses de l'Université du Québec, Sainte-Foy, 1994, p. 230 : « Un système informatique est composé principalement de trois éléments : le matériel, le logiciel et les données. ».

<sup>322</sup> M. PHILLIPS, préc., note 51, p. 12.

<sup>323</sup> Mickael BUCKLAND, « What is a digital document? », *Journal of the American Society for Information Science* 48, no. 9 (Sept 1997): 804-809, disponible sur [www.lccjti.ca](http://www.lccjti.ca).

<sup>324</sup> Art. 3 de la Loi.

concret »<sup>325</sup> qui reçoit, conserve et restitue l'information. Il lui sert de base et « [...] peut être magnétique, optique ou sous la forme de toute mémoire permettant de stocker des données de façon stable »<sup>326</sup>. Un support est donc un élément matériel capable de stocker des informations (recevoir & conserver) pour que l'on puisse en tirer profit (restituer). Il n'a pas nécessairement de capacité de traitement de l'information pour la rendre intelligible à l'homme, et doit dans ce cas faire appel à des technologies.

## Technologie

La notion de technologie est à manipuler avec précaution. Tout d'abord, parce que dans le cadre de la Loi, le terme « technologie de l'information » n'est pas employé dans sa signification d'origine mais comme un anglicisme comprenant uniquement les nouvelles technologies de l'information (pour rester suffisamment neutre technologiquement)<sup>327</sup>. Ensuite, parce qu'en plus d'une définition englobante de ce terme, il existe plusieurs technologies au sein des technologies de l'information<sup>328</sup>.

- Les différentes technologies de communication:
  - Fibre optique, Wifi, etc.
- Les différentes technologies des supports :
  - Optique, Magnétique, etc.
- Les différentes technologies de retranscription de l'information (logiciels ou formats):
  - .DOC/.PDF; .JPG/.TIFF; .MP3/ .WAV, etc.

En l'espèce, nous nous intéresserons aux deux dernières formes de technologies qui se

---

<sup>325</sup> Grand Robert en ligne, « Support ».

<sup>326</sup> Pierre TRUDEL, Daniel POULIN, France ABRAN et al., « La loi en ligne : La Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information », ressource en ligne, 2001, « Support », disponible à <http://www.tresor.gouv.qc.ca/ressources-informatiionnelles/gouvernance-et-gestion-des-ressources-informatiionnelles/loi-concernant-le-cadre-juridique-des-technologies-de-linformatiion/>, site visité le 2 août 2012.

<sup>327</sup> Grand Robert en ligne, « technologie »: angl. « Technique de pointe, moderne et complexe ».

<sup>328</sup> V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, préc., note 51, p. 274.

réfèrent directement à la notion de document technologique<sup>329</sup>. D'un côté, nous avons la technologie-support qui supporte l'information (*hardware*<sup>330</sup>). Cette technologie existait déjà dans le cadre du document papier. De l'autre côté, nous avons les technologies-logiciels employées pour rendre les informations contenues sur le support intelligibles et exploitables (*software*<sup>331</sup>)<sup>332</sup>. Dans l'univers papier, cette technologie est la capacité du lecteur à comprendre le langage employé. Dans le cas d'un document en langue étrangère, nous ne faisons pas appel à une technologie mais au savoir d'un traducteur. Il s'agit aussi d'un intermédiaire pour rendre le document intelligible à son lecteur ou auditeur, à l'instar du logiciel, mais celui-ci n'est pas technologique.

Pour résumer, face au document papier existe le document technologique et ce dernier fait appel à deux sortes de technologies. Malgré ces différences techniques nous verrons qu'en matière probatoire, le document papier et le document technologique sont régis par la Loi et le Code civil de façon similaire<sup>333</sup>.

## **b. La neutralité technologique et l'équivalence fonctionnelle**

Ces deux principes sont les grands piliers du mécanisme d'intégration des technologies de l'information dans le système juridique québécois<sup>334</sup>. Ils sont également repris dans plusieurs législations car ils trouvent leur source dans une recommandation de la CNUDCI<sup>335</sup>. Ils défendent une idée simple, favoriser l'intégration des technologies en permettant, à certaines conditions, la mise en place d'instruments juridiques

---

<sup>329</sup> *Id.*, p. 275; M. PHILLIPS, préc., note 51, p. 12.

<sup>330</sup> WIKIPEDIA, « Hardware », disponible à <http://en.wikipedia.org/wiki/Hardware>, site visité le 21 juillet 2012.

<sup>331</sup> WIKIPEDIA, « Software », disponible à <http://en.wikipedia.org/wiki/Software>, site visité le 21 juillet 2012.

<sup>332</sup> D'autres auteurs font référence à la notion de format et non de logiciel: V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, préc., note 51, p. 274.

<sup>333</sup> J.-C. ROYER et S. LAVALLÉE, préc., note 97, pp. 278-279 ; V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, préc., note 51, p. 277.

<sup>334</sup> C. FABIEN, préc., note 220, p. 548; V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, préc., note 51, p. 271; P. TRUDEL, D. POULIN, F. ABRAN et al., préc., note 326, « Neutralité technologique ».

<sup>335</sup> Michèle LAFONTAINE, « Technologies de l'information au québec : une technique législative inappropriée », *Mélanges Ernest Caparros*, J. BEAULNE (dir.), Collection Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 2002, p.110; C. FABIEN, préc., note 220, p. 548.

technologiques équivalent aux instruments juridiques développés dans l'ère papier<sup>336</sup>. Dans la Loi, on retrouve notamment ces principes aux articles 1, 2, 5 et 9<sup>337</sup>.

### *i. La neutralité technologique*

« Un phare dans la tourmente technologique »<sup>338</sup>

Ce principe est implicite dans la Loi mais il est explicitement repris dans un titre de section du code civil<sup>339</sup> qui chapeaute les articles 2837 à 2840. On peut le déduire notamment de l'article 5 de la Loi<sup>340</sup>:

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

Il s'agit plus d'un « principe de rédaction législative » que d'un principe ayant des applications pratiques<sup>341</sup>. La législation doit avoir une approche fonctionnelle des technologies, préciser les objectifs à atteindre et non les moyens pour ce faire<sup>342</sup>. Les technologies avançant plus vite que le droit, il ne faut pas prendre en compte chaque avancée de celles-ci.

« La neutralité technologique n'est donc pas un principe nouveau et peut-être surtout pas un principe général. Il s'agit simplement d'une technique rédactionnelle des lois, particulière, précise, favorisant l'adaptation au temps, et ne méritant peut être pas d'être reconnue avec cette originalité comme il l'a été par la doctrine ou par la loi. »<sup>343</sup>

---

<sup>336</sup> V. GAUTRAIS, préc., note 57, p. 9; Art. 1 de la Loi.

<sup>337</sup> C. FABIEN, préc., note 220, p. 548.

<sup>338</sup> M. LAFONTAINE, préc., note 335, p. 113.

<sup>339</sup> « Section VI : Des supports de l'écrit et de la neutralité technologique. ».

<sup>340</sup> V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, préc., note 51, p. 280.

<sup>341</sup> *Id.*, p. 281.

<sup>342</sup> P. TRUDEL, D. POULIN, F. ABRAN et al., préc., note 326, « Neutralité technologique ».

<sup>343</sup> V. GAUTRAIS, préc., note 303, p. 52; notes omises.

## ii. Équivalence fonctionnelle

« Un phare dans la tourmente terminologique »<sup>344</sup>

La doctrine tend à s'accorder pour dire que ce principe est l'application pratique du concept plus théorique de neutralité technologique<sup>345</sup>.

« Elle constitue un moyen pour réaliser les neutralité technologique. »<sup>346</sup>

Les articles 1 para.3, 5 et 9 de la Loi y font référence. Ce principe met sur un pied d'égalité le document papier et le document technologique, dès lors qu'ils portent la même information, que leur intégrité est assurée et qu'ils respectent les mêmes règles de droit<sup>347</sup>. Dans ce cas les supports sont interchangeable<sup>348</sup>. D'ailleurs en ce sens la jurisprudence *Citadelle, Cie d'assurance générale c. Montréal (Ville)* est intéressante puisque le juge a reconnu la possibilité à une partie de fournir des copies d'éléments de preuve sur support technologique pour des questions de praticité, car la partie donnait accès aux documents originaux sur support papier dans ses locaux<sup>349</sup>.

Ce principe permet aussi, de façon plus large, de rendre équivalents les « instruments juridiques » conçus dans l'univers papier et adaptés à l'univers technologique<sup>350</sup>, comme la signature ou l'original<sup>351</sup>. Pour finir sur ces principes nous citerons le

---

<sup>344</sup> M. LAFONTAINE, préc., note 335, p. 115.

<sup>345</sup> C. FABIEN, préc., note 220, p. 550; V. GAUTRAIS, « Libres propos sur le droit des affaires électroniques », *Lex Electronica*, vol.10 n°3, Hiver/Winter 2006, p. 19, disponible à <http://www.lex-electronica.org/articles/v10-3/gautrais.htm>, site visité le 30 juillet 2012.

<sup>346</sup> C. FABIEN, préc., note 307, p. 498.

<sup>347</sup> V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, préc., note 51, p. 277; Art. 9 de la Loi.

<sup>348</sup> V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, préc., note 51, p. 278.

<sup>349</sup> *Citadelle, Cie d'assurance générale c. Montréal (Ville)*, 2005 CanLII 24709 (QCCS).

<sup>350</sup> V. GAUTRAIS, préc., note 57, p. 9; *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 RCS 801.

<sup>351</sup> En ce sens: « Ces dispositions sont coiffées du titre « L'équivalence de documents servant aux mêmes fonctions » et découlent du principe de neutralité technologique de l'article 2837 *C.c.Q.* En cas de coexistence de deux écrits qui ont le même contenu, l'un en forme numérique, l'autre sur papier, il n'y a pas une meilleure preuve : il y en a deux. », dans C. FABIEN, préc., note, p. 604.

Professeur Vincent Gautrais :

« [S]i l'on devait résumer en quelques mots la cohabitation entre neutralité technologique et équivalence fonctionnelle, on pourrait affirmer que la seconde est la cheville ouvrière de la première. Alors que la neutralité technologique demeure davantage conceptuelle, très et trop large pour être pratiquement utilisable dans l'interprétation du droit, l'équivalence fonctionnelle est une « méthode » pour s'assurer qu'un instrument existant pour le papier puisse être transposé pour l'électronique. Néanmoins, les doutes persistent. »<sup>352</sup>

## **2. Applications**

Fort de ces deux grands principes la Loi a intégré des concepts de bibliothéconomie pour permettre leur application pratique.

« L'erreur tenant à l'individu est largement réduite par la machine mais l'action de la machine doit être contrôlée et elle doit toujours tenir compte des nécessités de sécurité et de stabilité. Le droit doit s'efforcer de concilier les impératifs permanents avec les techniques contingentes et les exigences pratiques des affaires modernes. »<sup>353</sup>

### **a. Valeur juridique et cycle de vie**

La gestion du document technologique dans le temps exige la mise en place de procédures plus complexes, mais surtout mal maîtrisées. Pour encadrer ce processus dans son ensemble la Loi a posé les concepts de cycle de vie et de valeur juridique.

La « valeur juridique » d'un document est une notion mal définie en droit. En effet aucune définition de cette notion n'est faite dans la Loi même si la deuxième section de celle-ci, des articles 5 à 8, porte le titre de « valeur juridique et intégrité des documents ». On retient de la Loi que la valeur juridique d'un document ne change pas avec les qualités de son support (papier ou technologique) dès l'instant où tous deux respectent les mêmes règles de droit. Nous ne trouvons pas non plus de définition de ce

---

<sup>352</sup> V. GAUTRAIS, préc., note 303, p. 82, notes omises.

<sup>353</sup> M. REULOS, préc., note 4, p. 329.

terme dans les dictionnaires juridiques et rares sont les auteurs qui l'emploient, voire même qui l'estiment<sup>354</sup>. Enfin, lorsqu'ils l'emploient ils ne le définissent pas toujours<sup>355</sup>. Nous nous sommes tournés vers la bibliothéconomie, matière d'où semble provenir cette notion, pour en trouver une définition<sup>356</sup>:

« [...] l'importance que présente un document d'archives eu égard à la fonction de preuve administrative, légale ou financière pour laquelle il a été créé ou reçu et [la raison pour laquelle] il existe. »<sup>357</sup>

En droit, ce concept peut donc faire référence à plusieurs notions qui lui préexistent comme le montre la définition qui en est faite par les Professeurs Poulin et Trudel:

« La valeur juridique du document s'exprime par sa capacité de valider l'acte juridique que le document matérialise. La valeur juridique réfère aussi à la capacité du document d'être admis en preuve. »<sup>358</sup>

Pour les fins de notre mémoire nous éviterons la notion de « valeur juridique » et préférerons celle de « valeur probatoire » qui devra être conservée tout au long du cycle de vie du document<sup>359</sup>. L'article 6 al. 2 de la Loi vient en donner les limites:

« L'intégrité du document doit être maintenue au cours de son cycle de vie, soit depuis sa création, en passant par son transfert, sa consultation et sa transmission, jusqu'à sa conservation, y compris son archivage ou sa destruction. »

Le document devra être encadré de sa création à sa destruction, ou à tout le moins jusqu'à l'expiration légale de l'obligation de sa conservation. Cette notion marque la

---

<sup>354</sup> Par exemple le Professeur GAUTRAIS lors de nos discussions sur le sujet.

<sup>355</sup> M. REULOS, préc., note 4, p. 323.

<sup>356</sup> V. GAUTRAIS, « Cycle de vie », ressource en ligne, disponible à : <http://lccjti.ca/definition/cycle-de-vie/>, site visité le 12 août 2012.

<sup>357</sup> C. COUTURE, « L'évaluation des archives : état de la question et aspects théoriques », *Archives*, Vol. 28, Num.1, 1996-1997, Montréal, p. 57; Cité par Y. BARREAU, préc., note 65, p. 3.

<sup>358</sup> P. TRUDEL, D. POULIN, F. ABRAN et al., préc., note 326, « Valeur juridique ».

<sup>359</sup> La notion de cycle de vie semble elle aussi être issue de la bibliothéconomie, Vincent GAUTRAIS, « Cycle de vie », ressource en ligne, en disponible à : [www.lccjti.ca](http://www.lccjti.ca), site visité le 31 juillet 2012.

principale distinction à établir entre le document papier et le document technologique. Dans l'univers papier, le document impliquait plusieurs acteurs autonomes, de son créateur à son archiviste. Dans l'univers technologique, l'encadrement de la vie du document doit être continu tout au long de son existence juridique et la démarche proactive du détenteur du document, est nécessaire car la valeur probatoire du document dépend du processus mis en place pour assurer son intégrité et son authenticité.

« Si la culture imprimée a engendré une archive historiquement fiable (qui, par comparaison exigeait peu d'interventions), la culture numérique, fondée sur le changement et les conversions continues, a produit, au mieux, une archive fragmentée. »<sup>360</sup>

Dès lors il faut s'interroger sur la procédure à suivre pour considérer qu'un document technologique est original<sup>361</sup>.

### **b. Fiabilité, authenticité, intégrité**

La qualité première de l'original est que l'on puisse se fier dans son authenticité et son intégrité, comme le résume bien un auteur :

« La première qualité d'un écrit réside dans son authenticité d'origine et de contenu, marque de sa fiabilité, à la différence de l'écrit contrefait ou altéré. Il émane de la personne qui en est l'auteur et reproduit par son contenu ce qu'une partie a désiré y exprimer et accomplir. L'écrit authentique vise l'atteinte de cette qualité. »<sup>362</sup> [Nos soulignements]

Cependant ces notions peuvent être source de confusion dans l'esprit du juriste car la Loi vient implanter dans le jargon probatoire la notion d'intégrité qui n'avait jamais été explicitement employée auparavant. Nous nous attacherons à faire un bilan des différentes utilisations qui sont faites de ces termes et commencerons par la notion de fiabilité qui nous paraît plus subjective et découle du respect des caractéristiques d'authenticité et d'intégrité.

---

<sup>360</sup> M. DOUEIHI, préc., note 53, p. 211.

<sup>361</sup> *Id.*, p. 211.

<sup>362</sup> P. TESSIER et M. DUPUIS, préc., note 223, p. 231.

## *i. Fiabilité*

« (...) quelques-uns d'entre nous ont eu le bonheur de rencontrer un homme (ou une femme) dont le naturel et la franchise ne les ont jamais déçus, qui, presque en toutes circonstances, a agi exactement comme ils le souhaitent, qui, dans les moments les plus pénibles, ne les a jamais abandonnés. Ceux-là connaissent ce sentiment merveilleux : la confiance. »<sup>363</sup>

Avant de s'intéresser à la définition juridique de fiabilité nous donnerons la définition du Grand Robert pour qui le terme réfère avant tout à la probabilité qu'un appareil fonctionne selon nos attentes :

« Grandeur caractérisant la sécurité de fonctionnement (d'un appareil...) dans des conditions prescrites et correspondant à la mesure de la probabilité de son fonctionnement selon des normes prescrites [...]. »<sup>364</sup>

Par extension, la fiabilité peut s'entendre comme le « [c]aractère d'une chose, d'une personne fiable », fiable étant défini comme quelque chose « [e]n quoi on peut avoir confiance »<sup>365</sup>. La fiabilité d'une chose se rapprochant de la confiance se rattache à la notion d'original. En effet, comme nous l'avons dit « l'original est une question de confiance ». Dans le domaine juridique, Cornu définit le terme « Fiable » comme quelque chose « [d]igne de confiance; se dit surtout d'un procédé auquel on peut se fier »<sup>366</sup>. Dans le même sens « [c]e terme s'applique [...] exclusivement aux procédés et autres processus techniques, ainsi qu'aux systèmes informatiques qui produisent des documents, des écrits. »<sup>367</sup>. Ainsi, le procédé en question peut être notamment la mise en place d'un original qui, étant suffisamment fiable, procure la confiance en son contenu et de fait remplit les exigences du droit de la preuve en tant que meilleure preuve de la

---

<sup>363</sup> André MAUROIS, *Un art de vivre*, Plon, 1939, II, vi, p. 85; cité dans Grand Robert en ligne, «Confiance».

<sup>364</sup> Grand Robert en ligne, « Fiabilité ».

<sup>365</sup> Grand Robert en ligne, « Fiable ».

<sup>366</sup> G. CORNU, préc., note, « Fiable »; Dans le même sens : E. JOLY-PASSANT, préc., note 78, p. 289 et 304 : « La fiabilité, qui est une notion technique relevant du domaine de l'expertise, est toujours le produit d'une procédure d'évaluation, de contrôle. ».

<sup>367</sup> E. CAPRIOLI, préc., note 79, p. 73.

vérité<sup>368</sup>.

« En matière de preuve, il s'agit essentiellement de fiabilité et de suffisance [...] en autant qu'elle soit légale et fiable, la preuve doit être suffisante pour atteindre la qualité requise. »<sup>369</sup>

La notion de fiabilité, si elle présente un sens technique ou matériel recouvre aussi une acception plus abstraite qui se réfère aux circonstances entourant la création de l'élément de preuve, circonstances qui seront évaluées par le juge pour savoir s'il peut avoir confiance en ce dernier<sup>370</sup>. Pris dans un sens juridique plus large, toute preuve doit atteindre un niveau suffisant de fiabilité pour être recevable<sup>371</sup>, c'est-à-dire qu'« [e]lle doit être, à cette fin, de la meilleure qualité possible, soit véridique »<sup>372</sup>. Dès lors, pour être source de vérité, un élément de preuve doit être soumis « [...] à un test concret de fiabilité »<sup>373</sup> qui se matérialise par une preuve d'authenticité<sup>374</sup>, c'est-à-dire que pour assurer au juge qu'il peut se fier à un élément de preuve les parties devront, en plus de produire l'élément de preuve, démontrer que celui-ci est authentique. Par contre, comme nous l'avons vu, le Code civil a mis en place des présomptions d'authenticité plus ou moins fortes en fonction du type d'écrit en cause, sous seing privé, authentique ou

---

<sup>368</sup> «La preuve par témoignage de l'acte juridique connaît certaines limites, posées par l'article 2862 C.c.Q., en raison de la fiabilité plus grande de la preuve écrite», in P. TESSIER et M. DUPUIS, préc., note 223, p. 292.

<sup>369</sup> *Garage Pierre Allard Inc. c. Sous-ministre du revenu du Québec*, [1995] R.D.J. 453, 455, EYB 1995-64678.

<sup>370</sup> C. FABIEN, préc., note 220, p. 544. : « Ainsi, un élément de preuve est une information sur un support fait d'un moyen de preuve fiable. »; J.-C. ROYER et S. LAVALLÉE, préc., note 97, « Des autres écrits »; N.W. VERMEYS, « L'admissibilité en preuve de contenus issus de sites de réseaux sociaux », dans *Repères*, Juillet 2010, EYB2010REP962; En ce sens: *Richard c. Gougoux*, 2009 QCCS 2301: « [75] À cet égard, le Tribunal a pris connaissance d'une preuve d'expertise exhaustive qui lui permet de conclure qu'il est scientifiquement difficile de retracer l'auteur réel d'un courriel. L'auteur peut facilement modifier, altérer et falsifier un courriel et on ne peut simplement pas se fier aux informations qui apparaissent à la face du document. ».

<sup>371</sup> P. TESSIER et M. DUPUIS, préc., note 223, p. 227; *Société Angelo Colatosti inc. c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, 2007 QCCQ 8237 (CanLII), par. 48; *Pouliot c. Gest Mag inc.*, 2009 QCCQ 1305 (CanLII), par. 37.

<sup>372</sup> P. TESSIER et M. DUPUIS, préc., note 223, p. 227.

<sup>373</sup> C. FABIEN, préc., note 220, p. 569.

<sup>374</sup> *Id.*, p. 573: « Pour tous les éléments de preuve dont le support est autre que le témoignage rendu en présence du tribunal, cette preuve de fiabilité prend la forme d'une preuve d'authenticité. La seule exception est celle de l'acte dit «authentique » : il jouit d'une présomption d'authenticité jusqu'à ce que le tribunal l'ait déclaré faux au terme d'une procédure formaliste où c'est la partie qui conteste l'écrit authentique qui a le fardeau de prouver le faux. ».

émanant d'une entreprise.

Dans le Code civil du Québec, la notion de fiabilité est explicitement employée à trois reprises dans les deux sens donnés par le Grand Robert. En effet les articles 2870 et 2871 C.c.Q., qui traitent « de certaines déclarations » font référence à l'idée de confiance<sup>375</sup> puisqu'il est notamment question de « circonstances entourant la déclaration ». Par contre l'article 2874 C.c.Q.<sup>376</sup> donne un sens plus technique à la notion puisqu'il distingue la fiabilité de la technique d'enregistrement et l'authenticité de la déclaration contenue sur l'enregistrement<sup>377</sup>. La jurisprudence quant à elle utilise cette condition de fiabilité comme le besoin de fournir une preuve détaillant les circonstances dans lesquelles la déclaration a été faite. Dans l'affaire *Cintech Agroalimentaire, division inspection inc. c. Thibodeau*, le juge refuse à cet effet l'admission de l'imprimé d'une page internet qui aurait servi à prouver la distance entre Québec et Montréal. Le juge déclare :

« [...] Il n'y a aucune preuve des circonstances entourant la préparation de ces données et le Tribunal ne peut s'y fier. De plus, il n'a pas été démontré qu'il était impossible ou déraisonnable d'obtenir la comparution comme témoin d'un responsable de Transports Québec. [29] Ainsi, le dépôt de ces documents ne rencontre aucune des conditions prévues aux articles 2870 à 2874 C.c.Q. Ils ne sont donc pas admissibles en preuve et ils n'ont aucune valeur probante. »<sup>378</sup> [Nos soulignements]

Dans une autre décision qui s'appuie sur la *Loi sur la preuve au Canada*<sup>379</sup>, le juge

---

<sup>375</sup> Art. 2870 al.2 C.c.Q.: « [...] les circonstances entourant la déclaration donnent à celle-ci des garanties suffisamment sérieuses pour pouvoir s'y fier. ».

<sup>376</sup> Art. 2874 C.c.Q.: « La déclaration qui a été enregistrée sur ruban magnétique ou par une autre technique d'enregistrement à laquelle on peut se fier, peut être prouvée par ce moyen, à la condition qu'une preuve distincte en établisse l'authenticité. Cependant, lorsque l'enregistrement est un document technologique au sens de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information (chapitre C-1.1), cette preuve d'authenticité n'est requise que dans le cas visé au troisième alinéa de l'article 5 de cette loi. ».

<sup>377</sup> « Aussi, la production d'un enregistrement mécanique impose à celui qui la recherche, la preuve d'abord de l'identité des locuteurs, ensuite que le document est parfaitement authentique, intégral, inaltéré et fiable et enfin que les propos sont suffisamment audibles et intelligibles. », *Cadieux c. Service de gaz naturel Laval inc.*, 1991 - 3149 (QCCA); *Guilbault c. Pelletier*, 2006 QCCS 3616 (CanLII).

<sup>378</sup> *Cintech Agroalimentaire, division inspection inc. c. Thibodeau*, 2008 QCCQ 6196 ; La décision a été cassée en appel mais pour d'autres raisons.

<sup>379</sup> *Loi sur la preuve au Canada*, LRC 1985, c C-5.

déclare que si la copie d'un document est établie selon les circonstances de l'article 29(2) alors celle-ci sera reconnue comme suffisamment fiable, même si en l'espèce il s'agissait d'un relevé informatique<sup>380</sup>.

Dans le même sens, notons que la CNUDCI donne une définition de la fiabilité axée à la fois sur la technique et sur la confiance<sup>381</sup>. Nous relèverons par contre que la notion de fiabilité n'apparaît jamais dans la Loi.

Le critère de fiabilité va se révéler être source de difficulté puisqu'il se réfère à l'aspect technique ou matériel du support d'un élément de preuve. Or cet aspect apparaît comme plus problématique dans le cadre de la preuve d'un document technologique aux caractéristiques matérielles qui dépassent souvent les connaissances du juriste.

Il convient alors de se pencher sur la notion d'authenticité qui assure la fiabilité d'un élément de preuve et recouvre la notion d'intégrité, explicitement intégrée au Code civil par la Loi.

## *ii. Authenticité & intégrité*

Il ne s'agira pas ici de revenir sur la place qu'occupe la preuve d'authenticité dans le parcours probatoire d'un élément de preuve, mais plutôt d'éclairer la distinction entre cette notion et celle d'intégrité<sup>382</sup>. Alors que jusqu'à présent l'authenticité permettait d'attribuer à un document un auteur et de garantir que l'information qu'il porte soit intègre<sup>383</sup>, la Loi modifie ce régime en donnant à la notion d'intégrité une place qu'elle n'avait pas explicitement :

---

<sup>380</sup> *R. c. Ladouceur*, 2003 CanLII 14163 (QCCQ), par. 14.

<sup>381</sup> Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, 2005, Art. 9.4b): « [...]une garantie fiable quant à l'intégrité de l'information [...] », disponible à : [http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral\\_texts/electronic\\_commerce/2005Convention.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention.html), site visité le 23 juillet 2012.

<sup>382</sup> *Cf.*, *Supra*, p. 44 et s.

<sup>383</sup> En ce sens : V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, préc., note 51, pp. 296-297; M.-E. BÉLANGER, préc., note 291, par. 41; J.-F. DERICO et D. JAAR, préc., note 303, p. 10; C. FABIEN, préc., note , pp. 571-572 [2004; *Guilbault c. Pelletier*, 2006 QCCS 3616 (CanLII) ; *R. c. Hawkins*, 28 novembre 1996, Cour suprême du Canada, EYB 1996-67709, par. 80 ; *Woloshen c. Innou*, 2011 QCCQ 8730 (CanLII).

« Outre les autres exigences de la loi, il est nécessaire, pour que la copie d'une loi, l'acte authentique, l'acte semi-authentique ou l'acte sous seing privé établi sur un support faisant appel aux technologies de l'information fasse preuve au même titre qu'un document de même nature établi sur support papier, que son intégrité soit assurée. »<sup>384</sup> [Nos soulignements]

Cet ajout peut être source de confusion car l'énoncé de l'article 2838 C.c.Q. laisse croire que la condition du respect de l'intégrité est propre au document technologique alors que nous avons vu qu'elle a toujours été intégrée à la notion d'authenticité<sup>385</sup>. D'ailleurs la définition d'intégrité faite à l'article 2839 al.1 peut aussi bien s'appliquer au document technologique que papier<sup>386</sup>:

« L'intégrité d'un document est assurée, lorsqu'il est possible de vérifier que l'information n'en est pas altérée et qu'elle est maintenue dans son intégralité, et que le support qui porte cette information lui procure la stabilité et la pérennité voulue. »<sup>387</sup>

La CNUDCI définit l'intégrité de façon sensiblement similaire :

« L'intégrité de l'information s'apprécie en déterminant si celle-ci est restée complète et n'a pas été altérée, exception faite de l'ajout de tout endossement et de toute modification susceptible d'intervenir dans le processus normal de la communication, de la conservation et de l'affichage [...] »<sup>388</sup>

Pour résumer, il ne semble pas que les notions de fiabilité, d'authenticité et d'intégrité aient été sources de confusion dans l'univers probatoire jusqu'à l'adoption de la Loi<sup>389</sup>. Seulement l'ajout explicite de la notion d'intégrité est venue poser problème.

---

<sup>384</sup> Art. 2838 C.c.Q.

<sup>385</sup> Cf., *Supra*, 44 et s.

<sup>386</sup> En ce sens: « La Loi s'applique t-elle aux documents papiers ? », disponible à [www.lccjti.ca/faq](http://www.lccjti.ca/faq).

<sup>387</sup> Art. 2839 al.1 C.c.Q.

<sup>388</sup> *Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux*, préc., note, art. 9.5 a).

<sup>389</sup> D'ailleurs nous relevons que plusieurs lois en vigueur au Québec emploient la notion d'authenticité: *Loi sur les bureaux de la publicité des droits*, LRQ, c B-9, art. 3 et 4; *Loi sur le cadastre*, LRQ, c C-1; *Loi sur le ministère de l'Immigration et des Communautés culturelles*, LRQ, c M-16.1, art.16 et 17; *Loi sur la Bibliothèque et Archives nationales du Québec*, LRQ, c B-1.2, art. 26.

De plus la bibliothéconomie, matière d'où origine des notions comme l'intégrité et le cycle de vie, ne définit pas certains termes comme en droit, ce qui peut poser certains problèmes lorsque l'on essaie de trouver des définitions communes dans les deux disciplines. Par exemple, il semblerait que les notions de fiabilité et d'authenticité n'aient pas exactement le même sens en droit et en bibliothéconomie. Alors qu'en droit la fiabilité d'un élément de preuve est reconnue par son authenticité qui inclut son intégrité, en bibliothéconomie l'authenticité d'un document est reconnue par son intégrité et sa fiabilité<sup>390</sup>. D'ailleurs comme l'explique un bibliothéconome :

« Ces deux éléments, fiabilité et intégrité sont donc cruciaux pour établir l'authenticité : sans les éléments rattachant le document fiable à son contexte de création et aux normes «acceptables» de forme, et sans l'assurance que le document n'a pas été altéré, l'authenticité ne peut être garantie. »<sup>391</sup>

Dès lors, si certaines définitions données par les bibliothéconomes peuvent nous être utiles pour comprendre les fondements de ces notions, il semble qu'elles ne soient pas nécessairement toujours pertinentes pour poser des définitions juridiques.

Suite à ces analyses, nous pourrions résumer l'emploi de ces termes comme suit : un document original est un élément de preuve fiable car la preuve de son authenticité a permis de garantir qu'il émane bien de son auteur et que son intégrité est assurée. Jusqu'à présent la preuve d'originalité se faisait à la vue du document et emportait avec elle la conviction du juge de son authenticité. Avec le document technologique la donne change puisque ce n'est pas son apparence qui apporte la preuve de visu de son caractère original, entendu comme authentique. Dès lors, la Loi a tenté de mettre en place des critères à respecter pour que le document technologique puisse être reconnu comme tel.

---

<sup>390</sup> V. FREY, « La préservation de l'authenticité dans un environnement numérique », *Documentation & Bibliothèques* 55, n°3, 121-132, 2009, p. 124 ; cité par Y. BARREAU, préc., note 65, p. 5 : « La fiabilité est définie comme la « capacité d'une archive à représenter les faits qui la constituent [...] ». ».

<sup>391</sup> *Id.*, p. 5.

## Section 2 – La preuve par l'original

Avant de s'intéresser à l'original technologique (2) en tant que tel, nous nous pencherons sur l'intégration de la notion de document technologique dans le contexte probatoire (1).

### 1. Document technologique et droit de la preuve

#### a. Élément et moyen de preuve

Depuis l'adoption de la Loi et la modification subséquente du Code civil, un document papier ou technologique est un élément de preuve qu'il conviendra de qualifier au titre d'un moyen de preuve selon sa fonction<sup>392</sup>. Le document technologique n'est donc pas un nouveau moyen de preuve<sup>393</sup>, contrairement à ce qu'il aurait été possible d'avancer. Dès lors, tous les moyens de preuve pouvant se matérialiser<sup>394</sup> peuvent être transposés sur support technologique<sup>395</sup>, hormis les exceptions prévues par certaines lois grâce à la porte laissée ouverte par l'article 2 de la Loi<sup>396</sup>. Le Professeur Fabien a d'ailleurs bien imagé la situation:

« J'aime bien dire que le document technologique est un mode de

---

<sup>392</sup> C. FABIEN, préc., note 220, p. 551 ; Christopher RICHTER et Pierre-Alexandre VIAU, « Les règles de preuve s'appliquant à la documentation électronique et aux technologies de l'information », dans *Congrès annuel du Barreau du Québec* (2007), Montréal, Barreau du Québec, p. 52, disponible à : [http://www.caij.qc.ca/doctrine/congres\\_du\\_barreau/2007/462/index.html](http://www.caij.qc.ca/doctrine/congres_du_barreau/2007/462/index.html), site visité le 21 juillet 2012.

<sup>393</sup> J.-F. DE RICO et D. JAAR, préc., note 303, p. 4 ; C. FABIEN, préc., note 307, p. 499 ; V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, préc., note 51, p. 273.

<sup>394</sup> Art. 2811 C.c.Q.: « La preuve d'un acte juridique ou d'un fait peut être établie par écrit, par témoignage, par présomption, par aveu ou par la présentation d'un élément matériel, conformément aux règles énoncées dans le présent livre et de la manière indiquée par le Code de procédure civile (chapitre C-25) ou par quelque autre loi. »; Nous conviendrons qu'une présomption pourra difficilement être technologique.

<sup>395</sup> Art. 5 al.1 de la Loi: « La valeur juridique d'un document, notamment le fait qu'il puisse produire des effets juridiques et être admis en preuve, n'est ni augmentée ni diminuée pour la seule raison qu'un support ou une technologie spécifique a été choisi. ».

<sup>396</sup> Article 2 de la Loi:

« À moins que la loi n'exige l'emploi exclusif d'un support ou d'une technologie spécifique, chacun peut utiliser le support ou la technologie de son choix, dans la mesure où ce choix respecte les règles de droit, notamment celles prévues au Code civil.

Ainsi, les supports qui portent l'information du document sont interchangeables et, l'exigence d'un écrit n'emporte pas l'obligation d'utiliser un support ou une technologie spécifique. ».

preuve *caméléon*. Il prend la couleur et la forme du moyen de preuve dont il accomplit la fonction. »<sup>397</sup>

Cette qualification sera « fonction de sa fonction »<sup>398</sup>, à l'instar d'un document sur support papier<sup>399</sup> qui pourrait aussi bien être qualifié d'écrit que d'élément matériel ou de témoignage<sup>400</sup>, ou encore d'enregistrement vocal qui pourrait être admis à titre d'écrit<sup>401</sup>.

« Cet exercice de qualification dépend de la « fonction » que l'on reconnaît au document technologique, et non de ses caractéristiques matérielles comme support de l'information. »<sup>402</sup>

Dès lors, s'il peut parfois s'avérer difficile de qualifier convenablement un document technologique au titre de moyen de preuve, on se rend compte que la situation était similaire au temps du document papier. En effet, cela fait longtemps que doctrine et jurisprudence s'accordent pour dépasser le qualificatif de chaque moyen de preuve. Depuis longtemps un écrit peut servir de témoignage ou d'aveu<sup>403</sup>. De plus la doctrine tend à reconnaître la possibilité qu'un écrit puisse prendre une forme verbale ou visuelle<sup>404</sup>.

---

<sup>397</sup> C. FABIEN, préc., note 307, p. 499.

<sup>398</sup> C. FABIEN, préc., note 307, p. 550; V. GAUTRAIS, « Document technologique », ressource en ligne *LCCJTI.CA*, disponible à :

<http://lccjti.ca/definition/document-technologique/>, site visité le 23 juillet 2012.

<sup>399</sup> Claude Fabien avance d'ailleurs que le moyen le plus facile de qualifier le document technologique est de passer par son équivalent papier ; C. FABIEN, préc., note 220, p. 551.

<sup>400</sup> Art. 294.1. *C.p.c.* : « Le tribunal peut accepter à titre de témoignage une déclaration écrite, pourvu que cette déclaration ait été communiquée et produite au dossier conformément aux règles sur la communication et la production des pièces prévues au présent titre. ».

<sup>401</sup> *Corporation de financement commercial transamérique Canada c. Beaudoin*, 1995 CanLII 4880 (QCCA).

<sup>402</sup> C. FABIEN, préc., note 220, p. 550.

<sup>403</sup> Art. 2832 *C.c.Q.* : « L'écrit ni authentique ni semi-authentique qui rapporte un fait peut, sous réserve des règles contenues dans ce livre, être admis en preuve à titre de témoignage ou à titre d'aveu contre son auteur. »; Un écrit non instrumentaire peut être recevable à titre de témoignage: *Goffredo-Lobasso c. Goffredo* 1998 CanLII 12477 (QCCA).

<sup>404</sup> Michel GAGNÉ, « La preuve dans un contexte électronique », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'Internet*, vol. 160, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 36; Pierre PATENAUDE, « Les nouveaux moyens de reproduction et le droit de la preuve », (1986) 46 *R. du B.* 773, pp. 781-782.

## b. Recevabilité

Une fois le document technologique qualifié au titre d'un moyen de preuve, les mêmes règles de recevabilité s'appliquent au document papier et au document technologique, comme le dispose l'article 5 al. 1 de la Loi<sup>405</sup>.

« La valeur juridique d'un document, notamment le fait qu'il puisse produire des effets juridiques et être admis en preuve, n'est ni augmentée ni diminuée pour la seule raison qu'un support ou une technologie spécifique a été choisi. »<sup>406</sup>

Dès lors, nous nous interrogerons sur la différence qu'il y a entre le parcours judiciaire d'un document papier et son équivalent technologique dans le contexte probatoire. D'après la lecture de la Loi et l'interprétation qui en est faite par la doctrine, il ressort que le document papier et le document technologique sont sur un pied d'égalité<sup>407</sup>. Seulement, le Code et la Loi semblent imposer une condition supplémentaire au document technologique, comme nous l'avons exposé précédemment, le respect de l'intégrité du document technologique<sup>408</sup>.

« Le législateur québécois a clairement manifesté sa volonté d'accorder au document technologique la même valeur juridique qu'au document sur support papier. Il a toutefois imposé une condition, soit que l'intégrité du document technologique soit assurée. »<sup>409</sup>

En effet selon l'article 5 alinéa 4, il semble que le document technologique doit remplir une condition supplémentaire pour être admis en preuve:

« Lorsque la loi exige l'emploi d'un document, cette exigence peut être satisfaite par un document technologique dont l'intégrité est assurée. »

---

<sup>405</sup> J.-F. DE RICO et D. JAAR, préc., note 303, p. 8; J.-C. ROYER et S. LAVALLÉE, préc., note 97, p. 278, par. 404.

<sup>406</sup> Art.5 al.1 de la Loi.

<sup>407</sup> J.-C. ROYER et S. LAVALLÉE, préc., note 97, pp. 278-279 ; V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, préc., note 51 , p. 277.

<sup>408</sup> J.-C. ROYER et S. LAVALLÉE, préc., note 97, p. 280, par. 407.

<sup>409</sup> *Id.*, p. 280, par. 407.

[Nos soulignements]

À cet article s'ajoute l'article 2838 C.c.Q.:

« Outre les autres exigences de la loi, il est nécessaire, pour que la copie d'une loi, l'acte authentique, l'acte semi-authentique ou l'acte sous seing privé établi sur un support faisant appel aux technologies de l'information fasse preuve au même titre qu'un document de même nature établi sur support papier, que son intégrité soit assurée. » [Nos soulignements]

Cependant selon l'article 5 alinéa 2, quelque soit le support du document, papier ou technologique, leur valeur juridique est identique dès lors que leur intégrité est assurée:

« Le document dont l'intégrité est assurée a la même valeur juridique, qu'il soit sur support papier ou sur un autre support, dans la mesure où, s'il s'agit d'un document technologique, il respecte par ailleurs les mêmes règles de droit. »

De plus, la doctrine semble s'accorder sur le fait que dans le cas des actes sous seing privé, et plus largement des écrits instrumentaires, celui qui produit un tel document doit non seulement prouver la signature mais aussi l'intégrité du document, puisqu'il doit en prouver l'authenticité, aussi bien dans l'univers papier que technologique<sup>410</sup>. Ainsi, nous pensons que la différence entre le document papier et technologique ne réside pas tant dans la nécessité d'assurer leur authenticité et leur intégrité que dans la mise en œuvre permettant d'assurer celles-ci. De plus, on peut penser que ce qui justifie le choix du législateur d'insister sur le critère d'intégrité pour le document technologique est le fait que celui-ci ne fasse pas preuve en lui-même de cette qualité contrairement au document papier pour lequel il est plus facile, *a priori*, de déceler des modifications. En effet, le document technologique, contrairement à son équivalent papier, n'est pas autosuffisant et nécessite la mise en place d'un processus nouveau pour en assurer l'intégrité. Il sera nécessaire d'expliquer le processus pour que le document

---

<sup>410</sup> J.-C. ROYER et S. LAVALLÉE, préc., préc., note 97, p. 249, par. 357 ; L. DUCHARME et C.-M. PANACCIO, *L'administration de la preuve*, 4e éd., Collection Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 2010, pp. 316-317.

technologique puisse être admis au même titre que le document papier afin qu'il dispose par la suite de la même force probante.

Pour résumer, prenons l'exemple d'un acte sous seing privé sur support papier et technologique. Dans le cas où ce document dans sa forme originale sur support papier est produit en preuve et opposé à son signataire alors son authenticité est présumée. C'est-à-dire que l'on considère qu'il a bien été signé par celui à qui on l'oppose et que son intégrité est assurée. Par contre dans le cas où le même document serait fourni sur support technologique, étant donné que la Loi ne savait pas comment appréhender la notion d'original, une preuve d'intégrité sera exigée pour le produire. Cette interprétation est en accord avec les articles 2838 C.c.Q. et 12 de la Loi<sup>411</sup>.

### **c. Force probante**

À la suite de l'admission d'un élément de preuve se pose la question de sa force probante. Une fois admis, « les écrits » font preuve de leur contenu et il n'est pas possible de s'y opposer par témoignage par exemple<sup>412</sup>. Nous ne développerons pas cette étape car elle est incidente à la question de l'original. En effet, la règle de la meilleure preuve rentre en jeu lors de l'admission de l'élément de preuve et ne joue plus une fois qu'il est question de sa force probante<sup>413</sup>.

« Il y a lieu de distinguer la recevabilité d'une preuve et sa valeur probante. On soulève une objection à l'encontre de la recevabilité d'une preuve. On ne soulève pas en principe une objection à l'encontre du degré de valeur probante d'une preuve; on plaide sur la valeur probante. »<sup>414</sup>

---

<sup>411</sup> Art. 2838 C.c.Q.: « Outre les autres exigences de la loi, il est nécessaire, pour que la copie d'une loi, l'acte authentique, l'acte semi-authentique ou l'acte sous seing privé établi sur un support faisant appel aux technologies de l'information fasse preuve au même titre qu'un document de même nature établi sur support papier, que son intégrité soit assurée. »

<sup>412</sup> Art. 2829 C.c.Q.; C. FABIEN, préc., note 220, p. 565.

<sup>413</sup> *Développement Métro-Montréal Canada Corp. c. 9027-1586 Québec Inc.*, 2002 CanLII 37788 (QCCS), par.75; *Radio communautaire de Senneterre Inc. c. Amextel (2000) Inc.*, 2004 CanLII 49425 (QCCQ); *Agropur Coopérative c. Cegerco Constructeur Inc.*, 2004 CanLII 40403 (QCCS), par. 13.

<sup>414</sup> P. TESSIER et M. DUPUIS, « Les objections », *Preuve et Procédure*, Collection de droit 2001-2002, École de formation professionnelle du Barreau du Québec, vol. 2, Édition Yvon Blais, chap. IV, p. 355; *Agropur Coopérative c. Cegerco Constructeur Inc.*, 2004 CanLII 40403 (QCCS).

Dès lors, nous nous intéresserons aux critères à respecter pour reconnaître à un document technologique qualifié d'écrit, la caractéristique d'original au sens de l'article 2860 al.1 C.c.Q.

## **2. L'original technologique de l'article 12**

Pour prendre en compte l'arrivée des technologies de l'information, le législateur québécois a introduit un nouvel alinéa à l'article 2860 C.c.Q., sur la règle de la meilleure preuve, qui renvoie à l'article 12 de la Loi<sup>415</sup>. Le Code civil dispose qu'un document technologique peut remplir les mêmes fonctions qu'un original sur support papier dès lors qu'il respecte les exigences de l'article 12 de la Loi<sup>416</sup>. Ainsi, tous les écrits entendus au sens de moyen de preuve (les copies de loi, les actes authentiques et semi-authentiques, les actes sous seing privé et les autres écrits) doivent être prouvés par la production de l'original, qu'ils soient sur support papier ou technologique.

### **a. Analyse littérale**

L'analyse de l'article 12 nous permettra de mieux le comprendre et d'exposer les différentes critiques que l'on peut lui apporter. L'article distingue trois sortes d'originaux par la fonction qu'ils peuvent remplir, comme nous allons le voir.

---

<sup>415</sup> Art. 12 de la Loi : « Un document technologique peut remplir les fonctions d'un original. À cette fin, son intégrité doit être assurée et, lorsque l'une de ces fonctions est d'établir que le document :

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

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

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

Pour l'application des paragraphes 2° et 3° du premier alinéa, les procédés de traitement doivent s'appuyer sur des normes ou standards techniques approuvés par un organisme reconnu visé à l'article 68. »

<sup>416</sup> Art. 2860 al.3 C.c.Q. : « À l'égard d'un document technologique, la fonction d'original est remplie par un document qui répond aux exigences de l'article 12 de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information (chapitre C-1.1) et celle de copie qui en tient lieu, par la copie d'un document certifié qui satisfait aux exigences de l'article 16 de cette loi. ».

### ***i. La source première d'une reproduction***

La première fonction d'un original selon la Loi est celle d'être « la source première d'une reproduction » (art. 12.1). On retrouve dans cette fonction, l'étymologie de la notion d'original, à savoir le caractère primitif, primaire, d'un document, caractéristique qui sous-tend la règle de la meilleure preuve. Pour qu'un tel type de document puisse être qualifié d'original, non seulement son intégrité doit être assurée mais en plus « les composantes du document source doivent être conservées de sorte qu'elles puissent servir de référence ultérieurement ».

### ***ii. Présenter un caractère unique***

La deuxième fonction assignée à l'original par la Loi est de « présenter un caractère unique ». Pour qu'un document technologique remplisse cette fonction son intégrité doit être assuré et :

« les composantes du document doivent être structurées au moyen d'un procédé de traitement qui permet d'affirmer son caractère unique, notamment par l'inclusion d'une composante exclusive ou distinctive ou par l'exclusion de toute forme de reproduction du document ».

### ***iii. La forme première d'un document reliée à une personne***

Enfin, le troisième type de document technologique original est celui dont la fonction est d'être « la forme première d'un document reliée à une personne ». Dans ce cas-ci, le document technologique doit remplir deux conditions, en sus de celle du respect de son intégrité. Le document doit être unique et il doit être possible d'identifier son auteur tout au long de son cycle de vie. Le législateur ne s'arrête pas là et aide à mettre en place ces conditions en expliquant que cela devra être fait à l'aide des « composantes du document ou de son support [qui] sont structurées au moyen d'un procédé de traitement ».

S'en tenir à une analyse descriptive de cet article n'a que peu d'intérêt mais nous permet d'en faire maintenant une analyse exégétique dans laquelle nous mettrons en avant les

différentes critiques que l'on peut lui apporter. Cela appuiera la thèse du « raccommodage » qu'a effectué le législateur en adaptant cette notion d'original<sup>417</sup>.

« La notion d'original est donc un exemple parmi d'autres où l'on peut s'interroger sur le bien-fondé de l'intervention législative qui introduisit de nouveaux critères pour préciser un « raccommodage » imposé par le passage du papier à l'électronique. »<sup>418</sup>

## **b. Analyse exégétique**

Nous relevons plusieurs critiques que l'on pourrait adresser à l'article 12. Tout d'abord nous remettons en question la méthode d'équivalence fonctionnelle qui aurait été employée pour « définir » l'original technologique, puis nous verrons que cela engendre à la fois des problèmes de qualification d'un document technologique au titre d'original et des problèmes de mise en application pratique des critères à respecter pour qu'un document soit reconnu comme tel.

### *i. Critique de la méthode d'équivalence fonctionnelle*

« La juste attribution des fonctions remplies respectivement par le papier, l'écrit, voire la signature, constitue l'un des points névralgiques de toute réflexion sur l'adaptation du droit de la preuve aux nouvelles technologies. »<sup>419</sup>

Un commentaire doctrinal fréquent au sujet de l'article 12 de la Loi porte sur l'emploi de la méthode d'équivalence fonctionnelle prônée par cet article pour instituer un équivalent technologique à la notion d'original sur support papier<sup>420</sup>.

« L'article 12 ne constitue pas une définition de la notion d'original. Il en traite afin de déterminer comment ce concept se transpose dans

---

<sup>417</sup> V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, préc., note 51, p. 282.

<sup>418</sup> V. GAUTRAIS, préc., note 303, p.157.

<sup>419</sup> D. GOBERT et E. MONTERO, préc., note 36, p. 122.

<sup>420</sup> J.-F. DE RICO et D. JAAR, préc., note 303, p. 10; V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, préc., note 51, p. 282; M. LAFONTAINE, préc., note 335, p. 115; V. GAUTRAIS, préc., note 253, pp. 130-131.

l'univers des technologies de l'information. Cet article prévoit que les fonctions d'un original sur support papier peuvent être satisfaites par un document technologique à certaines conditions. Cette disposition assure l'équivalence fonctionnelle de la notion d'original. »<sup>421</sup>

En effet, à premier abord, le législateur ne définit pas l'original technologique mais pose les critères à respecter pour qu'un document technologique puisse en remplir les fonctions. Nous allons tenter de démontrer en quoi, selon nous, l'article 12 répond en apparence à une approche fonctionnelle mais n'applique pas convenablement la méthode d'équivalence fonctionnelle<sup>422</sup>. Les fonctions reconnues à l'original technologique ne sont pas, selon nous, le propre d'un original.

Comme nous l'avons vu dans la première partie de notre mémoire, la véritable essence de l'original dans le contexte probatoire réside dans l'intégrité et l'authenticité de l'information qu'il porte, c'est à dire dans la garantie que le document émane de l'auteur auquel on l'attribue et qu'il n'a pas été altéré<sup>423</sup>. Le législateur a non seulement imposé la condition d'intégrité aux originaux technologiques, mais a aussi attribué des fonctions à l'original, fonctions dont on peut se demander si elles sont réellement le propre d'un original. Il nous semble que ces « fonctions » soient plutôt des caractéristiques physiques propres au support papier.

Certes, les caractéristiques du support papier, primitif et unique, assurent que le document original soit intègre et authentique. Cependant, elles ne sont que des outils au service de la fonction d'original qui a pour objet de garantir l'intégrité et l'authenticité de l'information, il ne faut donc pas confondre les deux.

D'ailleurs cette confusion entre caractéristiques techniques du support et fonction de l'original apparaît selon nous, dès le premier alinéa de l'article qui dispose qu'« [u]n document technologique peut remplir les fonctions d'un original ». Le législateur signifie implicitement qu'un document technologique peut remplir les fonctions de

---

<sup>421</sup> P. TRUDEL, D. POULIN, F. ABRAN et al., préc., note 326, «Article 12».

<sup>422</sup> Nous sommes redevable à Marie Demoulin, chercheuse au CRID, pour ce point de vue: [http://www.fundp.ac.be/universite/personnes/page\\_view/01004498/](http://www.fundp.ac.be/universite/personnes/page_view/01004498/).

<sup>423</sup> Grand robert en ligne, « Authenticité ».

l'original papier et cette démarche s'inscrit dans la méthode d'équivalence fonctionnelle prônée par la Loi<sup>424</sup>. Cependant, le législateur, en reconnaissant qu'un document technologique peut prendre les fonctions d'un original papier, sous-entend qu'il ne peut en prendre les caractéristiques physiques, ce qui est fort juste. Or de manière paradoxale, deux des trois fonctions attribuées à l'original technologique, selon la Loi, sont fondées sur des caractéristiques du support papier<sup>425</sup>.

De plus, la lecture de l'article 12 semble être plus source de problèmes de compréhension qu'un moyen pour faciliter l'administration d'un original technologique en justice<sup>426</sup>. Force est de constater qu'à chaque lecture de cet article, tels les poèmes de Raymond Queneau, de nouvelles interprétations et critiques nous apparaissent<sup>427</sup>.

## *ii. Difficulté dans la qualification*

Pour qu'un document technologique remplisse les fonctions d'un original, il faut non seulement que son intégrité soit respectée mais en plus que celui-ci réponde aux exigences d'un des trois paragraphes de l'article 12. Pour cela il convient de qualifier l'original employé en « fonction de sa fonction »<sup>428</sup> :

---

<sup>424</sup> Art. 1 par.3, Art. 2, Art. 5 al.2 et Art. 9. al.1 de la Loi.

<sup>425</sup> « Quant aux trois fonctions précises qui se trouvent énumérées [à l'article 12] [...] aucune n'est reliée à l'exigence de base de la meilleure preuve. », dans M. PHILLIPS, préc., note 51, p.65, par. 187.

<sup>426</sup> V. GAUTRAIS, note 253, pp. 130-131; Contra : « [L]'article 12 a une fonction permissive qui, comme l'économie générale de la Loi, vise à faciliter et non à freiner l'usage des documents technologiques dans nos palais de justice », M. PHILLIPS, préc., note 51, p. 65, par. 187.

<sup>427</sup> Par exemple nous nous interrogeons sur la nature de la différence entre le premier et le troisième paragraphe de l'article. Tandis que le premier fait référence à un document dont la fonction est d'être « la source première d'une reproduction », le troisième paragraphe se réfère au document dont la fonction est d'être « la forme première ». Une interprétation littérale de cet article nous amènerait à avancer que la première fonction met plus l'accent sur la substance de l'information tandis que la troisième mettrait l'accent sur sa forme. Seulement c'est faire œuvre de légiste que d'avancer cela. Nous restons donc sans réponse sur cette question. Les paragraphes 2 et 3 font références aux « composantes du document ou de son support ». Or nous avons vu qu'un document a trois composantes, un support, une technologie et une information. La formulation ne vient pas en aide à la clarté de l'article! De plus certains se sont demandés si il ne pourrait pas exister d'autres fonctions que les trois précitées, bien que l'énumération faite par la Loi semble exhaustive en soi. En ce sens: Barreau du Québec, « Mémoire sur la loi sur la normalisation juridique des technologies de l'information », Montréal, Le Barreau, 2000, p. 26, disponible à : [www.barreau.qc.ca/pdf/medias/positions/.../200008-normalisationtic.pdf](http://www.barreau.qc.ca/pdf/medias/positions/.../200008-normalisationtic.pdf), site visité le 30 mai 2011.

<sup>428</sup> Selon Ducharme : « La question de savoir si un document technologique remplit la fonction d'un original est une question de fait. », L. DUCHARME, préc., note 104, p. 200.

« Un juge qui doit évaluer le respect de la condition d'un original doit donc au préalable tenter d'identifier pourquoi, pour quelle fonction, cette condition formelle est exigée. »<sup>429</sup>

Cette fonction est-elle d'être la source première d'un document, que ce dernier ait un caractère unique ou encore d'être la forme première d'un document relié à une personne? Pour répondre à cette question le raisonnement doit suivre une route tortueuse. En effet, pour faire cet exercice de qualification, des auteurs avancent qu'il convient de repasser par l'équivalent papier de l'original technologique en question et de se demander quelle aurait été sa « fonction »<sup>430</sup>. Or, d'une part, nous ne pensons pas que certaines de ces fonctions soit le propre d'un original, même papier, d'autre part il nous est difficile de savoir en pratique quels types de documents correspondent à chacune de ces trois fonctions<sup>431</sup> comme nous allons le voir, d'autant moins qu'aucune jurisprudence ne s'est penchée sur la question à notre connaissance<sup>432</sup>.

Pour réaliser cet exercice de qualification nous procéderons par élimination. Tout d'abord, nous savons que la règle de la nécessité de l'original, telle que prévue à l'article 2860 al.1 C.c.Q. ne s'applique qu'aux moyens de preuve « écrit »<sup>433</sup>, soit aux copies de loi, aux actes authentiques et semi-authentiques, aux actes sous seing privé et aux autres écrits. Ainsi il convient de voir si ces « fonctions » cadrent avec ces différents moyens de preuve.

Il nous semble que la fonction du 3<sup>e</sup> paragraphe - **forme première reliée à une personne** - soit la plus facile à rattacher à certains moyens de preuve car elle fait référence aux éléments de preuve qualifiés au titre de moyens de preuve « écrits » dont l'auteur est identifié<sup>434</sup>. Ainsi en est-il des actes authentiques, semi-authentiques et sous

---

<sup>429</sup> V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, préc., note 51, p. 283.

<sup>430</sup> C. FABIEN préc., note 220, p. 551.

<sup>431</sup> V. GAUTRAIS, Neutralité technologique, préc., note , p. 156.

<sup>432</sup> *Id.*, p. 157.

<sup>433</sup> Art. 2860 al.1 C.c.Q. : « L'acte juridique constaté dans un écrit ou le contenu d'un écrit doit être prouvé par la production de l'original ou d'une copie qui légalement en tient lieu. ».

<sup>434</sup> V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, préc., note 51, p. 284; C. MARSEILLE et R. LESCOP, préc., note 226, p. 43.

seing privé mais aussi de certains « autres écrits » dès lors qu'ils sont « reliés à une personne ». Dès l'instant où ce type d'écrit se trouve sur un support technologique il sera nécessaire de respecter les conditions posées par ce paragraphe, en sus du respect de l'intégrité, pour s'assurer qu'il puisse être qualifié d'original et donc être admis à ce titre en preuve.

Selon des auteurs, la fonction du 2<sup>e</sup> paragraphe - **présenter un caractère unique** - se réfère aux effets de commerce comme le connaissement maritime ou le chèque car ce seraient des documents qui n'existent qu'en un seul exemplaire<sup>435</sup>. Cependant, plusieurs remarques doivent être faites.

En premier lieu, pour qu'un effet de commerce comme le chèque puisse être utilisé sous forme technologique à considérer que cela existe, il faudrait qu'il respecte le critère de l'unicité. Seulement il est étonnant de constater que le législateur impose la caractéristique physique du support papier au support technologique alors que l'on peut se poser la question de la pertinence de l'unicité de tels types de documents dans l'univers technologique.

En deuxième lieu, rappelons-nous que la notion d'original est utilisée pour l'admission en preuve des moyens de preuve écrits. En ce sens alors que la première fonction de l'original permet d'inclure la catégorie des « autres écrits », la troisième fonction inclut les actes authentiques, semi-authentique et sous seing privé. Or dans le cas de la deuxième fonction les auteurs ne font jamais référence à un moyen de preuve mais à des éléments de preuve comme le chèque.

De plus, on notera que le chèque comme le connaissement maritime sont des documents reliés à une personne qui devraient alors être inclus dans la troisième fonction. Enfin, le connaissement maritime n'est pas unique au sens du chèque, en effet comme le souligne un auteur « Le connaissement est souvent rédigé en plusieurs originaux »<sup>436</sup>.

---

<sup>435</sup> V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, préc., note 51, p. 284; C. MARSEILLE et R. LESCOP, préc., note 226, p. 42.

<sup>436</sup> Martine REMOND-GOUILLOUD, *Droit maritime*, 2e éd., Paris, Éditions A. PEDONE, 1993, p. 370;

Il nous reste à analyser la fonction du 1<sup>er</sup> paragraphe - **document source première d'une reproduction** - dans laquelle nous pourrions inclure tous les « autres écrits non reliés à une personne »<sup>437</sup>. Cette fonction nous semble se rapprocher le plus de la véritable fonction de l'original car le fait qu'un document soit la source première d'une reproduction garantit au mieux que l'information qu'il porte est intègre<sup>438</sup>. Encore convient-il de s'interroger sur la signification de source première d'une reproduction, formulation qui ne nous apparaît pas très limpide et trop rattachée aux caractéristiques du support papier. Cependant cette fonction présente l'avantage d'englober les deux autres fonctions prévues par la Loi, dès lors que l'on reconnaît que le lien avec une personne est la fonction de la signature<sup>439</sup> et que l'unicité n'est pas nécessairement une fonction de l'original<sup>440</sup>. Comme le relèvent des auteurs, la plupart des autres textes de loi ne se réfèrent qu'à cette fonction<sup>441</sup>, sûrement à raison. Il nous paraît enfin que cette fonction est la plus compatible avec les caractéristiques techniques des nouvelles technologies. En effet un document reproduit en plusieurs exemplaires dont l'intégrité et l'authenticité sont assurées peut être qualifié de source première d'une reproduction.

En ce sens, nous citerons l'article 72 de la Loi qui dispose que la fonction d'original prévue par ce paragraphe de l'article 12 « [...] s'applique lorsque sont employés, dans les textes législatifs, les termes « double », « duplicata », « exemplaire original » et « triplicata » et que le contexte indique que le document auquel ils se réfèrent doit remplir la fonction d'original en tant que source première d'une reproduction. ». Dans ce cas-ci n'aurait-il pas alors été préférable de parler de source première d'une

---

Dans le même sens : « Deux exemplaires originaux constituent un minimum irréductible afin que le bord et l'ayant droit à la marchandise puissent, chacun, en disposer. En pratique, les armateurs utilisent des liasses composées généralement de trois originaux et d'un certain nombre, pouvant aller de 5 à 10, de copies non négociables destinées à l'accomplissement des diverses formalités administratives et douanières. », Pierre BONASSIES et Christian SCAPEL, *Droit maritime*, 2e éd., Paris, L.G.D.J., 2010, pp. 640-641.

<sup>437</sup> En ce sens : V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, préc., note 51, p. 283.

<sup>438</sup> *Id.*, p. 283.

<sup>439</sup> *Cf.*, *Infra*, note 449.

<sup>440</sup> *Cf.*, *Supra*.

<sup>441</sup> V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, préc., note 51, p. 285; les auteurs citent l'article 9 al. 4 de la *Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux*; Art. 8 de la *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique*.

information, comme ce fût le cas avec la Loi type de la CNUDCI<sup>442</sup> ?

Après avoir vu qu'il n'est pas évident de classer un élément de preuve au sein d'une des trois fonctions reconnues à l'original, nous verrons qu'une deuxième difficulté se présente et non la moindre. Il faut respecter les conditions techniques propres à chaque fonction pour qu'un document technologique tienne lieu d'original.

### *iii. Problèmes d'applicabilité*

En effet, une fois que le plaideur a convenu que l'élément de preuve qu'il souhaite introduire en preuve est un écrit, au sens moyen de preuve et plus précisément par exemple, un acte sous seing privé sur support technologique, il doit s'assurer que celui-ci respecte la règle de la meilleure preuve de l'article 2860 C.c.Q.. Puis, par renvoi de ce dernier à l'article 12 de la Loi et après une qualification par la fonction de son document, le plaideur s'assurera que son document respecte les conditions prévues au troisième paragraphe de l'article 12. Il conviendra alors de savoir comment respecter ces exigences techniques propres à chaque fonction que l'original peut avoir.

### **Source première**

Pour l'original dont la fonction serait d'être la source première d'un document, il faut, selon la Loi, conserver les composantes du document source. Comme nous l'avons vu, un document technologique a trois composantes, une information, un support et une technologie<sup>443</sup>. Il est logique que la première composante, l'information, soit conservée puisqu'elle est la raison d'être du document et l'essence de l'original et cela d'autant plus que l'intégrité du document doit être assurée. Seulement nous nous demandons si cette exigence signifie qu'il faille aussi conserver le support et la technologie initiale du document technologique. Une analyse littérale de cet article conduit à une réponse positive puisqu'il est question des composantes du document, mais comme le relèvent des auteurs, il ne semble pas logique d'arriver à cette conclusion puisque la Loi permet

---

<sup>442</sup> *Loi type de la CNUDCI*, Art. 8, préc., note 11.

<sup>443</sup> Art. 3 de la Loi.

de détruire un document original source, et donc ses composantes, dès l'instant où il a été transféré et dès l'instant où cette manipulation a été documentée selon les termes de l'article 18<sup>444</sup>. Cependant ces reproductions ne seraient pas alors qualifiées d'original mais de copie tenant lieu d'original au sens de 2860 al.1 C.c.Q.

Une application pratique de cette fonction nous conduit donc à croire qu'un tel original ne sera jamais produit en Cour et que cela sera plutôt sa reproduction qui le sera puisque bien souvent la composante matérielle originelle du document sera difficile à transporter (disque dur de l'ordinateur, serveur) et donc à conserver<sup>445</sup>. Cette fonction qui nous paraissait être en théorie la plus proche de la définition que nous avons donné de l'original semble poser de sérieux problèmes d'application pratique et même contredire certaines caractéristiques du document technologique. En effet, le propre de ce dernier est de pouvoir être aisément transposable sur divers supports et entre diverses technologies et cela est d'autant plus nécessaire que pour rester accessible durant tout son cycle de vie, un document technologique devra certainement migrer de support ou de technologie<sup>446</sup>, ces derniers devenant vite obsolètes par opposition au support papier. Ainsi même si le Code civil a prévu qu'en cas de migration la reproduction du document puisse tenir lieu d'original<sup>447</sup>, nous nous demandons quel intérêt il y a-t-il à prévoir une catégorie d'original qui ne sera jamais utilisée en pratique ?

### **Caractère unique**

Pour un document dont la fonction d'original est de présenter un caractère unique, la condition à remplir se résume par la possibilité « d'affirmer [son] caractère unique ». Il convient de s'intéresser à la signification de cette condition d'autant plus qu'elle change de sens dans l'univers technologique.

---

<sup>444</sup> C. MARSEILLE et R. LESCOP, préc., note 226, p. 41; Nous verrons cela plus en détail, *Cf., Infra*, p. 118 et s.

<sup>445</sup> Dans ce sens : C. MARSEILLE et R. LESCOP, préc., note 226, pp. 43-44.

<sup>446</sup> Antoine GUILMAIN, « La règle de la meilleure preuve à l'aune de la distinction copie-transfert », *Lex Electronica*, vol.16 n°2, Hiver 2012, disponible à : [http://www.lex-electronica.org/fr/resumes\\_complets/302.html](http://www.lex-electronica.org/fr/resumes_complets/302.html), site visité le 23 juillet 2012, p. 5.

<sup>447</sup> Art. 2841 al.2 C.c.Q.

Selon le Grand Robert, unique signifie « [q]ui est un seul, n'est pas accompagné d'autres du même genre ». Dès lors, dans l'univers papier, si l'on rattache cette fonction au chèque il ressort que cette condition d'unicité se rattache au document dans son ensemble c'est à dire à son support et à son information. Il ne peut exister qu'en un seul exemplaire contrairement à un acte sous seing privé qui pourrait être fait en plusieurs exemplaires originaux identiques. Ainsi nous verrons par la suite que si cette fonction se rattache effectivement à un document comme le chèque, il ne faut pas interpréter cette condition d'unicité de la même façon dans cette fonction de l'original et dans la suivante comme nous allons le voir, malgré le fait qu'elles soient édictées de la même façon.

De façon plus pratique, nous nous demandons comment assurer l'unicité d'un tel document dans l'univers technologique, d'autant que le paragraphe technique décrivant la manière d'assurer ce caractère unique ne paraît pas d'une grande aide pour le juriste. En effet il serait possible d'assurer l'unicité d'un tel document « [...] notamment par l'inclusion d'une composante exclusive ou distinctive ou par l'exclusion de toute forme de reproduction du document ». Cependant, le dernier alinéa de l'article renvoi expressément à des standards privés pour mettre en œuvre ces fonctions<sup>448</sup>, standards qui, à notre connaissance, ne sont à la portée que de quelques spécialistes.

### **Forme première reliée à une personne**

La dernière fonction qu'un original peut remplir selon la Loi est d'être la forme première d'un document reliée à une personne. Pour cela le document doit remplir deux conditions, en sus du respect de l'intégrité.

En premier lieu « les composantes du document ou de son support sont structurées au moyen d'un procédé de traitement qui permet [...] d'affirmer le caractère unique du document [...] ». Nous remarquerons que ce critère de l'unicité est formulé de manière strictement identique à la fonction précédente alors que nous avons émis l'hypothèse

---

<sup>448</sup> Art. 12 par. 2 de la Loi : « Pour l'application des paragraphes 2° et 3° du premier alinéa, les procédés de traitement doivent s'appuyer sur des normes ou standards techniques approuvés par un organisme reconnu visé à l'article 68. ».

que cette condition d'unicité ne paraissait pas similaire. En effet, il n'a jamais été question qu'il n'existe qu'un seul exemplaire d'un acte sous seing privé, contrairement à un chèque. Dès lors nous nous demandons comment expliquer que ces deux conditions d'unicité soient formulées de la même manière alors qu'elles devraient *a priori* être distinctes. Cependant nous remarquons que le législateur n'a pas pris la peine de répéter comment assurer cette unicité. Serait-ce pour laisser plus de liberté dans l'interprétation de la notion d'unicité ? Dès lors que signifie unique ? Un numéro d'identification propre à chaque exemplaire d'un même document remplirait t-il cette exigence ?

En second lieu, le document doit être relié à une personne. Cependant selon plusieurs auteurs, cette fonction n'est pas le propre de l'original mais de la signature<sup>449</sup>, à l'instar de la définition de signature technologique donnée par le Code civil français<sup>450</sup> :

« Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. »<sup>451</sup>

Dès lors, il est surprenant que cette condition soit considérée comme une fonction de l'original. D'autant plus qu'un auteur soulève que si le document en question doit être signé il devra alors respecter les critères propres à la signature tels que définis aux articles 2827 C.c.Q. et 13 par. 2<sup>452</sup> de la Loi.

Pour finir, il convient de s'arrêter sur le dernier alinéa de l'article 12 qui s'applique aux deux dernières fonctions de l'original et qui dispose que pour assurer la qualité d'original il faut « s'appuyer sur des normes ou standards techniques approuvés par un organisme reconnu visé à l'article 68 »<sup>453</sup>. Il ne suffit donc pas de déclarer avoir respecté les conditions imposées aux paragraphes 2 ou 3 de l'article de manière diligente et

---

<sup>449</sup> Voir en ce sens : V. GAUTRAIS, « Signature », ressource en ligne, disponible à, <http://lccjti.ca/definition/signature/>, site visité le 13 août 2012.

<sup>450</sup> E. JOLY-PASSANT, préc., note 78 , p. 231; J.-L. NAVARRO, préc., note 302, p. 484, par. 15.

<sup>451</sup> Art. 1316-4 al.1 C.c.F.

<sup>452</sup> C. MARSEILLE et R. LESCOP, préc., note 226, p. 43.

<sup>453</sup> Art. 12 *in fine*.

proportionnelle à ses connaissances et ses moyens techniques et financiers. La mise en place d'un original qui remplirait une des deux dernières fonctions de l'article 12 de la Loi semble bien difficile. En effet il faut avoir accès à des « normes ou standards techniques approuvés par un organisme reconnu visé à l'article 68 » et encore faudrait-il qu'il en existe<sup>454</sup>. Sans rentrer dans les débats que soulève le renvoi à des standards privés, nous souhaitons simplement mettre l'accent sur la problématique de l'« industrie des normes »<sup>455</sup> car l'accès à ces dernières est souvent payant ce qui restreint fortement leur accessibilité.

Alors que le législateur voulait sans aucun doute favoriser l'utilisation des technologies dans le domaine probatoire, il nous semble qu'il a au contraire posé des obstacles qui semblent difficiles à surmonter. Un auteur évoque d'ailleurs la nécessité pour les parties à un contrat d'insérer des clauses spécifiques en matière de preuve qui régiront l'utilisation de ces technologies, moyen de contourner les exigences de la Loi<sup>456</sup>.

Ainsi, alors que l'original sur support papier est un outil qui allie les exigences du droit de la preuve – vérité et accessibilité – l'original sur support technologique « brille par contraste »<sup>457</sup>! Alors que la doctrine semble s'accorder sur les fondements de la notion d'original, le législateur a mis en place un article dont l'application pratique nous semble aussi compromise que son interprétation théorique est aléatoire, même si certains ont vu là un effort positif de sa part :

---

<sup>454</sup> Art. 68 de la Loi: « Lorsque la présente loi exige qu'un procédé, une norme ou un standard techniques soit approuvé par un organisme reconnu, pour établir qu'il est susceptible de remplir une fonction spécifique, la reconnaissance peut en être faite par :

1° la Commission électrotechnique internationale (CEI), l'Organisation internationale de normalisation (ISO) ou l'Union internationale des télécommunications (UIT) ;

2° le Conseil canadien des normes et ses organismes accrédités ;

3° le Bureau de normalisation du Québec.

La reconnaissance peut également inclure la référence à un procédé établi ou à la documentation élaborée par un groupement d'experts, dont l'Internet Engineering Task Force ou le World Wide Web Consortium. ».

<sup>455</sup> N.W. VERMEYS, *Qualification et quantification de l'obligation de sécurité informationnelle dans la détermination de la faute civile*, Thèse de doctorat, Université de Montréal, 2009, p. 125, disponible à : <http://hdl.handle.net/1866/3663>, site visité le 21 juillet 2012.

<sup>456</sup> J.-M MOUSSERON, préc., note 104, p. 696, par. 1705.

<sup>457</sup> D.GOBERT et E. MONTERO, préc., note 36, p. 127.

« L'intégrité et la fidélité de l'original semblent par ailleurs constituer les fonctions essentielles, que le législateur québécois a cru bon de compléter. »<sup>458</sup>

Cependant nous doutons de la façon dont le législateur a complété ces fonctions. En effet, l'original n'a qu'une seule et même fonction dans le domaine probatoire, celle de conférer au document la garantie que l'information qu'il porte est intègre et authentique. Dès lors, en toute déférence, nous pensons que la Loi s'égare en reconnaissant à l'original trois fonctions distinctes. Il nous semble plutôt que les « fonctions » reconnues à l'original soient en fait des caractéristiques matérielles qui étaient propres au support papier et qui servaient de garantie pour reconnaître la valeur d'original à un document. Ces caractéristiques étaient des outils au service de la notion d'original et donc au service de la preuve, outils qui ont permis de conférer aux documents écrits originaux le qualificatif de « reine des preuves ». À l'heure des technologies de l'information il convient de trouver d'autres outils qui permettront de garantir qu'un document technologique soit original. Le support papier s'est révélé jusqu'à présent être un outil très efficace pour assurer l'originalité d'un document grâce à ses caractéristiques techniques. Cependant celles-ci ne sont pas transposables en l'état actuel de nos connaissances au support technologique doté de caractéristiques bien différentes.

Dès lors, le législateur nous semble être allé un peu vite lorsqu'il a adapté cette notion au support technologique et nous nous permettrons de paraphraser la critique faite par Isabelle Joly-Passant concernant la signature électronique pour dire que l'original technologique est resté l'esclave de son homologue papier<sup>459</sup>.

Ainsi comme nous allons le voir dans la deuxième section de notre chapitre il nous semble plus facile de mettre en place des documents technologiques qualifiés de copies qui légalement tiennent lieu d'original, que des originaux. Cela nous conduit à remettre en cause l'utilisation du concept d'équivalence fonctionnelle pour la rédaction de cet article car son application pratique est loin d'être fonctionnelle. Avant de voir comment

---

<sup>458</sup> M. LAFONTAINE, préc., note 335, p. 120.

<sup>459</sup> E. JOLY-PASSANT, préc., note 78, p. 250.

contourner la règle de l'original par la création de reproductions qui en tiennent lieu nous exposerons quelques alternatives qui auraient pu être suivies par le législateur pour adapter cette notion.

Ce qui ressort d'un survol de la littérature de bibliothéconomie et d'archivistique est que cette discipline est elle aussi confrontée à la problématique de l'original, tant cette notion y occupe une place importante. En effet, la valeur des archives dont le contenu ne pourrait pas être authentifié serait réduite à néant. Il convient alors de s'interroger sur la façon de transposer au mieux cette notion d'original à l'univers technologique. Or, comme nous l'avons vu, la confiance que nous portions dans un document original sur support papier était principalement due aux caractéristiques de son support, caractéristiques que le support technologique n'a plus. Dès lors comme l'explique un auteur :

« Le numérique a déplacé la question du support du document, qui en assurait la stabilité grâce à la fixité de l'inscription, vers la problématique de sa structure. »<sup>460</sup>

Dans l'univers technologique, l'information est aisément transposable entre plusieurs supports, il ne faut donc pas s'arrêter à la volonté d'inscrire de façon indélébile une information sur un support mais chercher une solution à la notion d'original dans l'assurance que la structuration logique de l'information ne soit pas déformée<sup>461</sup>. D'ailleurs la Loi permet à son article 13 par.1 que « l'apposition d'un sceau, d'un cachet, d'un tampon, d'un timbre ou d'un autre instrument » remplisse ce rôle de garante de l'intégrité et de l'authenticité du document et donc que la fonction d'original soit reconnue au document. Dans cette optique de structuration logique d'un document technologique nous rappellerons que plusieurs auteurs avancent en ce sens en déclarant l'importance des métadonnées d'un document technologique qui permettent justement de

---

<sup>460</sup> Jean-Michel SALAÜN et Jean CHARLET, « Introduction : Comprendre et maîtriser la redocumentarisation du monde », *La redocumentarisation du monde*, Roger T. PÉDAUQUE (dir.), Cepadues Édition, Toulouse, 2005, p. 17.

<sup>461</sup> D. GOBERT et E. MONTERO, préc., note 36, p. 127.

vérifier la non altération de cette structuration de l'information et donc son intégrité<sup>462</sup>.

---

<sup>462</sup> J.-F. DE RICO et D. JAAR, préc., note 303, p. 11 ; F. SENÉCAL, préc., note 36 , pp. 123-124 ; Cependant dans certains cas les métadonnées ne semblent pas être utiles: *Richard c. Gougoux*, 2009 QCCS 2301 (CanLII), par. 77.

## Chapitre 2 - La copie originale

Et si la clef de l'original était dans ses reproductions ?

En reconnaissant la possibilité à un document technologique de remplir les fonctions d'un original, il a été nécessaire de repenser le concept de copie, car dans l'univers technologique, celui-ci change aussi de substance<sup>463</sup>. En effet, il est plus aisé de reproduire un document technologique qu'un document papier et les risques d'erreurs de transcription sont fortement diminués<sup>464</sup>. La frontière entre l'original et ses reproductions est de plus en plus floue, au point qu'au Québec les interventions législatives viennent la remettre en question et élargissent la catégorie des copies qui tiennent lieu d'original comme nous le verrons (Section 1 – L'original démultiplié). D'autant plus qu'en pratique c'est souvent une reproduction d'un document technologique qui sera fournie en preuve (Section 2 – Copies qui légalement tiennent lieu d'original). Cela nous amènera à remettre en cause la distinction original-copie qui en tient lieu (Section 3 – Des copies originales).

### Section 1 – L'original démultiplié

#### 1. La copie : cadre général

##### a. Définition

Selon le Grand Robert, une copie est la « reproduction (d'un écrit) » et a pour contraire l'original. L'original, lui, est un « Ouvrage humain dont il est fait des reproductions »<sup>465</sup>. La copie et l'original se définissent donc l'un par l'autre et chacun occupe une place importante dans leur définition respective, à l'instar de la définition d'original faite par le Doyen Cornu qui distingue ce dernier des copies qui peuvent en être faites<sup>466</sup>.

---

<sup>463</sup> M. REULOS, préc., note 4, p. 314.

<sup>464</sup> M. PHILLIPS, préc., note 51, p. 47.

<sup>465</sup> Grand Robert en ligne, « Copie ».

<sup>466</sup> G. CORNU, préc., note 16, « Original ».

Ces deux définitions font référence à la reproduction d'un ouvrage, d'un document et la finalité d'un original, selon le Grand Robert, serait d'être reproduit. Matériellement parlant, une copie est une reproduction d'un document original. Le terme copie et reproduction sont d'ailleurs souvent utilisés pour parler de la même chose. Théoriquement parlant, la copie n'a pas la même valeur probatoire que son original, mais comme nous allons le voir cette différence s'est de plus en plus estompée au cours de l'histoire.

### **b. Sources historiques**

La notion de copie est intimement liée aux moyens techniques de production et de reproduction des documents. Le terme copie est issu du latin « copia » qui signifie l'abondance. Son utilisation va prendre de l'importance en parallèle au développement des moyens de reproduction des documents :

« Après 1250, au sens 1; d'abord «grande quantité», xiii<sup>e</sup>; lat. *copia* «abondance, ressources» (→ Copieux); le sens moderne vient de la spécialisation du lat. médiéval *copiare* « commenter, transcrire abondamment », d'où «reproduire (un écrit)», ou (selon Wartburg) d'une équivoque sur *copiam describendi facere*, où *copia* signifie « permission, licence », et *describere* « copier ». »<sup>467</sup>

Avant l'invention de l'imprimerie, chaque document était fait à la main, l'original et ses copies. Il était fastidieux de reproduire des originaux et les risques d'erreurs, intentionnelles ou non, étaient importants. Les possibilités d'atteinte à l'authenticité d'un document original étaient augmentées lorsque l'on procédait à sa reproduction<sup>468</sup>. D'où la primauté de l'original sur les copies en matière probatoire. Seulement cette conception, ancrée dans l'inconscient collectif, va être progressivement remise en cause et cela dès les années 1960 :

« Nous pensons qu'il est nécessaire d'accroître la valeur juridique des copies, en recourant notamment aux garanties de bonne exécution technique indiquées qui éliminent les possibilités d'erreurs techniques

---

<sup>467</sup> Grand Robert en ligne, « Copie ».

<sup>468</sup> M. REULOS, préc., note 4, p. 314.

seules à envisager en l'absence de possibilité d'erreurs de transcription. »<sup>469</sup>

Depuis l'invention de l'imprimerie les moyens de reproduction se sont perfectionnés, permettant aux copies d'être de plus en plus fidèles à leur original, allant même jusqu'à rendre identique la reproduction et l'original<sup>470</sup>. Le législateur en a tenu compte, au point de reconnaître dans certains cas la valeur d'original à des copies, comme nous allons le voir. De plus, à l'instar de la difficulté que représente la gestion des témoins lors d'un procès, la production d'un document original a elle aussi ses inconvénients, comme le risque de se départir du document original et l'impossibilité d'en fournir plusieurs exemplaires ou de travailler à même le document pour l'annoter par exemple.

La copie, par les facilités qu'elle induit et la confiance croissante que nous lui portons, va prendre une place de plus en plus importante dans le contexte probatoire<sup>471</sup>. Le dogme de la supériorité de l'original va peu à peu être remis en question au point que, depuis 1994 et l'instauration du nouveau Code civil, la copie puisse disposer de la valeur probatoire de l'original, c'est à dire qu'elle peut servir comme preuve primaire du contenu d'un écrit.

« L'acte juridique constaté dans un écrit ou le contenu d'un écrit doit être prouvé par la production de l'original ou d'une copie qui légalement en tient lieu. »<sup>472</sup> [Nos soulignements]

Pour cela il faut qu'une disposition statutaire accorde explicitement à la reproduction le titre de « copie qui légalement tient lieu d'original »<sup>473</sup>. Nous verrons comment ce titre va être conféré de plus en plus largement.

---

<sup>469</sup> *Id.*, p. 323.

<sup>470</sup> L'utilisation de la fonction « copier-coller » sur un ordinateur en est une bonne illustration; En ce sens M. PHILLIPS, préc., note 51, p. 47.

<sup>471</sup> V. GAUTRAIS, préc., note 253, pp. 130-131.

<sup>472</sup> Art. 2860 al.1 *C.c.Q.*

<sup>473</sup> C. MARSEILLE et R. LESCOP, préc., note 226, p. 26.

### *c. Une notion polysémique*

La notion de copie est polysémique. En effet son sens diffère entre les législations et au sein même du système probatoire québécois.

L'original n'ayant pas la même définition au Québec et en France<sup>474</sup> il en est de même pour la copie. En France, la notion d'original est exclusivement rattachée à celle d'acte sous seing privé et la copie se distingue de ce dernier car elle ne porte pas la signature des parties<sup>475</sup>. Au Québec, la notion d'original, comme celle de copie, est plus large et se rattache à tous les types écrits<sup>476</sup>.

De plus ce terme a un double sens dans la Loi. Entendu au sens classique, la copie est une reproduction d'un original. Entendu au sens nouveau, il s'agit d'un des deux modes de reproduction instaurés par la Loi qui se distingue du transfert d'un document, comme nous le verrons. De plus, dans le contexte du droit de la preuve, il existe deux sortes de copies. Les simples copies qui sont des preuves secondaires et celles qui tiennent lieu d'original, preuves primaires. Nous nous intéresserons à cette seconde catégorie et verrons que cette notion s'est élargie.

## **2. La copie : cadre juridique**

Une analyse historique de la place de la copie dans le contexte probatoire va nous permettre de faire ressortir sa montée en puissance face à l'original. Pour cela nous nous appuyerons sur les différents textes de lois qui traitent de ces questions et qui ont été successivement en vigueur au Québec.

Nous verrons qu'il y a un élargissement progressif de la catégorie de « copie qui légalement tient lieu d'original ». Alors qu'à l'époque du Code Napoléon, seules des copies issues d'officiers publics pouvaient remplir ce rôle, la Loi va aller jusqu'à

---

<sup>474</sup> Également en Belgique et au Luxembourg.

<sup>475</sup> D. GOBERT et E. MONTERO, préc., note 36, p. 127.

<sup>476</sup> Art. 2812 à 2836 C.c.Q.

permettre à tout un chacun de conférer ce titre à la reproduction d'un original<sup>477</sup>.

### **a. Le Code Napoléon**

Au commencement était le Code Napoléon qui, dès 1804, avait déjà prévu à son article 1355 une place à la copie dans le contexte probatoire<sup>478</sup>. On remarquera qu'une hiérarchie de la force probatoire des copies était établie en fonction de la personne en charge de la reproduction, magistrat ou notaire ou en fonction du fait que l'original était ou non disponible. La copie jouait soit un rôle supplétif car le dépositaire ne pouvait se départir de l'original, soit un rôle d'assurance en cas de perte ou de destruction de l'original. On remarquera qu'il était aussi question de « copie de copie » qui certes ne pouvait servir que de simple renseignement mais qui démontre que la reproduction d'un original posait déjà des difficultés de qualification.

### **b. Le Code civil du Bas-Canada<sup>479</sup>**

En 1866 le Code civil du Bas-Canada fut adopté au Québec. Aucune référence n'était alors faite aux notions d'original et de copies puisque comme nous l'avons déjà mentionné<sup>480</sup>, c'est la règle de la meilleure preuve qui régissait le droit de la preuve.

---

<sup>477</sup> P. TESSIER et M. DUPUIS, préc., note 223, p. 201; C. MARSEILLE et R. LESCOP, préc., note 226, p. 32; J.-C. ROYER et S. LAVALLÉE, préc., note 97, p. 1005; contra: L. DUCHARME, préc., note 104, pp. 483-485.

<sup>478</sup> « Lorsque le titre original n'existe plus, les copies font foi d'après les distinctions suivantes :

1° Les grosses ou premières expéditions font la même foi que l'original ; il en est de même des copies qui ont été tirées par l'autorité du magistrat, parties présentes ou dûment appelées, ou de celles qui ont été tirées en présence des parties et de leur consentement réciproque.

2° Les copies qui, sans l'autorité du magistrat, ou sans le consentement des parties, et depuis la délivrance des grosses ou premières expéditions, auront été tirées sur la minute de l'acte par le notaire qui l'a reçu, ou par l'un de ses successeurs, ou par officiers publics qui, en cette qualité, sont dépositaires des minutes, peuvent, au cas de perte de l'original, faire foi quand elles sont anciennes.

Elles sont considérées comme anciennes quand elles ont plus de trente ans ;

Si elles ont moins de trente ans, elles ne peuvent servir que de commencement de preuve par écrit.

3° Lorsque les copies tirées sur la minute d'un acte ne l'auront pas été par le notaire qui l'a reçu, ou par l'un de ses successeurs, ou par officiers publics qui, en cette qualité, sont dépositaires des minutes, elles ne pourront servir, quelle que soit leur ancienneté, que de commencement de preuve par écrit.

4° Les copies de copies pourront, suivant les circonstances, être considérées comme simples renseignements. », Art. 1335, *Code Civil des Français*, 1804, disponible à : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1061517/f325>, site visité le 14 novembre 2011.

<sup>479</sup> *Code civil du Bas-Canada*, disponible à :

<http://books.google.ca/ebooks?id=t18ZAAAAYAAJ&hl=fr>, site visité le 25 juillet 2012.

<sup>480</sup> *Cf., Supra*, p. 46 et s.

L'énoncé de la règle couvrait un champ plus large, la preuve offerte devait être « la meilleure dont le cas, par sa nature, soit susceptible »<sup>481</sup>. Dans le cadre de la preuve écrite, il était implicitement fait référence à l'original car son caractère primitif faisait de lui la meilleure preuve. Dans le cas où la production de la preuve primaire s'avérait impossible, alors une « preuve secondaire ou inférieure »<sup>482</sup> pouvait être reçue. Pour cela il fallait d'abord justifier de la perte ou de la destruction, accidentelle, de la preuve originale (art. 1218) ou qu'elle soit en possession de la partie adverse ou d'un tiers (art. 1219). Il était alors possible de prouver le contenu du document original par la production d'une copie certifiée selon l'article 1219<sup>483</sup> C.c.B.-C.. Le mécanisme de certification était précisé par le Code à l'article 1218<sup>484</sup>. Les copies n'étaient donc admises que dans le cas où il aurait été impossible de fournir un document plus primitif. Elles faisaient alors office de la meilleure preuve. Celles-ci devaient être « revêtues du certificat du registraire » et avoir été « enregistrées au long ». À l'instar du Code Napoléon, pour qu'une copie tienne lieu d'original il fallait jusque là qu'elle émane d'une autorité publique. Une grande étape de la reconnaissance de la copie fut ensuite franchie en 1982 avec l'adoption de la *Loi sur la preuve photographique de documents*<sup>485</sup>.

### c. Loi sur la preuve photographique de documents

En effet, la *Loi sur la preuve photographique de documents* va permettre à un plus grand nombre d'institutions de conférer la valeur probatoire d'original à des copies et va en plus les autoriser à supprimer le document source. La prévalence de la preuve par l'original va ainsi être atténuée<sup>486</sup>. Certes, cette manipulation était réservée à un nombre limité d'institutions<sup>487</sup> ce qui en restreignait l'application<sup>488</sup>. Cependant, il ne s'agissait

---

<sup>481</sup> Art. 1204 C.c.B.-C.

<sup>482</sup> *Id.*

<sup>483</sup> Art. 1219 C.c.B.-C.: « Si dans les mêmes cas, le document original est en la possession de la partie adverse, ou d'un tiers, sans la collusion de la partie qui l'invoque, et ne peut être produit, la copie certifiée comme en l'article qui précède fait preuve également. ».

<sup>484</sup> Art. 1219 C.c.B.-C.: « La copie des actes notariés et extraits d'iceux, de tous actes authentiques judiciaires ou autres, des pièces déposées et de tous documents et autres écrits, même sous seing privé ou faits devant témoins, légalement enregistrés au long, lorsque telle copie est revêtue du certificat du registraire, est une preuve authentique de tel document si les originaux en sont détruits par le feu ou autre accident, ou sont autrement perdus. ».

<sup>485</sup> *Loi sur la Preuve photographique de documents*, LRQ, c P-22.

<sup>486</sup> F. SENÉCAL, préc., note, p. 38.

<sup>487</sup> L'article 1 b) de la loi les énumère ainsi : « le gouvernement du Québec, les commissions scolaires, les

plus exclusivement d'institutions publiques. Au contraire, ces dispositions visaient à permettre à des entités privées, des banques et des compagnies d'assurance principalement, de reproduire sur microfiches les documents dont elles avaient une obligation légale de conservation. D'un point de vue théorique cette étape est importante car elle marque bien une avancée dans la considération des copies à titre probatoire à côté de leurs originaux. Cependant l'impact pratique de cette réforme est limité de deux façons. Elle ne vise que certaines institutions et permet la destruction des documents uniquement s'ils sont expirés depuis au moins cinq ans. Nous verrons tout de même quelles étaient les conditions à respecter pour qu'une copie sur microfiche puisse équivaloir à l'original.

C'est l'article 2 de cette loi qui pose le principe de transfert de la valeur probatoire entre l'original et une copie, à certaines conditions<sup>489</sup>. En premier lieu, la copie doit être une reproduction fidèle de l'original sur un support indélébile. En deuxième lieu, il faut que cette reproduction soit faite en présence de deux personnes nommément désignées responsables. En troisième lieu, ces dernières doivent détruire le document source « immédiatement ou subséquemment » après la reproduction. Une restriction importante est apportée à cette obligation puisque la date du document doit être expirée d'au minimum cinq années. Pour finir, les responsables doivent rédiger une déclaration immédiatement après que cette reproduction ait eu lieu selon les termes de l'article 3 de cette loi. Elle doit être faite en double exemplaire, dont un sera « déposé en l'étude d'un notaire exerçant au Québec »<sup>490</sup>.

---

banques à charte fédérale, les compagnies d'assurances faisant affaires au Québec en vertu d'un permis émis sous l'empire de la Loi sur les assurances ( chapitre A-32), les sociétés de fiducie titulaires d'un permis en vertu de la Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne ( chapitre S-29.01) et toute autre association, société ou corporation à laquelle la présente loi deviendra applicable en vertu d'un décret visé à l'article 6 ».

<sup>488</sup> C. FABIEN, préc., note 220, p. 538.

<sup>489</sup> Art. 2 : « Une épreuve, agrandie ou non, tirée d'une pellicule photographique d'un document sous la garde ou en la possession d'une institution fait preuve, pour toutes fins, de la teneur de ce document, au même titre que son original, pourvu que ce document ait été

a) fidèlement reproduit sur cette pellicule photographique en présence d'au moins deux employés de l'institution spécialement autorisés par elle aux fins de cette opération; et

b) détruit, en présence d'au moins deux employés de l'institution spécialement autorisés par elle à cette fin, immédiatement après cette reproduction ou subséquemment, mais dans aucun cas avant l'expiration de cinq années de la date de ce document. » [Nos soulignements].

<sup>490</sup> Art. 3 *Loi sur la preuve photographique* :

Nous verrons que ce processus de reproduction nous paraît être l'ancêtre du transfert, nouveau mode de reproduction introduit par la Loi<sup>491</sup>. D'autant que la déclaration qui était exigée à l'époque se rapproche nettement de la documentation à mettre en place à l'heure actuelle dans le cadre du transfert.

En 1994, le nouveau Code civil inclut une nouvelle section intitulée « de la reproduction de certains documents » aux articles 2840 à 2842 qui ouvre encore un peu plus la porte à l'utilisation de copie en tant que preuve primaire.

#### **d. « De la reproduction de certains documents »**

L'article 2840 C.c.Q. disposait alors que la preuve d'un document dont la reproduction serait en « la possession de l'État ou d'une personne morale de droit public ou de droit privé » pouvait se faire par la production d'une copie<sup>492</sup>. Il s'agissait là d'une étape importante dans la considération des copies, puisque cette dérogation à la règle de l'original s'ouvrait à tous les documents dont les dépositaires étaient des personnes morales, publiques ou privées.

« Cette disposition, qui s'inspire de la *Loi sur la preuve au Canada* et d'une recommandation du Conseil de l'Europe a pour but de simplifier la conservation de certains documents et d'en faciliter la preuve. »<sup>493</sup>

L'article 2841 C.c.Q. venait préciser les conditions à respecter pour que cette copie ait la

---

« Les personnes qui ont assisté à une opération de reproduction ou de destruction de document visée par l'article 2 doivent, immédiatement après, en attester l'accomplissement au moyen d'une déclaration faite sous serment en duplicata, signée de leur main, mentionnant l'autorisation reçue de l'institution intéressée et, dans le cas d'une reproduction de document, certifiant la fidélité de cette reproduction.

S'il s'agit d'un document en la possession du gouvernement, un exemplaire de cette déclaration est remis au ministre qui a la garde du document et l'autre au Conservateur des archives nationales du Québec; dans tout autre cas, un exemplaire est conservé par l'institution intéressée et l'autre est déposé en l'étude d'un notaire exerçant au Québec. »; F. SENÉCAL, préc., note 36, p. 38.

<sup>491</sup> M. PHILLIPS, préc., note 51, p. 72.

<sup>492</sup> Art. 2840 C.c.Q. en vigueur de 1994 à 2001.

<sup>493</sup> *Code civil du praticien*, «Commentaires du ministre de la justice», Montréal, Éditions Dafco, 1995, p. 931.

valeur probatoire du document original. La copie « doit reproduire fidèlement l'original, constituer une image indélébile de celui-ci et permettre de déterminer le lieu et la date de reproduction ». Ces conditions sont proches de celles dans la *Loi sur la preuve photographique* même si il n'est plus fait référence à une technique de reproduction à savoir « tirée d'une pellicule photographique ». Cependant un critère technique persiste, la reproduction doit être faite sur un support indélébile. On remarquera un assouplissement du processus de reproduction puisqu'un seul employé dûment désigné sera désormais suffisant pour effectuer ces manipulations mais en revanche, il n'est plus fait référence à la possibilité de détruire l'original.

L'article 2842 C.c.Q. vient ensuite confirmer l'obligation pour la personne responsable d'attester cette manipulation dans une déclaration<sup>494</sup>. Ici aussi on constate un assouplissement puisque cette déclaration devra être faite dans un « délai raisonnable » et non plus « immédiatement après » la reproduction<sup>495</sup>. De plus celle-ci ne doit plus nécessairement être faite en double et déposée auprès d'un notaire. En cas de litige, la déclaration devra être jointe à la copie du document original lors de la production en preuve de cette dernière<sup>496</sup>.

#### **e. Auteur et processus : les garde-fous**

Nous remarquerons qu'au fur et à mesure des réformes, il est toujours fait référence à la fois au responsable de cette manipulation et au processus à suivre. En effet se sont là deux garde-fous qui garantissent l'authenticité et l'intégrité d'une reproduction<sup>497</sup>. Ainsi lorsqu'on parle d'une montée en puissance de la copie dans le contexte probatoire, on se rend compte que cela se traduit en premier lieu par la possibilité pour un plus grand nombre de personne, personnes privées notamment, de pouvoir effectuer des

---

<sup>494</sup> Art. 2842 C.c.Q. en vigueur entre 1994 et 2001 : « La personne qui a été désignée pour assister à la reproduction d'un document doit, dans un délai raisonnable, attester la réalisation de cette opération dans une déclaration faite sous serment, laquelle doit porter mention de la nature du document et des lieu et date de la reproduction et certifier la fidélité de la reproduction. ».

<sup>495</sup> *Code civil du praticien*, « Commentaires du ministre de la justice », préc., note 493, p. 931.

<sup>496</sup> Art. 2840 C.c.Q. en vigueur de 1994 à 2001.

<sup>497</sup> J. LARRIEU, cité par Jean-François BLANCHETTE préc., note 209, p. 4.

reproductions qui légalement tiendront lieu d'original<sup>498</sup>. En second lieu on remarque un allègement du processus à suivre lors de la reproduction. Ces deux facteurs permettent d'élargir la catégorie des copies qui tiennent lieu d'original<sup>499</sup>. Jusqu'à présent seules les copies de loi, d'acte authentique, semi-authentique, ainsi que les reproductions dont les dépositaires étaient des personnes morales de droit public ou privé, pouvaient rentrer dans cette catégorie<sup>500</sup>.

Ainsi comme le soulignait Jacques Larrieu, l'auteur et la procédure à suivre pour confectionner un document sont deux facteurs qui ont permis à l'écrit de s'imposer comme « reine des preuves ». L'analyse historique que nous venons d'effectuer sur la place de la copie dans le contexte probatoire est venue appuyer leur importance même si la tendance est à leur assouplissement, sans doute car les moyens actuels de reproduction diminuent fortement les risques d'erreurs durant la reproduction. Cependant, ils permettent plus aisément la falsification d'un document sans laisser *a priori* de trace apparente.

En premier lieu la confiance est progressivement passée des officiers publics au grand public. Depuis le Code Napoléon de 1804 jusqu'aux Code civil français et québécois actuels, la copie d'une loi, d'un acte authentique ou semi-authentique, dispose de la même force probatoire que son original dès lors qu'elle « est attestée par l'officier public qui en est le dépositaire »<sup>501</sup>. Cette situation s'explique parce que ces reproductions émanent d'officiers publics ou d'institutions publiques reconnus depuis longue date

---

<sup>498</sup> P. TESSIER et M. DUPUIS, préc., note 223, p. 221.

<sup>499</sup> En plus de l'élargissement de la catégorie des « copies qui tiennent lieu d'original » par la Loi il existe une panoplie d'autre loi qui confère ce titre à certaines reproductions: *Loi sur le ministère de l'Immigration et des Communautés culturelles*, LRQ, c M-16.1, Art. 16 et Art. 17; *Loi sur la Bibliothèque et Archives nationales du Québec*, LRQ, c B-1.2, Art. 26; La *Loi sur la preuve au Canada* permet aussi dans plusieurs cas la production de copie à titre de preuve, Art. 19 à 36.

<sup>500</sup> Notons que les exceptions à la règle de la meilleure preuve de l'article 2860 al.2 et 2861 *C.c.Q.* ne rentrent pas selon nous dans la catégorie des copies qui tiennent lieu d'original. Ce sont des exceptions à la règle de l'original de part l'impossibilité de répondre aux exigences de 2860 al.1 *C.c.Q.*. De même nous tenons à distinguer les « copies qui tiennent lieu d'original » de la simple copie produite en preuve dont la qualité ne serait pas contestée. En effet pour qu'une copie tienne lieu d'original il faut qu'une disposition de la loi le prévoit expressément.

<sup>501</sup> Art. 2815 *C.c.Q.*

comme des dépositaires de confiance<sup>502</sup>.

« C'est pour garantir l'exactitude des copies qu'ont été institués des officiers publics compétents pour conserver des actes et en délivrer des expéditions ou copies. »<sup>503</sup>

Une deuxième catégorie de personne va progressivement se développer, « les personnes désignées » au sein d'institutions. On relèvera par contre qu'étonnamment les agents certificateurs, ou commissaires à l'assermentation ne disposaient pas du pouvoir de conférer à une reproduction la force probatoire de leur original<sup>504</sup>. Il semblerait que cela ait changé puisqu'à présent toute personne désignée en a le pouvoir, comme nous allons le voir.

En second lieu, on remarquera un assouplissement progressif des règles à suivre lors de la reproduction d'un document. Un constate à la fois une diminution du nombre de personnes devant être présentes lors de la reproduction mais aussi un allègement quant à la déclaration qui l'accompagne. Même le critère de support indélébile, présent jusqu'en 2001, va disparaître.

Pour résumer nous avons vu qu'au Québec la hiérarchie de la valeur probatoire des différents moyens de preuve « écrits » s'établit par rapport à leur fiabilité qui elle même dépend de la confiance que l'on peut avoir dans leur authenticité. Cette dernière dépend essentiellement de la provenance du document, ou à tout le moins de la qualité de son

---

<sup>502</sup>« [13] De la lecture de ces deux derniers articles, le Tribunal comprend qu'il est impossible à quiconque, sauf au directeur de l'état civil qui est le seul habilité à le faire, de certifier conforme un acte authentique délivré par le directeur de l'état civil. », T. B.-V., *Re*, 2004 CanLII 17077 (QCCQ); D. GOBERT et E. MONTERO, préc., note 36, p. 122; J. LARRIEU, cité par Jean-François BLANCHETTE préc., note 209, p. 4.

<sup>503</sup> M. REULOS, préc., note 4, p. 314.

<sup>504</sup>« [U]n commissaire à l'assermentation ne peut pas de par sa fonction, attester qu'une copie d'un document est conforme à l'original. Il peut cependant faire prêter le serment à la personne qui lui présente cette copie et lui déclare qu'elle est conforme au document original. Toutefois, cette déclaration n'a pas pour effet de donner une valeur authentique à cette copie. En effet, seul le dépositaire d'un document authentique (ex. : le notaire pour le testament notarié, le directeur de l'État civil pour un certificat de naissance) peut attribuer une telle valeur à une copie », <http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/sujets/glossaire/comm-asser.htm>, site visité le 24 novembre 2011.

dépositaire (officier public ou personne privée), ainsi que du processus suivi pour sa création ou sa reproduction. Globalement on constate au fil des années un assouplissement des règles à suivre pour assurer aux documents reproduits la valeur de leur original, ainsi qu'une ouverture progressive vers la sphère privée qui va se confirmer avec l'entrée en vigueur de la Loi. Nous allons voir comment la Loi a assoupli ces deux facteurs sans pour autant les effacer.

## **Section 2 – Copies qui légalement tiennent lieu d'original**

L'adoption de la Loi en 2001 a entraîné la modification des articles 2860 et 2841 du Code civil. Alors que le premier article confirme la place de certaines reproductions à côté de l'original, le second précise que la copie certifiée et le document résultant du transfert documenté peuvent légalement tenir lieu d'originaux<sup>505</sup>. La porte de la règle de la meilleure preuve est ainsi ouverte aux reproductions d'origines privées<sup>506</sup>. Nous tâcherons en premier lieu de définir ces nouveaux modes de reproduction (1), puis nous en ferons une analyse critique dans le but de remettre en cause cette nouvelle distinction établie par la Loi (2).

### **1. Copie, transfert: définitions**

Nous nous intéresserons aux modes de reproduction que sont la copie et le transfert, puis nous nous pencherons sur les mécanismes de certification et de documentation qui permettent de reconnaître aux reproductions le titre de copie qui légalement valent lieu d'original.

#### **a. Copie c. Transfert**

---

<sup>505</sup> L. DUCHARME, préc., note 104, par. 1201.

<sup>506</sup> P. TESSIER et M. DUPUIS, préc., note 223, p. 221: « Toute personne, et non plus seulement l'État ou une personne morale comme sous les anciennes dispositions, peut certifier conforme la copie d'un document original ou documenter le transfert de l'information contenue dans un document d'un support à un autre (par exemple : numérisation d'un document papier), en respectant les règles posées par les articles 2841 et 2842 *C.c.Q.* et par les dispositions pertinentes de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information. À ces conditions, la copie ou le document résultant du transfert peuvent tenir lieu légalement de l'original du document ainsi copié ou transféré. ».

La Loi instaure deux moyens de reproduire un document: la copie<sup>507</sup> et le transfert<sup>508</sup>. L'article 2841 al.1 du Code civil a été modifié en conséquence et synthétise cette dichotomie<sup>509</sup>. Pour l'analyse qui va suivre il convient d'avoir en tête les trois composantes d'un document technologique, support, information et technologie (logiciel).

Selon l'article 2841 al.1 C.c.Q., la copie est la reproduction d'un document original « sur un même support ou sur un support qui ne fait pas appel à une technologie différente ». C'est à dire que peu importe si le support du document change tant que la technologie à laquelle il fait appel ne change pas<sup>510</sup>. Selon la Loi, une copie serait par exemple la photocopie d'un document papier. Ce mode de reproduction est issu des articles 15 et 16 de la Loi sur lesquels nous allons nous pencher. Tandis que le premier expose les moyens à mettre en place pour garantir l'intégrité d'une copie, le second traite du mécanisme de certification technologique qui permet de conférer à la reproduction d'un document technologique original le titre de « copie qui en tient lieu ».

Le transfert quant à lui est la reproduction de l'information que porte le document original « vers un support faisant appel à une technologie différente »<sup>511</sup>. Dans ce cas-ci la technologie à laquelle fait appel le support du document doit changer mais il s'agit de savoir de quelles technologies nous parlons. S'agit-il de la technologie-support (*Hardware*) ou de la technologie-logiciel (*Software*) ? Nous répondrons à cette question par la suite<sup>512</sup>. L'illustration la plus évidente de cette manipulation est la numérisation d'un document papier en un document technologique, ou l'impression de ce dernier<sup>513</sup>.

---

<sup>507</sup> Art. 17 de la Loi.

<sup>508</sup> Art. 15 de la Loi.

<sup>509</sup> Art. 2841 al.1 C.c.Q. : « La reproduction d'un document peut être faite soit par l'obtention d'une copie sur un même support ou sur un support qui ne fait pas appel à une technologie différente, soit par le transfert de l'information que porte le document vers un support faisant appel à une technologie différente. » [Nos soulignements].

<sup>510</sup> V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, préc., note 51, p. 285.

<sup>511</sup> Art. 17 al.1 de la Loi.

<sup>512</sup> Cf., *Infra.*, page suivante.

<sup>513</sup> Contra : M. PHILLIPS, préc., note 51, p. 72 : « Qu'il suffise de le dire, à la lumière de ce qui précède, que le fait d'imprimer un document technologique ne constitue pas un transfert de celui-ci sur un autre support. L'imprimé est l'original. » ; Pour cet auteur « l'imprimé est l'original » du fait de l'article 31.2(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Cependant nous ne pensons pas que cette loi doive être utilisée pour interpréter la notion de transfert selon le Code civil et la Loi.

Ce mode de reproduction est issu des articles 17 et 18 de la Loi que nous étudierons et qui traite du processus à suivre pour assurer au document reproduit par transfert le titre de copie qui tient lieu d'original. De plus, nous verrons que la particularité de ce mode de reproduction est qu'il permet la destruction du document original à certaines conditions<sup>514</sup>. Cette manipulation est particulièrement prisée par les personnes morales dont les archives sur support papier sont de plus en plus volumineuses et difficilement exploitables. Cette manipulation permet aussi de conférer la valeur d'original à l'impression papier d'un document dont l'original serait technologique ce qui est utile dans le cadre judiciaire où les documents sont très majoritairement fournis sous forme papier<sup>515</sup>.

Pour résumer, c'est le changement de technologie qui permet de déterminer si la manipulation est une copie ou un transfert et non le support contrairement à ce que pourrait laisser penser la formulation de la Loi<sup>516</sup>. Posons les choses à l'aide d'exemples. Pour distinguer une copie d'un transfert il faut se demander si il y a ou non, changement de technologie :

- La reproduction d'un document papier en un autre document papier est une copie. En effet il n'y a pas de changement technologique, support ou logiciel.
- La reproduction d'un document papier en un document technologique ou inversement, est un transfert. Dans ce cas-ci nous avons à faire à un changement de technologie-support (*Hardware*).
- La reproduction d'un document technologique en un autre document technologique peut être un transfert ou une copie, tout dépend si il y a eu ou non un changement de technologie, support ou logiciel. En effet il se peut qu'il y ait eu un changement de support, *hardware* (disque dur magnétique, CD-ROM optique) ou de logiciel *software* (PDF, DOC, ODT) ou ni l'un ni l'autre.

---

<sup>514</sup> Art. 17 al.2 et 18 de la Loi.

<sup>515</sup> D. JAAR et F. SENÉCAL, « L'administration de la preuve électronique 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, disponible à : [http://www.caij.qc.ca/doctrine/developpements\\_recents/320/1750/index.html](http://www.caij.qc.ca/doctrine/developpements_recents/320/1750/index.html), site visité le 22 juillet 2012.

<sup>516</sup> J.-F. DE RICO et D. JAAR, préc., note 303, p. 11.

Nous noterons que ces distinctions peuvent paraître ésotériques. De plus, pour des auteurs le changement de technologie-support n'est pas un transfert mais une copie<sup>517</sup>. Cependant nous noterons que, si tel était le cas, il ne serait jamais possible d'effectuer une « migration de support » d'un document technologique puis de détruire le document source, ce qui remettrait en cause l'intérêt du transfert. Ainsi il faudrait conserver tous nos vieux supports technologiques sur lesquels se trouve le document « original ».

Pour résumer, la reproduction par copie telle qu'entendue par la Loi se rattache selon nous à la définition originelle de la copie, soit à l'idée de multiplication d'un document, d'abondance<sup>518</sup>. Cette manipulation a pour fonction de multiplier le document et les informations qu'il contient tout en conservant l'original<sup>519</sup>. La Loi fait d'ailleurs référence au fait d'obtenir une copie, soit implicitement un double du document, un nouvel exemplaire.

« La notion de copie n'a de sens qu'en regard de l'existence d'un document source [...] »<sup>520</sup>.

Avec la reproduction par transfert, on s'éloigne de l'idée de reproduction-multiplication pour se rapprocher de l'idée de migration, à l'image de la définition de «transfert» faite par le Dictionnaire de vocabulaire juridique. Transférer signifie « [d]éplacer d'un lieu dans un autre » et l'opération de « transfert » y est définie comme étant une « opération juridique de transmission d'un droit, d'une obligation ou d'une fonction »<sup>521</sup>. En l'espèce il s'agit de pouvoir transférer la fonction d'original, au document reproduit et de détruire l'original.

Tandis que la reproduction par copie, telle qu'entendue par la Loi, fonctionne sur le schéma de la copie, telle qu'entendue originellement, le transfert est une excroissance

---

<sup>517</sup> V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, préc., note 51, p. 288 ; A. GUILMAIN, préc., note 446, p. 5.

<sup>518</sup> Cf. définition du Grand Robert en ligne, « Copie ».

<sup>519</sup> P. TRUDEL, D. POULIN, F. ABRAN et al., préc., note , « Article 17 ».

<sup>520</sup> *Id.*

<sup>521</sup> G. CORNU, préc., note 16, «Transfert».

de cette dernière et se révèle, en apparence, être une véritable adaptation du droit aux nouvelles technologies.

Après avoir défini ces deux manipulations, il convient maintenant de s'intéresser aux processus mis en place par la Loi pour les mettre en œuvre, puis aux mécanismes de certification et de documentation qui confèrent à ces reproductions la force probatoire d'un original.

### **b. La copie de l'article 15**

L'article 15 de la Loi traite du processus à suivre pour effectuer une copie et en assurer l'intégrité<sup>522</sup>. Le 1<sup>er</sup> alinéa de l'article pose une obligation de moyen afin d'assurer que le document reproduit comporte les mêmes informations que le document source. Il est fait référence à des « garanties suffisamment sérieuses » d'intégrité du document. Cela nous conduit à penser que le responsable de la reproduction doit agir avec prudence et diligence et de façon proportionnée à leurs moyens.

D'ailleurs le 2<sup>ème</sup> alinéa précise que l'environnement ou les politiques de reproductions mises en place seront pris en compte dans l'appréciation de ces garanties. Le 3<sup>ème</sup> alinéa, clair en substance soulève la question de son intérêt, sur lequel nous ne nous arrêterons pas<sup>523</sup>. Enfin le dernier alinéa pose une présomption d'intégrité en faveur des

---

<sup>522</sup> Art. 15 de la Loi : « Pour assurer l'intégrité de la copie d'un document technologique, le procédé employé doit présenter des garanties suffisamment sérieuses pour établir le fait qu'elle comporte la même information que le document source.

Il est tenu compte dans l'appréciation de l'intégrité de la copie des circonstances dans lesquelles elle a été faite ainsi que du fait qu'elle a été effectuée de façon systématique et sans lacunes ou conformément à un procédé qui s'appuie sur des normes ou standards techniques approuvés par un organisme reconnu visé à l'article 68.

Cependant, lorsqu'il y a lieu d'établir que le document constitue une copie, celle-ci doit, au plan de la forme, présenter les caractéristiques qui permettent de reconnaître qu'il s'agit d'une copie, soit par l'indication du lieu et de la date où elle a été effectuée ou du fait qu'il s'agit d'une copie, soit par tout autre moyen.

La copie effectuée par une entreprise au sens du Code civil ou par l'État bénéficie d'une présomption d'intégrité en faveur des tiers. ».

<sup>523</sup> Art. 15 al.3 : « Cependant, lorsqu'il y a lieu d'établir que le document constitue une copie, celle-ci doit, au plan de la forme, présenter les caractéristiques qui permettent de reconnaître qu'il s'agit d'une copie, soit par l'indication du lieu et de la date où elle a été effectuée ou du fait qu'il s'agit d'une copie, soit par tout autre moyen ».

reproductions effectuées par une entreprise ou l'État, tel que cela était déjà prévu à l'ancien article 2840 C.c.Q.. Cependant pour qu'une copie puisse légalement tenir lieu de document reproduit celle-ci devra tout de même être certifiée conformément aux exigences du Code civil et de la Loi comme nous allons le voir.

### ***Certification***

Nous tenons à signaler qu'il ne faut pas confondre ce mécanisme de certification avec celui prévu aux articles 42 à 62 de la Loi, quand bien même nous pensons qu'ils ont tous les deux la même finalité<sup>524</sup>.

### ***Définition***

La certification permet de conférer à une reproduction le titre de copie qui tient lieu d'original<sup>525</sup>. Selon le Dictionnaire d'Hubert Reid, la certification peut se définir comme étant l'« assurance donnée par écrit de la régularité d'un acte ou d'une pièce, de l'authenticité d'une signature »<sup>526</sup>. L'action de certifier une copie renvoie à la notion de copie vidimée qui se définit comme étant « [...] la copie d'un texte qu'une personne certifie conforme à l'original auquel elle l'a comparée [...] »<sup>527</sup>. Le verbe vidimer signifie, lui, « [c]ollationner la copie d'un acte sur l'original et attester qu'elle y est conforme »<sup>528</sup>. Ce terme vient du latin Vidimus qui signifie « Nous avons vu »<sup>529</sup>. Ainsi comme l'explique le Doyen Cornu, l'action de vidimer dans l'ancien droit consistait dans une « déclaration portée sur un acte par laquelle une autorité affirme avoir examiné l'acte, et atteste, après l'avoir collationné sur l'original qu'il est conforme à celui-ci. Pourrait aujourd'hui par métaphore désigner un certificat de conformité ».

---

<sup>524</sup> En effet la certification prévue aux articles 42 à 62 de la Loi est définie de la façon suivante par des auteurs : « Dans les transactions effectuées avec des documents technologiques, les certificats sont utilisés afin d'établir un ou plusieurs faits comme la confirmation de l'identité d'une personne, l'identification d'une société ou encore confirmer l'exactitude d'un document tel un identifiant. », P. TRUDEL, D. POULIN, F. ABRAN et al., préc., note 326, « Certification ».

<sup>525</sup> Art. 2841 al.2 C.c.Q.

<sup>526</sup> H. REID, préc., note 41, « Certification ».

<sup>527</sup> *Id.*

<sup>528</sup> G. CORNU, préc., note 16, « Vidimer ».

<sup>529</sup> *Id.*

Un autre terme, peu employé, mais important en l'espèce est la collation. Collationner, selon le Grand Robert, signifie « Vérifier la conformité de (une dactylographie, une épreuve d'imprimerie) avec l'original ». Ce terme origine du XII<sup>ème</sup> siècle et vient du substantif latin Collatio : « Action de conférer (à qqn un titre, un bénéfice ecclésiastique) ». Ainsi, en collationnant un texte, non seulement on s'assurait de sa conformité avec le texte original mais en plus on lui en conférait la même valeur. Nous voyons alors bien que la problématique de la copie et de l'original est loin d'être nouvelle.

Selon les Professeurs Trudel et Poulin, les notions de copie certifiée et de copie vidimée sont synonymes et se définissent comme des « [c]opie dont la conformité au document original a été vérifiée par une autorité compétente »<sup>530</sup>. Ainsi la certification fait référence à une marque apposée sur le document reproduit par une personne ayant autorité pour ce faire, qui atteste que la reproduction est identique à son original<sup>531</sup>.

« En somme, la certification est un processus destiné à réduire l'incertitude. »<sup>532</sup>

Sous l'empire de la Loi, la grande nouveauté du mécanisme de certification est qu'il est, a priori, ouvert à tout individu puisqu'aucune restriction n'est mentionnée à cet égard<sup>533</sup>. D'autant plus que l'article 2841 al.3 C.c.Q., est formulée de façon à préciser qui sera en charge de la certification « dans le cas d'un document en la possession de l'État, d'une personne morale [...]» [Nos soulignements]<sup>534</sup>. Une analyse à contrario de cet alinéa permet donc d'avancer que dans tous les autres cas tout le monde peut se charger de certifier une copie.

---

<sup>530</sup> P. TRUDEL, D. POULIN, F. ABRAN et al., préc., note 326, « Copie certifiée ».

<sup>531</sup> Comme le relèvent des auteurs, aucune précision technique quant à la nature de la certification n'est apportée par une loi, C. MARSEILLE et R. LESCOP, préc., note 226, p. 33, par. 46; M. PHILLIPS, préc., note 51, p. 63.

<sup>532</sup> P. TRUDEL, D. POULIN, F. ABRAN et al., préc., note 326, « Certification ».

<sup>533</sup> P. TESSIER et M. DUPUIS, préc., note 223, p. 225; C. MARSEILLE et R. LESCOP, préc., note 226, p. 32, par. 46; Contra : L. DUCHARME, préc., note 104, pp. 483 à 485.

<sup>534</sup> Art. 2841 al.3: « La certification est faite, dans le cas d'un document en la possession de l'État, d'une personne morale, d'une société ou d'une association, par une personne en autorité ou responsable de la conservation du document. ».

### ***Certification technologique***

Dans le cas de la copie d'un document technologique<sup>535</sup> l'article 16 de la Loi dispose qu'une certification technologique consiste en un « procédé de comparaison permettant de reconnaître que l'information de la copie est identique à celle du document source », soit que son intégrité est assurée. Nous nous demandons si ce procédé devra nécessairement être technologique, comme par exemple la possibilité offerte par les logiciels de traitement de texte de comparer deux documents, ou bien humain à l'instar de la certification d'un document papier. La difficulté avec un procédé de comparaison trop rigoureux tel un logiciel qui permettrait de s'assurer que le « code » des deux documents est identique<sup>536</sup> est que la Loi permet, non seulement la modification de forme d'un document à son article 10, mais exige aussi qu'il soit fait mention sur le document reproduit qu'il s'agit d'une copie<sup>537</sup>, ce qui entraîne une modification du « code » du document.

### ***Responsable de la certification***

L'article 2841 al.3 du Code civil précise que la certification doit être effectuée « dans le cas d'un document en la possession de l'État, d'une personne morale, d'une société ou d'une association, par une personne en autorité ou responsable de la conservation du document ». Dans les autres situations, quiconque pourra *a priori* effectuer la certification mais l'article 15 de la Loi précise que seront prises en compte les « circonstances dans lesquelles elle a été faite ainsi que du fait qu'elle a été effectuée de façon systématique et sans lacunes ou conformément à un procédé qui s'appuie sur des normes ou standards techniques approuvés par un organisme reconnu visé à l'article 68 »<sup>538</sup>.

---

<sup>535</sup> La copie d'un document technologique est nécessairement un autre document technologique sinon nous serions dans l'hypothèse d'un transfert.

<sup>536</sup> Il s'agit notamment de la fonction de hachage offert par certains logiciels, voir notamment, WIKIPÉDIA, « fonction de hachage », [http://fr.wikipedia.org/wiki/Fonction\\_de\\_hachage](http://fr.wikipedia.org/wiki/Fonction_de_hachage), site visité le 30 juillet 2012.

<sup>537</sup> Art. 15 al. 3 de la Loi.

<sup>538</sup> Art. 15 al. 2 de la Loi.

### *La déclaration annexe*

Dans certaines situations, le législateur va exiger que la certification soit accompagnée « au besoin » d'une déclaration annexe comme le dispose l'article 2842 al.1 C.c.Q.<sup>539</sup>. Le législateur étant resté muet sur la question de savoir dans quelles situations cette annexe est exigée, nous pouvons envisager deux solutions.

La première solution consiste à dire que la déclaration est nécessaire dès que l'on veut que la copie certifiée fasse preuve au même titre que son original<sup>540</sup>, à l'instar de la documentation dans le cas d'un transfert. La seconde solution consiste à dire que la nécessité de la déclaration annexe dépend du contexte de la reproduction.

L'argument de certains auteurs en faveur de la première solution nous paraît convaincant. En effet l'exigence de la déclaration annexe ressort de l'article 2842 C.c.Q. qui nous semble mettre sur un pied d'égalité le « besoin » de la déclaration annexe et de la documentation<sup>541</sup>. Cependant, cette interprétation est extensive et fait dire à la Loi ce qu'elle ne dit pas, d'autant plus que l'article 2841 al.2 C.c.Q. dispose expressément que la copie certifiée peut valoir de document reproduit et ne fait pas référence à la déclaration annexe. De plus l'article 2860 C.c.Q. dispose que la copie technologique certifiée qui satisfait aux exigences de l'article 16 de la Loi peut remplir une telle fonction. Or, l'article 16 ne fait pas non plus référence à la déclaration annexe<sup>542</sup>.

---

<sup>539</sup> « La copie certifiée est appuyée, au besoin, d'une déclaration établissant les circonstances et la date de la reproduction, le fait que la copie porte la même information que le document reproduit et l'indication des moyens utilisés pour assurer l'intégrité de la copie. Cette déclaration est faite par la personne responsable de la reproduction ou qui l'a effectuée. » [Nos soulignements].

<sup>540</sup> C. MARSEILLE et R. LESCOP, préc., note 226, p. 34, cite au soutien Michel GAGNÉ, préc., note 404, p. 27.

<sup>541</sup> Art. 2842 C.c.Q. : « La copie certifiée est appuyée, au besoin, d'une déclaration établissant les circonstances et la date de la reproduction, le fait que la copie porte la même information que le document reproduit et l'indication des moyens utilisés pour assurer l'intégrité de la copie. Cette déclaration est faite par la personne responsable de la reproduction ou qui l'a effectuée.

Le document résultant du transfert de l'information est appuyé, au besoin, de la documentation visée à l'article 17 de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information (chapitre C-1.1). ».

<sup>542</sup> Art. 16 de la Loi : « Lorsque la copie d'un document doit être certifiée, cette exigence peut être satisfaite à l'égard d'un document technologique au moyen d'un procédé de comparaison permettant de reconnaître que l'information de la copie est identique à celle du document source. ».

L'article 16 de la Loi doit se lire en parallèle avec l'article 73 : « L'article 16 s'applique aux documents

Dès lors, nous penchons pour la seconde solution qui consiste en une interprétation plus pratique de l'expression « au besoin ». Selon nous, la nécessité de la déclaration annexe va dépendre du pouvoir du certificateur. Si c'est un officier public ou un agent certificateur, la confiance que nous lui reconnaissons est telle que l'annexe ne devrait pas être nécessaire<sup>543</sup>. Par contre, si c'est un particulier ou un simple employé, la déclaration annexe légitimera la certification. Cette nouvelle exigence qui ne serait imposée qu'aux personnes privées et plus spécifiquement aux particuliers, s'explique dès lors qu'on leur confère un pouvoir réservé auparavant à certaines autorités publiques et ce d'autant plus que le contenu de la déclaration permet effectivement de se faire une idée plus précise sur la façon dont a été effectuée la reproduction. Selon l'article 2842 al. 1 C.c.Q. la déclaration annexe comportera au minimum les circonstances de la reproduction, c'est-à-dire l'environnement dans lequel est effectué la reproduction (qui, quand, pourquoi, comment) ainsi qu'une déclaration que les informations sur le document reproduit sont identiques à celles du document source. Un auteur suggère qu'une autre précaution soit prise dans le cadre de cette manipulation, l'assermentation, qui bien qu'elle ne soit pas formellement exigée « ne peut évidemment pas faire de tort »<sup>544</sup>.

Cette déclaration permettrait à un particulier qui aurait produit en preuve une copie certifiée par lui même, d'appuyer la preuve d'authenticité de ce document dont il n'est pas épargné, et dans le cas où le doute subsisterait il pourrait alors produire l'original du document.



---

technologiques, lorsque sont employées, dans les textes législatifs, les expressions « copie certifiée », « copie certifiée conforme » ou « copie vidimée » et lorsque les termes « collation », « collationner », « double », « duplicata » et « triplicata » ainsi que « vidimé » sont employés dans un contexte où l'obtention d'une copie est visée. ».

<sup>543</sup> Cependant des auteurs émettent l'hypothèse qu'un officier public pourrait joindre à la reproduction certifiée d'un acte authentique technologique une déclaration annexe, J.-C. ROYER et S. LAVALLÉE, préc., note 97, p. 1174.

<sup>544</sup> C. MARSEILLE et R. LESCOP, préc., note 226, p. 33, par. 47.

### **c. Le transfert de l'article 17**

En matière de transfert c'est l'article 17 qui définit les exigences à respecter pour que le document reproduit puisse légalement tenir lieu d'original<sup>545</sup>. L'alinéa 1 précise qu'un document devant être conservé pour des raisons probatoires peut être transféré sur un support utilisant une technologie différente. L'alinéa 2 dispose que le document transféré peut tenir lieu d'original et le document source peut être détruit si les exigences de documentation et de l'article 20 de la Loi sont respectées.

#### ***La documentation***

La documentation est un équivalent de la certification qui se rattache au mode de reproduction par transfert. Ces deux processus, documentation et certification, permettent d'octroyer à une reproduction le statut de reproduction qui tient lieu d'original, à l'instar de la collation. De plus dans le cadre d'un transfert documenté, le document original peut être détruit<sup>546</sup>. La documentation assume ainsi deux fonctions, celle de conférer la valeur d'original à une reproduction et celle de permettre la destruction du document source<sup>547</sup>.

L'article 17 al.2 pose le principe général de la documentation. Cette dernière doit

---

<sup>545</sup> Art. 17 de la Loi: « L'information d'un document qui doit être conservé pour constituer une preuve, qu'il s'agisse d'un original ou d'une copie, peut faire l'objet d'un transfert vers un support faisant appel à une technologie différente.

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

La documentation comporte au moins la mention du format d'origine du document dont l'information fait l'objet du transfert, du procédé de transfert utilisé ainsi que des garanties qu'il est censé offrir, selon les indications fournies avec le produit, quant à la préservation de l'intégrité, tant du document devant être transféré, s'il n'est pas détruit, que du document résultant du transfert.

La documentation, y compris celle relative à tout transfert antérieur, est conservée durant tout le cycle de vie du document résultant du transfert. 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>546</sup> Art. 17 al. 2. de la Loi.

<sup>547</sup> Des auteurs ont avancé l'idée que la documentation ne serait nécessaire qu'en cas de destruction du document original, seulement nous pensons que la documentation est nécessaire dès l'instant où l'on veut que la reproduction tienne lieu de l'original comme prévu à l'article 2841. al. 2 ; V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, préc., note 51, p. 290.

permettre de démontrer que le document source et le document résultant du transfert comportent la même information et que l'intégrité du document résultant du transfert est assurée. Ces deux conditions nous paraissent redondantes. Toutefois pour les expliquer il faut sans doute comprendre qu'elles correspondent à deux étapes différentes, la première au moment de la reproduction, la seconde durant le cycle de vie du document reproduit. Tout d'abord, les informations du document source et du document issu du transfert doivent être identiques. Ensuite, l'intégrité des informations du document résultant du transfert doit être assurée tout au long de son cycle de vie.

L'article 17 al.3 précise les mentions obligatoires que doit comporter la documentation. Non seulement il convient de préciser le format d'origine du document source, mais il faut aussi mentionner le procédé de transfert employé et préciser les « garanties qu'il est censé offrir, selon les indications fournies avec le produit, quant à la préservation de l'intégrité ». Ainsi, des auteurs avancent que « [c]ontrairement à ce que plusieurs prétendent, sans doute pour justifier l'anachronisme de conserver du papier, la « documentation » requise n'exige aucun processus complexe ou lourd administrativement. »<sup>548</sup>. Pour ces auteurs d'ailleurs « [...] dans plusieurs cas, dont celui de la numérisation, les métadonnées feront foi de « documentation ». Il suffira que ces dernières comportent le modèle du numériseur et que le manuel d'instructions de ce dernier soit conservé. »<sup>549</sup>. Un autre exemple de documentation peut être trouvé sur la plateforme Internet [www.lccjti.ca](http://www.lccjti.ca) où un formulaire de documentation est disponible:

« Il s'agit d'un formulaire dynamique, librement utilisable, au format .pdf, qui est à remplir grâce au logiciel «Adobe reader». Les formulaires qui se déclinent en fonction du type de transfert envisagé (impression, numérisation et changement de format logiciel) comportent chacun des champs obligatoires, conformes aux exigences de la Loi et d'autres facultatifs, qui permettent à notre avis d'accroître la fiabilité cette documentation. De plus, les formulaires disposent de champs d'aide et nous avons mis en place un tutoriel vidéo expliquant la marche à suivre lors d'un transfert. »<sup>550</sup>

---

<sup>548</sup> J.-F. DE RICO et D. JAAR, préc., note 303, p. 11.

<sup>549</sup> J.-F. DE RICO et D. JAAR, préc., note 303, p. 12.

<sup>550</sup> Valentin CALLIPEL et Gilles de SAINT-EXUPÉRY, « Le formulaire de documentation, une application pratique des recherches théoriques sur la LCCJTI », *Le monde juridique*, Vol. 20, num. 5,

Finalement on retiendra que la documentation mise en place semble pouvoir être proportionnelle aux moyens techniques et financiers des responsables du transfert du document ainsi qu'à l'enjeu juridique que ce dernier supporte. Ces différentes conditions ne paraissent pas différentes, dans leur principe, de celles qui étaient imposées dans la *Loi sur la preuve photographique* ou dans l'article 2841 du Code civil en 1994. Cette manipulation paraît toutefois beaucoup plus facile à mettre en œuvre malgré les conséquences juridiques importantes qu'elle peut entraîner puisque selon l'article 18 de la Loi, si ces conditions sont respectées, le document primitif, original peut être détruit et le document résultant du transfert tient légalement lieu d'original<sup>551</sup>.

Cette possibilité ouverte à tous de détruire le document original tout en reconnaissant aux documents reproduits la valeur d'original manifeste la consécration des reproductions à côté des originaux, et remet en cause la primauté de la règle de l'original. En effet, la fiabilité d'un « écrit » ne dépend plus vraiment de cette qualité mais se déplace vers la preuve de son authenticité, deuxième étape à respecter lors de la production en preuve<sup>552</sup>. Cette preuve d'authenticité sera appuyée de la certification et la déclaration annexe ou de la documentation.

## **2. Copie, transfert: critique de la distinction**

Il est difficile d'énoncer de manière certaine ce qui a pu conduire le législateur à distinguer ces manipulations, tant les motifs nous paraissent incertains<sup>553</sup>, et cela pour

---

2012, p. 14, disponible à :

<http://www.avocat.qc.ca/lemondejuridique/LMJ-20-5.pdf>, site visité le 2 août 2012.

<sup>551</sup> Art. 18 de la Loi : « Lorsque le document source est détruit, aucune règle de preuve ne peut être invoquée contre l'admissibilité d'un document résultant d'un transfert effectué et documenté conformément à l'article 17 et auquel est jointe la documentation qui y est prévue, pour le seul motif que le document n'est pas dans sa forme originale. ».

<sup>552</sup> En ce sens : *Tanguay c. Ordre des ingénieurs du Québec* 2006 QCCS 5296:

« [28] Or, en l'occurrence, le dossier informatique est de la nature d'un document dont l'intégrité est assurée: les données y sont entrées de façon systématique, au fur et à mesure et dans le cours normal des activités de l'ordre. Le support informatique vraisemblablement procure à l'information stabilité et pérennité.

[29] Ainsi, les données consignées acquièrent un caractère fiable ».

<sup>553</sup> V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, préc., note 51, p. 291; Dans le même sens A. GUILMAIN, préc., note

plusieurs raisons. Nous allons quand même tenter d'en rechercher les justifications.

La **première justification** qui pourrait expliquer cette dichotomie est énoncée par des auteurs :

« Selon nous, la raison d'être de cette distinction est que la reproduction d'un document technologique présente plus de variétés que celle des documents sur support papier. »<sup>554</sup>

Nous nous demandons cependant si la diversité des moyens de reproductions permise par les technologies justifie vraiment cette dichotomie. En effet, une brève analyse de l'histoire des moyens de reproduction dans l'univers papier nous permet de citer un nombre important de techniques différentes : la typographie, la lithographie, l'offset, l'héliogravure, la sérigraphie, la flexographie, la xérographie et maintenant l'impression digitale<sup>555</sup>. Il est vrai que le développement des moyens de reproduction et de communication est source de questionnement mais ces nouvelles techniques ne justifient pas pour autant une prise en compte spécifique de la loi, sauf pour assouplir l'admissibilité des reproductions du fait de la confiance grandissante qu'on leur portait et de leur fiabilité<sup>556</sup>. Par exemple, l'apparition de la copie carbone a posé la question du double créé pour l'occasion. Est-il un original ou une copie de celui-ci ? La réponse à cette question va différer selon les législations. Alors qu'en France, la jurisprudence a été réticente à la reconnaissance d'une telle copie à titre d'original<sup>557</sup>, les juges québécois ont reconnu le statut d'original à ce double<sup>558</sup> à tort selon un auteur pour qui « une copie demeure une copie, peu importe le moment où elle a été faite, le procédé

---

446, p. 15.

<sup>554</sup> V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, préc., note 51, p. 291.

<sup>555</sup> Roland CHABLOZ, « Historique et évolution des techniques d'impressions », disponible sur le site de l'école polytechnique fédérale de Lausanne, <http://reprographie.epfl.ch/conseils/print-evolution/index.htm>, site visité le 22 juin 2012.

<sup>556</sup> V. GAUTRAIS, préc., note 12, p. 55 : sur la preuve par télécopie.

<sup>557</sup> DALLOZ, *Répertoire de droit civil*, Tome 8, 2<sup>e</sup> éd., « Preuve », p. 27, n°196, cité par J.-C. ROYER et S. LAVALLÉE, préc., note 97, p. 231, par. 327 ; D. GOBERT et E. MONTERO, préc., note 36, p. 122.

<sup>558</sup> *Ouellet c. Leclerc*, J.E. 79-12 (C.S.), cité par J.-C. ROYER et S. LAVALLÉE, préc., note 97, p. 231, par. 327 ; *Boa c. Levac (Succession de)*, J.E. 92-1521 (C.S.), cité par C. MARSEILLE et R. LESCOP, préc., note 226, p. 25.

utilisé ou la fiabilité qu'on peut lui attribuer. »<sup>559</sup>

La **deuxième justification** à cette dichotomie serait la nécessité « d'associer un élément extérieur » au document technologique afin de rendre compte de la gestion qui en a été faite lors d'un transfert<sup>560</sup>. Cependant cet « élément extérieur », la documentation, comporte sensiblement les mêmes informations qu'une certification avec annexe faite dans le cadre d'une copie.

Une **autre justification** avancée serait que la reproduction par copie exige de maintenir à l'identique la forme que prend l'information, ce qui ne serait pas le cas dans le cadre d'un transfert, d'autant plus qu'un changement de technologie engendrerait plus facilement de telles modifications<sup>561</sup>. Ces modifications de forme justifieraient le besoin de mettre en place un processus distinct entre les deux modes de reproduction. Cependant, d'une part il n'est fait aucune référence au maintien de la forme d'un document dans le cadre d'une copie ou d'un transfert. D'autre part l'article 10 de la Loi dispose que des différences de formes entre deux exemplaires d'un même document n'entachent pas leur intégrité et qu'ils disposent de la même valeur juridique<sup>562</sup>. Ainsi selon cet article, une partie ne pourrait s'opposer à la production en preuve d'une reproduction qui tiendrait lieu d'original au seul motif que des modifications de formes entacheraient son intégrité<sup>563</sup>.

Enfin la **dernière justification** serait la perte d'information engendrée par un transfert

---

<sup>559</sup> C. MARSEILLE et R. LESCOP, préc., note 226, pp. 25-26.

<sup>560</sup> V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, préc., note 51, p. 292.

<sup>561</sup> A. GUILMAIN, préc., note 446, p. 13.

<sup>562</sup> Art. 10 de la Loi :

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

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

<sup>563</sup> Que ce soit une copie certifiée ou un transfert documenté.

qui viendrait porter atteinte à l'intégrité du document<sup>564</sup> :

« [...] le contenu informationnel de ce dernier sera par définition plus pauvre que celui du document technologique dont il est issu, puisque l'impression sur papier emporte la perte des éléments dynamiques du fichier dont il est issu et de toutes ses informations sous-jacentes («les métadonnées») »<sup>565</sup>.

Cette justification nous paraît être la plus pertinente. Nous releverons tout de même un problème : si il est indéniable qu'un transfert peut entraîner une perte d'informations importantes et que selon la Loi les garanties offertes pour le maintien de l'intégrité d'une copie<sup>566</sup> sont moins fortes<sup>567</sup> que dans le cadre d'un transfert<sup>568</sup>, nous avons remarqué que les processus à suivre pour conférer au document reproduit la valeur d'original sont sensiblement similaires dans les deux cas, copie et transfert. En effet la documentation ne nécessite pas forcément de mettre en place des procédures plus complexes ou rigoureuses qu'une certification avec annexe<sup>569</sup>.

À l'appui de ces tentatives de justifications il serait intéressant d'analyser la jurisprudence sur le sujet. Nous allons voir que celle-ci nous amène plutôt à conforter notre position critique sur la dichotomie instaurée par la Loi entre ces deux modes de reproduction et cela pour deux raisons. Nous verrons ainsi, comme l'explique le Professeur Vincent Gautrais, que si la jurisprudence met bien le doigt sur les problèmes, elle ne les résout pas.

En premier lieu on remarque que les quelques décisions ayant traité de transfert ne font

---

<sup>564</sup> D. JAAR et F. SENÉCAL, préc., note 515, p. 158.

<sup>565</sup> C. MARSEILLE et R. LESCOP, préc., note 226, p. 55, par. 72.

<sup>566</sup> Art. 15 al.1 de la Loi : « le procédé employé doit présenter des garanties suffisamment sérieuses pour établir le fait qu'elle comporte la même information que le document source ».

<sup>567</sup> En ce sens : M. Cliche : La Loi impose des « obligations de résultat aux gestionnaires et propriétaires et transporteurs de documents, tels que définis eu égard, par exemple, aux étapes lorsqu'on change de support et qu'on veut un original », dans Débats parlementaires, Projet de loi n°161 : Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, Assemblée Nationale du Québec, 2000-2001, disponible à : <http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/projets-loi/projet-loi-161-36-1.html>, site visité le 23 juillet 2012.

<sup>568</sup> Art. 17 al.2 de la Loi : « il doit pouvoir être démontré «que le document résultant du transfert comporte la même information que le document source [...] ».

<sup>569</sup> J.-F. DE RICO et D. JAAR, préc., note 303, p. 11.

pas référence à l'obligation de documentation. Nous relevons trois décisions dans lesquelles des écrits sont produits suite à un transfert, par impression d'un document technologique<sup>570</sup> ou par le changement de format logiciel d'un document<sup>571</sup>. Dans les trois cas une des parties s'oppose à la production en preuve de tel document qui ne respecte pas la règle de la meilleure preuve. En effet elle souhaite avoir accès au document dans son format d'origine pour pouvoir vérifier si des modifications y ont été apportées. Dans les trois affaires la Cour a refusé l'objection pour différents motifs et n'a jamais fait référence à la notion de transfert.

Si il est vrai que les argumentaires des parties qui soulevaient l'objection de l'atteinte à la règle de la meilleure n'était pas les mieux fondés, il ressort des faits en litige que les documents ne sont pas fournis avec la documentation ayant permis de les considérer comme des « copies qui tiennent lieu d'original ». De plus dans l'une des affaires on peut avancer que la reproduction en cause n'était pas intègre, en effet le document fourni en l'espèce est la reproduction au format PDF d'un échéancier de travaux créé grâce à un logiciel spécifique. Or le format PDF efface tout l'historique des modifications qui auraient pu être faite sur le document grâce au logiciel en question.<sup>572</sup>. On remarquera tout de même que dans la décision *Lefebvre Frères ltée c. Giraldeau* le juge prend en compte les circonstances dans lesquels a été créé le document<sup>573</sup>

En second lieu, on remarque que la distinction entre certains termes n'est pas claire dans l'esprit du juge et des parties et cela d'autant plus qu'il existe des incohérences dans les lois. En effet que ce soit dans la Loi, ou dans le Code de procédure civile il est souvent fait référence à la notion de copie pour parler d'une reproduction qui devrait être

---

<sup>570</sup> *Solmax-Textel Géosynthétiques inc. c. Solution Optimum inc.*, 2007 QCCS 4677; *Lefebvre Frères ltée c. Giraldeau*, 2009 QCCS 404.

<sup>571</sup> *Stadacona, s.e.c./Papier White Birch c. KSH Solutions inc.*, 2010 QCCS 2054.

<sup>572</sup> *Id.*

<sup>573</sup> « [82] En effet, MM. Giraldeau et Viau ont témoigné à l'effet qu'en 1995 et 1996, tous les membres de l'équipe de M. Giraldeau utilisaient ce type d'agenda électronique intitulé «Manage Pro» afin d'y inscrire leur emploi du temps. On y inscrit alors les dossiers et le temps consacré, le type d'activité, les rendez-vous médicaux personnels et les vacances. Le tout est révisé quotidiennement par M. Giraldeau afin de mieux connaître l'emploi du temps des membres de son équipe et alors déterminer si les efforts consacrés aux différents projets portent fruit.[...] » : in *Lefebvre Frères ltée c. Giraldeau*, 2009 QCCS 404.

qualifiée de transfert<sup>574</sup>. De plus, il arrive que le document fourni en preuve soit qualifié de document technologique alors qu'au sens strict du terme il s'agit d'un document papier issu du transfert d'un document originellement technologique<sup>575</sup>. Dans d'autres cas il est clair que le document est le transfert d'un original technologique sur support papier cependant il est fait référence à la notion de copie<sup>576</sup>. On relèvera pour l'exemple un extrait de la décision *Intercontinental Corporate Technology Services Ltd. c. Bombardier inc.* :

« [45] Les courriers électroniques produits ne sont pas des originaux au sens de l'article 2860 C.c.Q. puisqu'ils n'ont pas été certifiés selon les articles 12 et 16 de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information. »

Dans cette affaire les reproductions des courriels ne sont pas des copies qui devraient être certifiées mais des transferts qui auraient dû être documentés.

Pour conclure en accord avec Claude Marseille, il nous appert que la distinction entre les manipulations de copie et de transfert n'est pas aussi fondée que l'on pourrait le croire et vient compliquer la donne<sup>577</sup> :

« Pour une raison obscure à nos yeux, le législateur a choisi d'adopter des règles distinctes pour l'un et l'autre, ce qui ne manque pas de causer d'importants problèmes d'interprétation. »<sup>578</sup>

---

<sup>574</sup> À l'article 33 de la Loi il est fait référence à la présomption d'intégrité d'une copie en ces termes : « Une présomption d'intégrité d'un document d'une entreprise au sens du Code civil ou en possession de l'État existe en faveur d'un tiers qui en génère un exemplaire ou une copie à partir d'un système ou d'un document, y compris un logiciel, mis à sa disposition par l'un d'eux. ». [Nos soulignements]. Cependant il nous semble que le terme de copie tel qu'entendu dans cet article fasse aussi référence aux reproductions par transfert ; dans le même sens : Art. 82.1 C.p.c. qui parle de copie par télécopieur.

<sup>575</sup> Voir les jurisprudences citées à cet égard, *Supra*, p. 60.

<sup>576</sup> *Intercontinental Corporate Technology Services Ltd. c. Bombardier inc.*, 2008 QCCS 5086; *Lefebvre Frères ltée c. Giraldeau*, 2009 QCCS 404, par. 83; *Québec inc. c. Senécal*, 2010 QCCS 3308, par. 39; *R. c. Ladouceur*, 2003 CanLII 14163 (QCCQ), par. 39 (il s'agit en l'espèce d'une analyse fondée sur la *Loi sur la preuve au Canada*); *Solmax-Textel Géosynthétiques inc. c. Solution Optimum inc.*, 2007 QCCS 4677.

<sup>577</sup> C. VIAU et P.-A. RICHTER, préc., note 392, p. 45.

<sup>578</sup> C. MARSEILLE et R. LESCOP, préc., note 226, p. 31, par. 44.

Cette distinction soulève des problèmes d'interprétation<sup>579</sup>, d'application pratique et est difficilement justifiable<sup>580</sup>. Ainsi nous pensons que si une distinction entre deux modes de reproduction était nécessaire, celle-ci n'aurait pas dû se fonder sur un changement technologique mais sur les conséquences de la reproduction, à savoir la destruction du document original, à l'instar de l'article 20 de la Loi<sup>581</sup>. Dès lors, la nécessité d'encadrer plus rigoureusement l'opération de transfert aux conséquences juridiques importantes trouverait tout son sens et la difficulté de savoir s'il y a eu ou non changement de technologie serait écartée. D'ailleurs une application pratique de la distinction copie-transfert soulève certaines difficultés. En effet, qu'est-ce qu'un photocopie si ce n'est un double transfert ? Une photocopie n'est rien d'autre qu'un document scanné puis imprimé. Dans les deux cas pour effectuer ces reproductions le photocopieur ou le scanner numérise en format digital les informations pour ensuite les imprimer sur un nouveau support papier<sup>582</sup>.

Pour finir, si l'on comprend bien l'avantage que procure la possibilité de détruire un document papier suite à sa numérisation, on comprend moins bien pourquoi l'impression d'un document permette de détruire l'original technologique, surtout si cette impression a pour finalité sa production en preuve. Car si *a priori* la Loi le permet et si la jurisprudence ne semble pas très exigeante à ce sujet, comme nous l'avons vu, il nous semble pourtant que l'impression d'un document engendre plus de risque de perte d'information que la numérisation, surtout si il s'agit de logiciel de comptabilité ou

---

<sup>579</sup> P. TESSIER et M. DUPUIS, préc., note 223, p. 247 : en toute déférence il nous semble que la distinction soit mal définie dans le texte de ces auteurs; J.-C. ROYER et S. LAVALLÉE, préc., préc., note 97, p. 1173 : en l'espèce les auteurs déclarent que pour que l'impression d'un document technologique tienne lieu d'original celle-ci doit être certifiée alors qu'il nous semble qu'il s'agisse d'un transfert qui devrait être documenté; C. FABIEN, préc., note 220, p. 599 : « Selon l'interprétation retenue, le document papier est recevable pour faire preuve du document numérique, soit à titre de copie, soit à titre de document résultant d'un transfert, en vertu des articles 2841 et 2842 C.c.Q. ».

<sup>580</sup> De plus il existe une incohérence importante dans le Code civil quant au statut de ces deux modes de reproduction. Selon l'article 2841 al.2 C.c.Q., la copie certifiée et le document résultant du transfert documenté peuvent légalement tenir lieu du document reproduit. Par contre, l'article 2860 al.3 C.c.Q. ne fait que référence à la copie d'un document certifié. La seule explication possible semble être un oubli de la part du législateur.

<sup>581</sup> Art. 20 *in limine* : « Les documents dont la loi exige la conservation et qui ont fait l'objet d'un transfert peuvent être détruits et remplacés par les documents résultant du transfert. »

<sup>582</sup> D'ailleurs Pierre Trudel soulève la problématique de la mémoire des photocopieurs dans un article, P. TRUDEL, Radio-Canada, « Gare aux photocopieurs », 19 octobre 2010, disponible à <http://www.radio-canada.ca/nouvelles/National/2010/10/18/003-photocopieurs-vie-privée.shtml>, site visité le 5 décembre 2011.

d'échéancier par exemple, c'est à dire d'un document dynamique dont la représentation sur papier serait amputée d'un grand nombre d'informations.

Dès lors, si l'on comprend bien l'intérêt de la certification et de la documentation, on comprend moins bien pourquoi le législateur les a distingué, car ces deux mécanismes ont le même but et sont similaires en pratique. La documentation et la certification permettent d'expliquer les circonstances entourant la reproduction et de ce fait viennent compenser la perte de garantie qu'offrait le support papier. Seulement nous nous demandons si cela est suffisant.

Comme nous l'avons vu, dans plusieurs situations, la production d'une reproduction ne posera pas de problèmes car le risque d'atteinte à l'intégrité et l'authenticité du document n'est pas pertinent au litige. La documentation ou la certification du processus de reproduction sera présumée compenser cette atteinte.

Dans d'autres cas, cette présomption face à la documentation-certification devrait être remise en question comme nous avons pu l'illustrer avec les différentes jurisprudences. D'une part, car cela pose la question de la légitimité de la preuve à soit même<sup>583</sup>. D'autre part, dans certains cas il nous semble que la documentation- certification ne soit pas suffisante pour combler l'atteinte à l'intégrité du document. Il faudrait nécessairement avoir accès au document technologique, au minimum dans son format original et dans certains cas sur son support original<sup>584</sup>. En effet comme nous l'avons vu, le transfert du document vers une autre technologie peut engendrer une perte d'informations pertinentes au litige.

Pour résumer, la distinction copie-transfert se fonde sur le changement de technologie et a deux conséquences. La **première** est que le processus de reproduction, la certification dans le cas de la copie, sera en principe analysé par avec moins de rigueur que dans le

---

<sup>583</sup> En ce sens voir l'article de 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 », *RTDC*, Dalloz, 2007.

<sup>584</sup> *Cf., Supra* : en ce sens les différentes jurisprudences ou les documents en litige sont des calendriers d'échéancier.

cadre du transfert avec la documentation. Seulement les deux reproductions disposeront de la valeur probatoire de leur original. La **seconde** est que dans le cas du transfert documenté le document original pourra être détruit.

Seulement, en pratique, lorsqu'une partie souhaite produire en preuve une reproduction, peut importe souvent de savoir si nous sommes dans le cas d'une copie ou d'un transfert, ce qui est important c'est de savoir si la reproduction a engendré des pertes d'informations pertinentes au litige. Dès lors, que ce soit une copie ou un transfert qui soit produit en preuve, il faudrait toujours se demander, si la certification ou la documentation permettent de compenser la perte d'information encourue par la reproduction. Si la réponse est non, il faudrait reconnaître que la reproduction ne peut pas tenir lieu d'original et que seul l'accès au document dans son format d'origine sera pertinent.

### **3. Des copies originales: une remise en cause de la distinction « original » - « copie qui en tient lieu »?**

Nous clôturerons cette partie sur un questionnement en nous demandant s'il n'y a pas lieu de remettre en cause les appellations d'« original » et de « reproduction qui légalement en tient lieu ». Nous verrons qu'il existe des arguments juridiques et techniques en faveur de cette remise en cause.

D'un point de vue technique nous pouvons avancer plusieurs arguments pour remettre en cause cette distinction :

« However, for electronic documents, there are at least two problems with the quest for an original. [...] Second, and more important, electronic copies are usually bit-for-bit identical with an earlier version. There is no advantage in comparing an earlier to a later, as there is with a paper document, where alterations to the original are more readily detected than to a copy. »<sup>585</sup>

---

<sup>585</sup> J. D. GREGORY, préc., note 427, p. 68.

Dans le même sens :

« [...] le propre des technologies numériques, c'est de pouvoir générer à souhait des copies exactes de la série binaire qui contient les données brutes du document. [...] Cette multiplication de copies est en soi une grande source de protection. De tout temps, la copie a été employée comme mesure de protection et de sécurité. »<sup>586</sup>

Un auteur avance même que l'avantage des reproductions numériques est qu'elles diminuent considérablement l'intervention humaine et que les garanties qu'elles fournissent reposent désormais sur la mise en place de « garanties techniques »<sup>587</sup>. D'ailleurs la plupart des auteurs qui se sont penchés sur la problématique avancent tous dans la même direction et déclarent<sup>588</sup> :

« Une conséquence importante en est que les notions d'original et de copie n'ont plus lieu d'être. »<sup>589</sup>

Mais si la différence entre l'original et la copie est de plus en plus floue d'un point de vue technique, cette distinction ne doit pas être analysée de la même façon d'un point de vue juridique. En effet en droit ce n'est pas tant la distinction original-copie que l'on pourrait remettre en cause mais la distinction original-copie qui légalement tient lieu d'original. D'une part, car ces deux documents disposent de la même valeur probatoire et peuvent être utilisés aux mêmes fins. D'autre part, car dans certaines situations il est possible que l'original soit détruit. Ainsi il convient de se demander si dans ce dernier

---

<sup>586</sup> M. PHILLIPS, préc., note 51, p. 47.

<sup>587</sup> M. REULOS, préc., note 4, p. 321.

<sup>588</sup> V. GAUTRAIS, préc., note 57, pp. 132-133: [Sur l'original] « Cette notion est en effet totalement antinomique avec l'idée même de support informatisé. »; D. GOBERT et E. MONTERO, préc., note 36, p. 127 : « L'informatique se joue apparemment de la distinction original/ copie »; E. CAPRIOLI, préc., note 79, p. 73 : « En informatique il n'y a point d'original (sauf sur le système d'information utilisé) mais des copies. »; J. D. GREGORY, préc., note 427, p.68 : « However, for electronic documents, there are at least two problems with the quest for an original. First, it is hard to say which stock of electronic bits constitutes the original document. Such documents are often created on different computers, or transmitted from one to another in different manners at different stages of their preparation.[...]. » ; Eric KETELAAR, cité par Valérie AUCLAIR, « De nouveaux documents à archiver à l'ère électronique : le cas des courriels », EBSI, Université de Montréal, 2011, p.2 : « In a digital world an original no longer exists because, intrinsically, each recording or representation (on a medium, a screen or as a print-out) is a representation or reproduction made by the operating system and the application software. The copy permits a (re)construction of the original. ».

<sup>589</sup> M. VIDEAU, préc., note 67, p. 16.

cas le qualificatif de copie tenant légalement lieu d'original ne pourrait pas être remplacé par celui d'original : « On ne parle plus de l'original, mais « d'un original ». »<sup>590</sup>. D'ailleurs à cet effet nous citerons une décision des petites créances intéressante qui met le doigt sur la difficulté de qualifier correctement un document que l'on trouverait en deux exemplaires, un sur support papier et l'autre technologique<sup>591</sup>. En l'espèce, une partie demande que soit produit en preuve des coupons de caisse. L'autre partie déclare que :

« les coupons de caisse originaux, imprimés sur du papier thermique, deviennent illisibles rapidement et sont détruits après quelques semaines». [...] Cependant, l'employeur a déposé la réimpression de tous les coupons de caisse de remboursement du 3 janvier au 31 mars 2008 (la pièce E-26). [...] Bien que l'employeur reconnaisse qu'il ne s'agit pas des originaux, ni de photocopies d'originaux, il affirme qu'un coupon de caisse réimprimé est une «copie carbone» de l'original. ».

En premier lieu, l'impression est considérée comme l'original mais qu'en est-il de l'exemplaire technologique du document ? Il nous semble qu'il soit lui aussi un original. En second lieu, la partie qui produit en preuve des réimpressions des coupons les qualifie de « copie carbone », seulement il nous semble plutôt que ces documents sont des reproductions issues du transfert du document original technologique. Nous avons cité des extraits de la décision pour mettre en avant la difficulté à laquelle nous sommes confrontée pour qualifier un document d'original ou de copie dans un cas qui pourrait être fréquent, celui des tickets de caisse. A notre avis cette décision est révélatrice d'une conception ancrée dans l'esprit des gens : le document technologique n'est pas un original contrairement à sa matérialisation sur support papier. Cependant nous pensons que lorsqu'une facture est émise par l'intermédiaire d'un ordinateur qui en sauvegarde un exemplaire et en imprime un autre, on se retrouve en présence de deux documents originaux. Une situation pratique nous permettra d'appuyer cette idée. A la suite d'une réforme intervenue récemment dans le domaine de la restauration au Québec, on peut remarquer que sur la facture papier remise au client il est écrit « facture originale »,

---

<sup>590</sup> Y. BARREAU, préc., note 65, p. 6.

<sup>591</sup> *Kourie c. Produits Adonis inc.*, 2010 QCCRT 579 (CanLII).

cependant, un exemplaire technologique de celle-ci est aussi sauvegardé sur l'appareil pour qu'il soit transmis à Revenu Québec<sup>592</sup>. Dès lors on peut avancer que les deux documents, papier et technologique, sont simultanément des originaux et que en cas de réimpression d'un ticket de caisse par la suite, il serait considéré comme une reproduction par transfert, qui aura elle aussi la valeur d'original. Dans le même ordre d'idée, nous reprendrons un point soulevé par Claude Marseille<sup>593</sup>. Ce dernier s'interroge sur le document à produire en preuve dans le cas où une partie disposerait d'un document original (source première) et d'une reproduction qui légalement en tient lieu, que ce soit une copie certifiée ou un transfert documenté. Selon lui, dès l'instant où le Code reconnaît une valeur identique à ces documents, le document primitif n'est pas une meilleure preuve que les reproductions et la partie adverse ne pourrait s'opposer à la production de cette reproduction au motif qu'elle n'est pas l'original au sens de l'article 2860 C.c.Q.<sup>594</sup>.

Dès lors l'idée selon laquelle « les notions d'original et de copie n'ont plus lieu d'être » est à manipuler avec précaution car elle peut être mal interprétée, à l'instar de certains auteurs ou jurisprudence pour lesquels il n'existe pas d'original technologique :

« [I]l n'existe pas d'original à proprement parler d'un tel document, si ce n'est la première série binaire créée dans la mémoire vive de l'ordinateur, laquelle mémoire s'efface complètement dès lors que l'ordinateur est fermé. »<sup>595</sup>

« [10] Partant, le document produit par le policier enquêteur [sous forme papier] représente l'original car les données virtuelles n'ont pas d'existence matérielle. »<sup>596</sup>

Cette conception s'inscrit dans une logique « papier » et n'a plus lieu d'être dans le

---

<sup>592</sup> « L'addition, svp! », « Obligation de produire la facture au moyen d'un module d'enregistrement des ventes », 31 octobre 2011, disponible à : [http://www.revenuquebec.ca/fr/a-propos/evasion\\_fiscale/restauration/fac\\_mev.aspx](http://www.revenuquebec.ca/fr/a-propos/evasion_fiscale/restauration/fac_mev.aspx), site visité le 22 juillet 2012.

<sup>593</sup> C. MARSEILLE et R. LESCOP, préc., note 226, p. 38.

<sup>594</sup> La jurisprudence *Stadacona* va d'ailleurs dans ce sens ; *Stadacona, s.e.c./Papier White Birch c. KSH Solutions inc.*, 2010 QCCS 2054 (CanLII) ; J.-C. ROYER et S. LAVALLÉE, préc., note 97, p. 1174.

<sup>595</sup> M. PHILLIPS, préc., note 51, p. 65.

<sup>596</sup> *R. c. Ladouceur*, 2003 CanLII 14163 (QCCQ).

contexte probatoire technologique. En effet pour ces auteurs c'est la matérialisation de l'information sur le papier qui va donner à un document sa qualité d'original. Nous nous inscrivons en opposition avec cette appréciation et pensons au contraire, qu'il est nécessaire de reconnaître le statut d'original au document technologique. A ce propos on peut citer la décision *Stadacona, s.e.c./Papier White Birch c. KSH Solutions inc.* dans laquelle une partie demande l'accès à l'élément de preuve - écrit sur support technologique - dans son format d'origine et demande à pouvoir l'ouvrir à l'aide du logiciel employé pour mettre en place l'échéancier en litige. L'autre partie s'y oppose notamment parce que le logiciel est soumis à une licence (paragraphe 8 de la décision). La Cour a rejeté l'objection car les documents ont été fournis sous forme technologique en format PDF, ce qu'elle a considéré comme suffisant car la partie n'a pas relevé l'atteinte à l'intégrité de cette « copie conforme ». Dans un tel cas il nous semble clair qu'il y a une atteinte à l'intégrité du document lors de sa reproduction en format PDF ou sur support papier, car cela fige l'information et efface l'historique. En l'espèce, la Cour aurait dû autoriser la partie à avoir accès au document dans son format original ou demander que le transfert soit documenté. L'original technologique existe et dans certaines situations une reproduction de celui-ci peut entraîner une véritable atteinte à l'intégrité du document.

Par contre il est vrai qu'il est difficile de reconnaître à un document technologique le qualificatif d'original selon l'article 12 de la Loi, comme nous l'avons vu. Il est aussi vrai qu'il sera difficile de produire en preuve un original technologique devant la Cour car « le juge serait incapable de le lire »<sup>597</sup>. En effet il faudrait que celle-ci soit équipée pour le recevoir, ce qui n'est majoritairement pas le cas<sup>598</sup>. De plus il sera souvent difficile de déplacer le support originel sur lequel se trouve le document en litige<sup>599</sup>. Et si les cours étaient équipées d'ordinateur il se pourrait que bien souvent ces dernières ne disposent pas du logiciel approprié pour lire le document. Dans la majorité des cas le document qui sera remis à la Cour, sur un support technologique portatif ou sur support papier, devra alors être qualifié de copie ou de transfert selon la Loi.

---

<sup>597</sup> C. FABIEN, préc., note 220, pp. 596-597.

<sup>598</sup> *Id.*

<sup>599</sup> C. MARSEILLE et R. LESCOP, préc., note 226, pp. 43-44.

Dès lors, si la notion d'original a perdu de sa splendeur pour conférer au document écrit la fiabilité qu'il avait auparavant du fait de son support papier, nous venons de voir que dans certaines situations il sera précieux de pouvoir recourir au document technologique original (dans son format original). Si en pratique on se rend compte qu'il sera de plus en plus rare de fournir un document original technologique, ainsi qu'entendu à l'article 12 de la Loi, la qualification du document en tant que reproduction permettra que la condition d'authenticité garantisse la fiabilité de l'information portée par le document. Prenons l'exemple du courriel qui une fois envoyé sera accessible à l'émetteur et au récepteur. A priori il sera disponible en deux exemplaires technologiques originaux. Cependant son dépôt en preuve se fera le plus souvent par une reproduction, copie ou transfert en produisant en même temps une certification ou une documentation, qui sont des preuves d'authenticité.

Jusqu'à présent, l'original a été pensé par opposition aux copies qui peuvent en être faite. Dans un cadre général la copie est une reproduction de l'information portée par le support originel sur un nouveau support. La distinction est matérielle et s'établit par le support. Si les technologies de l'information nous obligent à revoir le fondement de cette dichotomie, il existe aussi des exemples où la distinction est problématique dans l'univers papier<sup>600</sup>. Il serait alors plus juste de parler d'information originale plutôt que de document original et cela nous permettrait de dépasser le débat « original-copie ». D'autant plus que comme nous l'avons vu le critère d'originalité ne prive pas de la nécessité d'apporter une preuve d'authenticité du document, c'est-à-dire du caractère « original » de l'information.

---

<sup>600</sup> *Matériaux J.C. Brunet (2000) inc. c. Marceau*, 9 janvier 2012, Cour du Québec, EYB 2012-201241: « [46] Afin de bien comprendre le fonctionnement de la facturation, Monsieur Therrien a expliqué les diverses copies accompagnant la facture originale et l'usage qu'en fait la demanderesse. [47] Il précise que chaque facture possède des copies de couleur différente. Ainsi, la copie blanche est la copie conservée par la demanderesse. La copie jaune est celle qui est utilisée afin de générer l'état de compte et qui est remise mensuellement au client. La copie rose constitue la preuve de livraison qui revient au bureau de la demanderesse. C'est sur cette copie que signe la personne qui reçoit les matériaux. Enfin, la copie bleue est celle laissée au chantier. ».

## **Conclusion de la seconde partie**

Le législateur québécois a pris en compte l'arrivée des technologies de l'information et a adapté le droit de la preuve en conséquence, notamment en définissant les qualités d'un original technologique et en assouplissant la règle de la meilleure preuve.

En premier lieu, le législateur a défini dans l'article 12 de la Loi les caractéristiques que doit remplir un document technologique pour être qualifié d'original, cependant nous avons vu qu'il n'est pas évident de mettre en place un tel document. Ce n'est pas pour autant que l'original technologique n'existe pas, en effet dans bien des cas il sera pertinent d'avoir accès au document technologique sous sa forme originale, c'est à dire sur son support d'origine ou a tout le moins dans son format d'origine, pour pouvoir vérifier si des modifications y ont été apportées.

En second lieu, le législateur a assoupli la règle de la meilleure preuve en ouvrant la porte aux reproductions qui peuvent tenir lieu d'original. De plus il a mis en place un nouveau mode de reproduction, le transfert, qui permet à un document de migrer de technologie tout en gardant sa valeur probatoire, sous certaines conditions. Seulement comme nous l'avons vu ces conditions ne sont pas souvent respectées en pratique.

Nous sommes encore au stade des balbutiements de l'intégration du document technologique dans le contexte probatoire et une meilleure appropriation de celui-ci par les différents acteurs du système permettra qu'une meilleure utilisation en soit faite.

## Conclusion générale

Dans la première partie de notre mémoire, nous avons recherché les différentes définitions de la notion d'original. Nous avons remarqué que lorsque l'on parle d'« original », il s'agit d'une commodité de langage pour parler de document original. Or, un document est constitué d'un support et d'une information, et le qualificatif d'original se rattache à ces deux attributs. En effet, la notion d'« original » recouvre un sens matériel, relatif au support : « [o]uvrage humain dont il est fait des reproductions »<sup>601</sup>. Elle recouvre aussi un sens substantiel, en référant aux qualités de l'information contenue dans le document : « [q]ui est véritablement de l'auteur auquel on l'attribue » et « [q]ui n'est pas altéré, dénaturé, imité. »<sup>602</sup>. Autrement dit, un document original est présumé comporter une information authentique et intègre.

Avec les caractéristiques du support papier, les sens matériels et substantiels se recoupaient. Le support technologique vient changer la donne en ne jouant plus le rôle de garantie assurant l'originalité de l'information. Cependant, le critère de l'originalité de l'information reste primordial car il dessert les fondements du droit de la preuve.

La notion d'original joue un rôle crucial en droit de la preuve car elle allie les fondements de ce droit : vérité et accessibilité. Cependant, comme nous l'avons vu précédemment, la vérité recherchée en droit civil est relative. D'ailleurs, le support papier joue un rôle de garantie quant à l'authenticité de l'information mais celle-ci n'est pas absolue, la fabrication de faux ou la falsification de documents papier étant tout à fait possible. Le système probatoire québécois en a tenu compte, la preuve par l'original ne cherche pas à apporter une vérité absolue mais la « meilleure preuve » possible. Dès lors, nous nous sommes demandé si la preuve du caractère original d'un document par son support ne pourrait pas être remplacée par une preuve d'authenticité de l'information. Seulement, le problème avec le critère d'authenticité est qu'il repose sur des critères plus subjectifs que la preuve par l'original. En effet, le juge ne pourra plus

---

<sup>601</sup> Grand Robert en ligne, «Original».

<sup>602</sup> Grand Robert en ligne: «authenticité».

se satisfaire de la simple production d'un document sur son support original, comme c'était le cas au temps du papier. Il va alors s'agir pour le juge de prendre en compte les circonstances entourant la reproduction. Dès lors cette preuve va exiger une gestion documentaire plus conséquente qui repose sur les épaules de la personne en charge de la reproduction.

Cependant, comme nous l'avons vu, la preuve civile est une question de balance des probabilités qui ne prône pas un absolu et le juge se suffira souvent de la preuve d'une gestion documentaire diligente, proportionnelle aux moyens techniques et financiers des parties. Il convenait alors de voir comment cette règle a été adaptée suite à l'adoption de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*.

Pour adapter la notion d'original au support technologique, la Loi a d'abord mis sur un pied d'égalité le document papier et le document technologique grâce au principe de l'équivalence fonctionnelle. Cette adaptation du système probatoire nous a obligé à préciser le sens de certaines notions importantes - fiabilité, authenticité et intégrité - car elles semblaient, en apparence, prendre un sens différent. Puis, nous nous sommes penché sur la définition d'original technologique donnée par la Loi et nous avons vu que celle-ci semble poser plus de problèmes qu'elle n'en résout. En effet, il paraît compliqué en pratique, d'arriver à respecter les critères permettant de reconnaître au document technologique la qualité d'original, car ceux-ci sont basés sur des exigences matérielles, qui se rapprochent des caractéristiques du support papier.

Le législateur nous a donné les moyens de contourner cette difficulté probatoire en reconnaissant, à certaines conditions, la caractéristique d'original à des reproductions. Avec toutefois une retenue, puisque les reproductions n'ont pas le qualificatif d'original mais de « copies qui tiennent lieu d'original ». Cependant, ces deux documents peuvent avoir la même valeur probatoire, et dans certains cas, il sera même possible de détruire le document original et de n'en conserver qu'une reproduction. Pour cela, la Loi et le Code civil exige que soit documenté ou certifié le processus de reproduction, en précisant qui en est l'auteur et quels moyens furent

employés. Les circonstances entourant la reproduction venant alors compenser la perte de garantie qu'offrait le support papier. Seulement, nous nous sommes demandé si cela était suffisant. Dans certaines situations, la production d'une reproduction ne posera pas de problèmes et la documentation-certification du processus de reproduction sera présumée compenser cette atteinte. Dans d'autres cas, cette présomption face à la documentation-certification devrait être remise en question.

Pour finir, nous avons exposé certains motifs qui nous ont poussé à remettre en question la distinction « original » - « copie qui en tient lieu ». Cela nous a permis de confirmer l'idée selon laquelle la preuve de l'authenticité du document technologique va gagner en importance face à la preuve de sa qualité d'original, tant que nous n'aurons pas trouvé de solutions techniques permettant de venir combler la perte de garantie qu'offrait le support papier.

## TABLE DE LA LÉGISLATION

### Textes fédéraux

*Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 Vict, c 3.

*Loi sur la preuve au Canada*, LRC 1985, c. C-5.

### Textes québécois

*Code civil du Bas-Canada*, C.c.B-C.

*Code civil du Québec*, LRQ, c. C-1991.

*Loi concernant le cadre des technologies de l'information*, L.Q., 2001, c. 32.

*Loi sur la Bibliothèque et Archives nationales du Québec*, LRQ, c. B-1.2.

*Loi sur la Preuve photographique de documents*, LRQ, c. P-22.

*Loi sur le cadastre*, LRQ, c. C-1.

*Loi sur le ministère de l'Immigration et des Communautés culturelles*, LRQ, c. M-16.1.

*Loi sur les bureaux de la publicité des droits*, LRQ, c. B-9.

### Textes français

*Code civil français*.

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

### Textes internationaux

*Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique*, Rés. AG 51/162, 1996.

*Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux*, 2005.

---

## TABLES DES JUGEMENTS

### Jurisprudence

*2622-7751 Québec inc. c. Transmission Bernard Lortie & Fils inc.*, 2007 QCCS 2071 (CanLII)  
*9129-8265 Québec inc. c. Ciment St-Laurent inc.*, 2006 QCCQ 10072 (CanLII)  
*Agropur Coopérative c. Cegerco Constructeur Inc.*, 2004 CanLII 40403 (QCCS)  
*Agropur Coopérative c. Cegerco constructeur Inc.*, 2005 CanLII 32078 (QCCS)  
*Air Club International Inc. c. Conquest Tours inc.*, REJB 1999-11784 (C.S.)  
*Asfab (1983) inc. c. La Garantie compagnie d'assurances de l'Amérique du Nord*, 2001 CanLII 15995 (QCCQ)  
*Automobiles Jalbert inc. c. BMW Canada inc.*, 2011 QCCS 2499 (CanLII)  
*Banque Canadienne Impériale de Commerce c. Laverdure*, [1979] C.P. 211  
*Banque Nationale du Canada c. Lumia*. 23 juillet 2008, Cour du Québec, EYB 2008-139223  
*Bellingham Trading Limited c. Metropolitan (M.T.L.) Fund Management Limited*, J.E. 2006-146, EYB 2005-97782 (C.S.)  
*Boa c. Levac (Succession de)*, J.E. 92-1521 (C.S.)  
*Bouchard c. Société industrielle de décolletage et d'outillage (SIDO) ltée*, 2007 QCCS 2272  
*Brien c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, 2004 CanLII 21555 (QCCQ)  
*Cadieux c. Service de gaz naturel Laval inc.*, 1991 - 3149 (QCCA)  
*Carr Steel Investments Ltd. c. Immogest Property Management Inc.*, 2012 QCCQ 4766 (CanLII),  
*Castor Holding Ltd. (Syndic de)*, 2008 QCCS 3437 (CanLII)  
*Centre commercial Lachute inc. c. Assaly*, [1984] R.D.J. 177 (C.A.)  
*Cintech Agroalimentaire, division inspection inc. c. Thibodeau*, 2008 QCCQ 6196  
*Citadelle, Cie d'assurance générale c. Montréal (Ville)*, 2005 CanLII 24709 (QCCS)  
*Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Compagnie d'arrimage de Québec ltée*, 2010 QCCQ 942  
*Corporation de financement commercial transamérique Canada c. Beaudoin*, 1995 CanLII 4880 (QCCA)  
*Coutu c. Morin*, 2002 CanLII 12930 (QCCQ)  
*Croustilles Yum Yum Enr. c. Intexvin Inc.*, 2004 QCCS 20457  
*Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 RCS 801  
*Desgagné-Bolduc c. Provigo Distribution inc.*, 2007 QCCS 3224 (CanLII)  
*Desrosiers c. Beaulne*, 2002 CanLII 26405 (QCCQ)  
*Développement Métro-Montréal Canada Corp. c. 9027-1586 Québec Inc.*, 2002 CanLII 37788 (QCCS)  
*Diatta c. Cohen*, 2012 QCCS 5424 (CanLII)  
*Di Marco c. Bradford*, 2003 CanLII 7414 (QCCQ)  
*Erez Sewing Machine Co. Ltd. c. Vêtement Super Vogue Inc.*, [1980] C.P. 157  
*F.H.c. McDougall*, 2008 CSC 53 (CanLII)  
*Ford c. Hopkins*, [1701] 1 SALK. 283 (K.B.)

*Gallant c. Les Habitations de Vaucrest Inc.*, [1980] R.P. 391 (C.S.)  
*Garage Pierre Allard Inc. c. Sous-ministre du revenu du Québec*, [1995] R.D.J. 453, 455, EYB 1995-64678.  
*Gatti c. Barbosa Rodrigues*, 16 décembre 2011, Cour supérieure, EYB 2011-199766  
*Gauthier c. Imbeault*, 2009 QCCQ 5886 (CanLII)  
*Gémika inc. c. Centre de la petite enfance Ste-Gertrude inc.*, 2005 CanLII 37516 (QCCS)  
*GMAC Location Ltée c. Cie. mutuelle d'assurance Wawanesa*, 2003 QCCQ 39453  
*Goffredo-Lobasso c. Goffredo* 1998 CanLII 12477 (QCCA)  
*Grynspan c. Creighton*, [1987] R.J.Q. 527, EYB 1987-62682 (C.A.)  
*Guilbault c. Pelletier*, 2006 QCCS 3616 (CanLII)  
*Hôtel Mortagne inc. c. Michaud*, 2010 QCCS 4831 (CanLII)  
*Iko Industries Ltd. c. Produits pour toitures Fransyl ltée*, 2007 QCCS 33 (CanLII)  
*ING Canada c. Corporation des camions et moteurs International Canada*, 2006 QCCS 3009 (CanLII)  
*Intercontinental Corporate Technology Services Ltd. c. Bombardier inc.*, 2008 QCCS 5086 (CanLII)  
*Isoré c. Vitess Canada inc.*, 2005 CanLII 45443 (QCCQ)  
*Kourie c. Produits Adonis inc.*, 2010 QCCRT 579 (CanLII)  
*Leblanc c. Pigeon*, 2009 QCCS 5715 (CanLII)  
*Lefebvre Frères ltée c. Giraldeau*, 2009 QCCS 404  
*Lévy c. Lévy*, 2012 QCCS 2408 (CanLII)  
*Mahé c. Martel*, 26 avril 2007, Cour supérieure, EYB 2007-118762  
*Masquerade Music Ltd. c. Springsteen*, [2001] EWCA Civ 563, [2001] C.P.L.R. 369  
*Matériaux J.C. Brunet (2000) inc. c. Marceau*, 9 janvier 2012, Cour du Québec, EYB 2012-201241  
*Mercier c. Cauchon*, 12 janvier 2012, Cour supérieure, EYB 2012-200832  
*MIUF – 3*, [1988] R.D.J. 425 (C.S.)  
*Myette (Succession de) c. 2786591 Canada inc./Franchises Multi-prêts*, 2011 QCCS 2286 (CanLII)  
*Nadeau c. Nadeau*, 2005 CanLII 24413 (QCCS)  
*NSK Container Services Limited c. Flexi-Van Leasing Inc.*, [1992] R.D.J. 288 (C.A.)  
*Ouellet c. Leclerc*, J.E. 79-12 (C.S.)  
*Pagé c. Beaudry*, [1977] C.S. 1103  
*Pouliot c. Gest Mag inc.*, 2009 QCCQ 1305 (CanLII)  
*Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Roy*, 2006 QCCQ 12957 (CanLII)  
*Québec inc. c. Sénécal*, 2010 QCCS 3308  
*R. c. Hawkins*, 28 novembre 1996, Cour suprême du Canada, EYB 1996-67709  
*R. c. Laberge*, [1994] R.J.Q. 1712, EYB 1994-73371 (C.Q.)  
*R. c. Ladouceur*, 2003 CanLII 14163 (QCCQ)  
*Radio communautaire de Senneterre Inc. c. Amextel (2000) Inc.*, 2004 CanLII 49425 (QCCQ)  
*Richard c. Gougoux*, 2009 QCCS 2301 (CanLII)  
*Robert c. Riberdy*, 2011 QCCQ 7065 (CanLII)  
*Rocheftort c. Poulin*, 2007 QCCQ 2157 (CanLII)  
*Roussel c. Desjardins Sécurité financière, compagnie d'assurance-vie*, 2012 QCCQ 3835 (CanLII)

*Smith (Succession de) c. Richardson*, 2006 QCCS 3428 (CanLII)  
*Société Angelo Colatosti inc. c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, 2007 QCCQ 8237 (CanLII)  
*Solmax-Texel Géosynthétiques inc. c. Solution Optimum inc.*, 2007 QCCS 4677 (CanLII)  
*St-Martin c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, 2002 CanLII 4912 (QCCQ)  
*Stadacona, s.e.c./Papier White Birch c. KSH Solutions inc.*, 2010 QCCS 2054 (CanLII)  
*Stefanovic c. ING Assurances inc.*, 2007 QCCQ 10363  
*Stikeman c. Danol Holdings inc.*, [1996] R.J.Q. 2489; J.E. 96-1358 (C.A.).  
*Tanguay c. Ordre des ingénieurs du Québec* 2006 QCCS 5296  
*T. B.-V., Re*, 2004 CanLII 17077 (QCCQ)  
*Tanguay c. Ordre des ingénieurs du Québec*, (C.S., 2006-10-18), 2006 QCCS 5296, SOQUIJ AZ-50398626, J.E. 2006-2277, [2006] R.R.A. 1051, EYB 2006-110482  
*Umbermens Mutual Casualty Company c. Asselin*, [1975] C.S. 1025.  
*Valley Paper LLC c. Simex Papier International Inc.*, 2004 CanLII 9120 (QCCQ)  
*Vandal c. Salvas*, 2005 QCCQ 40771  
*Veeravagh c. Yogalingam*, 2006 QCCQ 18139 (CanLII)  
*Woloshen c. Innou*, 2011 QCCQ 8730 (CanLII)

### Jurisprudence française :

Cass. Com., 2 décembre 1997, 95-14.251, Publié au bulletin.  
Cour d'appel de Paris, 2 Oct.1986 : BRDA 15 Nov. 1986, 13.

## BIBLIOGRAPHIE

### Monographies

- BART Jean, *Histoire du droit privé, de la chute de l'Empire romain au XIXème siècle*, 2e éd., Paris, Montchrestien, 2009.
- BENJAMIN Walter, *L'œuvre d'art à l'époque de sa reproductibilité technique*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Éditions Allia, 2003.
- BOILEAU Nicolas, *De l'Art poétique*, 1674.
- BONASSIES Pierre et Christian SCAPEL, *Droit maritime*, 2e éd., Paris, L.G.D.J., 2010.
- BOÛARD A. de, *Manuel de diplomatie française et pontificale*, l'acte privé, Paris, Édition Auguste Picard, 1948.
- CADIET Loïc, Jacques NORMAND, Soraya AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, PUF, 2010.
- CARBONNIER Jean, *Droit civil*, vol.1, Introduction, Paris, PUF, Quadrige, 2004.
- CARBONNIER Jean, *Essais sur les lois*, 2e éd., Paris, Ed. Defrénois, 1995.
- CASILLI Antonio, *Les liaisons numériques*, Paris, Seuil, 2010.
- DALBIGNAT-DEHARO Gaëlle, *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de l'Institut, 2004.
- DANTY, *Traité de la preuve par témoins en matière civile*, 6e éd., Paris, De Nully, Vincent, Despilly, 1769.
- DE BEAUMANOIR Philippe, *Coutume de Beauvoisis*, Paris, éd. A. Salmon, Picard, 2 vol., 1899.
- DOUEIHI Milad, *La grande conversion numérique*, Paris, Éditions du Seuil, 2008.
- DUCHARME Léo, *L'administration de la preuve*, 3e édition, Montréal, Wilson & Lafleur, 2001.
- DUCHARME Léo, *Précis de la preuve*, 6e édition, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005.
- DUNBERRY Eric, *La preuve et l'archivage des documents électroniques*, Montréal, Edition Wilson et Lafleur, 2000.
- FERAL-SCHUHL Christiane, *Cyberdroit le droit à l'épreuve de l'Internet*, Paris, Dalloz, 5ème édition, 2006.
- GARAPON Antoine, PAPADOPOULOS Ioannis, *Juger en Amérique et en France : culture juridique française et common law*, Paris, Odile Jacob éd., 2003.
- GAUTRAIS Vincent, *Le contrat électronique international*, Louvain la Neuve, Editions Bruylant, 2002.
- GAUTRAIS Vincent, *Neutralité technologique: rédaction et interprétation des lois face aux technologies*, Montréal, Éditions Thémis, 2012.
- GUTWIRTH Serge, «Composer avec du droit, des sciences et le mode technique: une exploration», *Les technologies de l'information au service des droits: opportunités, défis, limites*, Daniel LE MÉTAYER (éd.), *Cahiers du CRID* n°32, Bruylant, 2010.
- JOLY-PASSANT Elisabeth, *L'écrit confronté aux nouvelles technologies*, Paris, L.G.D.J., 2006.
- JOSSERAND, *Cours de droit civil français*, T.I n°166.
- KASIRER N. (dir.), *Le faux en droit privé*, Centre de recherche en droit privé et

- comparé du Québec, Montréal, Ed. Thémis, 2000.
- KATSH Ethan, *Law in a digital world*, New York, Oxford University Press, 1995.
- KEANE Adrian, *The modern law of evidence*, 6e édition, New York, Oxford University Press, 2006.
- KELADA Henri, *Notions et techniques de preuve civile*, Montréal, Wilson & Lafleur ltée, 1986.
- LABARTHE Françoise, *La notion de document contractuel*, Bibliothèque de droit privé, tome 241, Paris, L.G.D.J., 1994.
- LAGARDE Xavier, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, Bibliothèque de droit privé, Paris, L.G.D.J., 1994.
- LANGE Michele C.S., Kristin M. NIMSGER, *Electronic evidence and discovery: What every lawyer should know*, ABA Publishing, 2004.
- LANGELIER François, *De la preuve en matière civile et commerciale*, Montréal, C. Théoret éditeur, 1895.
- LEMESLE Bruno (dir.), *La preuve en justice. De l'antiquité à nos jours*, Rennes, Presse Universitaire de Rennes, 2003.
- LÉVY J.P. et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2e éd., Dalloz, Paris, 2010.
- LEVY-BRUHL Henri, *La preuve judiciaire*, Paris, Éd. Marcel Rivière et Cie, 1963.
- LOYSEL, *Institutes coutumières*, Paris, éd. Dupin et Laboulaye, 1846.
- MACKAAY Ejan et Stéphane ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, 2e éd., Montréal, Editions Thémis, Dalloz, 2008.
- MARSEILLE Claude, *La règle de la pertinence en droit de la preuve civile québécois*, Cowansville, Editions Yvon Blais, 2004.
- MASON Stephen, *Electronic signature in law*, London, Editions LexisNexis, 2003.
- MAUROIS André, *Un art de vivre*, Paris, Plon, 1939.
- MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Paris, Gallimard, 2005.
- MORNET Marie-Noëlle, *La vidéosurveillance et la preuve*, Presse universitaire d'Aix-Marseille, 2004.
- MOUSSERON Jean-Marc, *Technique contractuelle*, 4e éd., Paris, Editions Francis Lefebvre, 1988.
- MÜNCH André, *L'expertise en écritures et en signatures*, Québec, Septentrion, 2000.
- NADEAU et DUCHARME, «La preuve en matière civile et commerciale», Gérard TRUDEL (dir.), *Traité de droit civil du Québec*, t. IX, Montréal, Wilson et Lafleur, 1942.
- PARIS Thomas, *Le droit d'auteur: l'idéologie et le système*, Paris, PUF, 2002.
- PARISIEN Serge et Pierre TRUDEL, *L'identification et la certification dans le commerce électronique*, Cowansville, Editions Yvon Blais, 1996.
- PERELMAN Chaïm et Paul FORIERS (ss. dir.), *La preuve en droit*, «Travaux du Centre national de recherches de logique», Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1981.
- PERRIN Éric, *L'origine du parchemin et Le procès des notaires royaux*, Cheminements, 2002.
- PHILLIPS Mark, *La preuve électronique au Québec*, Montréal, LexisNexis, 2010.
- PUIGELIER Catherine (dir.), *La preuve*, Economica, 2004.
- Recueils de la société Jean BODIN*, Bruxelles, Imprimerie des travaux publics, Tome 17,18,19, 1963-1965.
- REMOND-GOUILLOUD Martine, *Droit maritime*, Paris, Éditions A. PEDONE, 2e

- édition, 1993.
- RENARD Isabelle, *Vive la signature électronique!*, Paris, Ed. Delmas, 2002.
- RIETSCH J.M., CHABIN A.M et Eric CAPRIOLI, *Dématérialisation et archivage électronique*, Paris, Ed. Dunod, 2006.
- ROUSSEAU Jean-Yves, Carol COUTURE, *Les fondements de la discipline archivistique*, Sainte-Foy, Presses de l'Université du Québec, 1994.
- ROYER Jean-Claude et Sophie LAVALLÉE, *La preuve civile*, Cowansville, Editions Yvon Blais, 2008.
- RUDE-ANTOINE Edwige (dir.), *Le procès enjeu de droit et de vérité*, Paris, PUF, 2007.
- STIEGLER Bernard, *Réenchanger le monde : la valeur esprit contre le populisme industriel*, Paris, Flammarion, 2006.
- STRONG John William (éditeur général), *McCormick on Evidence*, 4e éd., St-Paul, Minn., West Publishing Co., 1992.
- TERRÉ François, «Informatique et sociologie du droit», in *Droit et informatique, l'Hermine et la puce*, Pierre CATALA (dir.), Paris, Masson, 1992.
- TIMBAL P.C. et André CASTALDO, *Histoire des institutions publiques et des faits sociaux*, Paris, Dalloz, 1985.
- TRUDEL Pierre, LEFEBVRE Guy et PARISIEN Serge, *La preuve et la signature dans l'échange de documents informatisés au Québec*, Québec, Publications du Québec, 1993.

### **Thèses et mémoires**

- CAÏDI Stéphane, *La preuve et la conservation de l'écrit dans la société de l'information*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2002.
- DORION C.E., *De l'admissibilité de la preuve par témoins en droit civil*, Thèse de doctorat, Université Laval-Québec, Montréal, Whiteford et Théoret éd., 1894.
- GAUTRAIS V., *La formation et la preuve des contrats par télécopieur*, Mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1994.
- GAUTRAIS V., *L'encadrement juridique du contrat électronique international*, Thèse de doctorat, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1998, Tome 1.
- ROY J., *Prouver son droit: le geste, la parole et l'écrit d'après Philippe de Beaumanoir (c. 1250 - 1296)*, Mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1998.
- VERMEYS N., *Qualification et quantification de l'obligation de sécurité informationnelle dans la détermination de la faute civile*, Thèse de doctorat, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2009.

**Dictionnaires :**

ALLAND Denis et Stéphane RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003.

CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, 7<sup>ème</sup> éd., Paris, PUF, 2005.

GRAND ROBERT, en ligne.

REID Hubert, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 4e édition, Wilson & Lafleur, Montréal, 2010.

---

### Articles de revues et études d'ouvrages collectifs

- ABOUCAÏA Laurent, «Les évolutions du droit de la preuve: perspectives historiques», *RLDI* 1741, Août-septembre 2009.
- AMRANI-MEKKI Soraya, «L'impact des nouvelles technologies sur l'écrit et l'oral en procédure civile», dans Simone GABORIAU, Hélène PAULIAT (dir), Coll. Entretiens d'Aguesseau 7, *La parole, l'écrit et l'image en justice : quelle procédure au XXI<sup>e</sup> siècle*, PULIM, Limoge, 2011.
- AUCLAIR Valérie, De nouveau documents à archiver à l'ère électronique : le cas des courriels», Travail réalisé dans le cadre du cours SCI6112, Évaluation des archives, Montréal, Université de Montréal, École de bibliothéconomie et des sciences de l'information, 2011.
- AYEWOUADAN Akodah, «La preuve des actes juridiques sous le prisme des contrats électroniques», *RLDI* 1500, Janvier 2009.
- BARREAU Yvan, «L'écrit comme meilleure preuve : toujours une vérité à l'ère numérique?», Travail réalisé dans le cadre du cours SCI6112, Évaluation des archives, Montréal, Université de Montréal, École de bibliothéconomie et des sciences de l'information, 2011.
- BASTARACHE Michel, «L'avènement des dossiers électroniques à la Cour suprême du Canada», *Legal IT*, Éditions Yvon Blais, Montréal, 2007.
- BÉLANGER Marie-Ève, «Documents technologiques, copies et documents résultants d'un transfert», Fascicule 5, *JurisClasseur Québec – Preuve et prescription*, Montréal, LexisNexis Canada, 2008.
- BLANCHETTE Jean-François, «Modernité et intelligibilité du droit de la preuve français», *Communication Commerce électronique*, n°3, 2005, Etude 13.
- BUCKLAND Mickael, «What is a digital document?», *Journal of the American Society for Information Science* 48, no. 9 (Sept 1997): 804-809.
- CAÏDI Stéphane, «La preuve et la conservation de l'écrit dans la société de l'information», (2004) *Lex-Electronica*, vol.9, no.1.
- CALLIPEL Valentin et Gilles de SAINT-EXUPÉRY, «Le formulaire de documentation, une application pratique des recherches théoriques sur la LCCJTI», *Le monde juridique*, Vol. 20, num. 5, 2012, p. 14.
- CANIVET G., «Discours d'introduction au colloque Le droit des preuves au défi de la modernité», Paris, *La documentation française*, 2000.
- CAPRIOLI Eric A., «Archivage électronique et nouvelle loi sur la prescription en matière civile», *JURISCLASSEUR* - Décembre 2008.
- CAPRIOLI Eric A., «L'archivage électronique», *JCP*. Edition générale n°38, 14 Septembre 2009, 251.
- CAPRIOLI Eric A., «Notification et copie électronique : de la confusion judiciaire des genres», *Communication Commerce électronique* n° 2, Février 2009, comm. 19.
- CAPRIOLI Eric A., «Traçabilité et droit de la preuve électronique», *Droit & Patrimoine*, n° 93, mai 2001, p. 68-75.
- CAPRIOLI Eric, «Écrit et preuve électronique dans la loi n°2000-230 du 13 mars 2000», *JCP*, 2000, éd. E., n°2, LexisNexis JurisClasseur.
- CATALA Pierre et Pierre-Yves GAUTHIER, «L'audace technologique à la Cour de cassation: vers la libéralisation de la preuve contractuelle», *JCP*, 1998, éd. E, LexisNexis JurisClasseur.

- CATALA Pierre, «Écriture électronique et actes juridiques», in *Mélanges Michel Cabrillac*, Paris, Litec, 1999.
- Commentaires du ministre de la justice, *Code civil du praticien*, Éditions Dafco, 1995.
- DE RICO Jean-François 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, Droit civil en ligne (DCL), EYB2008DEV1511.
- DERIEUX Emmanuel, « Aspect éthico-juridiques des nouvelles technologies d'information et de communication », *RLDI*, Paris, 2694, n°80, mars 2012.
- DORSINFANG-SMETS Annie, «Réflexions sur les modes de preuve dans l'action judiciaire des sociétés dites primitives», dans *Recueils de la société Jean BODIN*, Bruxelles, Imprimerie des travaux publics, Tome 18, 1963-1965.
- DROSS William, «L'encadrement des technologies par le droit: nécessité et source de changement», (2004) 106 *R. du N.*
- DUCHARME Léo, «La règle de la meilleure preuve», *Les Cahiers de droit*, vol. 5, n° 1, 1962, p. 25-37.
- DUNBERRY Eric, «L'archivage des documents électroniques», dans V. GAUTRAIS (dir.), *Droit du commerce électronique*, Montréal, Éditions Thémis, 2002.
- FABIEN Claude, «L'impact des technologies de l'information sur le système de preuve de droit civil québécois», *R. du N.*, Vol. 106, décembre 2004.
- FABIEN Claude, «La preuve par document technologique», (2004) 38 *R.J.T.* 533.
- FABIEN Claude, «Le oui-dire revisité», mémoire présenté à l'Assemblée nationale, 2011.
- FERRARI Vincenzo et Edwige RUDE-ANTOINE, «Synthèse et conclusions», Edwige RUDE-ANTOINE (dir.), *Le procès enjeu de droit et de vérité*, PUF, 2007.
- FONTAINE Marcel, La preuve, «La preuve des actes juridiques et des techniques nouvelles», Colloque UCL, 1987.
- FONTAINE Michel, «Technologies de l'information au québec : une technique législative inappropriée», *Mélanges Ernest Caparros*, J. BEAULNE (dir.), Collection Bleue, Wilson & Lafleur Ltée, Montréal, 2002.
- FORIERS Paul, «Introduction au droit de la preuve», dans Chaïm PERELMAN et Paul FORIERS (ss. dir.), *La preuve en droit*, «Travaux du Centre national de recherches de logique», Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1981.
- FREY V., «La préservation de l'authenticité dans un environnement numérique», *Documentation & Bibliothèques*, 55, n° 3, 2009.
- GAGNÉ Michel, «La preuve dans un contexte électronique», dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'Internet*, vol. 160, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001.
- GAUTIER P.-Y. et X. LINANT de BELLEFONDS, «De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent», *JCP* éd. G 2000, I, n°236, v. n°31.
- GAUTIER Pierre-Yves, «Le bouleversement du droit de la preuve : vers un mode alternatif de conclusion des conventions», *Petites affiches*, 05 mai 2000 n° 90.
- GAUTRAIS V., «Les Principes d'UNIDROIT face au contrat électronique» (2002) 36 *R.J.T.* 481 – 517.
- GAUTRAIS V., «Libres propos sur le droit des affaires électroniques», *Lex Electronica*, vol.10 n°3, Hiver/Winter 2006.
- GAUTRAIS V., «Libres propos sur le droit des affaires électroniques», *Legal IT*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2007.

- GAUTRAIS V., «Réécrire l'écrit», dans Sylvette GUILLEMARD (dir.), *Mélanges en l'honneur du professeur Prujiner*, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2011.
- GAUTRAIS Vincent et Patrick GINGRAS, «La preuve des documents technologiques», *Les cahiers de propriété intellectuelle*, Éditions Yvon Blais, Vol. 22, Num. 2, Mai 2010.
- GAUTRAIS Vincent, «Le contrat électronique au regard de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information», dans Vincent GAUTRAIS (dir.), *Droit du commerce électronique*, Edition Thémis, Montréal, 2002.
- GAUTRAIS Vincent, Karim BENYEKHEF et Pierre TRUDEL, «Les limites apprivoisées de l'arbitrage cybernétique : l'analyse de ces questions à travers l'exemple du cybertribunal», 1999, 33 *R.J.T.* 537 – 587.
- GOBERT Didier et Etienne MONTERO, «L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique», *Journal des Tribunaux*, 6000e, 17 février 2001.
- GREGORY John D., «The legal framework for electronic communications in the common law provinces», *Legal IT*, Yvon Blais, Cowansville, 2007.
- GUILMAIN Antoine, «La règle de la meilleure preuve à l'aune de la distinction copie-transfert», *Lex Electronica*, vol.16 no2 (Hiver 2012).
- JAAR Dominic et François SENÉCAL, «L'administration de la preuve électronique au Québec?», dans *Développements récents et tendances en procédure civile*, Formation continue du Barreau du Québec, vol. 320, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2010.
- LALLICH-BOIDIN G., J.P. METZGER et F. SEDES, «Le temps dans le cycle de vie du document numérique», in *Le numérique : impact sur le cycle de vie du document*, 13-15 octobre 2004, Montréal, sous la dir. de Réjean SAVARD, 4-16, Lyon, École nationale supérieure des sciences de l'information et des bibliothèques.
- LAMBERTERIE Isabelle de, «Préconstitution des preuves, présomptions et fictions», *Sécurité juridique et sécurité technique: indépendance ou métissage*, Conférence organisée par le Programme international de coopération scientifique (CRDP/CECOJI), Montréal, 30 septembre 2003.
- LAMBERTERIE Isabelle de, «Les actes authentiques électroniques, Réflexion juridique prospective», *La documentation Française*, Paris, 2002.
- LANGÉVIN Louise, Nathalie VÉZINA, «Le contrat», *Obligations et contrats*, Collection de droit 2009-2010, École du Barreau du Québec, vol. 5, 2009.
- LARRIEU Jacques, «Les nouveaux moyens de preuve: pour ou contre l'identification des documents informatiques à des écrits sous seing privés ? Contribution à l'étude des notions d'écriture et de signature, 1ere partie.», *Cahier Lamy droit de l'informatique*, 1988, Fascicule H.
- LEVY J.P., «Les classifications des preuves dans l'histoire du droit», *La preuve en droit*, Chaïm PERELMAN et Paul FORIERS (ss. dir.), Bruylant, 1981.
- LÉVY Jean-Philippe, «L'évolution de la preuve, des origines à nos jours», dans *Recueils de la société Jean BODIN*, Bruxelles, Imprimerie des travaux publics, Tome 18, 1963-1965.
- LEVY-BRUHL H., «La preuve judiciaire chez les "primitifs"», dans *Recueils de la société Jean BODIN*, Bruxelles, Imprimerie des travaux publics, Tome 18, 1963-1965.
- LINANT DE BELLEFONDS Xavier, «L'internet et la preuve des actes juridiques», *Expertises*, juin-juillet 1997.

- LOUIS-LUCAS P., «Vérité matérielle et vérité juridique», *Mélanges Savatier*, Paris, Dalloz, 1965.
- MARSEILLE Claude et Raphaël LESCOP, «Règle de nécessité de l'original», dans *Preuve et prescription*, JurisClasseur Québec, Montréal, LexisNexis, 2008.
- MORISSETTE Yves-Marie, «L'influence du droit français sur le droit de la preuve du Québec», GLENN Patrick H. (Dir.), *Droit québécois et droit français: communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993.
- MOULY-GUILLEMAUD Clémence, «La sentence « nul ne peut se constituer de preuve à soi-même » ou le droit de la preuve à l'épreuve de l'unilatéralisme», *RTDC*, Dalloz, 2007.
- NAVARRO Jean-Louis, «L'impact de l'écrit électronique sur le droit de la preuve français», 2004 *R. de N.* (106).
- PATENAUDE Pierre, «Les nouveaux moyens de reproduction et le droit de la preuve», (1986) 46 *R. du B.* 773.
- PATENAUDE Pierre, «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.
- PENNEAU Anne, «Rapport de droit français», «Supplément signature électronique», *RLDI*, Août-septembre 2009.
- PIETTE-COUDOL Thierry, «Rematéralisation de l'écrit électronique et administration de la preuve», *RLDI* 1763, Octobre 2009.
- PORCIN Adrienne, «Le droit botté», *Les Cahiers de Propriété Intellectuelle*, vol. 22, n. 1, 2010.
- PROULX Jeanne, «Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, Quelques constats», Notes pour l'allocution faite à l'Université de Montréal, 27 septembre 2001.
- PRŪM André, «L'acte sous seing privé électronique : réflexions sur une démarche de reconnaissance», *Mélanges M. Cabrillac*, Editions Dalloz, Paris, 1999.
- REULOS Michel, «Le droit de la preuve et les techniques modernes d'établissement, de reproduction et de diffusion des documents», Recueils de la société Jean BODIN, *La preuve*, Tome 19, Bruxelles, 1963-1965.
- REYNOLDS Stéphane, Jean-Philippe SANCHE, «Chronique - Analyse des articles 94.1 et 403 C.p.c. : des articles semblables mais pourtant si différents!», *Repères*, Janvier 2009.
- RICHTER Christopher et Pierre-Alexandre VIAU, «Les règles de preuve s'appliquant à la documentation électronique et aux technologies de l'information», dans *Congrès annuel du Barreau du Québec* (2007), Montréal, Barreau du Québec.
- ROCHFELD Judith, «Propos conclusifs: la croyance en demi-teinte», *RLDI*, Aout-sept. 2009.
- SALAÜN Jean-Michel, «Les trois dimensions de l'économie du document», *Documentaliste, sciences de l'information*, 48, n°3 : 24-27, 2011.
- SCHWERER François, «Réflexions sur la preuve et la signature dans le commerce électronique», *CCC jurisclasseur*, 2000, n°12.
- TESSIER Pierre, Monique DUPUIS, «Les qualités et les moyens de preuve - L'écrit», *Preuve et procédure*, Collection de droit 2009-2010, École du Barreau du Québec, vol. 2, 2009.

- TESSIER Pierre et DUPUIS Monique, *Les objections, Collection de droit 2001-2002*, École de formation professionnelle du Barreau du Québec, vol. 2, *Preuve et Procédure*, Édition Yvon Blais, Cowansville, chap. IV.
- TRUDEL Pierre, «Notions nouvelles pour encadrer l'information à l'ère numérique : l'approche de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information», (2004) *R. du N.* 106.
- VERMEYS Nicolas et Karim BENYEKHFLEF, «Premiers éléments d'une méthodologie de réformation des processus judiciaires par la technologie», dans Daniel LE MÉTAYER (dir.), *Les technologies de l'information au service des droits : opportunités, défis, limites*, Bruxelles, Bruylant, 2010.
- VIDEAU Marion, «Aspects techniques de la preuve littérale reposant sur l'écrit électronique», *RLDI*, septembre 2009.
- YANTE J.M., *La problématique de base des archives électroniques. In : Les archives électroniques. Quels défis pour l'avenir*, Véronique FILLIEUX et Évelyne VANDEVOORDE (dir.), 23-36. Louvain-la-Neuve : Archives de l'Université catholique de Louvain, 2004.
- ZOIA Michel, «La notion de consentement à l'épreuve de l'électronique», *La Gazette du Palais*, Publié le 15/07/2001, Numéro 196.

### **Conférences :**

- MARSEILLE Claude, «L'original technologique», *Droit civil + technologie*, Montréal, 2010, disponible à : <http://www.gautrais.com/Videos-mp3>, site visité le 31 juillet 2012.
- SERRES Michel, «Les nouvelles technologies : révolution culturelle et cognitive», conférence en ligne, Interstices, 2007, disponible à : <http://lccjti.ca/doctrine/serres-michel-les-nouvelles-technologies-revolution-culturelle-et-cognitive/>, site visité le 2 août 2012.

### **Sites Internets :**

- BARREAU DU QUÉBEC, «Mémoire sur la loi sur la normalisation juridique des technologies de l'information», Montréal, Le Barreau, 2000, disponible à : [«www.barreau.qc.ca/pdf/medias/positions/.../200008-normalisationtic.pdf»](http://www.barreau.qc.ca/pdf/medias/positions/.../200008-normalisationtic.pdf), site visité le 30 mai 2011.
- ARS INDUSTRIALIS, «Hypomnémata», disponible à : <http://arsindustrialis.org/hypomn%C3%A9mata>, site visité le 11 décembre 2011.
- CHABLOZ Roland, «Historique et évolution des techniques d'impressions», disponible sur le site de l'école polytechnique fédérale de Lausanne, <http://reprographie.epfl.ch/conseils/print-evolution/index.htm>, site visité le 22 juin 2012.
- DÉBATS PARLEMENTAIRES, *Projet de loi n°161 : Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, Assemblée Nationale du Québec, 2000-2001, disponible à :

- <http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/projets-loi/projet-loi-161-36-1.html>, site visité le 23 juillet 2012.
- LCCJTI.CA, «Faq», disponible à : [www.lccjti.ca/faq](http://www.lccjti.ca/faq), site visité le 31 juillet 2012.
- LE FORUM DES DROITS SUR L'INTERNET, *Recommandation: la conservation électronique des documents* (Ressource électronique), 2005 , disponible à : <http://www.foruminternet.org/institution/espace-presse/communiques-de-presse/conservation-electronique-des-documents-le-forum-des-droits-sur-l-internet-publie-sa-recommandation.html>, site visité le 31 juillet 2012.
- PAULIAC Lucien, «Les archives face au droit de la preuve», Association preuve & archivage, disponible à : [http://www.megapreuve.org/crbst\\_4.html](http://www.megapreuve.org/crbst_4.html), site visité le 31 juillet 2012.
- RAYNOUARD Arnaud et Lucien PAULIAC, «De «tiers archiveur» à témoin gênant», *Le Figaro*, 28 juin 2005, disponible à : [megapreuve.com](http://www.megapreuve.com), site visité le 31 juillet 2012.
- RENARD Isabelle, «L'original est mort, vive la trace numérique!», disponible à : [http://www.journaldunet.com/solutions/0302/030227\\_juridique.shtml](http://www.journaldunet.com/solutions/0302/030227_juridique.shtml), site visité le 31 juillet 2012.
- REVENU QUÉBEC, «L'addition, svp!», «Obligation de produire la facture au moyen d'un module d'enregistrement des ventes», 31 octobre 2011, disponible à : [http://www.revenuquebec.ca/fr/a-propos/evasion\\_fiscale/restauration/fac\\_mev.aspx](http://www.revenuquebec.ca/fr/a-propos/evasion_fiscale/restauration/fac_mev.aspx), site visité le 22 juillet 2012.
- STIEGLER Bernard, «Entretien avec... Bernard Stiegler», par Ivana BALLARINI-SANTONOCITO et Alexandre SERRES, disponible à <http://www.fadben.asso.fr/Entretien-avec-Bernard-Stiegler.html>, site visité le 13 août 2012.
- TRUDEL Pierre, Daniel POULIN, France ABRAN et al., «La loi en ligne: La Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information», ressource en ligne, 2001, «Support», disponible à : <http://www.tresor.gouv.qc.ca/ressources-informationnelles/gouvernance-et-gestion-des-ressources-informationnelles/loi-concernant-le-cadre-juridique-des-technologies-de-linformation/>, site visité le 2 août 2012.
- TRUDEL Pierre, Radio-Canada, «Gare aux photocopieurs», 19 octobre 2010, disponible à : <http://www.radio-canada.ca/nouvelles/National/2010/10/18/003-photocopieurs-vie-privee.shtml>, site visité le 5 décembre 2011.
- WIKIPÉDIA, «fonction de hachage», disponible à : [http://fr.wikipedia.org/wiki/Fonction\\_de\\_hachage](http://fr.wikipedia.org/wiki/Fonction_de_hachage), site visité le 31 juillet 2012.
- WIKIPEDIA, «Hardware», disponible à : <http://en.wikipedia.org/wiki/Hardware>, site visité le 21 juillet 2012.
- WIKIPEDIA, «Software», disponible à : <http://en.wikipedia.org/wiki/Software>, site visité le 21 juillet 2012.