

Étude juridique sur la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* (RLRQ c C-1.1) – Mandat du ministère de la Justice du Québec

**Version finale
(31 juillet 2020)**

par

Vincent Gautrais*

* Vincent Gautrais est professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, directeur du CRDP, titulaire de la Chaire LR Wilson en droit du commerce électronique. www.gautrais.com; vincent.gautrais@umontreal.ca; @gautrais. Cette étude a été facilitée grâce au support et aux recherches de Me Kenza Sassi (avocate – étudiante au Doctorat – Faculté de droit de l'UdeM – Centre de recherche en droit prospectif (CRDP)). Également, nous remercions les juristes du ministère de la Justice du Québec (Me Patrick Gingras, Me Marilène Gallien (MJQ), Me Soleïca Monnier) pour leurs commentaires apportés à la présente étude.

MISE EN GARDE

Ce document fait suite à une étude intermédiaire (voir l'annexe 4) déposée à l'été 2019. Ces travaux ont donné lieu à des consultations élargies auprès de la communauté. Ceci étant dit, les propos contenus dans cette étude ne représentent que la seule position de l'auteur et aucunement ceux des personnes consultées. D'aucune manière, cette étude ne lie le ministère de la Justice du Québec qui a financé ce projet.



TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE EXÉCUTIF	5
1 – MISE EN CONTEXTE	8
1.1 – Mise en contexte du mandat	8
1.2 – Mise en contexte de la LCCJTI	9
2 – CONSULTATIONS	9
2.1 – Présentation des consultations opérées entre juillet et novembre 2019	10
2.1.1 – Généralités autour de la consultation	10
2.1.1.1 – Rencontres publiques	11
2.1.1.2 – Consultations ciblées du monde judiciaire	11
2.1.1.3 – Sondage	11
2.1.2 – Généralités quantitatives de la consultation	12
2.2 – Apprentissages des consultations	12
2.2.1 – Difficultés associées à la LCCJTI	13
2.2.1.1 – Ampleur des réactions	13
2.2.1.2 – Difficile intégration de la LCCJTI	13
2.2.1.3 – Difficultés de forme	14
2.2.1.4 – Difficultés de fond	15
2.2.2 – Qualités de la LCCJTI	16
2.2.3 – Qualités que l’on souhaiterait voir associer à la LCCJTI	19
2.2.3.1 – Meilleure intégration avec les autres textes	20
2.2.3.1.1 – Harmonisation interne	20
2.2.3.1.2 – Harmonisation avec le Canada et l’étranger	21
2.2.3.2 – Intervention maintenue de l’État	22
2.2.3.2.1 – État et institution	22
2.2.3.2.2 – État et normes techniques	23
2.2.3.3 – Confiance aux juges	23
2.2.3.4 – Densifier l’identification des normes techniques	25
3 – ANALYSE	26
3.1 – Critères à prendre en compte pour envisager une réforme de la LCCJTI	26
3.1.1 – Conséquences des changements de loi	26
3.1.1.1 – Évaluer les risques de la tentation de changement	26
3.1.1.2 – Évaluer si la LCCJTI est en mesure d’intégrer la réalité de 2020	27
3.1.1.3 – Assurer une adhésion de la communauté	29
3.1.2 – Meilleur arrimage entre le droit de la preuve et le droit des technologies	30
3.1.2.1 – Meilleure intégration formelle de la LCCJTI	30
3.1.2.2 – Meilleure intégration des principes substantiels de la LCCJTI	32
3.1.3 – Meilleur arrimage entre le droit de la procédure et le droit des technologies	33
3.2 – État de la mise à jour de la LCCJTI	33

3.2.1 – Dispositions à modifier	33
3.2.1.1 – Article 1 et la notion de technologie	33
3.2.1.2 – Article 1 et technologie magnétique	36
3.2.1.3 – Article 5 et la notion de valeur juridique	38
3.2.1.4 – Article 5 al. 3	40
3.2.1.4.1 – Problèmes de fond	41
3.2.1.4.2 – Problèmes de forme	43
3.2.1.5 – Article 6 et conjugaison	43
3.2.1.6 – Article 7	44
3.2.1.6.1 – Article 7 à proprement parler	44
3.2.1.6.2 – Article 7 et son influence sur 262 CPC	49
3.2.1.7 – Article 9	52
3.2.1.8 – Article 12	53
3.2.1.8.1 – Incongruité factuelle et nécessité légale	53
3.2.1.8.2 – Simplification de l’approche fonctionnelle	59
3.2.1.9 – Article 43 al. 2 LCCJTI	62
3.2.2 – Dispositions discutées à maintenir	64
3.2.2.1 – Articles 2 et 29	64
3.2.2.2 – Articles 15 et 17	70
3.2.2.2.1 – Distinction justifiée	70
3.2.2.2.2 – Distinction source à malaise	72
3.2.2.2.3 – Distinction à consolider en fonction de la fonction	74
3.2.2.3 – Articles 8 et 63	78
3.2.2.3.1 – Généralités sur le rôle de l’État	78
3.2.2.3.2 – pertinence du comité d’harmonisation	81
3.2.2.4 – Notion d’écrit et sa concordance internationale	83
3.2.3 – Dispositions à intégrer	85
3.2.3.1 – Ajout de dispositions sur le processus probatoire	85
3.2.3.1.1 – Généralités sur la preuve	85
3.2.3.1.2 – Recevabilité et force probante	87
3.2.3.2 – Présomption et services de confiance	90
3.2.3.2.1 – Présomptions existantes	90
3.2.3.2.2 – Présomptions à ajouter	91
3.2.4 – Dispositions à repenser	93
3.2.4.1 – Dispositions sur la responsabilité des intermédiaires techniques	93
3.2.4.2 – Dispositions sur la protection des renseignements personnels	93
3.2.4.3 – Dispositions sur les principes fondateurs du droit de la preuve	94
3.2.4.3.1 – Règle de la meilleure preuve	94
3.2.4.3.2 – Prohibition du oui-dire	95
4 – PROPOSITIONS	96
ANNEXE 1 – Impacts des propositions sur le CCQ (version 1)	100
ANNEXE 2 – Impacts des propositions sur le CCQ (version 2)	103
ANNEXE 3 – Impacts des propositions sur la LCCJTI / CCQ	105
ANNEXE 4 – Étude préliminaire	1

Objectifs. La présente étude vise à évaluer si la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* (RLRQ c. C-1.1) (ci-après « LCCJTI »), près de 20 ans après son adoption, est en mesure de gérer tant la réalité juridique que technologique dont nous disposons désormais. Plus exactement, si nous avons montré dans l'étude intermédiaire que la jurisprudence tant quantitativement que qualitativement était en mesure d'appréhender ce texte important, nous souhaitons avec cette étude finale, dans le cadre de cet exercice critique, identifier les irritants et proposer des ajustements juridiques qui permettraient de bonifier son application.

Dialogue (2.1). Une étude intermédiaire a été élaborée à l'été 2019 afin de sonder la population. Aussi, celle-ci était agrémentée d'une quarantaine de questions posées à la communauté tant juridique que des sciences de l'information afin de mieux mesurer l'état de cette adéquation entre la LCCJTI et la réalité.

Apprentissages (2.2). Fort d'un retour soutenu (75 sondages remplis – près d'une quinzaine de rencontres avec différentes parties prenantes), cette étude permet de soulever un certain nombre d'enseignements quant aux vertus que la LCCJTI devrait assurer. Au-delà des qualités inhérentes que la LCCJTI est parvenue à assurer (résistance au temps, principes fondateurs compris, densification récente de la jurisprudence, etc.) (2.2.2), il a été possible d'identifier un certain nombre de difficultés vis-à-vis de ce texte « unique ». Que ce soit à cause de sa forme (structure, techniques législatives, etc.) ou de son fond (vocabulaire propre, intégration avec d'autres pans du droit (notamment la preuve), etc.), la LCCJTI présente une complexité inhérente qui demande à être aplanie, lissée (2.2.1). Aussi, dans le cadre d'un ajustement éventuel de la LCCJTI, il serait important de vérifier qu'elle remplisse un certain nombre de qualités et notamment qu'elle assure une meilleure intégration avec les autres lois (tant au Québec qu'ailleurs), permette le maintien du rôle de l'État, fasse confiance aux juges, densifie les normes techniques (2.2.3).

Conditions du changement de la LCCJTI (3.1). Après, si des changements doivent être opérés dans la LCCJTI, il importe d'identifier un certain nombre de critères à respecter. D'une part, il importe de rappeler que modifier un texte n'est pas « neutre » et qu'il faut s'assurer que les avantages sont plus nombreux que les désavantages. Ces gains pourront notamment se mesurer en assurant que la communauté adhère à l'exercice et puisse participer au dialogue. D'autre part, ces changements ne pourront se faire que si l'on constate une distorsion de la LCCJTI avec d'autres domaines du droit tels que le droit de la preuve, le droit de la procédure, le droit des renseignements personnels, etc.

Évolution de la LCCJTI (3.2). Le cœur de la présente étude se situe là! Dans le cadre de cet exercice, et en s'aidant des sondages précités, nous avons identifié les articles de la LCCJTI,

et par extension du Code civil du Québec¹ (ci-après « CCQ ») et du Code de procédure civile² (ci-après « NCPC »), qui devraient donner lieu à une évolution. Cette évolution peut se traduire évidemment par une modification pure et simple de plusieurs dispositions; elle est aussi en mesure de se matérialiser par certaines adaptations de mesures qui existent actuellement. On pourra aussi envisager, notamment en se basant sur des expériences étrangères, si des ajouts pourraient être envisagés. Enfin, et de façon plus « aérienne », à plus long terme, s'il y a lieu de repenser certains pans de la LCCJTI.

Modifications de certaines dispositions (3.2.1). Peut-être à cause du fait que cette étude tend à développer une approche critique, nous avons listé **9 dispositions** qui mériteraient, à des degrés d'urgence divers, représentés par des codes couleur, d'être modifiées. Sans les citer toutes, on peut mentionner les suivantes :

- La notion de « technologie » comme composante du document devrait être rebaptisée « format »;
- La notion de technologie « magnétique » devrait être précisée.
- L'article 5 doit être réévalué;
- L'article 7 doit être réécrit afin de clarifier et justifier son lien avec l'article 262 NCPC;
- L'original de l'article 12 doit être simplifié.

Maintien de certaines dispositions (3.2.2). En revanche, et même si des débats ont eu lieu lors des consultations, nous ne croyons pas qu'il faille profondément changer les éléments suivants :

- L'interaction entre les articles 2 et 29 semble pouvoir être précisée et appréhendée par la jurisprudence;
- La distinction entre copie et transfert doit être maintenue, et ce, même si les critères de distinction doivent être désormais basés sur la fonction que ces modes de reproduction remplissent;
- Le rôle de l'État doit être maintenu, même si là aussi, des ajustements sont conseillés;
- La notion d'écrit est maintenue en l'état notamment dans la perspective de sa comparaison avec des instances étrangères ou internationales (Commission des Nations unies pour le droit commercial international, ci-après « CNUDCI »).

Intégration de certaines dispositions (3.2.3). Deux directions sont proposées sur ce registre : en premier lieu, nous croyons que la LCCJTI demande certaines dispositions qui pourraient avoir un rôle didactique, notamment afin de clarifier les liens entre la LCCJTI et le CCQ. Plus que des ajouts pure et simple, il s'agira de préconiser une réécriture afin

¹ CCQ-1991.

² RLRQ, c. C-25.01.

de pacifier la rupture consommée entre ces deux champs du droit. En second lieu, nous évaluerons, principalement en se basant sur le droit comparé, si des ajouts de dispositions sont souhaitables. On peut notamment penser aux présomptions existantes en Europe associées aux tiers de confiance qualifiés.

Réflexion relative à certaines dispositions (3.2.4). De façon plus générale, une réflexion s'impose sur certains questionnements qui, au regard des sondages notamment, semblent poser des difficultés à long terme. On peut notamment penser par exemple aux règles de responsabilité présentes dans la LCCJT mais aussi à des principes pluriséculaires en droit de la preuve dont le numérique est susceptible de remettre en cause.

Propositions (4). En bout de ligne, la présente étude finale entend proposer **36 propositions** avec lesquelles nous avons la prétention de croire que la LCCJT serait en mesure de mieux appréhender la réalité du 21^{ème} siècle qui est le nôtre.

Annexes. Trois annexes ont également été ajoutées à la présente étude qui permettent de mieux identifier certains des changements législatifs proposés.

1 – MISE EN CONTEXTE

1.1 – Mise en contexte du mandat

Conformément au mandat initialement prévu entre le ministère de la Justice du Québec (ci-après « MJQ ») et le Centre de recherche en droit prospectif (CRDP), une succession d'étapes devait être suivie, à savoir :

- **Rédaction d'une étude intermédiaire** : Celle-ci a été rédigée au printemps/été 2019.
- **Itération de l'étude intermédiaire** : Ce document a été préalablement proposé aux juristes du Gouvernement du Québec pour une série d'itérations.
- **Rédaction d'un document de consultation** : Il a été décidé que **1)** ce court document serait en fait couplé à l'étude intermédiaire et qu'il serait de surcroît **2)** agrémenté d'un sondage, en l'occurrence de 40 questions disponibles à la fois dans un document PDF et un autre en format HTML.
- **Diffusion du document de consultation**. Les personnes ciblées étaient issues **1)** du monde académique (professeurs et étudiants) ; **2)** des domaines de pratique (avocats / notaires) ; **3)** des ordres professionnels ; **4)** de la magistrature ; **5)** de certaines personnes de l'industrie (informatique, sécurité, etc.) ; **6)** des représentants du secteur public (Ministères et organismes). La période de diffusion a été du 15 août 2019 au 15 novembre 2019.
- **Organisation des consultations**. Outre ce document de consultation, une consultation publique a eu lieu le 11 septembre 2019 à Montréal et une seconde le 16 septembre 2019 à Québec. Des démarches ont également été entreprises pour consulter, technologiquement ou en présentiel, des personnes situées ailleurs que dans ces deux villes.
- **Étude finale**. Cette étude finale constitue le présent document. C'est à cette étape que nous sommes rendus.
- **Lancement public**. Il donnera lieu à une activité de clôture qui sera associée à une activité scientifique.

Notons aussi que cette réflexion s'opère alors que tant le MJQ que le CRDP disposent d'un historique de collaboration, les deux entités ayant notamment travaillé ensemble de 2010 à 2012 sur la mise en place de la plateforme www.lccjti.ca.

Plan. Après avoir rapidement présenté une mise en contexte générale (**Partie 1**) et l'ampleur des consultations qui ont été faites pour obtenir la présente étude (**Partie 2**), le cœur de notre propos sera concentré dans la partie suivante qui s'intitule « Analyse » (**Partie 3**). Dans celle-ci, nous entendrons présenter comment la LCCJTI pourrait disposer d'une meilleure acceptation de la communauté et d'une meilleure efficacité afin d'encadrer les technologies de l'heure. Pour ce faire, il s'agira notamment de lister ce qui

devrait être modifié (3.2.1), maintenu (3.2.2), intégré (3.2.3) et repensé (3.2.4). Enfin, et en guise de récapitulatif, nous énumérerons les recommandations proposées (Partie 4). Des annexes seront également ajoutées à la fin du document.

1.2 – Mise en contexte de la LCCJTI

Étude intermédiaire. Dans le cadre de l'étude intermédiaire³, 40 questions ont été posées relativement à 17 dispositions de la LCCJTI⁴. Sauf exception⁵, la présente étude ne traite que de ces dispositions et par conséquent ne va pas considérer plus de 80 autres articles d'une loi qui en contient près de 100. La LCCJTI dans sa très grande globalité ne demande pas à être reconsidérée en profondeur, et ce, même si plusieurs dispositions questionnées touchent à des éléments centraux de ce texte.

Étude finale. La portée de la présente étude n'est donc pas de dire que la LCCJTI n'est pas en mesure d'encadrer l'avènement désormais consacré des technologies; davantage, il importe, d'une part, de vérifier la capacité de ce texte de près de 20 ans à effectuer ce rôle de facilitation et d'encadrement des technologies⁶. D'autre part, il cherche à s'assurer de sa cohérence avec les autres pans du droit, et ce, que ce soit la preuve, la protection des renseignements personnels, la procédure, la gestion documentaire, la sécurité, etc.

Mise en contexte de la LCCJTI. Au regard de ces deux points, une mise en contexte est donc de mise relativement à ce mandat et quant à l'exercice qui est demandé de faire. C'est ce que nous ferons ultérieurement en montrant notamment que si les consultations ont ciblé les éléments problématiques de la LCCJTI, il n'en demeure pas moins que ce texte présente des qualités évidentes qui nous permettent de croire même que ce texte est d'une modernité certaine⁷.

2 – CONSULTATIONS

Plan. Brièvement, en guise de préalable, nous entendons présenter les modalités qui ont entouré l'élaboration de la présente étude finale. Plus précisément, nous croyons nécessaire d'une part de présenter comment celles-ci ont été effectuées mais surtout les apprentissages généraux qu'il est possible d'en tirer.

³ L'étude intermédiaire est notamment disponible sous l'onglet dédié sur le site www.lccjti.ca. Voir aussi à l'annexe 4 du présent document.

⁴ Les articles considérés sont les articles 1, 2, 5, 6, 7, 8, 9, 12, 15, 17, 24, 29, 63, 68, 69 et 80 LCCJTI et les articles correspondants à l'article 78 soit 2837 à 2842 CCQ.

⁵ Nous pensons notamment aux articles 22, 43.

⁶ Relativement aux trois objectifs principaux de la LCCJTI, voir Vincent GAUTRAIS, *La preuve technologique*, 2^{ème} édition, Lexis Nexis Canada, 2018, p. 31, par. 32 et suiv.

⁷ Plus tard, dans la Partie 2, nous souhaitons présenter au paragraphe 2.2.2 les qualités inhérentes à ce texte; des qualités qui ne sont le plus souvent qu'implicitement mentionnées lors des consultations, l'approche étant de cibler les éléments de friction.

2.1 – Présentation des consultations opérées entre juillet et novembre 2019

Cette étude a la prétention de se baser sur une bonne connaissance de la communauté juridico-technique en charge d'appliquer et d'utiliser de près ou de loin cette loi. Aussi, il importait de s'assurer que la communauté québécoise soit au fait de cette étude; qu'elle ait connaissance que les avis du plus grand nombre soient sollicités. C'est la raison pour laquelle quelques chiffres sont d'abord présentés ici afin de mieux évaluer l'étude en question.

2.1.1 – Généralités autour de la consultation

Modes de consultation. Afin d'obtenir un retour représentatif de la communauté juridique, trois modes de consultation ont été initiés.

- Deux rencontres publiques et sur invitation;
- Des consultations avec des instances judiciaires et les milieux de pratique;
- Un sondage.

Ces tentatives de consultation ont aussi fait l'objet d'un communiqué de presse⁸ adressé par le biais du logiciel *Mailshimp* qui a été envoyé le 21 août 2019 à plus de 1600 personnes (1666). Près de 800 (784) ont ouvert ledit message, pour un total d'ouverture du message de 1816 (clics multiples). Il y a donc eu une stratégie qui coupla des tentatives de méthodes de diffusion ciblée alors que d'autres étaient plus ouvertes.



Dans le cadre d'un mandat qui nous a été confié par le Ministère de la Justice, nous évaluons actuellement si la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information (RLRQ c. C-1.1.) est pleinement conforme à la réalité du 21^e siècle. Considérant votre intérêt et/ou implication dans les questions touchant à la preuve technologique et plus généralement aux technologies de l'information, nous requérons aujourd'hui votre participation. En effet, nous savons qu'une telle étude ne

⁸ Disponible à <https://mailchi.mp/e905f858d2b0/lccjti-tude-prliminaire-et-sondage-en-ligne>.

2.1.1.1 – Rencontres publiques

Deux rencontres. Comme cela a été prévu initialement, des communications ont été entreprises durant l’été 2019 afin d’organiser auprès de personnes ciblées une rencontre à Montréal (11 septembre 2019) et une autre à Québec (16 septembre 2019). D’une durée de 3 heures chacune, il s’agissait de présenter l’étude intermédiaire, qui était alors disponible depuis près de 2 mois, afin surtout de mesurer les ressentis de la part de la communauté. Aussi, près de 30 personnes à Montréal, et 25 à Québec, ont participé à cet exercice d’évaluation de la LCCJTI, près de 20 ans après son adoption. Près d’une centaine de personnes avaient été ciblées.

2.1.1.2 – Consultations ciblées du monde judiciaire

Tribunaux. Mais au-delà des rencontres précitées, il s’agissait de saisir les points de vue de la magistrature. Aussi, des juges et greffiers de différentes instances ont été consultés.

Ordres professionnels. Évidemment, il importait de connaître l’avis des ordres professionnels et notamment, bien évidemment, du Barreau du Québec et de la Chambre des notaires. À cet égard, mentionnons la réponse fort substantielle de cette dernière institution qui nous a remis un sondage étoffé et fort éclairant. Il apparaît clairement que la perspective de l’adoption d’un règlement sur les actes notariés technologiques fait en sorte que les notaires sont au fait des considérations actuelles auxquelles la profession fait face⁹.

Plaideurs. Enfin, une main tendue fut particulièrement adressée aux plaideurs de différentes instances, notamment du ministère de la Justice et de divers organismes de contrôle, mais aussi de certains bureaux d’avocats, afin de connaître leurs préoccupations auxquelles ils sont amenés à réfléchir quand vient le temps d’appliquer judiciairement la LCCJTI.

2.1.1.3 – Sondage

Dernier élément, et non le moindre l’étude intermédiaire a été agrémentée d’un sondage de **40 questions** afin de sonder la réception de la LCCJTI par la communauté. Cet outil a sans doute été celui qui nous a permis le mieux de remplir cet objectif de bien saisir la communauté. Il a été construit sur la compréhension qu’était la nôtre de la LCCJTI en dirigeant le questionnaire autour des dispositions possiblement problématiques de ce texte.

⁹ Notons que l’arrêté n° 2020-010 de la ministre de la Santé et des Services sociaux en date du 27 mars 2020 a autorisé durant la pandémie du printemps 2020 que de tels actes puissent être conclus technologiquement. Cette mesure prévaut néanmoins seulement durant la période d’urgence sanitaire <http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=1&file=72346.pdf>.

2.1.2 – Généralités quantitatives de la consultation

Aspects quantitatifs du sondage. Comme nous l’avons signalé dans l’étude préliminaire, il importait que nous puissions sonder la perception de la communauté relativement à la LCCJTI. Aussi, suite à un communiqué de presse, adressé largement, une étude préliminaire a été rendue disponible sur le site www.lccjti.ca. Celle-ci était accessible soit par le biais d’un PDF dynamique soit par un formulaire HTML. Aussi, près d’une centaine de personnes ont interagi avec l’un de ces deux documents. Cela dit, nous avons établi à **75** les réponses complètes ou quasi-complètes au présent sondage, une vingtaine de sondages étant presque vides. Notons que ce chiffre de 75 est susceptible de représenter encore davantage de répondants dans la mesure où plusieurs réponses étant compilées, représentent une multiplicité de personnes.

Statistiques. Conformément au consentement inséré au début du sondage, nous disposons d’un nombre limité d’informations sur les sondés (prénom, nom, profession, courriel). Sur le plan plus quantitatif, parmi les 75 réponses reçues, ces informations nous permettent néanmoins de dégager les profils suivants des personnes qui ont accepté de répondre à nos questions, et ce, même si certaines réponses ont été anonymes, faisant en sorte qu’une certaine imprécision est susceptible d’apparaître¹⁰. **En premier lieu**, nous avons eu environ **63%** (38) de juristes pour **33%** de non-juristes. Parmi ces derniers, beaucoup étaient des archivistes, quelques-uns des technologues, des ingénieurs. **En deuxième lieu**, nous avons eu une forte proportion de répondants provenant du secteur public soit **45%**, **52%** provenant des secteurs privés, de l’éducation, d’ordres professionnels, etc. **En troisième lieu**, et plus à titre d’illustration, nous avons eu les réponses de 5 juges, 6 professeurs, 23 avocats, 16 archivistes, 2 étudiants, etc.

2.2 – Apprentissages des consultations

Bonne réception de l’exercice. Tant au point de vue qualitatif qu’au point de vue quantitatif, ces consultations nous semblent avoir été une réussite. D’une part, les personnes contactées semblaient heureuses d’être consultées et participèrent de bon gré aux différents exercices. D’autre part, nous avons été surpris du retour des personnes consultées dont l’apport a été véritable. Étant donné la technicité de la LCCJTI, nous ne nous attendions pas à autant de réponses et à ce niveau de sophistication de celles-ci.

Trois apprentissages. Trois points principaux nous semblent pouvoir être déduits des consultations opérées en amont de la présente étude finale. **En premier lieu**, les réponses tendent à valoriser les problèmes, notre questionnaire ayant pour cible des irritants que la LCCJTI présente après presque 20 ans d’application (2.2.1). Aussi il importe, afin d’avoir une vision globale de la situation, **en deuxième lieu**, de dire quelques mots sur ce que ce

¹⁰ Aussi, les chiffres qui suivent ne sont pas tous basés sur les 75 réponses jugées valides dans la mesure où un certain nombre ne nous permettent pas de déterminer la qualité du répondant.

texte est parvenu à satisfaire durant cette période (2.2.2). **En troisième lieu**, et de façon plus analytique, nous aimerions lister les objectifs que la LCCJTI se devrait de respecter, notamment dans une perspective où une mise à jour serait envisagée (2.2.3).

2.2.1 – Difficultés associées à la LCCJTI

2.2.1.1 – Ampleur des réactions

Ampleur de la diversité des commentaires. Au-delà du nombre et de la qualité des réponses, comme mentionné précédemment, le premier constat que l'on peut faire est que le spectre des commentaires est très varié. Que ce soit dans le sondage ou lors des entrevues, il a été étonnant de constater que des positions très polarisées étaient tenues par les personnes consultées.

Ampleur des modifications demandées. Ceci étant dit, et sans que ce soit aisément mesurable, on peut aussi constater une propension plus fréquente de la part de ceux qui souhaitent un bouleversement important de la LCCJTI. Parmi les expressions consacrées, plusieurs ont donc milité pour effectuer un véritable « reset », le projet devant être « remis sur la table à dessin ».

Blanc-seing à une refonte plus conséquente que prévu. Sans que nous adhérions à une pareille position, les consultations nous ont amené à envisager plusieurs points que nous n'envisagions pas au début de l'étude. Également, et dans la mesure où la présente étude ne constitue justement « qu'une étude », nous avons décidé d'opter pour une approche plus interventionniste en proposant un assez grand nombre de recommandations¹¹ dans le cadre de cette étude d'application. Également, à plusieurs reprises, nous nous sommes commis à rédiger certaines dispositions qui pourraient se substituer à des articles existants¹², allant au-delà du mandat initialement prévu. Enfin, et comme nous le verrons plus loin, cette mise à niveau plus importante que prévu va bien entendu se manifester dans la LCCJTI mais aussi dans d'autres textes comme notamment, et surtout, le CCQ voire le NCPC.

2.2.1.2 – Difficile intégration de la LCCJTI

La LCCJTI ignorée. Si la LCCJTI a été adoptée il y a près de 20 ans, il faut pourtant constater que ce texte n'a encore pas été intégré par une bonne partie de la communauté juridique. Que ce soit des praticiens, des plaideurs, plusieurs juges, on peut prétendre que beaucoup ignorent encore l'existence même de cette loi. Bien sûr, nous avons signalé dans l'étude intermédiaire l'état des pratiques (274 décisions en date de juin 2019) mais

¹¹ *Infra*, Partie 4. Ces recommandations, comme dans l'étude intermédiaire, feront état de code de couleur afin de graduer l'importance ou l'urgence des modifications proposées. Ainsi, 5 catégories de recommandations seront faites, allant des plus cléricales (Couleur verte) à d'autres plus impérieuses (Couleur noire).

¹² *Infra*, voir notamment l'Annexe 1.

ce nombre est infime eu égard au nombre de décisions produites chaque année. La LCCJTI est donc encore très peu utilisée et parmi les instances rencontrées, plusieurs semblaient considérer que la « révolution numérique » s’opérait sans elle.

La LCCJTI revampée. Également, et de façon encore plus critique, le sondage notamment laisse transparaître une volonté affirmée de la part de la communauté, et notamment de la communauté juridique, de modifier en profondeur ledit texte. En effet, dans une majorité des 40 questions posées, et comme cela apparaît dans les encarts reproduits dans le présent document, on aperçoit un pourcentage élevé de réponses militant pour une évolution substantielle de la LCCJTI.¹³ Même si comme nous le verrons plus loin, nous ne croyons pas qu’il faille bouleverser en profondeur ce texte, on se doit de constater que les réponses au sondage laissent généralement apparaître un souhait de changement. À titre d’exemple, plusieurs questions donnent lieu à des appels généralisés à une réforme de la LCCJTI (voir par exemple les **questions 1**¹⁴, **21**¹⁵, **36**¹⁶, **38**¹⁷, etc.) ou tout simplement à une application de certaines dispositions qui pour le moment n’ont pas été mises en œuvre (voir par exemple les **questions 29**¹⁸, **34**¹⁹, etc.). Et cet appel se traduit sur certains éléments de fond mais peut-être encore davantage sur celles de forme.

2.2.1.3 – Difficultés de forme

Structure déficiente. Plusieurs des personnes consultées ont signalé que la LCCJTI a pêché du fait d’une structure jugée déficiente. En effet, la succession des chapitres ne s’imposait pas et n’a pas aidé à son appropriation, notamment par la communauté juridique. À titre d’exemple, au sein du Chapitre 2, s’intitulant « Documents », quatre sections s’accumulent sur 34 articles sans que l’on ne comprenne exactement le lien existant entre chacun d’eux (Notion – Valeur juridique et intégrité – Équivalence fonctionnelle – Maintien de l’intégrité).

¹³ Sans développer plus avant, on peut notamment citer les difficultés en lien avec la notion de technologie (art. 1) (par. 3.2.1.1 et 3.2.1.2) où une très large majorité des personnes sondées réclament des changements (**84** et **71**%). Il en est de même de l’article 5 al. 3 (par. 3.2.1.4) qui demande à être revu par plus de **83**%. Il en est de même avec l’article 7 (par. 3.2.1.6) (**88**%), l’article 12 (par. 3.2.1.8) (**94**%), 15 et 17 (par. 3.2.2.2.2) (**76**%), etc.

¹⁴ Nous avons reçu beaucoup de commentaires proposant de clarifier certaines terminologies comme celle de technologie.

¹⁵ La notion d’original selon les consultations exige d’être clarifiée.

¹⁶ Cette reconsidération de la notion d’original va forcément avoir un effet sur l’article 2860 CCQ.

¹⁷ Plusieurs considèrent que de nouveaux outils juridiques, comme la présomption, peut être un bon moyen de préciser les obligations juridiques de sécurité et de densifier les manières de faire.

¹⁸ Le comité d’harmonisation, même s’il a été sous-employé, est une institution qui mériterait d’être valorisée, comme cela était prévu initialement.

¹⁹ Le pouvoir réglementaire du Gouvernement du Québec n’a jamais été utilisé, et ce, en dépit de ses potentialités reconnues par beaucoup.

« **Trop de mots** ». Également, et notamment au regard d’une approche comparée, on peut s’interroger, et se désoler, de la longueur de la LCCJTI. Avec près de 100 articles, ce texte se présente comme excédant de beaucoup les lois équivalentes dans d’autres juridictions, il est vrai avec une ambition bien supérieure. Mais au-delà de ce critère bêtement quantitatif, la LCCJTI a souvent été jugée comme étant un texte long, certaines dispositions trainant en longueur, ayant « trop de mots » pour décrire une situation donnée²⁰.

Techniques législatives contestées. Sans développer ce que nous reverrons plus tard²¹, et de façon récurrente, plusieurs ont critiqué le fait que la LCCJTI, en plus de présenter de plusieurs doublons, utilise à tort une technique législative jugée contestable de clause par référence, une disposition d’une première loi, notamment le CCQ, référant à la LCCJTI, nuisant ainsi à une compréhension globale de ce texte.

2.2.1.4 – Difficultés de fond

Complexité généralisée. De façon générale, la LCCJTI pêche d’une réception pour le moins mitigée de la part de la communauté juridique. Jugée comme étant technique, elle est vue comme venant superposer une « couche » normative sans véritablement intégrer celles qui prévalaient. Un appel à sa réforme a souvent été mis de l’avant par la doctrine²² du fait de cette complexité. Une complexité qui se matérialise notamment dans le vocabulaire, dans la référence aux normes techniques, dans l’intégration de nouveaux concepts, etc. À tort ou à raison...²³

Loi jugée bouleversante. Justement, relativement aux nouveaux concepts, la LCCJTI est souvent jugée comme étant une rupture profonde avec le droit antérieur. À titre d’exemple, l’intégrité qui n’était pas une notion phare avant 2001, a été reconnue par la LCCJTI comme la notion clé. Il en est de même de l’approche axée sur le document qui n’avait alors jamais été considérée comme une notion avec une particulière prévalence.

Quête d’uniformisation avec la preuve fédérale. Ce caractère bouleversant est d’autant plus affirmé que la LCCJTI présente des caractéristiques qui sont souvent, en partie à tort, jugées distinctes de ce qui se fait ailleurs. Que ce soit au regard des provinces de *common*

²⁰ Claude FABIEN, « La preuve par document technologique », (2004) 38 *R.J.T.* 533; Léo DUCHARME, « De l’incohérence et de l’impossibilité d’application du régime dérogatoire en matière de preuve des documents technologiques », (2016) 75 *Revue du Barreau* 321.

²¹ Voir les paragraphes 3.1.2.1 et 3.2.1.3.2.

²² Voir par exemple : Catherine PICHE, « Dimensions contemporaines de la preuve civile québécoise à la croisée des catégories du droit », dans Mustapha MEKKI, Loïc CADIET et Cyril GRIMALDI (Dir.), *La preuve : regards croisés*, 2015, Dalloz, Paris, p. 205, à la page 222; Léo DUCHARME, « De l’incohérence et de l’impossibilité d’application du régime dérogatoire en matière de preuve des documents technologiques », (2016) 75 *Revue du Barreau* 321.

²³ Si cette complexité semble être une réalité, nous devons constater que l’intégration des technologies est chose complexe en soi. Nous faisons en effet face à une révolution véritable qui a un impact majeur sur la manière de dire et concevoir le droit.

law, des travaux sous l'égide d'instances internationales²⁴, la LCCJTI détonne. Elle se démarque aussi vis-à-vis de la *Loi sur la preuve*²⁵ ce qui pose des difficultés du fait que certaines instances traitant de droit pénal provincial²⁶ peuvent être assujetties de façon concomitante aux deux corpus de règles.

Intégration de la LCCJTI avec le droit de la preuve. De façon plus substantielle, de nombreuses personnes consultées ont fait part de la difficulté de la LCCJTI à intégrer les principes pluriséculars qui prévalent en droit de la preuve. Ces positions ont d'ailleurs été tellement récurrentes, prégnantes, que la présente étude va s'appesantir beaucoup sur ces questionnements.

Caractère mal assuré quant aux libertés fondamentales. La LCCJTI fut régulièrement critiquée du fait de la présence de plusieurs dispositions en lien avec les libertés fondamentales. Outre le fait que ce texte se superpose avec d'autres, traitant spécifiquement de ces questions, notamment en matière de protection des renseignements personnels²⁷, des questionnements ont été présentés relativement à la portée de dispositions jugées trop « protectrices »²⁸ ou trop générales²⁹.

Dispositions problématiques. Sans développer, car nous y reviendrons, plusieurs soulignèrent plus généralement que plusieurs dispositions posent problème. C'est notamment le cas des articles 5³⁰, 7³¹ ou 12³² avec lesquels, pour ne reprendre que ces exemples, aucun *statu quo* ne semble possible.

2.2.2 – Qualités de la LCCJTI

Qualités sous-exposées. Soyons honnête, les différents exercices de consultation ont clairement valorisé une approche critique de la LCCJTI, et ce, comme cela transparait dans les paragraphes précédents. D'ailleurs, l'exercice même, quelle que soit la forme de consultation utilisée, vise à valoriser ce qui ne fonctionne pas. Pourtant, ce texte présente plusieurs qualités qui nous semblent avoir été soit implicitement soit explicitement évoquées.

²⁴ Et notamment des textes formels (convention) et informels (lois types) produits par la CNUDCI.

²⁵ LRC 1985, c C-5.

²⁶ On peut notamment penser à certaines discussions que nous avons eu avec un certain organisme de contrôle qui mentionnait devoir effectuer une cohérence interne entre les standards applicables des deux paliers de droit de la preuve.

²⁷ *Infra*, paragraphe 3.2.4.2.

²⁸ On peut notamment penser à l'article 24.

²⁹ On peut notamment penser à l'article 2.

³⁰ *Infra*, paragraphe 3.2.1.3.

³¹ *Infra*, paragraphe 3.2.1.5.

³² *Infra*, paragraphe 3.2.1.7.

Meilleure appréciation des non-juristes. Le premier constat est que tant le sondage que les consultations *de visu* nous permettent de prétendre que si les juristes posent un regard chagrin sur ce texte, les non juristes, qu'ils soient archivistes ou technologues, sont sans doute moins critiqués à son endroit.

Prosélytisme numérique. Également, la LCCJTI tente assez naturellement de favoriser l'utilisation du numérique. En adoptant ce texte, il était en effet clair que l'on voulait s'assurer que des preuves ne puissent être refusées sur la seule base qu'elles soient numériques³³. Mais au-delà de cela, on voulait même intégrer dans nos pratiques un usage plus systématique des technologies de l'information. Au même titre que le NCPC qui souhaitait privilégier leur usage³⁴, notamment son article 26³⁵, l'objet de la LCCJTI est d'être en adéquation avec son temps. À titre d'illustration, on peut notamment penser à l'article 18 LCCJTI qui valorise les hypothèses de transferts sans que l'on soit obligé de garder les originaux papier, situation créant ainsi un double emploi sur un double support³⁶.

Résistance au temps. Une autre qualité soulevée plusieurs fois lors des consultations est liée au fait que la LCCJTI a pris un soin marqué à ce que ce texte ne privilégie pas une technologie plutôt qu'une autre. Fort de cette technique de rédaction, somme toute précautionneuse, il est possible de croire que la LCCJTI est assez bien adaptée à la réalité du moment. **En premier lieu**, ce texte, même s'il est jugé par les juristes comme étant assez étranger au monde du droit, n'utilise que très peu de références à des termes techniques. Point de terme à la mode comme « métadonnée », « infonuagique », qui pourrait laisser croire à un traitement d'une technologie en particulier. La seule mention plus « techno-ciblée » correspond aux développements propres aux certificats numériques (articles 47 et suivants); développements qui ont d'ailleurs été très généralement encadrés, et de façon similaire, à ce qui se fait dans un grand nombre de juridictions. **En second lieu**, nous croyons que la LCCJTI a plutôt bien vieilli dans la mesure où elle est susceptible de s'appliquer avec un relatif bonheur aux situations qui ont surgi depuis 2001. Si l'on prend par exemple le cas de la *Blockchain*, nous croyons qu'il n'existe pas de difficultés juridiques particulières pour que cette technologie puisse être

³³ Voit notamment l'article 5 LCCJTI.

³⁴ ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 40^e lég, 1^{re} sess, vol 43, n° 76 (22 octobre 2013), disponible à <http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/ci-40-1/journal-debats/CI-131022.html> (consulté le 08 mars 2020) : « L'utilisation de ces technologies peut permettre d'accroître l'accessibilité des citoyens à la justice, d'augmenter la qualité des services offerts, de diminuer les délais ainsi que les coûts afférents. » Pour en savoir plus, Vincent GAUTRAIS, *La preuve technologique*, 2^{ème} édition, Lexis Nexis Canada, 2018, p. 54, par. 60.

³⁵ « Dans l'application du Code, il y a lieu de privilégier l'utilisation de tout moyen technologique approprié qui est disponible tant pour les parties que pour le tribunal en tenant compte, pour ce dernier, de l'environnement technologique qui soutient l'activité des tribunaux. » (Nos soulignements)

³⁶ 18. « 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. »

utilisée. Une autre illustration peut être présentée avec le sujet de l'heure qu'est la reconnaissance faciale dont la situation actuelle pourrait très bien être régie par les articles 40 et suivants de la LCCJTI. En effet, ces dispositions ne manquent pas de donner un rôle « ferme » aux institutions de contrôle, précisément à la Commission d'accès à l'information (CAI), celle-ci pouvant même interdire l'utilisation de données biométriques³⁷. Une fermeté et une délégation de pouvoir, qui au-delà du fait de savoir si elle doit se trouver dans la LCCJTI³⁸ et si cette organisation dispose des moyens nécessaires, nous semble particulièrement appropriées. **En troisième lieu**, et dans cette même lignée, il est étonnant de constater comment le règlement européen eIDAS³⁹, bien qu'adopté plutôt récemment, près de 15 ans après la LCCJTI, présente des similitudes avec cette dernière. Un règlement qui d'ailleurs constitue la base sur laquelle la CNUDCI prend appui dans ses travaux actuels⁴⁰. Le Québec, avec la LCCJTI, et avant beaucoup d'autres juridictions, disposait d'une modernité certaine. **En quatrième lieu**, et même si ce n'est pas un élément qui a été soulevé lors des consultations, il nous importe de mentionner que la LCCJTI ne constitue pas un obstacle, au contraire, à la faveur croissante que l'on trouve dans d'autres lois quant à l'usage des technologies⁴¹. Ceci a pu d'ailleurs se vérifier dans la période de crise actuelle où, par exemple, les actes notariés peuvent s'effectuer technologiquement⁴².

Densification de la jurisprudence. Enfin, et comme mentionné dans l'étude intermédiaire, et en dépit de quelques « couacs » sur lesquels il est possible de se questionner, l'arrêt *Benisty c. Kloda*⁴³ constitue sans doute la grande jurisprudence que la LCCJTI attendait. En effet, plusieurs points ont avec cet arrêt été élucidés. **En premier lieu**, la recevabilité a été clarifiée, un travail de qualification ayant été pour une des premières fois établi par les juges. Ainsi, le document en question est qualifié d'élément matériel (point 1 – par. 56) en fonction d'une approche fonctionnelle⁴⁴ et non seulement de document

³⁷ Voir article 45 al. 3 LCCJTI.

³⁸ *Infra*, paragraphe 3.2.4.2. Voir les développements sur la délégation souhaitable aux instances en charge de la protection des renseignements personnels.

³⁹ Règlement (UE) n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE, disponible à <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014R0910&from=FR>

⁴⁰ Projet de dispositions relatives à la reconnaissance internationale de la gestion de l'identité et des services de confiance, septembre 2019, disponible à <https://undocs.org/fr/A/CN.9/WG.IV/WP.160>.

⁴¹ On peut notamment penser à l'article 344 CCQ qui autorise certaines rencontres de façon « neutre » c'est-à-dire quel que soit le moyen utilisé (Les administrateurs peuvent, si tous sont d'accord, participer à une réunion du conseil d'administration à l'aide de moyens permettant à tous les participants de communiquer immédiatement entre eux.). On peut aussi envisager l'ensemble du CPC de 2016 qui a intégré avec une relative harmonie le vocabulaire de la LCCJTI.

⁴² Voir notamment n° 2020-010 de la ministre de la Santé et des Services sociaux en date du 27 mars 2020 a autorisé que les actes notariés puissent être conclus technologiquement durant la pandémie. <http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=1&file=72346.pdf>.

⁴³ *Benisty c. Kloda*, 2018 QCCA 608.

⁴⁴ Cette approche fonctionnelle a été reprise récemment dans *Hewlett-Packard France c. Matrox Graphics Inc.*, 2020 QCCS 78, par. 112.

technologique (point 2 – par. 64 et suiv.). **En deuxième lieu**, l'évaluation de la force probante est elle aussi rigoureusement appliquée, tant quant à l'obligation d'avoir une preuve d'authenticité (point 3 – par. 85 et suiv.) que relativement aux critères d'évaluation (point 4 – par. 106 et suiv.). Enfin, **en troisième lieu**, en dépit des difficultés en lien avec l'article 262 NCPC, et son lien avec l'article 7 LCCJTI⁴⁵, les modalités de contestation ont été précisées. En d'autres mots, cet arrêt opère un lien apaisé entre droit de la preuve (CCQ) et droit des technologies (LCCJTI).

Intégration de principes fondateurs. Encore une fois, la présente étude surexpose les irritants et couacs que la LCCJTI a suscitée avec son adoption; c'est même son rôle. Il nous faut néanmoins établir une mise en contexte selon laquelle l'on ne doit perdre de vue que la LCCJTI a malgré tout, presque 20 ans plus tard, permit d'intégrer plusieurs principes fondateurs qui ne s'imposaient pas. Le **premier** que l'on puit désigner est par exemple l'équivalence fonctionnelle, prévu à l'article 1, mais aussi à de nombreuses reprises dans la LCCJTI, tout comme dans le CCQ⁴⁶. Or, ce principe s'avère être un merveilleux outil tant de rédaction que d'interprétation des lois afin de gérer le passage du support physique au support technologique⁴⁷. Sa qualité tient au fait que si sa survenance provient des travaux effectués notamment sous l'égide de la CNUDCI dans les années quatre-vingt-dix, il parle aussi aux généralistes du droit qui, au plan interprétatif, l'associe à l'approche téléologique⁴⁸. Le **second** exemple que l'on puit donner est justement une application de l'équivalence fonctionnelle : il est désormais intégré que l'intégrité est la caractéristique première qu'un document présenté en preuve se doit de satisfaire. Même si l'ancien droit n'utilisait pas spécifiquement ce critère, elle l'incluait dans la notion plus large d'authenticité. Cette dernière notion est désormais aisément comprise comme le cumul de l'intégrité et du lien avec l'auteur que l'on retrouve dans le CCQ sous les articles associés à chacun des éléments de preuve.

2.2.3 – Qualités que l'on souhaiterait voir associer à la LCCJTI

Plan. Dans cette perspective volontariste, nous souhaitons identifier les modalités qui pourraient avoir un effet positif sur l'encadrement des technologies. Sur ce point, il s'agira de s'attarder à l'ensemble des outils normatifs qui peuvent s'appliquer en l'espèce. **En premier lieu**, bien évidemment, il faudra vérifier la capacité de la LCCJTI à s'harmoniser avec d'autres textes tant du Québec que d'ailleurs (2.2.3.1). **En deuxième lieu**, il faudra vérifier la volonté de l'État à générer des textes applicatifs afin de préciser cet encadrement (2.2.3.2). **En troisième lieu**, la LCCJTI met du temps à être apprivoisée par

⁴⁵ *Infra*, paragraphe 3.2.1.6.

⁴⁶ On peut notamment penser à l'article 2827 CCQ qui identifie les fonctions qu'une signature doit satisfaire.

⁴⁷ Claude FABIEN, « La preuve par document technologique », (2004) 38 *R.J.T.* 533, 548.

⁴⁸ Voir par exemple l'arrêt *Kaouk (Succession de) c. Kaouk*, 2008 QCCA 192, [2008] J.Q. no 592 où les juges établissent, au paragraphe 29, que « [l']article 2827 C.c.Q. décrit la signification téléologique de la signature ».

les juges⁴⁹. À certains égards, cette rupture est en partie causée par le fait que la rédaction, technique, précise, ne laisse que peu d'espace à l'interprétation des juges (2.2.3.3). Enfin, **en quatrième lieu**, la LCCJTI a dès le départ voulu favoriser l'émergence de normes techniques; une volonté qui ne s'est pourtant que peu manifestée en pratique (2.2.3.4) en dépit de sa pertinence.

2.2.3.1 – Meilleure intégration avec les autres textes

Approche différente. La LCCJTI, à tort ou à raison, a été jugée comme étant différente des lois équivalentes tant en droit canadien qu'à l'étranger. À raison, dans la mesure où sa structure et ses ambitions sont sensiblement plus ambitieuses. À tort, car de multiples principes communs apparaissent dans les textes des différentes juridictions. Ceci étant dit, il importe de s'assurer que la LCCJTI soit compatible tant avec les textes de droit interne, dédiés à un certain type de protection, qu'avec des textes soit internationaux soit d'autres juridictions.

2.2.3.1.1 – Harmonisation interne

CCQ et preuve. Il a été soulevé à plusieurs reprises que l'intégration de la LCCJTI avec le droit de la preuve est pour le moins déficiente. Ceci passe en premier lieu par l'article 78 de la LCCJTI qui modifia les articles 2837 à 2842 CCQ. Aussi, tant la doctrine que la jurisprudence dénoncent au mieux ce flou au pire ces incohérences que cela occasionne. D'ores et déjà, il nous semble inévitable de croire que la LCCJTI ne pourra être traitée de façon autonome et qu'une éventuelle évolution de sa part en impliquera une dans le CCQ. D'ailleurs, c'est sans doute ce point qui méritera le plus de développement de notre part, reproduisant ainsi les commentaires lors des consultations qui portèrent en grande partie sur ce sujet.

CPC et procédure. Dans une moindre mesure, le même phénomène existe avec le CPC. Mais dans une moindre mesure seulement car le changement de ce dernier est forcément postérieur à la LCCJTI. En fait, un article principal est susceptible de poser problème, à savoir, l'article 262 NCPC qui reprend en substance l'ancien article 89 ACPC. Nous y reviendrons⁵⁰.

PRP et vie privée. Dans notre sondage, plusieurs questions étaient aussi en lien avec des thématiques traitant de la protection des renseignements personnels (par exemple les **questions 5, 6 et 25**). Si certaines personnes consultées semblaient militer pour un éclaircissement de certains points, d'autres penchaient davantage pour que la LCCJTI ne

⁴⁹ Quelques exemples de jugements récents abordant la LCCJTI à différents niveaux : *Directeur des poursuites criminelles et pénales c. Ciarallo*, 2016 QCCQ 4880 ; *Ville de Saint-Eustache c. Lehoux*, 2019 QCCM 39 ; *Ville de Laval c. Harmouch*, 2018 QCCM 198 ; *Ville de Laval c. Harmouch*, 2019 QCCS 5256 [jugement modifié] et *Ville de Mascouche c. Vilna*, 2019 QCCM 183.

⁵⁰ *Infra*, paragraphe 3.2.1.6.2.

traite tout simplement pas de ces éléments, des changements aux deux lois provinciales en la matière étant promis dans un avenir proche⁵¹. Avec égard, notre point penche pour cette seconde option. En effet, et en dépit d'un intérêt évident pour plusieurs des dispositions en cause, il est légitime de se demander si elles ne devraient pas être unifiées aux lois en la matière⁵².

2.2.3.1.2 – Harmonisation avec le Canada et l'étranger

Preuve civile et fédérale. Il a été souligné par plusieurs plaideurs que nous avons rencontrés lors des consultations que la distorsion existant entre la *Loi sur la preuve*⁵³ et la LCCJTI est une source de difficulté⁵⁴. En effet, d'une part, certains domaines relevant du droit pénal sont assujettis aux deux régimes, et ce, notamment du fait de l'article 61 du Code de procédure pénale qui fait expressément référence à la LCCJTI⁵⁵. D'autre part, ce manque d'harmonisation est source de difficultés dès lors que l'on est face à des litiges commerciaux internationaux.

Preuve civile et règles étrangères. À cet égard, la CNUDCI a beaucoup travaillé, depuis les années quatre-vingts, à assurer une cohérence entre les différentes juridictions. Actuellement encore, la CNUDCI travaille à l'élaboration de nouvelles règles⁵⁶ qui, en se basant sur des textes européens⁵⁷, ne sont pas sans rappeler l'ambition législative que l'on trouve dans la LCCJTI.

Notion d'écrit. En terme d'harmonisation, il faut aussi considérer la possible difficulté associée à la notion d'écrit. En effet, et comme mentionné dans l'étude intermédiaire, une discordance est susceptible de survenir entre cette notion tel que prévu dans la LCCJTI et celle qui a été établie dans plusieurs textes internationaux, dont ceux de la CNUDCI et par référence dans le récent accord « Canada / États-Unis / Mexique » (ci-

⁵¹ Durant la confection d'une ultime version de l'étude finale, la ministre de la Justice du Québec a rendu public le projet de loi visant à modifier en profondeur les deux lois applicables en la matière. Projet de loi n° 64, Loi modernisant des dispositions législatives en matière de protection des renseignements personnels <http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/projets-loi/projet-loi-64-42-1.html> (12 juin 2020).

⁵² *Infra*, paragraphe 3.2.4.2.

⁵³ LRC 1985, c C-5.

⁵⁴ Voir notamment *Autorité des marchés financiers c. Baazov*, 2018 QCCS 3244 par. 117 à 146.

⁵⁵ Code de procédure pénale, RLRQ c C-25.1, article 61 : « Les règles de preuve en matière criminelle, dont la Loi sur la preuve au Canada (Lois révisées du Canada (1985), chapitre C-5), s'appliquent en matière pénale, compte tenu des adaptations nécessaires et sous réserve des règles prévues dans le présent code ou dans une autre loi à l'égard des infractions visées par cette loi et de l'article 283 du Code de procédure civile (chapitre C-25.01) ainsi que de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information (chapitre C-1.1). »

⁵⁶ Voir notamment UNITED NATIONS, A/CN.9/WG.IV/WP.160, Draft Provisions on the Cross-border Recognition of Identity Management and Trust Services <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.IV/WP.160> (Novembre 2019).

⁵⁷ *Supra*, par. 2.2.2 et notamment les quelques développements s'intitulant « Résistance au temps ».

après « ACEUM » ou « CUSMA »)⁵⁸. Comme nous le verrons plus tard⁵⁹, cette disjonction semble maîtrisable sans qu'aucun changement ne soit requis.

2.2.3.2 – Intervention maintenue de l'État

Les questions qui ont été posées dans le sondage relativement au rôle d'animation que l'État, dans sa généralité, est susceptible d'apporter, est en lien d'abord sur l'existence d'organisations dédiées et ensuite sur sa capacité à produire ou identifier des normes. Relativement à ces rôles, et à des degrés divers, il nous semble que la communauté souhaite un maintien de ce soutien étatique.

2.2.3.2.1 – État et institution

Comité d'harmonisation. La LCCJTI, aux articles 63 et suivants, prévoit un comité susceptible de promouvoir la production ou la reconnaissance de normes techniques. Le sondage semble en tous les cas reconnaître que si la formule actuelle n'a semble-t-il pas bien fonctionné, il ne s'agit pas de « jeter le bébé avec l'eau du bain ». Aussi, comme cela apparaît à la **question 29**, une réorganisation (40 répondants), voire une valorisation (14 répondants) serait de mise. Cette restructuration pourrait aussi passer par une gestion moins centralisée (**Question 30**), et ce, même si cette position, tant dans le sondage que dans les commentaires, ne semble pas être particulièrement dominante. Une chose est sûre, ce n'est pas au niveau du domaine d'application du comité d'harmonisation que la problématique se pose, mais bien davantage sur sa structure et son mode de fonctionnement⁶⁰. Plus généralement, la pertinence de son existence n'est nullement remise en cause.

Question 29 (Article 63) : Pensez-vous que le comité d'harmonisation devrait être modifié ?

Oui 14 (valorisé)

Oui 40 (réorganisé)

Non 02

Question 30 (Article 63) : Pensez-vous que le comité d'harmonisation pourrait être structuré par un comité externe de l'appareil étatique ?

Oui 36

Non 20

⁵⁸ Accord "Canada, États-Unis, Mexique", novembre 2018 et notamment le chapitre 19 sur le commerce numérique. <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/assets/pdfs/agreements-accords/cusma-aceum/r-aceum-19.pdf>.

⁵⁹ *Infra*, paragraphe 3.2.2.4.

⁶⁰ *Infra*, paragraphe 3.2.2.3.

Question 33 (Article 69) : Pensez-vous que le domaine d'application de l'article 69 est trop étroit ?

Oui 25

Non 33

2.2.3.2.2 – État et normes techniques

Animation normative. La même tendance apparaît quant au processus normatif où là encore, un « appel à l'aide » normatif semble de mise. D'ailleurs, lors du sondage, la majorité des sondés penche pour que des règlements soient adoptés (**Question 32**), plus que des décrets, (**Question 28**). Assurément, pour les personnes sondées, ce pouvoir réglementaire semble devoir être maintenu (50 voix contre 11 – **Question 34**). À titre d'exemple, ce pouvoir d'intervention existe déjà lorsqu'une signature est requise auprès de certains ministères⁶¹.

Question 26 (Article 8) : Un décret devrait-il être envisagé ? Dans quel domaine en particulier ?

Oui 23

Non 30

Question 27 (Article 8) : Pensez-vous que ce pouvoir prévu à l'article 8 devrait disparaître ?

Oui 20

Non 37

Question 32 (Article 69) : Pensez-vous que des règlements devraient être adoptés ?

Oui 35

Non 26

Question 34 (Article 69) : Pensez-vous que ce pouvoir réglementaire devrait disparaître ?

Oui 11

Non 50

2.2.3.3 – Confiance aux juges

Arsenal normatif. Comme nous le verrons plus tard⁶², le réflexe législatif a ses limites et vouloir à tout prix changer la loi, en l'occurrence la LCCJTI, à son lot de contreparties dont il faut avoir conscience. Nous allons voir aussi que, sans doute, la LCCJTI devrait densifier ses liens avec les normes de l'industrie, même s'ils existent déjà. Outre les lois et les

⁶¹ À titre d'illustration, voir l'article 14 de la Loi sur le ministère de la Justice, RLRQ c M-19.

⁶² *Infra*, paragraphe 3.1.1.1.

normes techniques, nous croyons que parmi les outils juridiques qui ont fait leurs preuves, la jurisprudence est assurément un de ceux qu'il importe de valoriser. Dans un monde « tout feu tout flamme », la jurisprudence est en effet un merveilleux outil d'adaptation au temps et de façon paradoxale, il est souvent plus facile d'interpréter des textes généraux, voire anciens, à des plus récents, plus spécifiques⁶³.

“[1] The ability of the law to adapt is part of its strength. Technological innovation tests that resilience.”⁶⁴

LCCJTI et sa technicité. Dans les commentaires obtenus, lors du sondage et des rencontres, il est apparu à plusieurs reprises que certaines dispositions sont trop précises, trop longues, trop techniques. Un peu comme l'empereur Joseph II à Mozart : « trop de notes! ». Ce « travers » pourrait par exemple être perçu à l'article 12 où une précision inégalée, si on compare à d'autres juridictions, est développée afin d'identifier les fonctions de l'original. Il en est de même sur la « définition » du document (article 3)⁶⁵ et du document technologique (article 4) où l'appréhension par les gens de droit a été pour le moins malaisée.

« [...] à notre époque, une scission s'est produite dans la nature du texte juridique. Si le plus souvent il reste fidèle à son langage ancestral, qui est le discours littéraire, le développement des techniques l'a amené à adopter parfois un langage formalisé, des formules mathématiques prêtes pour l'informatisation. Ce qui peut soulever un problème psychologique de compréhension, donc de communication ».⁶⁶

Cette technicité n'est donc pas sans avantage pour le non juriste, notre sondage semble le montrer, la LCCJTI disposant d'une meilleure réception auprès des techniciens que des juristes. Elle est en revanche plus difficile d'approche pour les juges, généralistes d'une part, juristes d'autre part, qui de surcroît ont vu leurs prérogatives d'interprétation réduites par cette rédaction particulière.

LCCJTI et la distance aux juges. En effet, cette combinaison de technicité et de longueur a contribué à une distanciation entre cette loi et les juges⁶⁷. Car au-delà de la technicité, le désamour tenait au fait que ce texte laisse peu de place à l'interprétation. La mécompréhension du langage, le fait de prévoir un régime spécial par rapport aux règles

⁶³ Vincent GAUTRAIS, *Neutralité technologique : rédaction et interprétation des lois face aux changements technologiques*, Montréal, Éditions Thémis, 2012, p. 220 et suiv.

⁶⁴ *Century 21 Canada Limited Partnership c. Rogers Communications*, 2011 BCSC 1196, par. 1.

⁶⁵ On pourrait par exemple facilement imaginer que l'article 3 pourrait se voir ôter de la seconde proposition du premier alinéa.

⁶⁶ Jean CARBONNIER, « Préface. L'écriture du droit... face aux technologies d'information (1996) », dans Raymond VERDIER (dir.), *Écrits*, Paris, PUF, 2008, p. 1246.

⁶⁷ *Benisty c. Kloda* 2018 QCCA 608, par. 104, référant au caractère « byzantin » de l'article 5 al. 3; *Sécurité des Deux-Rives ltée c. Groupe Meridian construction restauration inc.*, 2013 QCCQ 1301, [2013] J.Q. no 1634, par. 60, reprenant l'expression de « dérive inexplicable ». Voir aussi *Autorité des marchés financiers c. Baazov*, 2018 QCCS 3422, par. 132.

générales de preuve, la longueur et l'ampleur des dispositions, ont fait en sorte que la jurisprudence n'a que peu joué le rôle d'adaptation des faits au droit. Un peu comme le CPC en 2016, il serait donc important que la LCCJTI fasse confiance aux juges en ne précisant pas trop les avenues à suivre. Comme le CPC donc, il importerait de faire preuve d'audace, et la LCCJTI est audacieuse, mais que celle-ci laisse le soin à la jurisprudence de l'accaparer, de la préciser, de la circonscrire. Cette main tendue nous semble de mise, et ce, même si certaines questions demeurent parfois très polarisées⁶⁸.

2.2.3.4 – Densifier l'identification des normes techniques

Comité d'harmonisation. Si comme nous l'avons vu, une certaine généralité doit être maintenue dans la LCCJTI elle-même, il n'en demeure pas moins que les parties prenantes cherchent à objectiver les façons de faire. La situation factuelle la plus évidente concernant la LCCJTI serait de répondre à la question suivante : comment m'assurer que le document en cause est intègre? Or, selon nous, cela ne passe pas par une précision dans la LCCJTI des articles 5 et 6 qui précisent ce critère. Davantage, et comme mentionné dans le sondage ou les commentaires, il importe de référer à des normes techniques qui permettront de déterminer comment réaliser ce critère. Actuellement, la référence aux normes passait principalement par le Comité d'harmonisation⁶⁹ dont l'expérience n'a été que peu concluante. Ce comité, nommé *Comité pour l'harmonisation des systèmes et des normes* et créé en vertu de la LCCJTI, regroupe des experts provenant de sphères diverses reliées aux technologies de l'information⁷⁰. Sans forcément identifier toutes les raisons, il est sans doute possible d'en trouver quelques-unes. **En premier lieu**, la nomination n'a sans doute

⁶⁸ On peut notamment penser à la question des certificats d'assurance dont l'assureur doit avoir copie (*Infra*, par. 3.1.1.2) ou de l'opposition entre les articles 2 et 29 (*Infra*, par. 3.2.2.1).

⁶⁹ Article 63 et suiv.; et *Infra* par. 3.2.2.3.2.

⁷⁰ Le rôle du Comité d'harmonisation se résume ainsi : « Ce processus de concertation est mis en place pour assurer la reconnaissance, par le droit québécois, des standards techniques développés au niveau international. Une large place est faite à la concertation des acteurs tout en ménageant au gouvernement une possibilité d'intervenir lorsque la concertation ne donne pas de résultats probants.

Le Comité examine les moyens susceptibles d'assurer la compatibilité ou l'interopérabilité des supports et des technologies ainsi que des normes et standards techniques permettant de réaliser un document technologique, de le signer ou de l'utiliser pour effectuer une communication. Il veille à éviter la multiplication des procédures, particulièrement en ce qui a trait à la vérification de l'identité des personnes. Il cherche les moyens de favoriser la standardisation des certificats et des répertoires ainsi que la reconnaissance mutuelle des certificats. Il identifie les normes afin de garantir l'intégrité d'un document technologique par des mesures de sécurité physiques, logiques ou opérationnelles ainsi que des mesures de gestion documentaire adéquates pour en assurer l'intégrité au cours de tout son cycle de vie. Il recherche les moyens d'uniformiser les pratiques d'audit, lequel comporte l'examen et l'évaluation des méthodes d'accès, d'entretien ou de sauvegarde du support, des mesures de sécurité physiques, logiques ou opérationnelles, des registres de sécurité et des correctifs apportés en cas de défaillance d'un élément pouvant affecter l'intégrité d'un document (voir l'article 64). », Secrétariat du Conseil du trésor, *Loi annotée par sujet - Reconnaissance et l'harmonisation des systèmes, normes et standards techniques*, en ligne : < <https://www.tresor.gouv.qc.ca/ressources-informatiionnelles/cadre-normatif-de-gestion-des-ressources-informatiionnelles/loi-concernant-le-cadre-juridique-des-technologies-de-linformatiion/loi-annotee-par-sujet/loi-annotee-par-sujet-reconnaissance-et-lharmonisation-des-systemes-normes-et-standards-techniques/>>.

pas permis une représentation très généralisée des parties prenantes. D'une façon générale, le secteur privé était sous représenté par rapport au secteur public. **En deuxième lieu**, le comité d'harmonisation a été conçu comme un « producteur » de normes alors que l'enjeu est peut-être davantage d'identifier celles, déjà existantes, qui sont susceptibles de remplir les critères déterminés par la LCCJTI. Ainsi, par exemple, la présidence de la Bureau de normalisation du Québec (ci-après « BNQ ») se justifie pleinement dans une perspective de rédaction de normes mais sans doute moindrement dans celui d'identification de celles susceptibles de remplir les fonctions recherchées. **En troisième lieu**, nous croyons qu'une pareille instance, qu'elle que soit sa structure, pour effectuer ce rôle d'animation normative, devra disposer de moyens qui soient mis à sa disposition. Il faudrait donc sans doute réfléchir aux moyens qui pourraient être avancés afin de pérenniser une telle institution; une institution qui assurément pourrait avoir un rôle véritable de densification normative.

Alternatives possibles. Aussi, des avenues sont envisageables pour assurer ce rôle d'un comité d'harmonisation réinventé. Un comité qui pourrait notamment avoir un rôle dans l'identification de présomptions associées à l'usage de certains procédés⁷¹.

3 – ANALYSE

Plan. Cette troisième partie est composée d'une sous-partie (3.2) qui constitue sans doute le cœur de la présente étude, à savoir, ce qui doit être changé, maintenu, intégré, repensé. Mais au préalable, il nous semble important de mesurer les conséquences de changements trop rapidement adoptés ou de modifications trop conséquentes (3.1), un peu comme plusieurs commentaires nous l'ont suggéré.

3.1 – Critères à prendre en compte pour envisager une réforme de la LCCJTI

3.1.1 – Conséquences des changements de loi

3.1.1.1 – Évaluer les risques de la tentation de changement

Stabilité juridique. Au regard des consultations entreprises, nous avons vu des velléités assez généralisées de la part des personnes consultées de modifier en profondeur la LCCJTI. Avec égard, nous croyons que s'il y a assurément des dispositions à modifier, il est aussi important d'en conserver certaines, et ce, même si elles présentent parfois quelques défauts applicatifs. Également, et sans que cela se situe dans l'une ou l'autre des catégories, nous croyons aussi important d'extraire certaines dispositions dont la présence dans la LCCJTI, tout comme sa substance, doit être repensées. Il faut donc avoir conscience que les changements à une loi, tout comme l'adoption d'une nouvelle, a son

⁷¹ *Infra*, par. 3.2.2.4 et 3.2.3.2.

lot d'effets secondaires. Conformément à l'expression bien connue, il faut légiférer en tremblant⁷².

Législation et numérique. Sans développer plus avant, dans un ouvrage précédent⁷³, nous avons tenté de montrer que les lois dédiées au numérique, au Québec comme ailleurs, ont souvent donné lieu à des difficultés applicatives. Et si la LCCJTI a suscité beaucoup de réactions négatives, elle n'a vraiment pas l'apanage des critiques. À titre d'illustration, ce fut le cas en droit d'auteur⁷⁴, en responsabilité des intermédiaires⁷⁵, en matière de valeurs mobilières⁷⁶, en protection des renseignements personnels⁷⁷, etc.

3.1.1.2 – Évaluer si la LCCJTI est en mesure d'intégrer la réalité de 2020

Réalité technologique. Évidemment, la première raison qui peut justifier un changement législatif est une distorsion entre les faits et le droit. Le « bon droit » comme l'affirme Vittorio Villa⁷⁸ a d'abord et avant tout comme fonction de permettre une adéquation entre le droit positif et la réalité du moment. L'une des fonctions essentielles du droit est donc de remplir ce besoin de « fidélité descriptive »⁷⁹. En d'autres termes, relativement à l'encadrement des technologies, une expression a été généralement consacrée selon laquelle les lois devaient être neutres technologiquement. Cette neutralité correspond à une manière de rédiger les lois afin de s'assurer qu'elles soient en mesure d'intégrer les technologies émergentes. À cet égard, la LCCJTI s'est grandement revendiqué de cette

⁷² Charles de Secondat DE MONTESQUIEU, « Lettre CXXIX, de Usbek à Rhédi », dans *Lettres Persanes*, 1719, en ligne à < <http://visualiseur.bnf.fr/Visualiseur?Destination=Gallica&O=NUMM-101473> > (consulté le 28 janvier 2020) : « Il est vrai que, par une bizarrerie qui vient plutôt de la nature que de l'esprit des hommes, il est quelquefois nécessaire de changer certaines lois. Mais le cas est rare ; et, lorsqu'il arrive, il n'y faut toucher que d'une main tremblante : on y doit observer tant de solennité, et apporter tant de précautions, que le peuple en conclut naturellement que les lois sont bien saintes, puisqu'il faut tant de formalités pour les abroger. » L'expression fut ensuite reprise par Jean CARBONNIER, « Scolie sur le non droit », dans *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 50 : « [...] Ce serait déjà un beau résultat si nos hommes du gouvernement consentaient à prendre conseils de quelques maximes, inspirées de l'hypothèse et pourtant raisonnables telles Ne légiférez qu'en tremblant, ou Entre deux solutions, préférez toujours celle qui exige le moins de droit et laisse-le plus aux mœurs ou à la morale. »

⁷³ Vincent GAUTRAIS, *La neutralité technologique : rédaction et interprétation des lois face aux changements technologiques*, Montréal, Éditions Thémis, 2012.

⁷⁴ Les amendements de 2012 de la Loi sur le droit d'auteur ont été critiqués tant quant à leur forme (approche par exception rendant l'application délicate) que sur son fond (laxisme juridique, rendant les intermédiaires bien peu responsables).

⁷⁵ Des amendements passés très globalement dans le monde visaient à limiter fortement la responsabilité des intermédiaires techniques alors que 10 ans plus tard, ils possèdent la capacité technique de contrôle des données.

⁷⁶ La loi états-unienne *Sarbanes Oxley* est particulièrement ciblée pour ses coûts astronomiques à contrôler l'intégrité financière des entreprises cotées en bourse.

⁷⁷ Les amendements pointillistes de 2006 à la Loi québécoise sur l'accès et la protection des renseignements personnels dans le secteur public (RLRQ c A-2.1), par exemple l'article 65.1, ont été jugé inefficaces.

⁷⁸ Vittorio VILLA, « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme », dans Paul AMSELEK, *Théorie du droit et science*, Paris, P.U.F., 1994, p. 288.

⁷⁹ *Idem*.

approche, l'intégrant même dans le CCQ⁸⁰. Et à bien des égards, sauf exceptions⁸¹, l'objectif a été réussi. Lors des consultations, notamment de la part des non-juristes, il a été soulevé que la LCCJTI avait technologiquement parlant plutôt bien vieilli⁸².

Réalité juridique. L'autre réalité à considérer est évidemment de vérifier si les autres lois sont en conformité avec la LCCJTI. **En premier lieu**, il importe de vérifier que des lois postérieures à la LCCJTI ont été adoptées en conformité avec elle. L'une des plus importantes est assurément le NCPC dont l'entrée en vigueur le 01 janvier 2016 doit forcément être considérée. A cet égard, alors même que l'un des objectifs de ce texte était d'intégrer davantage l'usage des technologies, nous croyons pouvoir constater que, sauf exceptions⁸³, l'adéquation avec la LCCJTI a été assurée⁸⁴. On peut aussi constater que ce texte plus récent intègre le vocabulaire de la LCCJTI (comme par exemple l'intégrité, technologie, etc.) mais en utilise aussi de nouvelles expressions dont il faudra sans doute tenir compte. On peut par exemple penser au terme d'« environnement technologique »⁸⁵ qui traduit une réalité différente mais intéressante et possiblement à intégrer dans une hypothèse de réforme. **En second lieu**, il faut aussi analyser si des lois, plus anciennes ou non, ont donné lieu à une **jurisprudence** cohérente avec la LCCJTI. À titre d'exemple, plusieurs dispositions de lois particulières ont été interprétées avec plus ou moins de bonheur, alors que la LCCJTI avait une incidence directe ou indirecte. On peut notamment penser à cette décision clé de la Cour d'appel interprétant par exemple le controversé article 7⁸⁶. On peut malheureusement considérer certaines hypothèses où l'interprétation fut plus laborieuse, et ce, que ce soit avec des dispositions de la LCCJTI ou d'autres lois⁸⁷.

Réalités militent à une certaine retenue. Au regard de ces deux réalités, nous croyons donc qu'il n'y a sans doute pas lieu de bouleverser la LCCJTI, et ce, en dépit de plusieurs avis en ce sens tant lors des sondages que plus généralement lors des consultations. Ceci ne veut évidemment pas dire que rien n'est à faire; au-delà de certains éléments de fond, la plupart des « hics » qui semblent devoir être corrigés concernent principalement la

⁸⁰ Voir notamment le titre de la Section 6 du Chapitre 1 du Livre 7 sur la preuve. Nous croyons que dans le cadre de propositions, l'expression « Neutralité technologique » pourrait être remplacée par celle d'« Équivalence fonctionnelle ».

⁸¹ On peut notamment penser à l'article 22 LCCJTI, dont nous ne parlerons que très peu, dont la structure et le fond sont basés sur une hypothèse technologique où les intermédiaires ne disposent que de peu de contrôle sur les contenus hébergés par autrui. Or, cette réalité, dans bien des cas, a grandement évolué.

⁸² *Infra*, paragraphe 2.2.2.

⁸³ On peut notamment penser à l'article 262 CPC. *Infra*, paragraphe 3.2.1.6.2.

⁸⁴ Vincent GAUTRAIS, *La preuve technologique*, 2^{ème} édition, Lexis Nexis Canada, 2018, p. 54, par. 58 et suiv.

⁸⁵ Voir notamment l'article 26 NCPC.

⁸⁶ *Benisty c. Kloda*, 2018 QCCA 608.

⁸⁷ On peut notamment penser à certaines décisions sans doute critiquables où la notion de copie a été interprétée restrictivement : *Ville de Saint-Eustache c. Lehoux*, 2019 QCCM 39 ; *Directeur des poursuites criminelles et pénales c. Ciarallo*, 2016 QCCQ 4880; *Ville de Laval c. Harmouch*, 2019 QCCS 5256. De façon plus large, *Ville de Laval c. Harmouch*, 2018 QCCM 198; *Ville de Mascouche c. Vilna*, 2019 QCCM 183.

forme de la LCCJTI, et ce, que cela concerne sa structure, son vocabulaire, l'emplacement des dispositions, les techniques de rédaction législatives⁸⁸.

Changements avec des degrés variables d'urgence. Également, nous croyons que parmi les modifications proposées, toutes n'ont pas le même degré d'urgence. Comme mentionné précédemment, la LCCJTI « fonctionne » et même face à des dispositions qui selon nous posent problème, la jurisprudence s'adapte, les pratiques contractuelles permettent de combler les vides.

3.1.1.3 – Assurer une adhésion de la communauté

Approche symbolique du droit. Contrairement à la croyance populaire, un changement de loi n'est pas une panacée. En effet, une loi ne va avoir des effets positifs sur une communauté donnée qu'à la condition que les destinataires des changements auront le sentiment que l'évolution est en accord tant avec la réalité du jour qu'avec la volonté des parties prenantes. Nous l'avons déjà signalé, une grosse difficulté de l'adoption de la LCCJTI en 2001 est, que le langage nouveau, opérant une certaine rupture avec celui qui prévalait jusqu'alors, n'a donné lieu qu'à une bien tiède tentative d'accompagnement auprès de la communauté juridique. Pourtant, une norme pratique n'a souvent véritablement d'impact que dans la mesure où elles correspondent aux orientations « en valeur » de la société. À titre d'exemple, la *Loi concernant les soins de fin de vie*⁸⁹ s'est accompagnée d'une réception suffisamment consensuelle pour constituer un fait de culture. Une approche symbolique est donc requise pour ce faire⁹⁰. L'adoption d'une loi nouvelle mérite un dialogue préalable qui soit représentatif des intérêts en cause. Celui-ci peut évidemment s'opérer lors des travaux parlementaires. Il peut aussi de façon plus innovante, qui n'empêche évidemment pas la première, s'effectuer en amont auprès de la communauté elle-même.

Enjeux sur le droit de la preuve. Comme nous l'avons signalé, si plusieurs portions de la LCCJTI ont été adoptées avec une relative facilité d'adaptation, de nombreux commentaires ont relevé des difficultés en ce qui a trait au droit de la preuve. Le Barreau du Québec a sans doute été en 2001, le plus grand opposant institutionnel à ce texte⁹¹. Près de 20 ans plus tard, la profession juridique est toujours mal à l'aise avec certains

⁸⁸ *Supra*, paragraphe 2.2.1.

⁸⁹ ch. S-32.0001.

⁹⁰ Pierre NOREAU, « De la force symbolique du droit », dans Catherine THIBIERGE (alii), *La force normative : naissance d'un concept*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 137.

⁹¹ BARREAU DU QUÉBEC, *Mémoire sur la Loi sur la normalisation juridique des nouvelles technologies de l'information*, 2000, en ligne : <https://www.lccjti.ca/doctrine/barreau-du-quebec-memoire-sur-la-loi-sur-la-normalisation-juridique-des-nouvelles-technologies-de-linformation/> (consulté le 12 février 2020), p. 3 : « le texte doit être repris dans son entier, la structure doit être simplifiée et, idéalement, la démarche doit être repensée en s'inspirant davantage des lois (ou projets de loi) existant ailleurs sur le sujet de façon à éviter d'isoler le Québec sur le plan international et de nuire à son développement économique. »

passages de la LCCJTI et notamment ceux qui modifièrent le CCQ. C'est donc cette interaction qui demandera, sans doute, le plus d'adaptation.

Équivalence fonctionnelle : une notion consensuelle. Pour finir sur l'importance de ce rôle d'adhésion de la communauté, nous voudrions seulement évoquer l'exemple de l'équivalence fonctionnelle qui selon nous a été facilement adoptée dans la mesure où elle parvient justement à faire consensus entre le droit des technologies et le droit civil. En effet, alors que ce principe a été le fruit de forums dédiés au numérique, tel que la CNUDCI, il a été apprivoisé par les généralistes du droit du fait qu'il était aisément compatible avec les manières de faire traditionnelles. Que ce soit en termes de rédaction législative⁹² ou d'interprétation, proche de l'approche téléologique⁹³, nous sommes face à une notion conjointe qui s'impose d'elle-même.

3.1.2 – Meilleur arrimage entre le droit de la preuve et le droit des technologies

État de la difficulté. En effet, l'un des points le plus fréquemment mentionné par les sondés est assurément la difficulté qu'eurent les juristes à lier la LCCJTI au CCQ. À bien des égards, la première fut considérée comme dérangeante en n'intégrant pas les principes classiques et fondateurs qui existaient dans le CCQ. La LCCJTI a donc heurté les juristes de par son vocabulaire, sa structure, sa facture, etc. Plus que son fond, c'est la forme de cette loi qui a suscité des critiques. Plus exactement, au-delà d'une meilleure intégration formelle des préceptes de la LCCJTI dans le CCQ lui-même, il importera de mieux associer les principes de la LCCJTI dans le CCQ.

3.1.2.1 – Meilleure intégration formelle de la LCCJTI

Problématique des dispositions « gigognes ». À plusieurs reprises, la LCCJTI est identifiée dans le CCQ comme une loi à laquelle il faut référer. On peut notamment l'apercevoir aux articles 2855 et 2874 CCQ qui mentionnent l'article 5 al. 3 de la LCCJTI qui elle-même réfère à 2865 CCQ. Cette manière de faire a été plusieurs fois critiquée, tant dans la doctrine⁹⁴ que dans les commentaires des personnes sondées. Assurément, cette technique législative nuit à une compréhension optimale de la LCCJTI.

Loi générale. Même si la Cour d'appel semble avoir dit le contraire⁹⁵, la LCCJTI avait pour vertu d'être une loi d'application générale⁹⁶. En effet, il s'agissait d'établir un texte qui

⁹² Comme par exemple l'article 2827 CCQ sur la signature. *Kaouk (Succession de) c. Kaouk*, 2008 QCCA 192, par. 29.

⁹³ Vincent GAUTRAIS, *La neutralité technologique : rédaction et interprétation des lois face aux technologies*, Montréal, Éditions Thémis, 2012, p. 105.

⁹⁴ Michèle LAFONTAINE, « Technologies de l'information au Québec: une technique législative inappropriée », dans Jacques BEAULNE (dir.), *Mélanges Ernest Caparros*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 105.

⁹⁵ *Benisty c. Kloda*, 2018 QCCA 608, par. 77 et 78.

⁹⁶ Voir *Directeur général des élections c. Therrien*, 2020 QCCS 650.

puisse prévaloir en matière de dématérialisation, et ce, sans que l'on soit obligé de modifier l'ensemble des lois qui évoquent, par exemple, les termes d'écrit, d'original, de copie, de double, de duplicata, etc. D'ailleurs, après les débats parlementaires de la LCCJTI⁹⁷, plusieurs auteurs de doctrine développent cette position⁹⁸ qui, en certains cas, comme dans *Benisty*, a une incidence pratique réelle lorsqu'une discordance existe entre plusieurs lois. Mais au-delà de cette question d'interprétation, qui ne requiert pas, selon nous, une précision particulière dans une loi, nous croyons qu'il serait en revanche loisible de densifier les liens entre CCQ et LCCJTI; plus exactement, de multiplier les références aux documents technologiques dans le CCQ. Plutôt que les clauses par référence que nous venons de critiquer, il serait sans doute important de **densifier le contenu dans le CCQ**, comme cela s'est d'ailleurs fait dans le Code civil français (ci-après « CCF »).

Emplacement dans les dispositions générales. Également, et toujours relativement aux questions de structure, il est étonnant que les dispositions principales dans le CCQ ont toutes, par le biais de l'article 78 de la LCCJTI initiale⁹⁹, été insérées dans la Section 6 relative aux « Écrits technologiques ». En effet, la dématérialisation s'exerce pour l'ensemble des éléments de preuve et non celui-ci en particulier. Bien que la question ait été depuis réglée par plusieurs décisions, le positionnement des articles 2837 à 2842 CCQ a sans doute contribué, par exemple, à la croyance selon laquelle les documents technologiques constituaient un sixième moyen de preuve. Il nous apparaît donc important que ces dispositions apparaissent à un endroit dans le Livre 7 qui concerne l'ensemble des moyens de preuve documentaires.

2837 al.1 CCQ. À titre d'exemple, l'article 2837 al.1 CCQ pourrait être modifié afin qu'il soit davantage situé juste après l'article 2811 CCQ¹⁰⁰. Une proposition sera faite en ce sens plus tard¹⁰¹.

2838 CCQ. Il en est de même avec l'article 2838 CCQ qui au-delà de sa substance mérite d'être considéré plus largement que dans la seule hypothèse des écrits¹⁰².

⁹⁷ Débats parlementaires, *Projet de loi n°161 : Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, Assemblée Nationale du Québec, 2000-2001, disponible en ligne : LCCJTI <<http://lccjti.ca/doctrine/debats-parlementaires-lccjti/>>.

⁹⁸ Catherine PICHÉ, *La preuve civile*, 5^{ième} édition, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016, p. 353; François SENÉCAL, *L'écrit électronique*, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2012, p. 106 : « La LCCJTI est une loi de portée générale, bien que certaines sections établissent des régimes juridiques spécifiques ». Cette position est reprise dans Patrick GINGRAS et François SENÉCAL, « Benisty c. Kloda: cinq enseignements de la Cour d'appel du Québec en droit des technologies de l'information », (2018) 77 *R. du B.* 273-294; Jean-François DERICO, « Chronique - l'Infonuagique, la protection des renseignements personnels et les droits d'accès des gouvernements », Février 2014 *Repères*.

⁹⁹ Voir cette version ici : <https://www.canlii.org/fr/qc/legis/loisa/lq-2001-c-32/derniere/lq-2001-c-32.html>

¹⁰⁰ Ce pourrait par exemple constituer un deuxième alinéa de cette disposition.

¹⁰¹ *Infra*, paragraphe 3.2.3.1.1.

¹⁰² *Infra*, paragraphe 3.2.3.1.2.

3.1.2.2 – Meilleure intégration des principes substantiels de la LCCJTI

Mettre en exergue ce qui ne change pas! La LCCJTI a été vue comme un texte venant bouleverser plusieurs pans entiers du droit de la preuve civile québécoise. S’il ne s’agit pas de nier plusieurs aspects particulièrement nouveaux, il y a en revanche plusieurs points qui font preuve d’une certaine tradition. Des éléments qui mériteraient d’être identifiés comme tels au début du Livre 7 sur la preuve.

Intégrité. Parmi les difficultés rencontrées, on peut notamment citer le terme de l’intégrité qui est l’attribut documentaire clé auquel la preuve est directement associée. Or, ce terme est nouveau dans le langage juridique qui a toujours préconisé celui de l’authenticité. Mais en fait, nouveau, pas tant que cela dans la mesure où ce premier terme est l’une des composantes du second. Nous croyons donc que la LCCJTI, voulant bien faire, a uniquement utilisé le terme intégrité, omettant à dessein de référer au lien avec l’auteur du document, et ce, dans la mesure où il apparaît déjà ailleurs dans le CCQ¹⁰³. À titre d’exemple, les auteurs de l’acte sous seing privé sont identifiés à l’article 2826 CCQ; les auteurs du témoignage le sont à l’article 2843 CCQ. Même chose pour l’élément matériel (art. 2855 CCQ). Ce faisant, il n’existe pourtant pas d’identification précise où les fonctions de l’élément de preuve sont clairement identifiées, comme par exemple dans le *Code civil français* où l’écrit électronique se lit comme suit :

1366. L’écrit électronique a la même force probante que l’écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu’il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l’intégrité. (Nos soulèvements)

À la différence de cette dernière disposition, nous croyons donc que ce soit assez problématique que les fonctions à satisfaire se trouvent à deux endroits distincts, à savoir, l’article 5 (où l’équivalent dans le CCQ à 2838) et à l’article correspondant à l’élément de preuve en question

Rôle didactique. Nous croyons aussi que l’apparence de bouleversement de la LCCJTI soit atténuée en rappelant certains éléments qui ont été maintenus avec ce texte. Par exemple, la succession des étapes de traitement d’un élément de preuve est toujours d’identifier les règles de recevabilité et d’ensuite d’envisager la force probante¹⁰⁴. Il serait donc sans doute important, pour des fins didactiques, de rappeler que cela vaut toujours. De la même manière, relativement à la force probante, la disjonction qui existe quant à l’authenticité, entre l’intégrité qui est prévue dans la LCCJTI et le lien avec l’auteur que l’on retrouve dans le CCQ, mériterait d’être atténuée.

¹⁰³ Vincent GAUTRAIS, *La preuve technologique*, 2^{ième} édition, Lexis Nexis Canada, 2018, p. 177, par. 229.

¹⁰⁴ Comme cela apparaît par exemple dans *Benisty c. Kloda*, 2018 QCCA 608.

Document technologique. Au même titre que la Cour d’appel précise que la qualification en tant que document technologique est plus « théorique que pratique »¹⁰⁵, il est loisible de se demander si certaines références à la LCCJTI dans le CCQ s’imposent véritablement. À titre d’exemple, nous ne comprenons pas vraiment l’intérêt que présente l’article 2837 al. 2 CCQ qui précise qu’un document qui fait appel aux technologies de l’information soit qualifié de document technologique.

3.1.3 – Meilleur arrimage entre le droit de la procédure et le droit des technologies

262 CPC. Comme mentionné préalablement, une difficulté demeure au CPC, en dépit de sa nouveauté, avec l’article 262. Cette disposition donnera lieu à un traitement particulier un peu plus loin¹⁰⁶, en lien avec l’article 7. Un traitement qui nécessite selon nous un changement.

3.2 – État de la mise à jour de la LCCJTI

Développements centraux. Ce paragraphe est sans doute le cœur de la présente étude. Il vise en effet à recommander l’approche à suivre quant aux questions qui ont été posées dans l’étude intermédiaire. En effet, nous allons ici traiter du degré de modification que présente ces différentes questions. Parfois, une modification en profondeur est requise; c’est ce que nous préconiserons en premier lieu (3.2.1). Ensuite, nous croyons davantage que les questionnements présentés demandent au contraire de conserver les dispositions en l’état, et ce, même si en certains cas des adaptations sont requises (3.2.2). Notons que plusieurs de ces propositions d’adaptation font en sorte que, parfois, la différence entre une modification et une adaptation n’est pas toujours très claire. Encore, nous allons proposer certaines dispositions qui pourraient être intégrées dans la LCCJTI (3.2.3). Et enfin, et plus largement, il doit y avoir une réflexion plus globale quant à certaines dispositions; réflexions que nous ne pourrons pas effectuer dans la présente étude, faute de temps, mais qui s’impose, notamment en terme de lien avec d’autres domaines du droit.

3.2.1 – Dispositions à modifier

3.2.1.1 – Article 1 et la notion de technologie

Ambivalence. Comme mentionné dans l’étude intermédiaire, une ambivalence prévaut entre les technologies de l’information qui sont énumérées à l’article 1 al. 2 et les technologies, composantes du document¹⁰⁷, que l’on retrouve par exemple à l’article

¹⁰⁵ *Benisty c. Kloda*, 2018 QCCA 608, par. 84. Avant cet arrêt, plusieurs décisions s’arrêtaient sur le fait de savoir si le document était technologique ou pas, oubliant les règles autrement plus importantes de recevabilité et de force probante.

¹⁰⁶ *Infra*, par. 3.2.1.5.2.

¹⁰⁷ D’ailleurs, souvent, la LCCJTI évoque la technologie en tant que composante du document au même titre que le support.

2841 CCQ. Ainsi, le terme technologie semble parfois avoir un sens très large¹⁰⁸; dans d'autres hypothèses, il est mis en opposition à la notion du support, les deux termes étant d'ailleurs souvent utilisés l'un par rapport à l'autre¹⁰⁹. Il semble donc y avoir une distinction entre « technologies de l'information » et « technologie ». Ce qui est étonnant d'ailleurs c'est qu'alors que cette disposition évoque en effet le terme technologie, les articles 10, 17 et 65 LCCJTI, et ce sont les seules occurrences, utilisent davantage celui de format. Cette polysémie est préjudiciable et plusieurs éléments nous laissent croire, selon nous, qu'il faille la réparer.

Sondage. En premier lieu, notons que le sondage laisse transparaître sans l'ombre d'un doute le malaise vis-à-vis de ce double sens. Et outre le fait que les suffrages militent à une clarification du terme (61 sur 72) (presque **85%**), plus de 71% croient que celui de format permettrait une meilleure compréhension. 22 commentaires ont aussi été rédigés à la question 4.

Question 2 (Article 1) : Pensez-vous que cette ambivalence sur le terme « technologie » devrait être clarifiée ?

Oui 61

Non 11

Question 3 (Article 1) : Pensez-vous que le terme « technologie » pourrait être remplacé en certains cas par celui de « format » (comme à l'article 17) ? Un autre terme ?

Oui 52

Non 21

Format. À bien des égards, nous croyons que le terme de format est synonymique de technologie dans sa seconde acception (composante du document).

Au meilleur de notre compréhension, il nous apparaît que la notion de « technologie », telle qu'utilisée dans la Loi, ne devrait pas être opposée à celle de « format » que l'on y trouve aussi. [...] Si cette dernière nous paraît devoir être vue comme un sous-ensemble de la première, dans le cadre de l'analyse qui est faite par après, les deux notions semblent pouvoir être utilisées indifféremment.¹¹⁰

¹⁰⁸ Le secrétariat du Conseil du Trésor donne une définition pour le moins englobante de la notion de « technologies de l'information » (au pluriel). SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, Glossaire, <https://www.tresor.gouv.qc.ca/ressources-informationnelles/cadre-normatif-de-gestion-des-ressources-informationnelles/loi-concernant-le-cadre-juridique-des-technologies-de-l'information/glossaire/t/> :

« l'ensemble des savoirs théoriques et pratiques de nature scientifique dans le domaine de la préparation, de la circulation et de la conservation de l'information. »

¹⁰⁹ Par exemple les articles 2, 5, 7, 11, 17, 23, 29, 42, 64, 69, 74 LCCJTI.

¹¹⁰ Vincent GAUTRAIS et Patrick GINGRAS, « La preuve des documents technologiques », (2010) 22-2 *Cahiers de propriété intellectuelle* 267, 275.

Certains auteurs se sont d'ailleurs proposés de le définir¹¹¹ en se basant sur *Le grand dictionnaire terminologique* :

(..) structure définie de données contenues sur un support magnétique ou autre, établie selon des règles qui régissent le stockage, l'affichage, la manipulation, l'impression ou la transmission de ces données.¹¹²

Une chose est sûre, avec cette notion de technologie dans le sens de format, on complète ainsi une trilogie très souvent utilisée dans les sciences de l'information entre support – information – logiciel¹¹³, ce dernier terme correspondant à l'acceptation du terme de technologie au sens de format. Une trilogie qui est le propre des supports numériques.

« Un système informatique est composé principalement de trois éléments : le matériel, le logiciel et les données. »¹¹⁴

Cela dit, l'adoption de ce terme est sujet à deux irritants.

Format tangible. En premier lieu, la notion de format, et la structuration qui y est associée¹¹⁵, vaut également pour les supports tangibles (film, bobine, photographie, microfiche, etc.)¹¹⁶, et principalement le papier¹¹⁷. Simplement, dans le monde papier, et uniquement dans ce celui-ci, le format est assimilé au support, tant la dissociation est impossible. Ce qui n'est pas le cas dans le numérique.

¹¹¹ Daniel POULIN et Pierre TRUDEL, « La loi en ligne : La Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information », (2001), en ligne : Secrétariat du Conseil du Trésor du Québec <<https://www.tresor.gouv.qc.ca/ressources-informationnelles/cadre-normatif-de-gestion-des-ressources-informationnelles/loi-concernant-le-cadre-juridique-des-technologies-de-linformation/>> (consulté le 28 janvier 2018).

¹¹² OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Le grand dictionnaire terminologique*, 2011, s.v. « Format », disponible en ligne : Office québécois de la langue française <www.oqlf.gouv.qc.ca>.

¹¹³ Mark PHILLIPS, *La preuve électronique au Québec*, Montréal, LexisNexis, 2010, p. 12 : « 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. ».

¹¹⁴ Jean-Yves ROUSSEAU et 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. ». Extrait cité par Gilles de SAINT-EXUPÉRY, *Le document technologique original dans le droit de la preuve au Québec*, mémoire de maîtrise, Faculté de droit, l'Université de Montréal, 2012, p. 63.

¹¹⁵ OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Le grand dictionnaire terminologique*, 2011, s.v. « Format », disponible en ligne : Office québécois de la langue française, précisément à http://gdt.oqlf.gouv.qc.ca/ficheOqlf.aspx?Id_Fiche=26537314 : « Agencement structuré d'un support de données. » (Nos soulignements).

¹¹⁶ OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Le grand dictionnaire terminologique*, 2011, s.v. « Format », disponible en ligne : Office québécois de la langue française <www.oqlf.gouv.qc.ca>.

¹¹⁷ Même si souvent l'expression communément utilisée « format papier » correspond en fait au « support papier ».

Interprétation de l'article 2. En second lieu, il fait remarquer que même si l'article 2 semble être rédigé pour correspondre à la seconde acception de la notion de technologie, de celle que nous aimerions remplacer par format, il a été interprété plus largement par la jurisprudence. Notamment, cette disposition a parfois été envisagée pour statuer sur la mise en ligne des informations financières des travailleurs¹¹⁸ ou sur la pertinence de l'usage de la visioconférence¹¹⁹.

Numérique. Plusieurs commentaires (près d'une dizaine) sur le format nous ont fait part de la possibilité, où plutôt que de changer le terme « technologie » par celui de format, de la possibilité de faire évoluer l'expression « technologie de l'information » par « technologie numérique ». Cette position est assurément intéressante mais pourrait être vue comme étant plus dérangeante que celle se limitant à l'utilisation de format.

Changement. Sans que ce point ne soit un point central, nous croyons qu'il soit plus simple d'utiliser le terme de format lorsque la LCCJTI réfère à la technologie, souvent au singulier, en tant que composante du document. Les articles concernés sont les suivants : 1 al. 3, 5 al. 1, 5 al.3, 11, 17, 28, 29 al.1, 29 al.2, 64 (1), 69 (4). D'ailleurs, il est symptomatique de constater que le tout récent projet de loi du 12 juin 2020 utilise spécifiquement cette expression, et ce, à plusieurs reprises¹²⁰.

PROPOSITION 1 : Nous proposons que le terme de « format » ou « format technologique » se substitue à celui de technologie tel qu'il apparaît aux articles 1 al. 3, 5 al. 1, 5 al.3¹²¹, 11, 17, 23, 28, 29 al.1, 29 al.2, 64 (1), 69 (4) de la LCCJTI. Une réflexion s'impose aussi quant à la portée que l'article 2 entend donner à la notion de technologie.

PROPOSITION 2 : L'article 2841 CCQ pourrait aussi se lire comme suit : « 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 un format différent soit par le transfert de l'information que porte le document vers un support faisant appel à un format différent. » (Nos soulignés) (sous réserve des modifications proposées à l'article 2841 CCQ)¹²²

3.2.1.2 – Article 1 et technologie magnétique

Sondage. La **Question 1** posée dans l'étude intermédiaire faisait justement mention de la pertinence soulignée par certains selon lesquels un doute persistait quant au fait de savoir si un document magnétique est un document technologique, ou pas. Si la Cour d'appel a

¹¹⁸ De concert avec l'article 29 LCCJTI. *Infra*, paragraphe 3.2.2.1.

¹¹⁹ *Entreprises Robert Mazeroll Ltée c. Expertech - Bâtisseur de réseaux Inc.*, 2005 QCCQ 131, par. 10.

¹²⁰ Projet de loi n° 64, Loi modernisant des dispositions législatives en matière de protection des renseignements personnels <http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/projets-loi/projet-loi-64-42-1.html> (12 juin 2020). Voir notamment les articles 65.5, 30, 3.3, 112 et dans l'introduction qui a cinq occasions traitent de l'expression « **format technologique structuré et couramment utilisé** ».

¹²¹ Sous réserve de l'abrogation de cette disposition, conformément à la recommandation 10.

¹²² *Infra*, paragraphe 3.2.2.2.

mentionné que « oui »¹²³, c'en était un, nous croyons qu'il y a débat. Un doute subsiste en effet dans la mesure où la LCCJTI évoque le fait que le document magnétique est technologique ¹²⁴ alors que le CCQ, référant au ruban, semble privilégier la compréhension d'un support physique¹²⁵. C'est sans doute pour cette raison que les personnes sondées ont très clairement opté pour un éclaircissement de la notion.

Question 1 (Article 1) : Pensez-vous que cette ambivalence de la LCCJTI devrait être clarifiée ?

Oui 63

Non 08

Modifications proposées des articles 2855 et 2874 CCQ. Pourtant, en dépit du fait que la question a été traitée dans *Benisty c. Kloda*¹²⁶, les juges prenant même le soin de mentionner que, sur ce point, la « loi est manifestement déficiente », il est sans doute moins urgent de préciser cette notion dans la mesure où nous avons proposé un changement aux articles 2855 et 2874 CCQ¹²⁷ en opérant un régime unifié entre les documents physiques et les documents numériques.

Indéfinition. Pourtant, nous croyons qu'il serait pertinent d'éclaircir la distinction entre un ruban magnétique, qui nous semble devoir être qualifié, contrairement à ce qu'a dit la Cour d'appel, de document physique, logique (pour reprendre l'expression de l'article 3 LCCJTI et de technologies magnétiques que la LCCJTI, à l'article 1, qualifie de document technologique. À cet égard, il peut être intéressant de regarder ce que la norme ISO 5127 (2017), qui est en charge de proposer des définitions des termes techniques, prévoit. En effet, à son article 3.4.5.5.05, elle mentionne ceci sous la définition de « magnetic tape » :

“tape, usually of plastic material, the surface of which is covered with a magnetized layer permitting the recording of data”.

La bande magnétique, au meilleur de notre compréhension implique donc un substrat, un support, qui doit être physique, analogique. Au contraire, le numérique implique une lecture par un ordinateur et donc par un logiciel, un format.

Raisons de la distinction. L'idée de prévoir deux régimes distincts entre un document tangible, physique, et un document logique, numérique, technologique, tient au fait que dans le premier cas le document est associé au support alors que dans le second, il ne

¹²³ *Benisty c. Kloda*, 2018 QCCA 608, par. 79.

¹²⁴ Article 1 al. 2.

¹²⁵ Article 2874 CCQ.

¹²⁶ *Benisty c. Kloda*, 2018 QCCA 608, par. 79.

¹²⁷ *Infra*, par. 3.2.1.4.

l'est pas forcément, mais il est en lien avec un logiciel qui est nécessaire à sa lecture¹²⁸. Le document numérique, pour être explicité, requiert donc que l'on précise davantage son mode de fabrication du fait de sa plus grande indépendance au support. C'est donc là, souvent, que la nécessité d'une documentation va être exigée. Outre le fait que nous croyons important de réduire les hypothèses de distinction entre les deux supports, (comme aux articles 2855 et 2874 CCQ), il importe néanmoins de déterminer plus précisément tant **1)** dans quelle catégorie de document se trouve un document magnétique que **2)** de déterminer s'il est nécessaire d'opérer des régimes distincts.

PROPOSITION 3 : Nous recommandons de préciser l'ambivalence qui prévaut en ce qui a trait à la technologie magnétique.

3.2.1.3 – Article 5 et la notion de valeur juridique

Détail. Même si les développements dans le présent paragraphe pourraient avoir un effet facilitateur afin de mieux comprendre la LCCJTI, nous croyons qu'il s'agit d'un élément de détail qui demeure d'une importance moindre.

Sondage. Une question a été posée quant à certaines expressions contenues à l'article 5 dont la compréhension semble imprécise et peu habituelle. « Valeur juridique » est en effet, comme mentionné dans l'étude intermédiaire, une notion passablement étrangère au droit. Un « sondé » prend le soin de mentionner, à juste titre, qu'elle ne l'est pas autant dans le domaine de l'archivistique¹²⁹. Néanmoins, et sans doute du fait de son couplage à la notion aussi nébuleuse d'« effet juridique », elle semble selon les sondés présenter des difficultés interprétatives.

Question 8 (Article 5) : Pensez-vous que cette terminologie (« valeur juridique ») devrait être revue ?

Oui 44

Non 26

Quelles sont les valeurs juridiques possibles? Il est possible de se demander à quoi correspond cette expression, du moins en terme juridique. Une question d'autant plus pertinente que l'article 5 al. 1 LCCJTI lie notamment la valeur juridique à ce qui produit des « effets juridiques ». Nous croyons que trois ou quatre possibilités peuvent être

¹²⁸ Jean-Yves ROUSSEAU et Carol COUTURE, *Les fondements de la discipline archivistique*, Sainte-Foy, Presses de l'Université du Québec, 1994, p. 230 : « Un système informatique est composé principalement de trois éléments : le matériel, le logiciel et les données. ».

¹²⁹ En effet, quoi que rare, la notion de « valeur juridique » se retrouve dans certains textes en lien avec les sciences de l'information. Elle se retrouve aussi dans certains textes internationaux de la CNUDCI et notamment dans un considérant de la Convention des Nations Unies sur l'utilisations de communications électroniques dans les contrats internationaux (2005); texte repris en 2017 par l'Ontario (LO 2017, c 2, ann 6) et en 2018 par le Saskatchewan (LS 2018, c E-7.201).

identifiées, et ce, conformément à un article bien connu de Lon Fuller¹³⁰. La **première** est évidemment la preuve. D'ailleurs cette fonction est nommément identifiée à l'article 5 al. 1 LCCJTI. La **deuxième** est la fonction formelle. Ainsi, un document est susceptible de remplir une fonction formelle, *ad validatem*, dès lors que la condition requise est nécessaire à la validité de l'acte¹³¹. Au meilleur de notre connaissance, aucune référence n'est prévue à cette fonction. À titre de comparaison, le droit français a prévu cette hypothèse dans le cas précis de l'écrit à l'article 1176 CCF

Lorsque l'écrit sur papier est soumis à des conditions particulières de lisibilité ou de présentation, l'écrit électronique doit répondre à des exigences équivalentes.
(Nos soulignements)

Ces deux fonctions correspondent d'ailleurs, en droit romain, à la dichotomie habituelle que l'on associe à une formalité documentaire¹³². La **troisième** fonction est plus rare et est identifiée dans le fameux article de Lon Fuller sous l'appellation de « channeling function ». Avec cette expression, on réfère à la fonction d'« efficacité » qu'un document peut avoir¹³³. S'il est possible de trouver des illustrations à cette fonction¹³⁴, elle est plus rarement identifiée en tant que telle, sans doute possiblement en lien avec celle de la validité¹³⁵. Enfin, en **quatrième** lieu, nous avons quelques difficultés à associer la fonction « archivistique, historique ou patrimoniale »¹³⁶, à une fonction juridique; sans évidemment remettre en cause son importance.

Fonctions juridiques. En fait, et en d'autres mots, il semble que la valeur juridique, en lien avec la notion d'« effets juridiques », est une autre manière d'évoquer les fonctions qu'un document est susceptible de produire.

Intégrité et fonction probatoire. Un autre élément source à difficulté est le fait qu'à l'article 5 al.2 LCCJTI la valeur juridique est associée à l'intégrité du document. Or, l'intégrité a assurément un rôle déterminant pour remplir la fonction probatoire; elle n'est en revanche que d'une utilité secondaire pour des fins de validité, de formalisme, pour une fin *ad validatem*. Encore, une fois, cet alinéa fait état de la difficulté quant à

¹³⁰ Lon FULLER, "Consideration and form", (1941) 41 *Columbia Law Review* 799.

¹³¹ On trouve par exemple cette dichotomie « probatoire / formelle » dans la Loi type de la CNUDCI sur les documents transférables électroniques, où certaines dispositions, comme l'article 10 (1) b) ii), évoquent les documents qui doivent « produire des effets ou d'être valable ». CNUDCI, *Loi type de la CNUDCI sur les documents transférables électroniques*, Nations Unies, New York, 2018, https://uncitral.un.org/fr/texts/ecommerce/modellaw/electronic_transferable_records

¹³² Jacques FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », dans *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Études offertes à Georges Ripert*, t. 1, Paris, L.G.D.J., 1950, p. 93, à la page 98.

¹³³ Lon FULLER, « Consideration and Form », (1941) 41 *Columbia Law Review* 799, 801.

¹³⁴ Henri LÉVY-BRUHL, *Aspects sociologiques du droit*, Paris, Rivière, 1955, p. 92 : « La société a fabriqué des étiquettes qui lui permettraient de reconnaître d'un coup d'œil si l'acte accompli est licite ou ne l'est pas. »

¹³⁵ On peut par exemple penser à la fonction de négociation associée à l'unicité de certains documents. Ainsi, un chèque, un connaissance maritime, peuvent être négociés du fait de la seule tradition du document.

¹³⁶ Pour reprendre l'expression citée à l'article 20 *in fine* et 69 LCCJTI.

l'approche globalisante de la notion de valeur juridique qui n'identifie pas les fonctions que le document présenté doit remplir. À cet égard, alors que 5 al. 2 LCCJTI traite de valeur juridique, l'équivalent dans le CCQ (article 2838) ne vaut que pour la seule fonction de preuve.

Illustration. Peut-être que le plus simple est de donner un exemple : La *Loi sur la protection du consommateur*¹³⁷ prévoit que certains types de transaction doivent être conclus avec des écrits signés¹³⁸. Si jamais un commerçant ne respecte pas cette exigence, ledit contrat sera nul de plein droit (*ad validitatem*)¹³⁹. Cette condition a une fonction de protection en l'occurrence, envers le consommateur. Or, il est vain de croire que le document aura la même « valeur juridique » sur support technologique dès lors qu'il respecte le critère de l'intégrité. Si l'intégrité permet tout à fait de satisfaire la fonction de preuve, elle n'a aucune incidence sur la prise de conscience du consommateur, gage de protection, que l'écrit signé est sensé valoriser.

Article 9. Il est possible d'apporter le même traitement à l'article 9 qui lui aussi envisage la même notion¹⁴⁰.

Question 18 (Article 9) : Pensez-vous que cette terminologie (« valeur juridique ») devrait être amendé ?

Oui 40

Non 32

PROPOSITION 4 : L'article 5 al. 1 LCCJTI devrait explicitement faire référence à la notion de fonction, et ce, en conformité avec le principe d'équivalence fonctionnelle prévue notamment à l'article 1. Cette notion de fonction pourrait aisément se substituer tant à l'expression « valeur juridique » qu'à celle « effets juridiques » et simplifier la phrase.

PROPOSITION 5 : Le même traitement (substitution du terme « valeur » par celui de « fonction ») pourrait être apporté à l'article 9 LCCJTI.

PROPOSITION 6 : La fonction formelle (*ad validitatem*) devrait être identifiée et précisée. Ainsi, avec la fonction probatoire, elles constituent les deux fonctions essentielles qu'un document est susceptible de remplir.

3.2.1.4 – Article 5 al. 3

¹³⁷ RLRQ, c. P-40.1.

¹³⁸ Art. 24 et 28.

¹³⁹ Art. 271.

¹⁴⁰ Sous réserve de la proposition d'abrogation que nous proposons à la proposition 12. *Infra*, paragraphe 3.2.1.7.

Bogue. Comme nous l'avons mentionné dans l'étude intermédiaire, cet alinéa 3 est une source de confusion, et ce, tant à cause de sa substance que de sa structure. Également, nous croyons que la finalité véritable de cette disposition¹⁴¹, qui peut se comprendre, et qui a d'ailleurs été comprise dans *Benisty c. Kloda*¹⁴², est en fait d'une très faible portée pratique.

3.2.1.4.1 – Problèmes de fond

Il importe d'analyser évidemment l'article 5 al. 3 en tant que tel, mais avant cela, nous dirons quelques mots sur les deux dispositions du CCQ (2855 et 2874) qui y réfèrent expressément et qui constituent la raison d'être principale de cet article de la LCCJTI. Quelques propos doivent aussi être mentionnés quant aux sondages reçus.

Réponses du sondage. Dans le cadre de notre sondage, nous avons posé une question directement sur l'article 5. al. 3 LCCJTI et moins sur les articles 2855 et 2874 CCQ qui y réfèrent. Néanmoins, les résultats obtenus sont intéressants car si les répondants considèrent majoritairement que la disposition est pertinente (**Question 9**), des difficultés de compréhension sont telles que l'article mérite d'être revu (**Question 10**). Aussi, de nombreux commentaires (**22**) sont venus étayer les positions défendues (**Question 11**), et ce, dans des directions très variées. Parmi ces dernières, plusieurs mettent de l'avant la complexité de cette disposition. D'autres envisagent davantage l'inutilité de celle-ci dans la mesure où ce travail de qualification peut être effectué par les juges. Également, le retrait pur et simple est préconisé à plusieurs reprises.

Question 9 (Article 5) : Pensez-vous que l'article 5 al. 3 est pertinent ?

Oui 43

Non 24

Question 10 (Article 5) : Pensez-vous que cette clause législative par référence devrait être revue ?

Oui 57

Non 11

Problèmes en lien avec les articles 2855 et 2874 CCQ. La difficulté principale tient au fait que la LCCJTI a modifié ces deux articles du CCQ pour encadrer l'hypothèse où le document présenté, à titre de témoignage ou d'élément matériel, est sur support technologique. La raison d'être se justifie sans doute par une volonté de facilitation de la preuve faisant en sorte que la preuve d'authenticité habituellement produite n'est pas

¹⁴¹ On peut sans doute croire que la raison d'être de cette disposition était de faciliter la mise en preuve des documents numériques, ceux-ci ne requérant pas de preuve distincte d'authenticité dès lors que des données internes ou externes seraient en mesure de prouver sa qualité. Vincent GAUTRAIS, *La preuve technologique*, 2^{ième} édition, Lexis Nexis Canada, 2018, p. 76 et suiv., par. 86.

¹⁴² *Benisty c. Kloda*, 2018 QCCA 608, par. 96 et suiv.

requis lorsqu'il n'y a pas de doute sur l'intégrité de la preuve présentée. Au-delà du fait qu'il ait fallu 17 ans à la jurisprudence pour interpréter cette modification de la LCCJTI de cette façon¹⁴³, il est néanmoins possible de douter de la pertinence de cet ajout. En effet, si l'objectif de facilitation est une bonne chose, et dans la nature de l'évolution du droit de la preuve¹⁴⁴, nous ne sommes pas sûrs que cet ajout remplisse véritablement cet objectif. Au contraire même tant il présente une difficulté interprétative. En effet, **en premier lieu**, la déclaration que constitue cette preuve d'authenticité est fort peu exigeante, d'autant qu'en pratique, elle est rarement produite par les parties. Il y a plus, car même dans l'hypothèse de contestation du document, l'absence de déclaration n'est pas fatale¹⁴⁵ et les juges évaluent largement la force probante des documents présentés notamment au regard des témoignages à l'appui du document. **En deuxième lieu**, cet ajout constitue là encore un manque de confiance à l'endroit des juges¹⁴⁶. En effet, ces derniers auraient très bien pu interpréter largement la notion de « preuve distincte » afin qu'une documentation par exemple, à l'appui d'un document technologique présenté sous 2855 ou 2874, soit considérée comme satisfaisant aux exigences d'une preuve d'authenticité. Ainsi, lorsque le CCQ en 1994 a introduit la notion d'élément matériel et de témoignage « sur ruban magnétique ou autre technique d'enregistrement à laquelle on peut se fier », il introduisait l'exigence d'une preuve externe; preuve qui ressemble à bien des égards à la documentation qui s'effectue souvent pour les documents technologiques. **En troisième lieu**, nous ne comprenons pas la raison pour laquelle la LCCJTI a distingué à ces deux endroits les documents tangibles et logiques¹⁴⁷, physiques ou numériques. Que ce soit à l'article 2855 qu'à 2874 CCQ, les dispositions étaient neutres technologiquement et s'appliquaient à tous les supports. Ainsi, à 2855 CCQ, un élément matériel prévaut quel que soit le support. C'est encore plus explicite pour le témoignage de 2874 CCQ qui concerne une « technique d'enregistrement à laquelle on peut se fier ». Le fait de prévoir un régime distinct, au-delà de la complexité interprétative, ne nous semble d'aucun apport.

Problèmes avec l'article 5 al. 3 à proprement parler. Après les propos tenus sur les deux endroits dans le CCQ qui réfèrent à l'article 5 al. 3 LCCJTI, il importe de s'attacher à cette disposition elle-même afin de savoir si elle demeure pertinente en l'absence d'une référence au CCQ. Une disposition que l'on retrouve de surcroît à l'article 2839 al.2 CCQ. À plusieurs égards, cette disposition nous semble problématique. **En premier lieu**, la référence au commencement de preuve est inutile et troublante. Inutile car le juge a toute la latitude voulue pour effectuer cet ouvrage de qualification, et ce, en rapport avec ce manque de confiance évoqué plus tôt¹⁴⁸. Troublante dans la mesure où les conditions

¹⁴³ Avec l'arrêt *Benisty c. Kloda*, 2018 QCCA 608.

¹⁴⁴ Vincent GAUTRAIS, *La preuve technologique*, 2^{ème} édition, Lexis Nexis Canada, 2018, p. 76 et suiv., par. 86.

¹⁴⁵ Ceci apparaît dans la jurisprudence (par exemple *Giannini c. De Montigny*, 2019 QCCQ 6414, par. 46 et suiv.). Cela est aussi clairement apparu lors de nos consultations auprès de la communauté.

¹⁴⁶ *Supra*, paragraphe 2.2.3.3.

¹⁴⁷ Pour reprendre la dichotomie que l'on trouve à l'article 3 LCCJTI.

¹⁴⁸ *Supra*, paragraphe 2.2.3.3.

semblent quelles que peu distinctes de celles qui prévalent à l'article 2865 CCQ¹⁴⁹. En **second lieu**, la référence à la qualité du support et des technologies est difficile à comprendre du fait que l'intégrité est associée principalement au document dans son ensemble. Pire, elle se comprend d'autant moins que l'article 7, sur lequel nous reviendrons, prévoit une exemption de preuve sur le support et les technologies dans lesquels le document évolue.

Place de l'article 2839 CCQ. Comme nous le verrons plus tard, la situation de l'article 5 en général est problématique dans la mesure où il se répercute aux articles 2838 et 2839 al.2 CCQ, à savoir dans la Section 6 du Chapitre 1 s'intitulant « De l'écrit ». Cette situation est une résurgence de l'ancien article 2837 CCQ et suivants de 1994 mais qui se conçoit différemment désormais qu'il est établi que n'importe quel moyen de preuve peut être sur support technologique.

3.2.1.4.2 – Problèmes de forme

Disposition « gigogne ». Mais il n'y a pas que le fond qui pose problème. Comme déjà mentionné¹⁵⁰, nous sommes en effet face à une disposition « gigogne » où les articles 2855 et 2874 CCQ réfèrent à l'article 5 al. 3 LCCJTI qui lui-même réfère à l'article 2865 CCQ. Cette structure byzantine¹⁵¹ ne s'imposait pas et participe assurément à cette confusion. Cela dit, et étant donné ce que nous avons dit au niveau du fond, à savoir la relative inutilité de cette disposition, cette structure se règle d'elle-même en effaçant la référence aux articles correspondants du CCQ.

PROPOSITION 7 : Nous proposons d'abroger les deux ajouts de la LCCJTI dans les articles 2855 et 2874 CCQ.

PROPOSITION 8 : Nous proposons que l'article 5 al. 3 LCCJTI, et son équivalent à l'article 2839 al. 2 CCQ, soient abrogés.

3.2.1.5 – Article 6 et conjugaison

La question ne mérite pas davantage de discussion. Conformément au sondage, conformément aussi à la proposition qui avait été faite à l'époque par le professeur Fabien¹⁵², nous croyons qu'un ajustement est requis.

Question 12 (Article 6) : Pensez-vous que cette erreur cléricale devrait être corrigée ?

¹⁴⁹ À titre d'exemple, on prévoit que le commencement de preuve ne vaut que pour les écrits de la partie adverse.

¹⁵⁰ *Supra*, paragraphe 3.1.2.1.

¹⁵¹ Voir notamment *Fraternité des policiers et policières de Sherbrooke c. Ville de Sherbrooke*, 2019 QCSAT 82465, par. 24.

¹⁵² Claude FABIEN, « La preuve par document technologique », (2004) 38 *R.J.T.* 533, 572.

Oui	65
Non	07

PROPOSITION 9 : Nous recommandons de corriger l'accord à la fin de l'article 6 LCCJTI et d'ajouter un « s » après « voulue ».

3.2.1.6 – Article 7

L'article 7 est sans aucun doute la disposition qui est la plus problématique de la LCCJTI. Dans l'étude intermédiaire, nous l'avions d'ailleurs identifié comme la disposition qui présente le plus de difficultés interprétatives. Au-delà d'une jurisprudence chancelante, elle pose problème en tant que tel mais aussi au regard de l'article correspondant (89 puis 262) dans le CPC.

3.2.1.6.1 – Article 7 à proprement parler

Recommandation. L'article 7, tout comme son équivalent à l'article 2840 CCQ, est assurément, un des gros « hic » de la LCCJTI. Un article qu'il nous semble important de reconsidérer en profondeur, et ce, pour les raisons suivantes.

Compréhension difficile. Nous l'avons déjà signalé, la jurisprudence a été pour le moins décontenancée par cette disposition en la comprenant comme une présomption de validité du document technologique. Cette manière de voir serait absurde du fait de la fragilité inhérente à ce support. Aussi, il a fallu attendre l'arrêt *Benisty c. Kloda*¹⁵³ en 2018 pour qu'enfin on comprenne que ce défaut de preuve valait pour l'environnement et non pour le document lui-même. D'ailleurs, dans notre sondage, à la **question 13**, 45 personnes militent pour un retrait de la disposition et 24 pour son maintien. Certes, il est vrai que la Cour d'appel a désormais « réglé » ce débat, même si certaines décisions de cours inférieures continuent de répéter l'incohérence de la présomption de validité du document technologique¹⁵⁴.

Question 13 (Article 7) : Pensez-vous que cette disposition devrait-être abrogée ?

Oui	45
Non	24

Seconde préposition de l'article 7. Nous ne traiterons pas longuement de la difficulté de comprendre la portion de l'article 7 qui dispose que la présomption est remise en cause si la partie adverse prouve l'atteinte à l'intégrité du document¹⁵⁵. **En premier lieu**, la

¹⁵³ *Benisty c. Kloda*, 2018 QCCA 608.

¹⁵⁴ Par exemple *Benjamin et Restaurant Subway (Gestion Sublette)*, 2020 QCTAT 432, par. 39; *Beaudry et Couvoir OVO inc.*, 2019 QCTAT 5534, par. 60.

¹⁵⁵ Art. 7 : « ... à moins que celui qui conteste l'admission du document n'établisse, par prépondérance de preuve, qu'il y a eu atteinte à l'intégrité du document. ».

facture de cette phrase, quelque peu byzantine, est à la source de beaucoup d'incompréhensions. **En deuxième lieu**, le rappel de ce standard de preuve ne se justifie pas et est donc passablement inutile¹⁵⁶. Le sondage montre d'ailleurs bien l'incompréhension qui y est associée. Surtout, **en troisième lieu**, nous ne comprenons pas la pertinence de lever la présomption si l'atteinte est avérée¹⁵⁷. Mais nous n'en dirons pas plus dans la mesure où c'est l'ensemble de l'article qui doit être revu¹⁵⁸.

Question 15 (Article 7) : Pensez-vous que la mention à la prépondérance de preuve doit être repensée ?

Oui 60

Non 08

Deux justifications possibles de la présomption associée à l'article 7. Bien qu'il existe peu de justifications quant à l'existence de cet article, nous croyons qu'il est possible d'invoquer minimalement deux raisons qui pourraient être avancées. Deux raisons qui ne nous conviennent pas. La **première** est que l'on craint que les juges refusent des documents technologiques car cette preuve est difficile à faire. La **seconde** est basée sur l'analogie que l'on pourrait effectuer avec le papier. En effet, quand un écrit papier est présenté, il n'y a pas lieu de prouver, par exemple, que celui-ci a été archivé dans un coffre-fort.

Deux justifications douteuses. Avec égards, ces deux arguments nous semblent non recevables. Relativement au **premier**, c'est une légende urbaine de croire que les juges sont récalcitrants à la reconnaissance de documents technologiques; du moins au Québec. Au contraire, la jurisprudence montre une réceptivité marquée de la part des juges¹⁵⁹ qui parfois même ne décèlent pas les carences inhérentes, en termes d'intégrité, que beaucoup de documents technologiques peuvent avoir¹⁶⁰. En **second** lieu, l'analogie avec le papier est scabreuse et ne correspond pas à la réalité. En effet, un document papier dispose d'une intégrité inhérente à son support que le document technologique – non sécurisé¹⁶¹ – ne détient pas.

¹⁵⁶ Il s'agit en effet d'une redondance que l'on trouve déjà à l'article 2804 CCQ. Claude FABIEN, « La preuve par document technologique », (2004) 38 R.J.T. 533, 576.

¹⁵⁷ Léo DUCHARME, *Précis de la preuve*, 6^e éd. Wilson & Lafleur, 2005, n° 483 : « De plus, comment est-il concevable qu'une fois qu'il a été démontré qu'un document a été altéré, il soit possible de démontrer qu'il était inaltérable. C'est comme si une fois qu'un navire a coulé, on pouvait encore prouver qu'il était insubmersible ». Voir aussi Catherine PICHÉ, *La preuve civile*, 5^{ième} édition, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016, p. 359.

¹⁵⁸ Vincent GAUTRAIS, *La preuve technologique*, 2^{ième} édition, Lexis Nexis Canada, 2018, p. 189, par. 248 et suiv.

¹⁵⁹ Vincent GAUTRAIS, *Neutralité technologique : rédaction et interprétation des lois face aux changements technologiques*, Montréal, Éditions Thémis, 2012, p. 220 et suiv.

¹⁶⁰ Vincent GAUTRAIS, *La preuve technologique*, 2^{ième} édition, Lexis Nexis Canada, 2018, p. 10, par. 8.

¹⁶¹ Bien évidemment, il est possible de s'assurer de l'intégrité d'un document technologique avec des procédés très sûrs; même bien plus que les documents sur support papier.

Fiabilité technologique. Ceci dit, il y a débat sur le fait de savoir si la notion de « fiabilité technologique » tel que dénommée par la Cour d'appel¹⁶² devait être intégrée dans la LCCJTI. Une question que d'ailleurs nous avons posé à la **question 14** de l'étude intermédiaire et dont les sondés ont répondu par l'affirmative, massivement, avec 55 voix « pour » et 12 « contre ».

Question 14 (Article 7) : Pensez-vous que la notion de « fiabilité technologique » que l'on trouve dans *Benisty c. Kloda* (Cour d'appel) devrait être intégrée dans un nouvel article 7 ?

Oui 55

Non 12

Une fiabilité technologique, concernant l'environnement¹⁶³, que l'on retrouve d'ailleurs dans certains systèmes de droit comme par exemple dans la *Loi sur la preuve au Canada* où il n'existe pas de présomption si ce n'est lorsque certaines garanties sont satisfaites. En effet, l'article 31.2 de cette loi dispose que si la preuve de « la fiabilité du système d'archivage électronique au moyen duquel ou dans lequel le document est enregistré ou mis en mémoire » est requise, il existe des présomptions qui permettent de s'en dispenser, et ce, en conformité avec les articles 31.3 et 31.4. Cette loi canadienne établie donc des présomptions dès lors qu'il existe des garanties :

31.3 a) la preuve permet de conclure qu'à l'époque en cause, le système informatique ou autre dispositif semblable fonctionnait bien, ou, dans le cas contraire, son mauvais fonctionnement n'a pas compromis l'intégrité des documents électroniques, et qu'il n'existe aucun autre motif raisonnable de mettre en doute la fiabilité du système d'archivage électronique;

31.3 b) il est établi que le document électronique présenté en preuve par une partie a été enregistré ou mis en mémoire par une partie adverse;

31.3 c) il est établi que le document électronique a été enregistré ou mis en mémoire dans le cours ordinaire des affaires par une personne qui n'est pas partie à l'instance et qui ne l'a pas enregistré ni ne l'a mis en mémoire sous l'autorité de la partie qui cherche à le présenter en preuve. (Nos soulignements)

Raisons d'être de la présomption. S'il est assez aisé de définir une présomption¹⁶⁴, il existe de multiples hypothèses qui justifient son existence¹⁶⁵. Dans le cas qui est le nôtre, la raison d'être **première** est la fiabilité inhérente à certains types de documents. À titre d'exemple, et nous y reviendrons, l'écrit sous seing privé, tout comme l'acte semi-

¹⁶² *Benisty c. Kloda*, 2018 QCCA 608, par. 94.

¹⁶³ Le terme « environnement » est utilisé à dessein dans la mesure où il correspond au terme utilisé à plusieurs reprises au CPC (notamment aux articles 26, 66, 99). Un terme qui nous semble plus englobant et plus aisé à comprendre que l'expression « procédés, systèmes ou technologies utilisés pour communiquer au moyen d'un document » que l'on trouve à l'article 7 de la LCCJTI.

¹⁶⁴ Article 2846 CCQ.

¹⁶⁵ Étienne VERGÈS, Géraldine VIAL et Olivier LECLERC, *Droit de la preuve*, Coll. « Thémis – Droit », PUF, 2015, p. 233.

authentique, sont associés depuis 1965 à une procédure d'aveu tacite si la personne contre qui on l'invoque ne se manifeste pas. Dans l'hypothèse de l'authenticité, de la force probante que l'on peut associer à un document, il nous semble que la raison d'être fondamentale est que ce document que l'on souhaite présenter en preuve possède en soi une **sécurité inhérente** telle que l'on peut s'y fier de façon suffisante pour renverser la charge de la preuve. Mais il peut y avoir une **seconde** finalité. En effet, et le CPC de 2016 a clairement mis de l'avant cette qualité, un tel inversement de la preuve peut être motivé par une volonté de **simplification de la preuve**. Ainsi, en effet, on intègre le fait selon lequel les documents présentés en preuve sont rarement contestés et qu'une valorisation d'une réaction de l'autre partie quand il y a problème est globalement moins exigeante qu'une action systématique de la part de celui qui dépose un document. En d'autres mots, on préfère la réaction rare de celui qui conteste que l'action systématique de celui qui dépose. Une volonté de simplification de la procédure qui malgré tout ne pourrait être totale sans remettre en cause le principe, certes non absolu¹⁶⁶, selon lequel la preuve incombe à celui qui prétend¹⁶⁷.

Permissivité de la preuve. Nous l'avons vu, il est incompréhensible que l'article 7 puisse prévoir une présomption d'intégrité du document. Mais il est aussi discutable qu'il propose une présomption de l'environnement technologique. On peut donc se questionner sur la pertinence de cette « fiabilité technologique » décrite par la Cour d'appel. Sur quelle base cette facilitation est-elle motivée? Est-elle pertinente? Quelle est la rationalité de cette mesure que l'on ne trouve pas, au meilleur de notre connaissance, dans d'autres juridictions. Éventuellement, il serait imaginable que la motivation de ce renversement de preuve se justifierait par la volonté de simplifier la mise en preuve. Néanmoins, il est difficile de comprendre que cela ne vaille que pour les documents technologiques qui sont fragiles en terme d'intégrité. Minimale, cette disposition mérite une réflexion qui n'a jamais été faite.

Hypothèses où la fiabilité technologique pourrait être invoquée. Comme mentionné plus tôt, nous ne croyons pas qu'il faille établir cette présomption de l'environnement de façon générale. Celle-ci se mérite et ne peut se faire que lorsque l'on est face à des documents dont le contexte d'élaboration présente des garanties jugées suffisantes pour opérer le renversement de charge de la preuve. Le CCQ prévoit minimale trois hypothèses où une pareille présomption existe :

- Les actes sous seing privé;
- Les actes semi-authentiques;
- Les documents technologiques.

¹⁶⁶ Étienne VERGÈS, Géraldine VIAL et Olivier LECLERC, *Droit de la preuve*, Coll. « Thémis – Droit », PUF, 2015, p. 198, par. 193 : « L'adage *actori incumbit probatio* induit en erreur, laissant à penser que la charge de la preuve incombe au demandeur. Cette position classique, abondamment citée dans des thèses de référence, ne reflète ni la réalité du droit définie par le Code civil et le Code de procédure civile, ni celle de leur application jurisprudentielle. »

¹⁶⁷ Art. 2803 CCQ.

La *Loi sur la preuve* en prévoit également trois que nous avons précédemment citées. Notons que plusieurs commentateurs, tant plaideurs du secteur privé que du secteur public, nous ont fait part de la difficulté associée au fait que le droit québécois est quelque peu différent de celui de de *common law* et qu'une harmonisation serait, sur certains points, salubre¹⁶⁸.

Dans le cours des activités de l'entreprise. Dans le cadre du présent document, nous ne voulons pas forcément prendre partie pour les hypothèses de fiabilité technologique que l'on devrait mettre en place, même si nous croyons qu'il faudrait en mettre en place. Néanmoins, il importe de signaler que de 1994 à 2001, avant donc l'introduction de la LCCJTI, il existait une hypothèse de présomption, associée à l'ancien article 2838 CCQ, selon laquelle

L'inscription des données d'un acte juridique sur support informatique est présumée présenter des garanties suffisamment sérieuses pour qu'on puisse s'y fier lorsqu'elle est effectuée de façon systématique et sans lacunes, et que les données inscrites sont protégées contre les altérations. [...] ¹⁶⁹ (Nos soulignements)

De façon étonnante, la LCCJTI a étendu cette présomption à l'ensemble des documents technologiques et non seulement à ceux effectués dans le cours des activités d'une entreprise.

Article 33 LCCJTI. Plus exactement, cette considération d'un cadre facilitée de preuve pour les entreprises existe mais à l'article 33 de la LCCJTI.

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.

Cette disposition, n'a, étonnamment, jamais été interprétée par la jurisprudence. Elle est aussi, tout aussi étrangement, dissimulée dans la section relative à la communication (Paragraphe 4 de la section 4 – article 28 à 37). Si cette présomption fait sens, elle aurait sans doute lieu d'être associée à l'article 7.

Abrogation pure et simple. Dans le passé, nous avons pu militer pour une abrogation pure et simple de cette disposition¹⁷⁰. Cette option existe et à bien des égards permettrait de lever de nombreuses difficultés. Cela dit, nous préférons la recommandation précédente. En effet, il nous semble **en premier lieu** préférable de peaufiner les

¹⁶⁸ *Supra*, paragraphe 2.2.3.1.2.

¹⁶⁹ Art. 2838 C.c.Q. (ancien).

¹⁷⁰ Vincent GAUTRAIS, *La preuve technologique*, 2^{ième} édition, Lexis Nexis Canada, 2018, p. 200, par. 262.

hypothèses de présomption comme cela a été fait dans d'autres juridictions. **En deuxième lieu**, l'abrogation de 7 ne règlera pas les difficultés en lien avec l'article 262 NCPC.

PROPOSITION 10 : Il importe, **d'une part**, de remettre en cause la présomption généralisée de « fiabilité technologique » des documents technologiques tel que prévu à l'article 7 LCCJTI. Il s'agit, **d'autre part**, de prévoir des hypothèses où cette « fiabilité technologique » pourrait s'appliquer. Une de ces hypothèses pourrait être celle de document technologique créé et conservé de façon systématique et dans le cours des activités d'une entreprise. Cette considération devra être associée à une réforme de l'article 33 LCCJTI.

3.2.1.6.2 – Article 7 et son influence sur 262 CPC

89 ACPC. Cette question des présomptions nous amène logiquement au débat qui n'a jamais vraiment eu lieu relativement à l'équivalent procédural de la facilitation des documents mis en preuve. Aussi, il importe d'analyser l'article 89 de l'ancien CPC¹⁷¹ (ci-après « ACPC ») qui synthétise ces questions.

Sondage. Un débat qui semble nécessaire, et ce, conformément au sondage dont une question portait spécifiquement sur ce point. Et en effet, pour beaucoup, ce lien présomptif demande à être repensé.

Question 16 (Article 7) : Pensez-vous que l'article 262 NCPC devrait être repensé ?

Oui 48

Non 12

Historique de l'article 89 ACPC (1965 – 2016)¹⁷². Cette disposition remonte d'abord à une réforme de 1965 où l'écrit sous seing privé bénéficie d'une telle présomption; plus exactement, la charge de la preuve est inversée et il incombe à celui qui conteste le document de faire une déclaration sous serment (affidavit). À défaut, le document est avéré. Ce phénomène est étendu en 1992 aux documents semi-authentiques puis, selon l'article 89 de l'époque, à un « document reproduisant les données d'un acte juridique inscrites sur support informatique ». Cette dernière expression a ensuite été modifiée en 2001 avec la LCCJTI où il est établi que

la contestation d'un document technologique fondée sur une atteinte à son intégrité. Dans ce cas, l'affidavit doit énoncer de façon précise les faits et les motifs qui rendent probable l'atteinte à l'intégrité du document.¹⁷³

¹⁷¹ *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.

¹⁷² Pour une description plus précise de l'historique de l'article 89 ACPC, voir Vincent GAUTRAIS, *La preuve technologique*, 2^{ième} édition, Lexis Nexis Canada, 2018, p. 322, par. 418 et suiv.

¹⁷³ Art. 90, al. 4 LCCJTI.

Ce bref historique montre que la rationalité derrière cette « facilitation de la preuve »¹⁷⁴ semble simple : on veut faciliter les documents qui disposent d'une sécurité inhérente :

- L'acte sous seing privé est présumé du fait de sa sécurité inhérente (2828 al. 2 CCQ et 89 al.1 ACPC)
- L'acte semi-authentique est présumé du fait de sa sécurité inhérente (2825 CCQ et 89 al.3 ACPC)
- Le « document reproduisant les données d'un acte juridique inscrites sur support informatique » lui aussi était associé à une sécurité qui transparaissait à l'ancien article 2838 CCQ qui se lisait ainsi :

L'inscription des données d'un acte juridique sur support informatique est présumée présenter des garanties suffisamment sérieuses pour qu'on puisse s'y fier lorsqu'elle est effectuée de façon systématique et sans lacunes, et que les données inscrites sont protégées contre les altérations. [...] ¹⁷⁵ (Nos soulignements)

Avant 2001 donc, cette présomption prévalait pour le système, l'environnement, ce qui se justifiait très bien :

Cette présomption, énoncée à l'article 2838 C.c.Q., se justifie pleinement, car il serait excessif d'exiger qu'une personne soit tenue de faire la démonstration de la fiabilité d'un système sur lequel elle n'a aucun contrôle.¹⁷⁶

On peut donc justifier cette présomption tant sur la base que le système est géré de façon systématique que par le fait qu'il l'est par la partie adverse. Deux hypothèses que l'on trouve d'ailleurs dans la *Loi sur la preuve*¹⁷⁷.

Élargissement incompréhensible de la présomption. Or, étonnamment, cette rationalité qui se comprenait fort bien en 1992 est étendue à l'ensemble des documents technologiques, et ce, en conformité avec l'article 89 al. 4 modifié en 2001 par la LCCJTI, précité plus haut. Avec égard, nous ne comprenons pas pourquoi cet élargissement s'opère¹⁷⁸, et ce, d'autant qu'aucun débat parlementaire ou autre document ne permet de l'expliquer. Sur l'économie générale de l'article 7 et de son lien avec l'article 89 ACPC, il est donc difficile de comprendre cette perte avec les rationalités initiales¹⁷⁹. Comme

¹⁷⁴ COMMENTAIRES DU MINISTRE DE LA JUSTICE, *Code civil du praticien*, Éditions Dafco, 1995, p. 930.

¹⁷⁵ Art. 2838 CCQ (ancien).

¹⁷⁶ Léo DUCHARME, *Précis de la preuve*, 5^e éd., Wilson & Lafleur, Montréal, 1996, n° 484.

¹⁷⁷ Art. 31.3 *Loi sur la preuve*, LRC 1985, c C-5.

¹⁷⁸ Pour une description plus précise de l'historique de l'article 89 ACPC, voir Vincent GAUTRAIS, *La preuve technologique*, 2^{ième} édition, Lexis Nexis Canada, 2018, p. 326, par. 425 et suiv.

¹⁷⁹ Vincent GAUTRAIS, *La preuve technologique*, 2^{ième} édition, Lexis Nexis Canada, 2018, p. 326, par. 425 et suiv.

l'affirme le professeur Fabien, « cette dérive est inexplicable »¹⁸⁰. *Benisty c. Kloda* s'est d'ailleurs attaché à interpréter cette disposition problématique en limitant l'application de l'article 89 al. 4 ACPC à l'environnement dans le document technologique et non pas au document lui-même.

Par souci de cohérence, il faut interpréter l'article 89 a.C.p.c. de la même manière que l'article 7 L.c.c.j.t.i., c'est-à-dire que lorsque l'art. 89, al. 1, par. 4 prévoit le mot « document », cela fait uniquement référence au support dudit document, et non à son contenu. Voir : *Sécurité des Deux-Rives ltée c. Groupe Meridian construction restauration inc.*, 2013 QCCQ 1301, paragr. 54 : « [...] le mécanisme de l'article 89 C.p.c. est applicable uniquement lorsqu'on met en doute le fait que le support utilisé et la technologie employée ne permettent pas d'assurer l'intégrité d'un document » (soulignements ajoutés).¹⁸¹

Si cette façon de lier 7 et 89 NCPC paraît salubre, il n'en demeure pas moins que, d'une part, ce n'est pas clair dans ladite disposition et, d'autre part, qu'il importe d'identifier des circonstances selon lesquelles l'environnement est présumé fiable (tel que notamment l'environnement est géré dans le cours des activités d'une entreprise ou il est géré par la partie adverse).

262 NCPC et la continuation de cette erreur. Cette disposition dérange, et ce, même si la Cour d'appel parvient à s'en accommoder¹⁸². C'est donc avec quelque peu de tristesse que nous sommes obligés de constater que le NCPC ne change pas grand-chose. Pire, il est possible que ce texte vienne au contraire étendre la portée de cette disposition, et ce, par le biais du nouvel article 262. À moins que le NCPC ait souhaité grandement faciliter la mise en preuve des documents mis en preuve, quel que soit leur support? Ainsi en dépit d'un texte clair, il nous apparaît que le domaine d'application demeure circonscrit aux hypothèses « historiques » de 89 ACPC soit l'acte sous seing privé et l'acte semi-authentique; sur les documents technologiques aussi en dépit des difficultés applicatives précédemment soulignées. L'article 262 se lit comme suit :

Une partie peut, au plus tard avant l'inscription pour instruction et jugement, demander qu'une pièce ou un autre document ne puisse être reçu en preuve si les formalités requises pour établir sa validité n'ont pas été accomplies. Elle le peut également si elle le dénie ou ne reconnaît pas son origine ou si elle conteste l'intégrité de l'information qu'il porte.

La partie qui entend contester l'origine ou l'intégrité d'un document précise, dans une déclaration sous serment, les faits et les motifs qui fondent sa prétention et la rendent probable.

¹⁸⁰ Claude FABIEN, « La preuve par document technologique », (2004) 38 *R.J.T.* 533, 573. Le propos est repris par le juge Massol dans *Sécurité des Deux-Rives ltée c. Groupe Meridian construction restauration inc.*, 2013 QCCQ 1301, [2013] J.Q. no 1634, par. 60.

¹⁸¹ *Benisty c. Kloda*, 2018 QCCA 608, par. 113, la note 75.

¹⁸² *Benisty c. Kloda*, 2018 QCCA 608.

D'une part, le lien entre 89 ACPC et 262 NCPC est repris par tous, que ce soit la jurisprudence¹⁸³ ou la doctrine¹⁸⁴. Il est aussi clairement identifié dans les commentaires du Ministre¹⁸⁵. D'autre part, évidemment, si la portée des documents est beaucoup plus grande dans 262 et concerne aussi les autres documents (c'est-à-dire tous les documents sauf les actes authentiques, les procès-verbaux et les actes semi-authentiques), là encore, en dépit d'un texte clair, nous avons été convaincus par les développements du professeur Ducharme selon lequel le *Code de procédure civile* n'a pas compétence sur les questions de preuve, celles-ci relevant du CCQ¹⁸⁶.

PROPOSITION 11 : L'économie générale de l'article 262 NCPC doit être repensée afin de vérifier les rationalités qui justifient la mise en place de ce régime d'exception. Conformément à la précédente recommandation, on doit notamment identifier des circonstances qui pourraient justifier la mise en place de ce dernier.

3.2.1.7 – Article 9

Article oublié. Cette disposition est comme plusieurs autres quelque peu oubliée. Elle n'a donné lieu à aucune jurisprudence véritable¹⁸⁷; même la doctrine ne semble pas véritablement en traiter.

9. Des documents sur des supports différents ont la même valeur juridique s'ils comportent la même information, si l'intégrité de chacun d'eux est assurée et s'ils respectent tous deux les règles de droit qui les régissent. L'un peut remplacer l'autre et ils peuvent être utilisés simultanément ou en alternance. De plus, ces documents peuvent être utilisés aux mêmes fins.

Un des rares traitements qui en est fait vaut en matière de preuve où on considère que cet article vient remettre en cause la règle de la meilleure preuve¹⁸⁸. Même si nous ne croyons pas à cette incompatibilité¹⁸⁹, nous ne sommes pas sûrs de bien comprendre sa

¹⁸³ *Tabet c. Equityfeed Corporation*, 2017 QCCS 3303, par. 35.

¹⁸⁴ Léo DUCHARME, « De l'incohérence et de l'impossibilité d'application du régime dérogatoire en matière de preuve des documents technologiques », (2016) 75 *Revue du Barreau* 319, 359, par. 77 et 78.

¹⁸⁵ Luc CHAMBERLAND (dir.), *Le grand collectif - Code de procédure civile : Commentaires et annotations*, Volume 1 (Articles 1 à 390), Édition Yvon Blais, 2015, p. 1330.

¹⁸⁶ Léo DUCHARME, « De l'incohérence et de l'impossibilité d'application du régime dérogatoire en matière de preuve des documents technologiques », (2016) 75 *Revue du Barreau* 319, 359, par. 77 et 78.

¹⁸⁷ *Stadacona, s.e.c./Papier White Birch c. KSH Solutions inc.*, 2010 QCCS 2054 est l'une des rares décisions qui utilise cette disposition alors que les documents semblent identiques.

¹⁸⁸ Claude FABIEN, « La preuve par document technologique », (2004) 38 *R.J.T.* 533, 604. L'auteur s'interroge sur le fait de savoir si l'on dispose d'une meilleure preuve ou de deux : « 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. ». Jean-Claude ROYER et Sophie LAVALLÉE, *Droit de la preuve*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, n° 414.

¹⁸⁹ Vincent GAUTRAIS, *La preuve technologique*, 2^{ième} édition, Lexis Nexis Canada, 2018, p. 180, par. 232. En effet, la possible rupture avec la règle de la meilleure preuve semble pouvoir être résolue avec l'expression selon laquelle l'article 9 prévoit que « s'ils respectent tous deux les règles de droit qui les régissent. »

raison d'être. Une difficulté qui transparaît aussi dans le sondage proposé à la communauté.

Question 19 (Article 9) : Pensez-vous que cette disposition devrait être modifiée ou abrogée ?

Oui 29 (modifiée)

Oui 15 (abrogée)

Non 24

Raison d'être douteuse. En effet, les justifications de cette disposition sont assez nébuleuses. **En premier lieu**, on peut imaginer que sa fonction est de faciliter la preuve numérique. Cela dit, il est possible de croire que les règles générales en droit de la preuve sont susceptibles de remplir le même résultat. **En deuxième lieu**, le fait d'admettre un document quel que soit le support, papier ou numérique, nous semble possiblement problématique dans la mesure où ces documents auront rarement les mêmes qualités. **En troisième lieu**, on ne peut trouver de dispositions équivalentes en droit comparé¹⁹⁰. **En quatrième lieu**, l'article 5 al. 2 dispose globalement de la même portée que l'article 9. Face à ces doutes quant à la raison d'être de cette disposition, il nous est difficile de simplement la modifier. Une abrogation pure et simple nous semble plutôt de mise, et ce, même si son maintien ne serait pas non plus hautement problématique dans la mesure où la jurisprudence l'a, comme souligné, grandement ignorée.

PROPOSITION 12 : Nous proposons l'abrogation de l'article 9 LCCJTI.

3.2.1.8 – Article 12

Original et droit comparé. Des difficultés importantes sont associées à l'article 12. Au-delà de ce constat, nous ne croyons pas qu'il faille totalement « biffer » cette disposition qui demeure pertinente dans une optique de transition numérique. En revanche, assurément, et dans ce contexte du passage du physique au numérique, il importe d'aménager les fonctions qui sont associées à l'original. Cette analyse, comme recommandé par plusieurs des personnes sondées, va s'effectuer en étayant beaucoup nos points de vue sur le droit comparé.

3.2.1.8.1 – Incongruité factuelle et nécessité légale

L'original : l'incongru. Dans la trilogie des concepts juridiques qui ont été les plus étudiés afin d'opérer la transition numérique (**écrit – signature – original**), l'original est

¹⁹⁰ Éventuellement, il y aurait peut-être une correspondance avec l'article 31.2 (2) de la *Loi sur la preuve* mais dans un contexte beaucoup plus étroit. ((2) Malgré le paragraphe (1), sauf preuve contraire, le document électronique sous forme de sortie imprimée satisfait à la règle de la meilleure preuve si la sortie imprimée a de toute évidence ou régulièrement été utilisée comme document relatant l'information enregistrée ou mise en mémoire.)

assurément celui qui pose le plus de difficultés tant interprétatives qu'applicatives. Car si, comme l'écrit l'original est inhérent au papier, il présente en plus la particularité de ne plus vraiment avoir de raison d'être. Dans l'environnement papier, l'original est requis dans la mesure où il constitue la meilleure preuve possible. Dans le numérique, les reproductions peuvent être rigoureusement identiques à l'original et cette approche précautionneuse qui justifie cette hiérarchisation des preuves n'a plus lieu d'être. Pire, il est même difficile, technologiquement, de déterminer où se situe l'original¹⁹¹. Bien sûr, la pertinence de la faveur de l'original avait perdu de son intérêt avec la hausse qualitative des copies; ce phénomène s'accélère avec l'incapacité ou la difficulté à l'identifier. En fin de compte, la question de l'original est plus une question de force probante que d'admissibilité¹⁹², force probante qui est susceptible de s'apprécier bien autrement que par la production de l'original¹⁹³.

PROPOSITION 13 : Même si ce n'est peut-être pas en lien direct avec le présent mandat, nous croyons néanmoins qu'une réflexion s'impose quant à la pertinence de maintenir la règle de la nécessité de l'original prévue au CCQ¹⁹⁴.

État des lieux jurisprudentiel. Même si nous avons vu dans l'étude intermédiaire que l'article 12 était formellement celui qui était le plus cité par la jurisprudence, il n'en demeure pas moins qu'il n'a jamais donné lieu à une analyse jurisprudentielle véritable. Face à la complexité inhérente de cette disposition, une sorte d'évitement s'opère¹⁹⁵. Pire, la jurisprudence évoque le caractère incongru de cette notion dès lors qu'on l'applique au numérique¹⁹⁶.

Approche distincte de la LCCJTI. Mais au-delà de cette situation factuelle, il est difficile de comprendre l'approche qui a été suivie par la LCCJTI. En effet, l'approche fonctionnelle qui distingue trois situations distinctes est difficile à appliquer, ne sachant pas toujours dans laquelle des trois l'on se trouve. La LCCJTI a donc opté pour une approche très technique, approche qui est unique si on la compare à celles choisies dans d'autres juridictions. Unique du fait de cette « technicité »; unique aussi dans la mesure où l'original y ait décrit uniquement dans sa forme technologique. Nous y reviendrons¹⁹⁷.

¹⁹¹ Vincent GAUTRAIS, *La preuve technologique*, 2^{ième} édition, Lexis Nexis Canada, 2018, p. 213, par. 284.

¹⁹² Vincent GAUTRAIS, *La preuve technologique*, 2^{ième} édition, Lexis Nexis Canada, 2018, p. 210, par. 280.

¹⁹³ *Garton v. Hunter*, [1969] 1 All ER 451, [1969] 2 QB 37: "We admit all relevant evidence. The goodness or badness of it goes only to weight and not to admissibility".

¹⁹⁴ *Infra*, par. 3.2.4.3.1.

¹⁹⁵ Un des rares décisions qui traitent quelque peu de la notion d'original est *Sécurité des Deux-Rives ltée c. Groupe Meridian Construction Restauration inc.*, 2013 QCCQ 1301, [2013] J.Q. no 1634.

¹⁹⁶ *R. c. Ladouceur*, 2003 QCCQ 14163, par. 17 : « Recevoir l'objection de la défenderesse équivaudrait 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. » Voir aussi *Banque Royale du Canada c. Minicozzi*, 2013 QCCQ 6566; *Fiederer c. Fischer*, 2015 QCCQ 13089.

¹⁹⁷ *Infra*, par. 3.2.1.7.2.

Approche française. Fait significatif, le Code civil français a été récemment modifié par ordonnance du 01 octobre 2016. Au-delà de la numérotation qui fut totalement reconsidérée et de modifications importantes qui ont été introduites relativement aux documents électroniques, le droit français effectue une même approche d'évitement en ne cherchant pas à identifier les fonctions qui y sont associées¹⁹⁸. Ainsi, une chose qui peut paraître surprenante dans un contexte de droit québécois est que le Code civil français ne définit pas ou plus exactement n'identifie pas les fonctions de l'original mais met davantage l'accent sur la preuve de la copie. Cette distinction se comprend notamment par le fait que tant en droit français que belge, l'original est associé à une signature¹⁹⁹, ce qui n'a jamais été le cas tant au Québec qu'au Canada.

Approches en common law. Dans la mesure où la preuve au Québec est directement inspirée par la *common law*²⁰⁰, il importe aussi de comparer avec ce qui se fait tant en Angleterre, aux États-Unis qu'au Canada. À cet égard, l'original s'y traduit notamment dans la notion de *best evidence rule*; règle traditionnelle qui a été explicitement abolie en droit anglais, et ce, dès 1995²⁰¹, en grande partie du fait de la nouvelle réalité technologique. L'original est donc absent, ou presque²⁰², du contexte juridique anglais. Aux États-Unis, l'approche a été différente où davantage, dès les années 70, une définition de l'original est proposée :

“(d) An “original” of a writing or recording means the writing or recording itself or any counterpart intended to have the same effect by the person who executed or issued it. For electronically stored information, “original” means any printout — or other output readable by sight — if it accurately reflects the information. An “original” of a photograph includes the negative or a print from it.”²⁰³

Deux approches distinctes donc : la première niant l'existence de l'original et la seconde élargissant fictionnellement l'original à son impression papier. C'est un peu la même démarche qui a été entreprise en droit canadien où l'article 31.2 (2) de la *Loi sur la preuve* présume de la qualité de l'impression papier :

(2) Malgré le paragraphe (1), sauf preuve contraire, le document électronique sous forme de sortie imprimée satisfait à la règle de la meilleure preuve si la sortie imprimée a de

¹⁹⁸ Marie DEMOULIN, *Droit du commerce électronique et équivalents fonctionnels : théorie critique*, Collection du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 285, par. 242.

¹⁹⁹ Marie DEMOULIN, *Droit du commerce électronique et équivalents fonctionnels : théorie critique*, Collection du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 285, par. 242.

²⁰⁰ Catherine PICHÉ, « Dimensions contemporaines de la preuve civile québécoise à la croisée des catégories du droit », dans Mustapha MEKKI, Loïc CADIET et Cyril GRIMALDI (Dir.), *La preuve : regards croisés*, 2015, Dalloz, Paris, p. 205, à la page 207.

²⁰¹ Voir le *Civil Evidence Act* de 1995. Marie DEMOULIN, *Droit du commerce électronique et équivalents fonctionnels : théorie critique*, Collection du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 102, par. 80.

²⁰² *Civil Evidence Act* de 1995, section 8 (2): “It is immaterial for this purpose how many removes there are between a copy and the original.”

²⁰³ *Federal Rules of Evidence*, section 1001, https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_1001.

toute évidence ou régulièrement été utilisée comme document relatant l'information enregistrée ou mise en mémoire.

Mais l'original n'est pas associé uniquement à la règle de la meilleure preuve. Aussi, plusieurs provinces canadiennes ont suivi l'approche fonctionnelle de la CNUDCI pour qualifier l'original²⁰⁴.

Approche de la CNUDCI. Une troisième approche est celle préconisée par la CNUDCI qui, comme au Québec, a tenté d'identifier les fonctions auxquelles l'original est susceptible de satisfaire. On peut donc lire à l'article 9 (4) de la Convention de 2005 la disposition suivante :

« 4. Lorsque la loi exige qu'une communication ou un contrat soit disponible ou conservé sous sa forme originale, ou prévoit des conséquences juridiques en l'absence d'un original, cette exigence est satisfaite dans le cas d'une communication électronique : a) S'il existe une garantie fiable quant à l'intégrité de l'information qu'elle contient à compter du moment où elle a été créée pour la première fois sous sa forme définitive, en tant que communication électronique ou autre; et b) Si, lorsqu'il est exigé que l'information qu'elle contient soit disponible, cette information peut être présentée à la personne à laquelle elle doit être rendue disponible. »²⁰⁵ (Nos soulignements)

À dessein, la CNUDCI a choisi d'opter pour une approche minimaliste²⁰⁶ de la notion d'original où le seul critère qui permet de distinguer l'original de l'écrit est la référence à « la première fois sous sa forme définitive ».

Original et CNUDCI (2017). Cela dit, en 2017, dans une autre Loi modèle traitant spécifiquement des documents transférables électroniques²⁰⁷, la CNUDCI propose plutôt une notion « dynamique » de l'original différant « de celle retenue dans d'autres textes de la CNUDCI »²⁰⁸. Plus exactement, pour les documents transférables (tels que des effets de commerce, un connaissance maritime, etc.), la fonction d'unicité, de singularité, est plus importante que celle que constitue la « forme première ». Une fonction qui était généralement associée à l'original, comme à l'article 12 LCCJT, mais qui ne l'est plus ici.

²⁰⁴ Voir par exemple *Loi de 2000 sur le commerce électronique*, LO 2000, c. 17, art. 8 <http://canlii.ca/t/6ccnt#art8> (Ontario); *Loi de mise en œuvre de la Convention sur les communications électroniques*, LS 2018 c. E-7.201 (Saskatchewan); *Electronic Transactions Act*, SBC 2001, c. 10, art. 8 <http://canlii.ca/t/52qv3#sec8> (Colombie-Britannique).

²⁰⁵ *Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux*, Rés. AG 60/2, Doc. Off. AG NU, 60^e sess., Doc. NU A/RES/60/2 (2005), art. 9.4, en ligne : http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention.html.

²⁰⁶ Marie DEMOULIN, *Droit du commerce électronique et équivalents fonctionnels : théorie critique*, Collection du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 195, par. 167.

²⁰⁷ CNUDCI, *Loi type de la CNUDCI sur les documents transférables électroniques*, Nations Unies, New York, 2018, https://uncitral.un.org/fr/texts/e-commerce/modellaw/electronic_transferable_records.

²⁰⁸ *Idem*, p. 65.

Cette fonction est donc décrite, précisée (notamment en y référant à la notion de « contrôle »), mais volontairement dissociée de la notion d'original²⁰⁹.

Variété des approches. Si l'on s'en tient aux apprentissages du droit comparé, on peut minimalement identifier **cinq manières de faire** pour appréhender l'original dans un contexte technologique; cinq manières qui peuvent être catégorisées en deux grands sous-groupes :

Approches basées sur la quête d'équivalent entre papier et technologique

- 1) Identifier avec précision les fonctions de l'original (Québec)
- 2) Assimiler les imprimés à des originaux (Canada – États-Unis)
- 3) Identifier plus globalement la fonction de l'original (CNUDCI – 1996)

Approche niant la pertinence du maintien de l'original

- 4) Nier son existence en misant sur le caractère reproductible du document numérique (France – Angleterre)
- 5) Dissocier certaines fonctions de l'original (CNUDCI – 2017)

Volonté de changement, mais... C'est sans doute la raison pour laquelle les personnes qui se sont prononcées dans le sondage ont signifié une très nette volonté de changement relativement à cette disposition. Ainsi, à la **question 20**, si **49** personnes préconisaient sa modification, **15** préféreraient une démarche encore plus drastique en préconisant même son abrogation pure et simple. Le *statu quo* n'était requis que par seulement **4** personnes. De façon identique, à la **question 21**, 65 personnes contre 4 pensaient que l'approche

²⁰⁹ Voir l'article 10 :

1. Lorsque la loi exige l'utilisation d'un document ou instrument **transférable** papier, cette exigence est satisfaite, dans le cas d'un document électronique :

a) Si ce dernier **contient les informations** qui seraient exigées dans un document ou instrument transférable papier ; et

b) Si une **méthode fiable est employée** :

i) Pour **identifier ce document électronique** comme le document transférable électronique ;

ii) Pour faire en sorte que ce document électronique puisse faire l'objet d'un **contrôle** depuis sa création jusqu'au moment où il cesse de produire des effets ou d'être valable ; et

iii) Pour **préserver l'intégrité** de ce document électronique.

2. L'intégrité du document électronique s'apprécie en déterminant si l'information figurant dans ce document, y compris toute modification autorisée susceptible d'intervenir depuis sa création jusqu'au moment où il cesse de produire des effets ou d'être valable, est restée complète et inchangée, exception faite de toute modification intervenant dans le cours normal de la communication, du stockage et de l'affichage.

fonctionnelle devait être reconsidérée. Sans trahir l'opinion des personnes sondées, l'article 12 dérange²¹⁰.

Question 20 (Article 12) : Pensez-vous que cette disposition devrait être modifiée ou abrogée ?

Oui 49 (modifiée)

Oui 15 (abrogée)

Non 04

Question 21 (Article 12) : Pensez-vous que la référence aux fonctions de l'original pourrait être simplifiée (fonction généralisée référant au document source) ?

Oui 66

Non 04

Raisons de ce désamour pour 12. Cette disposition pose donc problème, et ce, pour de multiples raisons. **En premier lieu**, un constat de mécompréhension peut être dégagé avec ce texte, notamment dans la jurisprudence. **En deuxième lieu**, lors de l'analyse d'un texte, il est très souvent difficile de savoir la fonction, des 3 identifiées dans 12, qui s'applique précisément à un cas donné. Par exemple l'article 2860 al. 1 CCQ sur la règle de la production de l'original, réfère sans doute à la fonction de « source première ». Mais dans la mesure où il s'agit de preuve, sans doute a-t-on besoin aussi de savoir quel est l'auteur du document original. Aussi, on ne sait véritablement si l'on est dans la situation du premier ou du troisième alinéa. **En troisième lieu**, il est possible de se demander si l'article 12 ne se trompe pas en identifiant ces trois fonctions, attribuant certaines fonctions non pas à l'original en tant que tel mais au support papier qui traditionnellement constituait le support de l'original.

« 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. »²¹¹

En quatrième lieu, le texte est presque unanimement considéré comme abscon, avec notamment des différences dans les expressions utilisées²¹². **En cinquièmement lieu**, il est étonnant de constater à l'article 12 *in fine* que l'original nécessite une référence à des normes techniques, ce qui semble une condition bien lourde à réaliser, laissant peu de

²¹⁰ Au-delà du sondage, voir Catherine PICHÉ, *La preuve civile*, 5^{ième} édition, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016, p. 375.

²¹¹²¹² Gilles DE SAINT-EXUPÉRY, *Le document technologique original dans le droit de la preuve au Québec*, mémoire de maîtrise, Faculté de droit, l'Université de Montréal, 2012, p. 85.

²¹² Gilles DE SAINT-EXUPÉRY, *Le document technologique original dans le droit de la preuve au Québec*, mémoire de maîtrise, Faculté de droit, l'Université de Montréal, 2012, p. 86. Voir notamment la note 423 qui s'interroge sur la différence entre l'expression « source première » à l'alinéa 1 et « forme première » à l'alinéa 3.

souplesse à celui qui doit produire ledit document original²¹³. **En sixième lieu**, et sans aller dans le détail, l'article 12, du fait de sa grande précision, présente des difficultés applicatives sur plusieurs aspects. On peut notamment penser à la raison qui justifie de conserver « les composantes du document source »²¹⁴.

3.2.1.8.2 – Simplification de l'approche fonctionnelle

Concept de transition. Cela dit, et en dépit du constat que nous venons de faire, nous ne croyons pas que l'on puisse biffer cette disposition sans la remplacer par une autre. Foncièrement associé au papier, certes, il importe pourtant de considérer la période de transition où les deux supports papier et numérique se côtoient; où l'usage généralisé du papier se voit de plus en plus remplacé par le numérique.

Original et limitations. Afin de reconsidérer l'article 12, il est possible d'identifier deux limitations qui doivent être prises en compte, justement dans une perspective de facilitation. **D'une part**, nous croyons que l'original n'a pas besoin d'être considéré dans l'absolu, c'est-à-dire quel que soit le support utilisé. D'ailleurs, si la LCCJTI traite en bien des cas de tous les supports, physiques ou technologiques, l'article 12 ne prévaut que pour les documents technologiques²¹⁵. Au même titre que dans la portée actuelle, il ne s'agit pas de suivre l'approche de certains pays, comme aux États-Unis, où une portée plus globale a été proposée. **D'autre part**, 12 LCCJTI n'a jamais eu pour objet de définir l'original mais plus modestement de déterminer et identifier ses fonctions. Cette approche nous semble plus sage, plus facile à réaliser aussi et même si elle présente une complexité applicative, il ne faut pas la remettre en cause.

Rôle de facilitation. Nous l'avons dit aussi, la finalité de l'article 12 n'est pas de correspondre à la réalité, l'original technologique étant une construction conceptuelle, mais bien davantage de ne pas empêcher la réalisation d'une condition que l'on trouve à l'occasion dans les lois. L'article 12 se comprend donc dans cette volonté de facilitation que l'on retrouve à plusieurs reprises dans la LCCJTI. Et cette disposition propose une fiction qui vise à satisfaire cet objectif. Le problème est que ce dernier n'a pas été rempli dans la mesure où le texte présente comme déjà signalé une lourdeur qui l'empêche de bien se faire comprendre²¹⁶.

²¹³ Article 12 *in fine* : 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. Vincent GAUTRAIS, *La preuve technologique*, 2^{ième} édition, Lexis Nexis Canada, 2018, p. 226, par. 301.

²¹⁴ Gilles DE SAINT-EXUPÉRY, *Le document technologique original dans le droit de la preuve au Québec*, mémoire de maîtrise, Faculté de droit, l'Université de Montréal, 2012, p. 91.

²¹⁵ Rappelons-nous le début de l'article 12 qui se lit comme suit : « Un document technologique peut remplir les fonctions d'un original ».

²¹⁶ Mark PHILLIPS, « Électronique juridique et juridisme électronique », (2008) 20-1 *Les cahiers de la propriété intellectuelle* 155, à la page 167 : « Nous considérons respectueusement que cette disposition crée une incertitude inutile quant à la validité des « originaux » électroniques. L'article 8 de la Loi type de 1996 de la CNUDCI sur le commerce électronique était plus simple ». (Nos soulignements)

Simplification en faisant confiance aux juges. La facilitation passe donc **en premier lieu**, comme mentionné plus tôt²¹⁷, par une plus grande confiance laissée aux juges.

Simplification des fonctions. En deuxième lieu, nous craignons que la forme actuelle de l'article 12 ne prévoit une trop grande variété de fonctions. Plus exactement, des trois fonctions, une ne semble d'abord pas forcément associée à l'original. L'unicité par exemple est sans doute plus une caractéristique du papier que de l'original²¹⁸. Ensuite, nous ne sommes pas sûr d'être capable de distinguer les deux autres fonctions, la troisième ne faisant qu'ajouter le lien avec une personne à la première fonction²¹⁹. En effet, en matière de preuve, les documents qui sont utilisés sont toujours associés à une personne. La règle de la meilleure preuve donc, illustration la plus commune de l'original, implique forcément un lien avec une personne. Nous ne sommes pas vraiment en mesure d'identifier des hypothèses où l'on serait dans la situation du premier paragraphe, et pas du troisième.

Fonction d'origine. L'original, et cela peut paraître comme étant une lapalissade, concerne **d'abord** un document qui est à l'origine, comme son étymologie l'indique, en amont de la copie²²⁰. Une condition universelle, que l'on retrouve tant en droit américain qu'auprès des travaux de la CNUDCI (1996), à savoir, les juridictions qui ont identifié les fonctions de l'original²²¹. La notion de « source première » nous semble donc devoir être maintenue. Ce maintien pourrait être motivé au regard des deux points suivants : **en premier lieu**, si cette condition devait être ôtée, on verrait difficilement la distinction entre l'écrit et l'original. **En second lieu**, et en dépit de l'approche suivie par la CNUDCI en 2017, qui traite comme vu précédemment de ce qu'ils appellent l'« original dynamique », ce critère ne nous semble pas incompatible avec cette réalité²²². Cela dit, cette fonction

²¹⁷ *Supra*, par. 2.2.3.3.

²¹⁸ Didier GOBERT et Étienne MONTERO, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », (17 février 2001) n° 6000 *Journal des tribunaux* 122; Gilles DE SAINT-EXUPÉRY, *Le document technologique original dans le droit de la preuve au Québec*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté de droit, Université de Montréal, 2012.

²¹⁹ En dépit de termes distincts, nous ne voyons pas de différence entre le premier alinéa qui évoque « source première » alors que le troisième utilise davantage « forme première ».

²²⁰ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 9^e éd., Paris, P.U.F./Quadrige, 2011 : « 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. »; Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, p. 435 : « Rédaction primitive d'un acte dressé en un ou plusieurs exemplaires et signé par les parties à l'acte ou par leur représentant. »

²²¹ *Supra*, par. 3.2.1.7.1.

²²² La loi modèle de la CNUDCI de 2017 ne traite pas spécifiquement de l'original. Aucune disposition particulière n'y réfère. En revanche, le texte explicatif associé à ce texte prend le soin de mentionner justement la distance prise avec la Loi modèle de 1996 (article 8 1) a)) à ce sujet, et reprise en 2005 (article 9 (4)). Ainsi, sans remettre en cause le principe de « source première » (qui se matérialise dans les documents de la CNUDCI sous l'expression « créée pour la première fois sous sa forme définitive ») qui fut identifié en 1996, la Loi modèle de 2017 ajoute un certain niveau de « **contrôle** » dans le cycle de vie du document (voir l'article 10 1) b) ii)). Ainsi, outre l'**intégrité** (l'article 10 1) b) iii)) et l'**identification** du

peut aussi ne pas être forcément identifiée comme telle à l'article 12, ce travail d'identification des fonctions pouvant être laissé aux juges, conformément à cette quête de latitude déjà évoquée²²³.

Authenticité. Un original est **ensuite** un document qui est considéré comme étant de « meilleure qualité », source d'une plus grande crédibilité, répondant à des exigences d'authenticité²²⁴. Certains prétendent même que cela n'est que cela²²⁵. Même si en droit québécois cela n'implique pas forcément une signature, comme en droit français ou belge, il importe néanmoins de s'assurer d'une certaine diligence dans la force probante dudit document²²⁶.

Option. Si nous croyons qu'il faille alléger l'actuel article 12, nous ne savons pas exactement jusqu'où cette simplification doit aller. Il est **d'abord** possible de laisser libre court à l'interprétation du juge en lui laissant déterminer les fonctions qui doivent être réalisées. **Ensuite**, il est également possible d'être plus directif en rappelant simplement que l'original doit satisfaire à des garanties minimales de preuve et aussi correspondre sinon à un document source. Même si nous maintenons cette option dans la proposition 14, nous semblons avoir une préférence pour l'option 2.

Option 1 : « Un original technologique est compris comme tel, dès lors qu'il remplit les fonctions qui y sont attachées. »

Option 2 : « Un original technologique est compris comme tel, dès lors qu'il représente la source première d'un document, et ce, en disposant de la force probante suffisante. »

PROPOSITION 14 : Nous proposons de modifier l'article 12 LCCJTI par l'une des options suivantes :

Option 1 : « Un original technologique est compris comme tel, dès lors qu'il remplit les fonctions qui y sont attachées. »

Option 2 : « Un original technologique est compris comme tel, dès lors qu'il représente la source première d'un document, et ce, en disposant de la force probante suffisante. »

document (l'article 10 1) b) i)), la fiabilité de la méthode employée doit permettre « (...) que ce document électronique puisse faire l'objet d'un **contrôle** depuis sa création jusqu'au moment où il cesse de produire des effets ou d'être valable ».

²²³ *Supra*, par. 2.2.3.3.

²²⁴ Relativement à l'article 10 de la Loi modèle de la CNUDCI de 2017 que nous venons de voir, l'authenticité peut d'ailleurs être identifiée aux paragraphes i) (**identification**) et iii) (**intégrité**) de l'article 10 1) b). Deux composantes qui constituent l'authenticité.

²²⁵ Gilles DE SAINT-EXUPÉRY, *Le document technologique original dans le droit de la preuve au Québec*, mémoire de maîtrise, Faculté de droit, l'Université de Montréal, 2012, p. 86.

²²⁶ *Sécurité des Deux-Rives ltée c. Groupe Meridian construction restauration inc.*, 2013 QCCQ 1301.

Article 2860 al.1 CCQ. Au regard de ce que nous venons de dire, il devrait y avoir des modifications de détail à l'article 2860 CCQ. Une de ces modifications serait de remplacer « copie qui légalement en tient lieu » par « **reproduction** qui légalement en tient lieu », et ce, afin d'intégrer les hypothèses de transfert. Ce changement serait en conformité avec la réponse au sondage à la **question 36** où l'on demande d'intégrer l'hypothèse du transfert. Cette modification devrait s'opérer tant à l'alinéa 1 qu'à l'alinéa 2.

Question 36 (Article 80) : Pensez-vous que cet ajout à l'article 2860 CCQ devrait être effectué ?

Oui 61

Non 09

PROPOSITION 15 : Nous proposons de modifier l'article 2860 al. 1 et al. 2 CCQ avec le remplacement du mot « copie » par « reproduction ».

Article 2860 al.3 CCQ. Sans développer plus avant, nous croyons que l'accord à l'article 2830 al. 3 devrait être corrigé comme indiqué dans l'étude intermédiaire afin que le qualificatif « certifié » soit associé à la copie et non au document. Cette erreur cléricale, sans grande importance, est d'ailleurs unanimement reconnue par les personnes sondées.

Question 37 (Article 80) : Pensez-vous que cette erreur cléricale devrait être corrigée ?

Oui 70

Non 00

PROPOSITION 16 : Nous proposons que l'adjectif « certifié » à l'article 2860 al. 3 CCQ soit accordé au féminin afin de l'associer à la copie et non au document.

3.2.1.9 – Article 43 al. 2 LCCJTI

Rigueur. Ce point en lien avec l'article 43 al. 2 ne faisait pas partie de l'étude intermédiaire. Davantage, il a été soulevé par certaines personnes sondées comme étant un irritant dans la mise en application de la LCCJTI. En effet, cette disposition se lit comme suit :

Nul ne peut exiger que l'identité d'une personne soit établie au moyen d'un procédé ou d'un dispositif qui porte atteinte à son intégrité physique.

À moins que la loi le prévoie expressément en vue de protéger la santé des personnes ou la sécurité publique, nul ne peut exiger qu'une personne soit liée à un dispositif qui permet de savoir où elle se trouve.

Sauf existence d'une loi spécifique, une certaine rigueur est associée à cet article qui interdit l'utilisation de données pour identifier une personne dès lors que son intégrité physique est compromise. Dans les faits, un doute subsiste, par exemple pour une compagnie de camionnage, qui souhaite mettre en place un système de « mouchards »

afin d'identifier l'endroit où est localisé ses chauffeurs. On peut notamment prendre pour exemple la seule décision qui, à notre connaissance, cite cette disposition²²⁷. Or, cette affaire illustre un certain malaise que l'on peut avoir avec cette disposition, qui n'a donné lieu à aucune autre interprétation ni jurisprudentielle ni doctrinale²²⁸. Un malaise qui peut minimalement s'expliquer par les deux raisons suivantes. **En premier lieu**, l'interprétation littérale proposée par l'arbitre se base sur l'explication selon laquelle ce n'est pas l'individu qui est suivi mais le camion²²⁹. Sans développer, nous croyons néanmoins qu'un débat existe sur cette question, et ce, à travers la notion de « renseignement personnel indirect » qui est susceptible de s'étendre à des objets principalement utilisés par un individu. À titre d'illustration, on peut notamment penser aux adresses IP qui peuvent à l'occasion être qualifiées de renseignement personnel même si elles ne sont pas directement associées à une personne²³⁰. **En second lieu**, il est surprenant que cette disposition emploie une rigueur qui ne s'imposait pas. À titre d'exemple, l'article 45, concernant par exemple l'utilisation de données biométriques²³¹ prévoit que ces données peuvent être utilisées non pas si une loi autorise leur usage mais sous réserve qu'une instance habilitée, en l'occurrence la *Commission d'accès à l'information*, analyse et accepte cet usage. Il est donc surprenant, alors que les données biométriques sont encore plus sensibles, qu'elles soient assujetties à une rigueur moindre que celle que l'on trouve à l'article 43 al. 2 LCCJTI. De surcroît, l'article 45 est un incitatif à ce que le gestionnaire des données documente ses manières de faire alors que 43 al. 2 ne fait qu'interdire.

Lois sur la protection des renseignements personnels. Comme nous l'avons aussi déjà signalé²³², la LCCJTI dispose de nombreuses dispositions en lien direct avec la protection des renseignements personnels. Dans la mesure où ce domaine du droit est en cours de réflexion afin d'actualiser les lois québécoises en la matière, il importerait de rapatrier ce

²²⁷ *Travailleuses et travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 501 et Provigo Distribution inc. (Centre de distribution St-François)*, (Alain Carrière), 2009 QCSAT 94074.

²²⁸ *Travailleuses et travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 501 et Provigo Distribution inc. (Centre de distribution St-François)*, (Alain Carrière), 2009 QCSAT 94074, par. 40 et notamment la note de bas de page n°2.

²²⁹ *Travailleuses et travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 501 et Provigo Distribution inc. (Centre de distribution St-François)*, (Alain Carrière), 2009 QCSAT 94074, par. 42 : « Ce n'est pas le salarié qui est lié au système mais bien le camion. Dans notre cas, l'employeur n'exige pas par exemple que le salarié porte constamment à sa ceinture un téléphone qui permet de le localiser. »

²³⁰ Éloïse GRATTON, *Understanding Personal Information: Managing Privacy Risks*, Lexis Nexis Canada, 2013.

²³¹ Article 45 : « La création d'une banque de caractéristiques ou de mesures biométriques doit être préalablement divulguée à la Commission d'accès à l'information. De même, doit être divulguée l'existence d'une telle banque qu'elle soit ou ne soit pas en service.

La Commission peut rendre toute ordonnance concernant de telles banques afin d'en déterminer la confection, l'utilisation, la consultation, la communication et la conservation y compris l'archivage ou la destruction des mesures ou caractéristiques prises pour établir l'identité d'une personne.

La Commission peut aussi suspendre ou interdire la mise en service d'une telle banque ou en ordonner la destruction, si celle-ci ne respecte pas ses ordonnances ou si elle porte autrement atteinte au respect de la vie privée. »

²³² *Supra*, paragraphe 2.2.3.1.1 mais aussi, plus loin, *infra*, paragraphe 3.2.4.2.

type de disposition afin d'imposer un regard global et uniforme sur la question; afin aussi de centraliser les dispositions en lien avec cette problématique.

PROPOSITION 17 : Nous recommandons que l'article 43 al. 2 LCCJTI soit réévalué afin de ne pas interdire de telles manières de faire mais davantage de les associer à des garanties de protection.

PROPOSITION 18 : Nous recommandons que ce type de considérations soit pris en charge dans le cadre de la rénovation des lois sur la protection des renseignements personnels.

3.2.2 – Dispositions discutées à maintenir

Statu quo. Évidemment, l'objet de la présente étude n'est pas de remettre en cause la LCCJTI. D'ailleurs, les **neuf points** précédemment cités au paragraphe 3.2.1 sont globalement les seuls points que nous croyons nécessaires de mettre à jour. Dans le présent paragraphe, nous souhaitons seulement revenir sur plusieurs points qui ont été présentés dans l'étude intermédiaire et sur lesquels nous ne croyons pas nécessaire d'opérer de changements. Plus exactement, des adaptations sont parfois requises mais sans que cela n'implique des modifications profondes²³³.

3.2.2.1 – Articles 2 et 29

Sondage. Comme sur plusieurs aspects de notre étude intermédiaire, la volonté des sondés à une reconsidération profonde de la LCCJTI se manifeste aussi sur l'interaction entre les articles 2 et 29. Pourtant, si cette reconsidération est aussi présente ici, elle l'est peut-être moins qu'ailleurs mais surtout elle est assez nettement explicitée au regard de commentaires nombreux (24) qui viennent préciser leurs points de vue.

Question 5 (Articles 2/29) : Pensez-vous que cette ambivalence entre 2 et 29 demande à être clarifiée ?

Oui 49

Non 24

Question 6 (Articles 2/29) : Pensez-vous que l'article 29 demande à être éclairé ?

Oui 52

Non 22

²³³ Parfois, dans ce paragraphe nous allons en effet proposer certains changements de détail mais sans que cela ne requiert de modifications profondes. C'est par exemple le cas de la distinction entre copie et transfert qui, selon nous, doit perdurer même s'il est sans doute nécessaire de mettre à jour le moyen d'opérer la différence (*Infra*, paragraphe 3.2.2.2.3). Dans d'autres hypothèses, dans ce chapitre, nous allons même recommander que la LCCJTI soit davantage mise en application, et ce, en conformité avec ce que ce texte avait initialement prévu. (*Infra*, paragraphe 3.2.2.3).

En premier lieu, plusieurs croient qu’une précision est requise sur le fait de savoir si 29 al. 1 en référant à la loi, inclus également les règlements. Nous y reviendrons brièvement. **En second lieu**, plusieurs prennent le soin de préciser que l’interaction entre ces deux dispositions est « gérable » (plus d’une dizaine), la première établissant le principe général et la seconde l’exception. Avec égard pour l’opinion inverse, et quelques problèmes interprétatifs²³⁴, nous sommes d’accord avec cette position.

Faveur technologique de l’article 2. La pertinence de l’article 2 nous semble salubre, traduisant un « libéralisme technologique »²³⁵, certes, mais même davantage une faveur technologique qui est à la fois louable mais également dans l’air du temps. En effet, on la retrouve par exemple dans le NCPC et notamment à son article 26²³⁶. Ainsi, et en dépit de leurs quinze ans de différence, il y a donc une certaine communauté d’esprit entre la LCCJT et le NCPC.

Faveur sous contrôle de l’article 29²³⁷. Tel que mentionné plus tôt, l’article 2 doit être mis en perspective avec le premier alinéa de l’article 29 qui prévoit l’hypothèse selon laquelle on ne peut forcer une personne à se « procurer » un support ou une technologie en particulier pour recevoir ou transmettre un document. Outre le fait que cette disposition ne vaut que pour la transmission des documents, une différence majeure avec l’article 2 semble se trouver dans l’interprétation que l’on doit donner au fait de se procurer le support ou la technologie en question. Dans l’utilisation du verbe « procurer », il peut **d’abord** y avoir un premier sens assez générique, très large, selon lequel nul ne peut se voir imposer d’utiliser un support ou une technologie. Il y a **ensuite** la possibilité de croire, dans un second sens, que le verbe « procurer » implique un certain « effort » relativement à un support ou une technologie que la personne doit « acquérir ».

Jurisprudence polarisée. Comme nous l’avons souligné dans l’étude intermédiaire, la jurisprudence concernant l’interaction entre 2 et 29 est assez polarisée. Ainsi, sur la base de l’article 2, certaines tentatives de numérisation des employeurs (notamment accessibilité numérique des fiches de paye) sont validées²³⁸ alors qu’au contraire, sur la base de décisions faisant primer l’article 29, d’autres sont refusées²³⁹. Pour être tout à

²³⁴ Vincent GAUTRAIS, *La preuve technologique*, 2^{ème} édition, Lexis Nexis Canada, 2018, p. 35, par. 37 et suiv.

²³⁵ Mark PHILLIPS, *La preuve électronique au Québec*, Montréal, LexisNexis Canada, 2010, n° 69.

²³⁶ Vincent GAUTRAIS, *La preuve technologique*, 2^{ème} édition, Lexis Nexis Canada, 2018, p. 54, par. 60 et suiv.

²³⁷ Nos propos prennent appui sur certains développements repris dans Vincent GAUTRAIS, *La preuve technologique*, 2^{ème} édition, Lexis Nexis Canada, 2018, p. 37, par. 39 et suiv.

²³⁸ *Union des routiers, brasseries, liqueurs douces et ouvriers de diverses industries, local 1999 et L’Oréal Canada*, [2012] n° AZ-50832524 (T.A.).

²³⁹ *Syndicat de l’Enseignement de la région de la Mitis et Commission scolaire des Monts-et-Marées*, [2012] n° AZ-50833548 ; *Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux (APTS) et Centre hospitalier universitaire de Sherbrooke (CHUS) (grief syndical)*, 2014 QCTA 282 ; *Hydro-Québec c. Bergeron*, 2017 QCCS 5387 ; *Fraternité des travailleurs et travailleuses du préhospitalier du Québec – section locale 592 c. Ambulance Val-D’Or*, 2019 QCSAT 9711.

fait honnête, mise à part une décision, c'est la seconde option, faisant primer l'article 2, qui est majoritaire. Avec égard, nous croyons plutôt que l'article 29 devrait être interprété différemment. Plusieurs points militent selon nous vers une compréhension plus restrictive de 29 laissant croire à une liberté non absolue du choix de support de l'utilisateur.

Liberté non absolue. En premier lieu, cette limitation peut découler de l'exégèse même qui peut être faite de l'article 29. Si l'alinéa 2 est explicite sur cette condition (« support [...] ou [...] technologie dont il ne dispose pas »), l'alinéa 1, et son verbe « procurer » suppose une démarche active de la personne concernée. Selon un dictionnaire étymologique, ce verbe viendrait du latin « procurare » signifiant « prendre soin de », « s'occuper de ». Ainsi, selon cet article, si la personne ne peut être obligée de « prendre soin d'elle-même », on peut l'accompagner dans sa démarche de migration d'un support vers un autre, d'une technologie vers une autre. Il nous semble donc qu'un employeur qui mettrait tout en œuvre pour que le passage du papier au numérique soit le plus souple possible, ne prenne pas l'employé par surprise, pourrait être pris favorablement en compte pour interpréter cette référence à une technologie dont « il ne dispose pas ». D'ailleurs, dans la jurisprudence *Union des Routiers*, et ce même si, encore une fois, elle n'utilise pas l'article 29, l'effort de l'employeur pour accompagner l'employé a été pris en compte par l'arbitre²⁴⁰. Ainsi, plus les efforts d'accompagnement de l'employeur seront importants, plus il sera difficile pour l'employé de prétendre qu'il a dû se procurer un support ou une technologie. **En deuxième lieu**, cette interprétation nous paraît plus cohérente au regard de l'interrelation existant entre les deux premiers alinéas de l'article 29. Dans la mesure où, comme mentionné précédemment, une relative fusion existe entre ces deux alinéas, il nous semble difficile de les dissocier sur ce point. Cette unité de traitement est d'ailleurs de mise dans la toute première étude à ce sujet²⁴¹ où les deux alinéas semblent être traités sans distinction. **En troisième lieu**, cette vision plus circonstanciée de l'article 29 nous semble également plus en accord avec l'article 2 qui

²⁴⁰ *Union des routiers, brasseries, liqueurs douces et ouvriers de diverses industries, local 1999 et L'Oréal Canada*, [2012] n° AZ-50832524, par 122 et 123 (T.A) : « Prenant en considération le fait que tous ses salariés n'ont pas nécessairement un ordinateur et qu'ils ne sauraient pas nécessairement comment s'y prendre pour accéder au site sécurisé mis en place afin de prendre connaissance de leurs bulletins de paie, l'employeur a pris le soin de former tous ses salariés à l'utilisation du nouveau système en leur donnant, sur le temps de travail, une formation de groupe. En outre, il s'est montré disponible pour donner de la formation individuelle aux salariés qui en auraient besoin, soit parce qu'ils étaient absents lorsque la formation de groupe a été donnée, soit encore parce qu'ils sont moins familiers avec l'utilisation d'un ordinateur. [123] En outre, il a mis à leur disposition un certain nombre de postes de travail permettant à ses employés d'accéder à leur bulletin de paie directement sur leur lieu de travail et de l'imprimer. Il offre aussi un soutien informatique en lien avec ces postes de travail. »

²⁴¹ Daniel POULIN et Pierre TRUDEL, « La loi en ligne : La Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information », (2001), en ligne : Secrétariat du Conseil du trésor du Québec <<https://www.tresor.gouv.qc.ca/ressources-informatiques/cadre-normatif-de-gestion-des-ressources-informatiques/loi-concernant-le-cadre-juridique-des-technologies-de-linformation/>> (consulté le 28 janvier 2020).

entend favoriser l'utilisation des technologies²⁴². Conformément à ce qui a été avancé dans une jurisprudence interprétant l'article 29 :

[...] on constate que la loi est permissive en ce qu'elle ouvre la porte à l'utilisation des nouvelles technologies. Elle indique une souplesse qui est compatible et s'ajoute aux indications contenues dans la jurisprudence à l'effet que la procédure ne l'emporte pas sur le fond et qu'il faut favoriser l'exercice des droits, notamment lorsqu'il n'en résulte aucun préjudice pour les parties adverses [...].²⁴³ (Nos soulignés)

À cet égard, il est malheureux que les décisions qui évoquent l'article 29, généralement, omettent de considérer l'article 2²⁴⁴, et inversement²⁴⁵. Au meilleur de notre connaissance, aucune analyse croisée n'est proposée. Il est pourtant difficile de ne pas tenir compte de ces deux dispositions inscrites dans une même loi. Enfin, **en quatrième lieu**, cette interprétation selon laquelle l'article 29 ne va trouver à s'appliquer que dans l'hypothèse où l'on sera en mesure de prouver qu'une partie ne dispose pas d'une technologie ou d'un support nous semble en adéquation avec le principe « clé » de la LCCJTI, à savoir, l'équivalence fonctionnelle. En effet, ce principe interprétatif prévu à l'article 1, alinéa 3, vise généralement à évaluer si le passage d'un support à un autre ou d'une technologie à une autre permet de respecter les fonctions de l'opération étudiée. Si l'équivalence fonctionnelle est le plus souvent associée à l'interprétation de la signature, de l'écrit ou de l'original, il est tout à fait possible d'appliquer cette méthode interprétative à d'autres situations comme celle de l'article 29. Ainsi, il pourrait être instructif dans l'analyse de cette disposition de vérifier que la personne à qui l'on veut demander de migrer vers un autre support ou une autre technologie est toujours en mesure de bénéficier d'un traitement équivalent. D'ailleurs, comme monsieur Jourdain, plusieurs décisions l'interprètent en se servant de cette approche. Dans la décision *Centre de santé et de services sociaux du Sud-Ouest-Verdun*²⁴⁶, le juge se distance de la décision *APTS c. CHUS*²⁴⁷ en prétextant que la finalité initiale n'était pas respectée :

Par ailleurs, dans le cadre de la convention collective que l'arbitre avait à appliquer, dans cette affaire *APTS c. CHUS*, il faut bien noter que le litige ne visait pas l'utilisation du système informatique au lieu du système papier, comme en l'espèce, mais l'utilisation de ce système qui ne permettait pas d'atteindre la finalité de la clause voulant que la cédule

²⁴² Art. 2 L.c.c.j.t.i.; *Entreprises Robert Mazeroll Ltée c. Expertech - Bâtisseur de réseaux Inc.*, 2005 QCCQ 131, [2005] J.Q. no 51; Jean-François DE RICO et Dominic JAAR, « Le cadre juridique des technologies de l'information », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, *Développements récents en droit criminel*, Cowansville, Édition Yvon Blais, 2008, EYB2008DEV1511.

²⁴³ *Les frères Maristes c. Desbiens (Ville de)*, 2009 QCTAQ 05100, par. 29.

²⁴⁴ Par exemple *Hydro-Québec c. Bergeron*, 2017 QCCS 5387.

²⁴⁵ *Centre de santé et de services sociaux du Sud-Ouest-Verdun c. Syndicat des professionnel(le)s en soins de santé du Sud-Ouest et de verdun (FIQ)*, 2016 QCSAT 25459; *Union des routiers, brasseries, liqueurs douces et ouvriers de diverses industries, local 1999 et L'Oréal Canada*, [2012] n° AZ-50832524 (T.A.).

²⁴⁶ *Centre de santé et de services sociaux du Sud-Ouest-Verdun c. Syndicat des professionnel(le)s en soins de santé du Sud-Ouest et de verdun (FIQ)*, 2016 QCSAT 25459.

²⁴⁷ *Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux (APTS) et Centre hospitalier universitaire de Sherbrooke (CHUS) (grief syndical)*, 2014 QCTA 282.

soit affichée et mise à jour de façon systématique et ce, même si le texte de la clause ne le disait pas explicitement. [...]

Dans la présente affaire, la finalité de la disposition est de faire connaître l’affichage des postes, les nominations et le dépôt des candidatures. La preuve présentée n’a pas démontré que l’utilisation du système informatique ne permettait pas d’atteindre de façon systématique, comme dans l’affaire *APTS c. CHUS*, le but de la disposition de la convention collective.²⁴⁸ (Nos soulignements)

Si le résultat dans cette décision est distinct de celui qui a été décidé dans l’affaire *APTS* (dans un cas, on valide la décision de l’employeur du passage au tout numérique et dans l’autre, on la sanctionne), l’approche fonctionnelle²⁴⁹, clairement identifiée dans cette dernière, est quant à elle reprise.

Procurer. Après avoir montré que l’article 29 ne peut, selon nous, être interprété de façon absolue, il n’en demeure pas moins que la jurisprudence devra envisager ce que signifient les expressions synonymiques « procurer » et « support [...] et technologie dont il ne dispose pas ». Comme nous l’avons vu précédemment, l’accompagnement de la partie qui « propose » la migration vers un nouveau support ou technologie sera déterminant. L’effort entrepris pour s’assurer que cette mise à la disposition soit réellement offerte est sans aucun doute un élément factuel à considérer. Aussi, à titre d’illustration, et en se basant sur la situation factuelle issue des rares décisions précitées, il nous semble que des solutions fort simples pourraient être suggérées à l’instigateur de la migration, notamment :

- signifier par courriel aux employés que le nouveau bulletin électronique est arrivé;
- former et informer les employés pour expliquer la migration vers le nouvel outil (éventuels tutoriels pour expliciter le nouveau processus);
- assurer une transition²⁵⁰;
- mettre à la disposition de l’employé des ordinateurs et prendre en considération le fait que certains n’en disposent pas;
- conserver sur le long terme les bulletins de paie antérieurs (ceci permet de s’assurer que l’employeur ne fait pas que les rendre accessibles, mais les remet véritablement à l’employé)²⁵¹;

²⁴⁸ *Centre de santé et de services sociaux du Sud-Ouest-Verdun c. Syndicat des professionnel(le)s en soins de santé du Sud-Ouest et de Verdun (FIQ)*, 2016 QCSAT 25459, par. 65 et 66.

²⁴⁹ Zeïned MELLOULI et Antoine GUILMAIN, « Le droit du travail version 2.0 : cinq décisions importantes en 2014 », (2015) 27 *Cahiers de propriété intellectuelle* 759, 775 : « Le raisonnement du Tribunal est empreint d’équivalence fonctionnelle, il y a une volonté réelle de s’interroger : l’affichage informatique des horaires de travail permet-il de remplir les mêmes fonctions que celui sur support papier? Plus généralement, le numérique est-il équivalent au papier? Dans ce cas-ci, le Tribunal a répondu par la négative. À nos yeux, ce prisme d’analyse est plein de bon sens et en conformité directe avec la LCCJT. »

²⁵⁰ *Hydro-Québec c. Syndicat professionnel des ingénieurs d’Hydro-Québec (SPIHQ)*, 2016 QCSAT 85281, par. 14.

²⁵¹ *Union des routiers, brasseries, liqueurs douces et ouvriers de diverses industries, local 1999 et L’Oréal Canada*, [2012] n° AZ-50832524, par. 124 (T.A.).

- permettre ou favoriser que le bulletin de paie soit imprimé par l'employé²⁵².

Quoi qu'il en soit, cette faveur est donc limitée par le fait que l'on souhaite assurer une protection à celui ou celle qui pourrait avoir à souffrir du passage à une autre technologie. Une protection qui ne demeure pourtant pas absolue et une protection qui est susceptible d'être délimitée, en l'état, par la jurisprudence.

Protection du consommateur. Des sondés nous rappellent que l'article 29 LCCJTI a notamment été considéré initialement dans une perspective de protection du consommateur. Ainsi, par exemple, on veut éviter qu'une entreprise impose une surcharge de quelques dollars à un consommateur qui désirerait obtenir une facture papier. À cette situation, il est possible d'apporter deux réponses. D'une part, nous croyons que l'interprétation proposée ci-dessus pourrait permettre à un juge de donner raison audit consommateur. D'autre part, nous rappelons que la LCCJTI est une loi d'application générale et que rien n'empêche un texte plus spécifique de prévoir une disposition plus explicite. Comme mentionné par une personne sondée, nous pensons notamment à une récente modification en 2014 de la *Loi fédérale sur les télécommunications*²⁵³.

Référence à la « loi ». Comme mentionné, plusieurs commentaires à la **question 7**, mentionnent le fait qu'un doute subsiste quant au fait de savoir si la référence à la loi inclut un éventuel règlement. Avec égard, nous ne croyons pas que cette problématique soit particulièrement grave, aucune jurisprudence n'ayant illustré ce problème. Même si un commentaire a fait état d'une situation où un juge a refusé d'inclure un règlement dans une pareille situation²⁵⁴, d'autres considèrent qu'une compréhension plus large pourrait très bien apparaître dans la jurisprudence²⁵⁵.

Place de ces dispositions. Sans développer, nous souhaitons seulement évoquer le fait qu'un débat prévaut quant au fait de savoir où ces dispositions doivent se situer, à savoir dans la LCCJTI ou dans une des lois concernant la protection des renseignements personnels. Même si nous évoquerons ce point brièvement plus loin²⁵⁶, nous croyons qu'il

²⁵² Contrairement à ce que justement on ne pouvait faire dans *Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux (APTS)* et *Centre hospitalier universitaire de Sherbrooke (CHUS) (grief syndical)*, 2014 QCTA 282, par. 36.

²⁵³ LC 1993, c 38, article 27.2 : « Il est interdit à toute personne qui fournit des services de télécommunication d'imposer des frais à un abonné pour l'obtention de factures papier. »

²⁵⁴ *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1981] 1 R.C.S. 312. Avec égards, nous ne sommes pas sûr que l'interprétation faite pourrait s'appliquer de façon générale à la situation où il s'agit d'interpréter si une loi comprend aussi des règlements.

²⁵⁵ BARREAU DU QUÉBEC, *Mémoire sur la Loi sur la normalisation juridique des nouvelles technologies de l'information*, Bibliothèque nationale du Québec, 2000, disponible à <https://www.lccjti.ca/files/sites/105/2013/08/MEMOIREBARREAU2000.pdf>, page 16 : « Puisque le mot « loi » est généralement pris dans son sens générique à moins qu'il ne désigne un texte législatif précis, il est suffisant pour englober un règlement ou tout autre acte ayant force de loi. »

²⁵⁶ *Infra*, paragraphe 3.2.4.2.

serait sans doute pertinent de conserver cette disposition dans la LCCJTI. En effet, la protection des renseignements personnels est un des aspects à considérer mais ce n'est pas le seul. À titre d'exemple, et comme mentionné plus tôt, des liens avec la protection du consommateur, et de l'individu dans sa généralité, peuvent aussi être identifiés.

PROPOSITION 19 : Nous recommandons de maintenir les dispositions 2 et 29 LCCJTI en l'état.

PROPOSITION 20 : Éventuellement, nous croyons qu'il est possible d'ajouter « par un règlement » après « loi » à l'article 29 al. 1 LCCJTI afin de lever la possible ambiguïté.

3.2.2.2 – Articles 15 et 17

Plan. Ce paragraphe sur les deux formes de reproduction que la LCCJTI a introduit a été inséré dans le paragraphe 3.2.2 traitant des dispositions identifiées dans l'étude intermédiaire comme étant à maintenir, et ce, même si nous croyons que des ajustements sont requis. Nous aurions donc pu le mettre aussi dans le paragraphe 3.2.1 (Dispositions à modifier) mais nous préférons le mettre ici pour renforcer l'idée du maintien de ces deux formes de reproductions. En effet, la distinction entre copie et transfert nous semble pertinente même si elle constitue une source de malaise auprès de la communauté juridique. Il importerait donc de la reconsidérer et de déterminer sur la base de quelles fonctions elle s'opère.

3.2.2.2.1 – Distinction justifiée

2841 CCQ. De façon unique, la LCCJTI a introduit une innovation importante en ajoutant une seconde forme de reproduction; innovation qui se trouve désormais à l'article 2841 CCQ :

2841. 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)

Pertinence de la distinction. En dépit des difficultés interprétatives que cette nouveauté a introduites, nous croyons qu'il importe de maintenir la distinction qui prévaut entre la copie et le transfert. Cette position est motivée par les raisons suivantes. **En premier lieu**, en dépit de débuts difficiles²⁵⁷, la jurisprudence s'est peu à peu adaptée, avec bonheur²⁵⁸, à cette distinction. **En deuxième lieu**, et surtout, nous croyons qu'il est en effet normal d'imposer deux régimes distincts, la certification étant la procédure qui permet de

²⁵⁷ Voir notamment *Lefebvre Frères Ltée c. Giraldeau*, 2009 QCCS 404.

²⁵⁸ *Benisty c. Kloda*, 2018 QCCA 608, par. 136 et suiv. Mais avant cette distinction avait déjà été maîtrisée dans plusieurs décisions et notamment *Tabet c. Equityfeed Corporation*, 2017 QCCS 3303, par. 47.

prouver la copie depuis toujours et la documentation est en effet de mise lorsque la transformation d'un format à un autre occasionne une « perte » de données²⁵⁹. Face à cette perte, il faut offrir une garantie qui vienne la compenser et le meilleur moyen, qui se trouve dans la presque totalité des normes techniques en matière de sécurité, est justement de mettre en place des garanties documentaires. Nous reviendrons sur ce point. **En troisième lieu**, comme nous venons de le dire, cette distinction est présente dans les normes techniques, celles-ci s'étant rapidement rendues compte que la copie ne se réalise pas, ne se prouve pas de la même manière que le transfert. **En quatrième lieu**, il est d'ailleurs étonnant d'observer comment certaines juridictions n'ont eu d'autres choix, face à l'absence de reconnaissance par la loi, comme l'a fait la LCCJTI, de faire survenir la notion de transfert par la jurisprudence²⁶⁰. Ainsi, dans une décision de la Cour de cassation de 2011²⁶¹, le plus haut tribunal français admet une preuve présentée en l'absence de l'original, détruit. Les juges reconnaissent que ce n'est pas une « vraie » copie dans la mesure où la forme du document est manifestement différente. Il ne peut donc y avoir « fidélité » dans l'apparence du document²⁶². En revanche, et reprenant le propos de la partie en cause, « un reflet informatique du contenu du courrier »²⁶³ est disponible avec ce document. Les juges vont donc admettre en preuve ce qu'ils appelleront finalement « une réplique informatique »²⁶⁴.

Régime distinct de la copie et du transfert. La copie, depuis que l'original existe, a toujours donné lieu à un régime de comparaison de la première au second. Cette comparaison se matérialise dans la LCCJTI, sous la qualité de **fidélité** que l'on retrouve à l'article 15²⁶⁵. Or, selon 2842 CCQ, le moyen le plus habituel de montrer le respect de cette condition est la certification, soit la déclaration d'un tiers en autorité. Pour nous, la certification, bien que non définie, réfère avant tout à une personne, en autorité, sur laquelle on peut se fier. Certifier fait donc avant toute chose référence à « **QUI** », et ce comme cela apparaît à l'article 2841 al. 3 CCQ :

²⁵⁹ Voir Vincent GAUTRAIS, *La preuve technologique*, 2^{ième} édition, Lexis Nexis Canada, 2018, p. 249, par. 326. Claude MARSEILLE et Raphaël LESCOP, « Règle de la nécessité de l'original », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit civil », *Preuve et prescription*, fasc. 13, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, par. 72 : « 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 ») ».

²⁶⁰ Voir Vincent GAUTRAIS, *La preuve technologique*, 2^{ième} édition, Lexis Nexis Canada, 2018, p. 250. Voir le paragraphe 327 s'intitulant « France : la notion de « réplique informatique » ».

²⁶¹ Civ. 2^e, 17 mars 2011, n° 10-14850.

²⁶² Le principe de « fidélité » de la copie face à l'original (voir l'article 1379 CCF qui parle désormais de « reproduction à l'identique ») est le même que celui qui prévaut à l'article 15 LCCJTI.

²⁶³ Civ. 2^e, 17 mars 2011, n° 10-14850.

²⁶⁴ Civ. 2^e, 17 mars 2011, n° 10-14850 : « Mais attendu que l'arrêt relève que la caisse produit une réplique informatique de l'avis de clôture, faisant apparaître clairement l'auteur de ce document (...) ». (Nos soulignements).

²⁶⁵ Article 15 : « 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. » (Nos soulignements)

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. (Nos soulignements)

Même si l'on constate une libéralisation constante des modalités de certification de la copie, tant en 1994 avec le CCQ qu'ensuite en 2001 avec la LCCJTI²⁶⁶, et ce, en rupture avec la *Loi sur la preuve photographique de documents* qui prévalait alors²⁶⁷, elle demeure axée sur une personne qui va faire état de cette comparaison; du caractère identique. Pour le transfert, la documentation va au-delà et s'intéresse davantage sur le « **COMMENT** ». Même si là encore aucune définition ne prévaut, des indications existent à l'article 17 LCCJTI afin de déterminer son contenu²⁶⁸. Même si cette distinction est imparfaite, notamment du fait que la certification peut être appuyée d'une déclaration²⁶⁹, nous sommes assez à l'aise avec ce régime distinct en partie à cause du fait que le transfert présente une potentialité de dangerosité dans la mesure où il peut y avoir destruction du document source. De ce fait, une plus grande rigueur s'impose; une plus grande rigueur qui nous semble de mise dans la documentation du transfert et moindrement dans la certification de la copie. Aussi, la distinction du régime s'impose surtout lorsqu'on est face à un transfert « substitutif » qui implique la destruction de l'original. Ce qui n'est pas la seule hypothèse actuellement au regard de l'article 17 et suivants, le transfert pouvant donner lieu à une destruction ou pas du document source²⁷⁰.

3.2.2.2.2 – Distinction source à malaise

Distinction source à malaise. Après, même si nous croyons qu'il faille maintenir une telle distinction entre ces deux formes de reproduction, il y a débat sur le fait de savoir si l'approche, technique, presque mécanique, qui a été choisie à 2841 CCQ est la bonne. En effet, il est parfois difficile de déterminer pratiquement si l'on est face à une copie ou à un transfert, notamment suite à des opérations qui impliquent en certains cas une kyrielle de copies et de transferts successifs²⁷¹. De la même manière, il est loisible de s'interroger sur le fait que le support soit identique ou différent dans l'hypothèse des deux formes de

²⁶⁶ Vincent GAUTRAIS, *La preuve technologique*, 2^{ème} édition, Lexis Nexis Canada, 2018, p. 242 à 244, n° 318 et suiv.

²⁶⁷ *Loi sur la preuve photographique de documents*, RLRQ, c. P-22 (abrogée le 1^{er} janvier 1994).

²⁶⁸ Voir notamment l'article 17 al.4 LCCJTI : « 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. »

²⁶⁹ Art. 2842 CCQ.

²⁷⁰ Les deux hypothèses de transfert existent expressément aux articles 17 al.2, 17 al. 3, 18, 20.

²⁷¹ Lors des audiences, et des sondages, il a notamment été mentionné le fait que certaines opérations donnent lieu à une succession de copies et de transferts, ce qui fait qu'il est souvent bien difficile de déterminer, au regard de 2841 CCQ, dans quelle catégorie l'on se trouve. On peut par exemple penser à une hypothèse de numérisation où technologiquement, s'il s'agit d'une opération de transfert selon 2841 CCQ, il est difficile de déterminer ou de départager dans quelle catégorie l'on se situe étant donné la succession des opérations.

copies que 2841 CCQ prévoit²⁷². D'ailleurs, lors de l'étude intermédiaire, à la question (**Question 23**) où l'on demandait s'il serait pertinent d'unifier les deux formes de reproductions, la réponse a été pour le moins affirmative.

Question 23 (Articles 15/17) : Y-aurait-il lieu d'unifier les statuts de la « copie » et du « transfert » ?

Oui 51

Non 16

Raisons de ce malaise. Il est donc loisible de se demander pourquoi cette distinction originant du monde des sciences de l'information n'est pas parvenue à faire l'unanimité autour d'elle, surtout, il est vrai, dans le monde du droit²⁷³. Plusieurs raisons peuvent être présentées pour expliquer cette difficile appréhension.

Illustration. En premier lieu, il est en bien des cas difficile en pratique de distinguer et de qualifier une reproduction comme étant une copie ou un transfert. Ceci peut s'illustrer dans l'hypothèse, comme mentionné précédemment, où il y a une succession de ces opérations. Il y a aussi des hypothèses où le régime distinct de ces deux modes de reproduction (certification *versus* documentation) pose des difficultés applicatives. Prenons l'exemple suivant : certains organismes publics peuvent émettre des copies, copies qui pour valoir preuve au regard de certains textes de lois, doivent être certifiées. Or, pratiquement, technologiquement, ces copies sont en fait des impressions d'originaux numériques. Si l'on s'en tient donc à la lettre de l'article 2841 CCQ, ces reproductions seraient davantage des transferts que des copies. Or, dans une telle situation, il apparaît plus raisonnable de qualifier l'opération de copie dans la mesure où l'on est face à une multiplication du document. L'impression n'occasionnant aucune perte; si jamais un débat devait avoir lieu quant à la force probante du document présenté en preuve, il sera toujours possible d'évaluer 1) le document source (le document numérique) et 2) le processus de validation, à savoir, la certification par la personne en autorité.

Fonctions non identifiées des reproductions. Précédemment, nous avons vu que la notion d'original, même si des critiques pouvaient y être adressées, était axée sur les fonctions qu'elle était supposée remplir²⁷⁴. Or, étonnamment, **en deuxième lieu**, concernant la copie et le transfert, point de pareille approche en terme de rédaction législative. Si 2841 CCQ tente de les départager, aucune fonction n'a été retenue. Même si les dispositions en question (notamment 15 et 17 LCCJTI) se trouvent dans la section 3 qui traite de « l'équivalence des documents servant aux mêmes fonctions », une certaine

²⁷² 2841 CCQ prévoit deux types de copies : l'une où le support est identique (par exemple une photocopie) et l'autre où le support est différent (par exemple un fichier PDF sur deux ordinateurs distincts). Vincent GAUTRAIS, *La preuve technologique*, 2^{ième} édition, Lexis Nexis Canada, 2018, p. 240-241, par. 316 et 317. Or, il y a lieu d'épiloguer sur le fait de savoir si le support est différent ou pas.

²⁷³ Parmi les commentaires, plusieurs critiques émanent également de personnes provenant des sciences de l'information, de l'archivistique.

²⁷⁴ *Supra*, paragraphe 3.2.1.8.

retenue législative se remarque du fait que la LCCJTI ne cherche pas à identifier clairement les fonctions qu'ils se doivent de satisfaire²⁷⁵.

Difficile correspondance LCCJTI et CCQ. En troisième lieu, et non sans lien, il est difficile de trouver une correspondance entre les articles de la LCCJTI traitant des copies et des transferts et l'article 2841 CCQ qui opère la distinction entre les deux. En fait, alors que les articles de la LCCJTI traitent des modalités de satisfaction (certification *versus* documentation) et des critères propres à chacun (comparaison du caractère identique (copie) *versus* satisfaction de garanties documentaires (transfert)), 2841 CCQ précise les modalités techniques pour les distinguer. Fait à remarquer, et à la différence des autres sujets traités dans le CCQ, 2841 CCQ ne correspond aucunement à un article équivalent de la LCCJTI²⁷⁶. Cette disposition sort en effet un peu de nulle part... Il est donc loisible de se demander : d'où vient la distinction, très technique, de 2841 CCQ?

3.2.2.2.3 – Distinction à consolider en fonction de la fonction

Distinction technique. La LCCJTI, en proposant 2841 CCQ à son article 78, « reproduit » une distinction que l'on retrouve dans plusieurs normes techniques et selon lesquelles la copie concerne des reproductions sur support (médium) identique alors que le transfert occasionne des changements de format :

“Copying is the production of an identical copy within the same type of medium (paper/microfilm/electronic) for example, from paper to paper, microfilm to microfilm or the production of backup copies of electronic records (which can also be made on a different kind of electronic medium).”²⁷⁷ (Nos soulignements)

“Conversion involves a change of the format of the record but ensures that the record retains the identical primary information (content). Examples include microfilming of paper records, imaging, change of character sets.”²⁷⁸ (Nos soulignements)

²⁷⁵ Vincent GAUTRAIS, *La preuve technologique*, 2^{ième} édition, Lexis Nexis Canada, 2018, p. 232, par. 309.

²⁷⁶ Comme par exemple les articles 2837 CCQ (article 5 LCCJTI), 2838 CCQ (article 5 LCCJTI), 2839 CCQ (article 6 et 5 al.3 LCCJTI), 2840 CCQ (article 7 LCCJTI).

²⁷⁷ ISO/TR 15489-2, *Technical Report, Information and Documentation – Records Management, Part. 2 – Guidelines*, 2001, art. 4.3.9.2.

²⁷⁸ ISO 15489-1, *Information and Documentation – Records Management, Part. 1 – General*, 2001, et voir la définition de conversion à l'article 3.7; la norme ISO/TR 15489-2, *Technical Report, Information and Documentation – Records Management, Part. 2 – Guidelines*, 2001, à l'article 4.3.9.2. On peut aussi lire ceci dans une norme française, AFNOR, NF Z42-013, *Archivage électronique – Spécifications relatives à la conception et à l'exploitation de systèmes informatiques en vue d'assurer la conservation et l'intégrité des documents stockés dans ces systèmes*, mars 2009, au point 3.22, p. 10 : « opération qui consiste à convertir le document dans un format différent de celui dans lequel il était précédemment encodé. Elle doit préserver la fidélité du document. » (Nos soulignements).

Même si quelques distinctions apparaissent dans les normes relativement à la notion de transfert, qui a des appellations diverses (migration, conversion, transfert, etc.)²⁷⁹, la distinction s'opère donc clairement autour du fait que la copie concerne le support et le transfert le format.

Ajout d'une distinction fonctionnelle. Au-delà de cette distinction technique, la proposition qui nous semble possible de faire est de maintenir comme actuellement un régime distinct, cumulant donc le régime de la copie et du transfert, mais d'opérer cette distinction davantage sur la base de la fonction que l'opération de reproduction représente. Ainsi, alors que la copie occasionne une **multiplication**²⁸⁰, celle du transfert opère une **substitution**²⁸¹.

Fonction de la copie. De façon générale, la copie est associée à deux caractéristiques : la multiplication et la déperdition de qualité.

[o]riginality is singular and faithful, copy is multiple and faithless.²⁸²

En fait, avec le numérique, nous avons vu lors du traitement de la notion d'original²⁸³, que la perte de qualité ne vaut plus. C'était vrai avec les supports physiques mais cela ne l'est plus pour les supports technologiques. En revanche, copier, c'est toujours multiplier. Conformément à l'étymologie latine « copia » qui signifie « abondance », et dont est issu le mot « copieux », l'opération de copier correspond donc à un « processus de multiplication »²⁸⁴.

Fonction du transfert. La seconde manière de faire une reproduction est donc, selon la LCCJTI, le transfert. Avec cette notion, on s'éloigne de l'idée de « multiplication » que l'on peut trouver dans la copie et, davantage, on se rapproche de celle de migration, à l'image de la définition de « transfert » faite par le dictionnaire de vocabulaire juridique²⁸⁵. Ainsi, à « transférer », on évoque le fait de se « [d]éplacer d'un lieu dans un autre » ou l'opération de « transfert » y est définie comme étant une « opération juridique de transmission d'un droit, d'une obligation ou d'une fonction ». Bien que la notion de

²⁷⁹ Voir Vincent GAUTRAIS, *La preuve technologique*, 2^{ième} édition, Lexis Nexis Canada, 2018, p. 244, par. 322.

²⁸⁰ Voir Vincent GAUTRAIS, *La preuve technologique*, 2^{ième} édition, Lexis Nexis Canada, 2018, p. 231, par. 306.

²⁸¹ Voir Vincent GAUTRAIS, *La preuve technologique*, 2^{ième} édition, Lexis Nexis Canada, 2018, p. 251, par. 328.

²⁸² Jeffrey MALKAN, « What is a copy? », (2005) *Cardozo Arts & Entertainment* 419, 419-421.

²⁸³ *Supra*, paragraphe 3.2.1.8.

²⁸⁴ Daniel POULIN et Pierre TRUDEL, « La loi en ligne : La Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information », Secrétariat du Conseil du trésor du Québec, 2001, en ligne : sous l'article 15 <https://www.tresor.gouv.qc.ca/ressources-informationnelles/cadre-normatif-de-gestion-des-ressources-informationnelles/loi-concernant-le-cadre-juridique-des-technologies-de-linformation/loi-annotee-par-article/loi-annotee-par-article-article-15/?L=0> (consulté le 18 février 2020).

²⁸⁵ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 9^e éd., Paris, P.U.F./Quadrige, 2011.

transfert que l'on trouve dans la LCCJTI n'est pas une notion juridique au départ, on peut sans doute utiliser cette définition pour considérer que, sous certaines conditions, cette manipulation permet de transférer la « valeur juridique » du document original et de détruire ce dernier, contrairement à la manipulation de la copie qui ne vient que se substituer à un document source, à des fins de plus grande facilité ou d'efficacité. Le transfert est donc une opération qui permet d'attribuer une fonction probatoire ou formelle (« valeur juridique ») à un document dès lors que son passage d'une technologie à une autre est documenté. Pour corroborer ce point, une définition peut être trouvée à l'article 17, al. 1 qui prévoit que

« [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 »²⁸⁶.

Pertinence des deux régimes distincts. Nous croyons donc qu'il faut garder la distinction entre ces deux formes de reproduction mais que le transfert devrait voir réduit ses hypothèses de réalisation uniquement dans les cas de destruction du document source. Ainsi, il n'y aurait pas besoin de documenter une reproduction quand l'on conserve le document source, cette hypothèse étant davantage un cas de réalisation d'une copie²⁸⁷. Par exemple, j'imprime un acte d'état civil qui est sur support numérique. Cela devient une copie d'état civil qui peut être certifiée et non pas un transfert du seul fait que la technologie a changé. C'est une copie car il y a multiplication et le document qui prime est le document source. C'est une copie qui pourra donner lieu à une certification, et ce, quelle que soit la nature juridique du document. En effet, on peut avoir des copies d'état civil qui sont par exemple des actes authentiques. Actes authentiques dont la caractéristique principale est d'être en lien avec une personne, un officier public.

Transfert sans la fonction de substitution. Nous l'avons déjà mentionné, il est possible de trouver des hypothèses où l'opération de transfert n'a pas pour objet de constituer une substitution. D'ailleurs, l'article 17 de la LCCJTI prévoit que le transfert peut se substituer au document source mais il n'en n'est pas forcément ainsi²⁸⁸. Prenons un exemple : la jurisprudence illustre des situations où des captures d'écran sont déposées

²⁸⁶ Art. 17 LCCJTI.

²⁸⁷ Sans développer, le fait de donner un régime plus favorable à l'impression d'un document numérique nous semble pouvoir être rapproché de l'article 31.2 (2) de la *Loi sur la preuve au Canada* (LC 1985, c-5) qui se justifie par le fait que le document source demeure toujours disponible : « Malgré le paragraphe (1), sauf preuve contraire, le document électronique sous forme de sortie imprimée satisfait à la règle de la meilleure preuve si la sortie imprimée a de toute évidence ou régulièrement été utilisée comme document relatant l'information enregistrée ou mise en mémoire »

²⁸⁸ Art. 17 al. 2 : « 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. »

en cour²⁸⁹. En revanche, dans une telle hypothèse, la situation est différente dans la mesure où l'on n'est pas en présence d'une preuve littérale; on n'est même pas face à un écrit au regard du CCQ mais davantage d'un élément matériel de preuve, à savoir, d'une preuve qui fait état d'éléments contemporains à leur constatation²⁹⁰. Fonctionnellement, l'écrit a donc pour objet de valoir pour le futur, le témoignage fait état de faits passés et l'élément matériel constate des faits contemporains à un moment « t »²⁹¹. Or, au meilleure de notre connaissance, si l'original ne vaut que pour l'écrit, le régime de la copie, et par extension du transfert, ne valent eux aussi que pour l'écrit. La copie et le transfert, comme l'original, ont donc une fonction que dès lors que l'on traite de **preuve littérale**. Relativement aux éléments matériels donc, les questions en lien avec les formes de reproduction ne devront être considérées uniquement que dans le cadre plus global de la force probante, à savoir de son authenticité, soit son intégrité et son lien avec l'auteur. À cet égard, et même si nous sommes assurés que les règles de preuve soient situées au bon endroit dans le CCQ, notamment les recommandations relatives aux articles 2811.1 et suivants²⁹², il n'y a pas lieu de changer l'endroit des articles 2841 et 2842 CCQ qui effectivement sont bien situés dans une section relative aux écrits.

PROPOSITION 21 : Nous proposons de maintenir les deux formes de reproduction mais en les basant sur la fonction propre à chacune d'elle, à savoir, la copie crée une **multiplication** et le transfert une **substitution** du document.

Régimes de la copie et du transfert. Une dernière question qu'il nous semble nécessaire de considérer est de savoir si l'on doit garder également, outre les deux formes de reproduction, les deux formes de réalisation (certification et documentation). Une option existe en effet sur le fait de savoir si soit on garde les deux solutions distinctes soit on uniformise une seule forme de garantie. Au regard de ce que nous avons dit plus tôt, et du fait également que les hypothèses de transferts vont désormais être moins nombreuses, nous croyons que, **d'une part**, cette distinction se justifie, une rigueur plus grande valant pour les transferts et, **d'autre part**, que la distinction opérée est moins problématique et moins difficile à gérer. Il y aura néanmoins un rapprochement très fort des manières de faire dans la mesure où la plupart des hypothèses de transferts (dans la compréhension actuelle) seront désormais des copies assujetties à un régime de certification.

²⁸⁹ Par exemple *Droit de la famille – 161206*, 2016 QCCS 2378. En fait, au regard des faits (par. 42) que l'on y trouve, il y a même un « double » transfert : « Avec son cellulaire, il photographie ce qu'il voit à l'écran, fait un "copier-coller" sur bloc-notes et prépare le document pour impression en supprimant certains passages et en conservant ce qui l'intéresse. Il supprime ensuite la page Facebook de son ordinateur. »

²⁹⁰ *Benisty c. Kloda*, 2018 QCCA 608, par. 59: « Si le contenu de l'enregistrement permet plutôt au tribunal de constater un fait documenté par une personne à un moment précis, il s'agit d'un élément matériel de preuve (2854 CCQ). Ainsi, lorsque l'enregistrement capte un fait contemporain ou sur le vif, s'il s'agit d'un élément matériel ». (Nos soulignements) (Les notes de bas de page ont été ôtées)

²⁹¹ Vincent GAUTRAIS, *La preuve technologique*, 2^{ième} édition, Lexis Nexis Canada, 2018, p. 272, par. 357. Voir aussi p. 421, par. 562 et suiv.

²⁹² *Infra*, Annexe 1 et 3.2.3.1.

PROPOSITION 22 : Nous proposons de maintenir les deux formes de réalisation (certification et documentation), mais d'appliquer le régime de la copie (certification) dans les cas de transferts non substitutifs.

Nouvelle rédaction. Forcément, une telle évolution de la distinction entre copie et transfert nous amène à reconsidérer en profondeur la rédaction de l'article 2841 CCQ qui devrait davantage se baser sur les fonctions précitées. En revanche, nous ne croyons pas qu'il fasse changer en profondeur la LCCJTI, si ce n'est en enlevant les références à la possibilité de transfert non substitutif.

PROPOSITION 23 : Nous proposons de reconsidérer l'article 2841 al. 1 CCQ qui devrait intégrer la distinction entre copie et transfert en fonction de la fonction en cause (multiplication ou substitution). L'article 2842 CCQ ne requiert pas de modification, si ce n'est l'expression « au besoin » qui ne s'impose désormais plus.

3.2.2.3 – Articles 8 et 63

Rôle de l'État. L'analyse de la production normative (décret / règlement) tout comme le rôle que le comité d'harmonisation été sensé remplir nous amène à réfléchir sur le rôle que l'État peut avoir afin d'identifier et de densifier les usages technologiques. En effet, pour le moment, beaucoup d'acteurs se désolent quant au fait de ne pas savoir si leurs manières de faire sont conformes au droit²⁹³. Il ne s'agit donc pas d'un problème de droit des technologies mais d'application de ce droit. Concrètement, et à titre d'exemple, lorsqu'une disposition requiert le respect de la fonction d'intégrité, comment peut-on faciliter la preuve de la conformité de cette exigence?

3.2.2.3.1 – Généralités sur le rôle de l'État

Délégation normative. La LCCJTI avait bien compris que le domaine des technologies demandait à être objectivé par des normes techniques qui seraient venues, une fois l'adoption de la LCCJTI, préciser le contenu des dispositions législatives, forcément générales. Plusieurs outils ont été mis en place pour favoriser cette délégation normative, et notamment, les décrets (**Article 8**), les règlements (**Article 69**), les présomptions qui y sont associées, le comité d'harmonisation (**Article 63 et suiv.**). Ainsi, gérer les technologies requiert des principes substantiels; cela demande aussi la mise en place d'institutions et ce sont ces outils normatifs qui sont supposés remplir cet usage.

Défaillance institutionnelle. Malheureusement, peu fut fait à ce niveau. Point de décret ou règlement. Le comité d'harmonisation s'il s'est réuni pendant près de 3 ans, n'a abouti à rien, et ce, pour des raisons que nous essaierons d'identifier plus loin. Pourtant, et comme mentionné précédemment²⁹⁴, le sondage et les consultations militent clairement

²⁹³ *Supra*, par. 2.2.3.2.

²⁹⁴ *Id.*

pour un maintien de ces outils institutionnels. L'État a donc, selon les personnes consultées, un rôle à jouer si ce n'est en terme de production de normes mais au moins en rôle d'animation normative. En effet, le droit des technologies exige désormais une certaine vivacité que seule la LCCJTI n'est pas en mesure d'initier. Du fait des spécificités du droit des technologies, son caractère technique, mouvant, international, commercial, ce domaine est enclin à disposer d'un lien fort avec les usages commerciaux qui constituent une source normative importante, objectivant la généralité de la règle de droit que l'on trouve dans la LCCJTI.

Exemple de l'eIDAS et l'intégration étatique du contrôle. L'exemple européen illustre parfaitement l'hypothèse d'une loi – en l'occurrence d'un règlement européen²⁹⁵ – qui dote l'appareil étatique d'un large pouvoir de contrôle. Ainsi, l'État intervient dans le fait que chaque État membre se doit de désigner un organisme en charge de superviser les prestataires de service d'identification et de confiance (organe de contrôle)²⁹⁶. Son rôle est central et consiste notamment à **1) qualifier** les prestataires qui en devenant « qualifiés », disposent de certains avantages²⁹⁷ notamment probatoires (présomptions); **2) contrôler** le respect des spécifications par les prestataires de services qualifiés et non qualifiés; **3) prendre des actions** si les prestataires non qualifiés ne respectent pas les conditions requises; **4) coopérer**²⁹⁸ avec les organismes des autres États Membres; **5) faire rapport** à la commission des activités en la matière; **6) auditer** les pratiques des prestataires qualifiés²⁹⁹. Clairement, le modèle eIDAS, qui constitue le référent direct aux travaux actuels de la CNUDCI³⁰⁰, implique une structure institutionnelle forte. Une telle structure qui a pour ambition que l'usage de technologies sécuritaires « fortes » tende à se généraliser.

Intégration étatique sur l'élaboration des normes. Mais cet exemple européen ne traite pas uniquement des structures de contrôle et des spécificités à suivre. Il touche indirectement aux normes en tant que telles. Plus exactement, en se basant sur les standards internationaux existants, la Commission européenne « adoube » les mesures à suivre et « objectivise » les pratiques que les prestataires doivent respecter³⁰¹. Une

²⁹⁵ Règlement (UE) n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE, disponible à <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014R0910&from=FR> (ci-après « **Règlement eIDAS** »).

²⁹⁶ Règlement eIDAS, article 17.

²⁹⁷ Règlement eIDAS, article 17 (3) a) : « contrôler les prestataires de services de confiance qualifiés établis sur le territoire de l'État membre qui a procédé à la désignation afin de s'assurer, par des activités de contrôle a priori et a posteriori, que ces prestataires de services de confiance qualifiés et les services de confiance qualifiés qu'ils fournissent satisfont aux exigences fixées dans le présent règlement. »

²⁹⁸ Règlement eIDAS, article 18.

²⁹⁹ Règlement eIDAS, article 20.

³⁰⁰ Projet de dispositions relatives à la reconnaissance internationale de la gestion de l'identité et des services de confiance, septembre 2019, disponible à <https://undocs.org/fr/A/CN.9/WG.IV/WP.160>.

³⁰¹ Règlement eIDAS, article 8 3) : « Au plus tard le 18 septembre 2015, compte tenu des normes internationales pertinentes et sous réserve du paragraphe 2, la Commission fixe, au moyen d'actes

évaluation doit donc être faite quant au rôle que l'État devrait avoir dans l'élaboration de standards techniques. Si certains préconisent un rôle actif³⁰², d'autres penchent au contraire pour une moindre intervention³⁰³.

Spectre des possibles. Sans être exhaustif, l'État peut **d'abord** être considéré dans sa vision traditionnelle en contrôlant et produisant les règles. À certains égards, c'est un peu la position européenne où, d'une part, l'État contrôle en mettant en place un cadre institutionnel fort et, d'autre part, identifie les normes, les adoube, même si celles-ci proviennent de l'industrie. À l'autre côté du spectre, il y a **ensuite** la possibilité de ne rien faire. Dans le cadre d'une autorégulation totale et assumée, on peut imaginer l'hypothèse où c'est l'industrie qui se régule elle-même, en utilisant souvent des normes techniques qu'elle choisit elle-même mais surtout qu'elle applique elle-même, sans regard externe. Cette approche, qui correspond à une certaine culture nord-américaine, n'est pas sans atout mais forcément n'a pas réellement de capacité d'infléchir des positions que l'on souhaite harmonisées ou d'un niveau donné. À bien des égards, c'est la situation de fait qui se passe actuellement au Québec, et ailleurs en Amérique du Nord, dans la mesure où les outils d'identification des normes, comme les règlements, décrets, n'ont pour le moment jamais été adoptés. L'appréciation du niveau de sécurité est donc laissée aux juges qui doivent évaluer selon une approche *ex ante* si les mesures prises sont suffisantes. **Enfin**, il est envisageable d'imaginer des situations intermédiaires où une instance dédiée à l'application de la LCCJTI joue un rôle d'animation en identifiant les normes, les standards, qui pourraient être suivis.

Rôle d'animation. De ces trois approches, nous ne sommes pas sûr d'être en mesure d'apprécier pleinement la voie à suivre, l'analyse exigeant sans doute des compétences, notamment économiques, que nous n'avons pas. Néanmoins, nous avons une « tendresse » pour cette dernière approche d'animation, d'incitation³⁰⁴, et ce, pour les raisons suivantes. **En premier lieu**, nous ne croyons pas que l'approche institutionnelle

d'exécution, les spécifications techniques, normes et procédures minimales sur la base desquelles les niveaux de garantie faible, substantiel et élevé sont spécifiés pour les moyens d'identification électronique aux fins du paragraphe 1. » On peut citer alors le Règlement d'exécution (UE) 2015/1502 de la Commission du 8 septembre 2015 fixant les spécifications techniques et procédures minimales relatives aux niveaux de garantie des moyens d'identification électronique visés à l'article 8, paragraphe 3, du règlement (UE) no 910/2014 du Parlement européen et du Conseil sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur. Voir à <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015R1502&from=EN>.

³⁰² Victoria A. RAMUNDO, "The Convergence of Telecommunications Technology and Providers: The Evolving State Role in Telecommunications Regulation" (1996) 6-1 *Alb LJ Sci & Tech* 35.

³⁰³ Justus BARON, Jorge L. CONTRERAS, Martin HUSOVEC, Pierre LAROCHE and Nikolaus THUMM, *Making the Rules: The Governance of Standard Development Organizations and their Policies on Intellectual Property Rights* (March 8, 2019). JRC Science for Policy Report, EUR 29655 EN (March 2019); ISBN 978-92-76-00023-5 ; University of Utah College of Law Research Paper No. 308; TILEC Discussion Paper No. 2019-021. Disponible à SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3364722>.

³⁰⁴ Sofia RANCHORDAS, "Innovation-Friendly Regulation: The Sunset of Regulation, the Sunrise of Innovation", (2015) 55-2 *Jurimetrics* 201.

forte à l'européenne soit pleinement transposable au Québec. Même si elle est intéressante et source d'une sécurité tant technologique que juridique, des différences tant culturelles³⁰⁵ qu'économiques³⁰⁶ font en sorte que le rôle de l'État y est traité de façon distincte. **En deuxième lieu**, le *statu quo* actuel ne semble pas pouvoir être maintenu. Les juges sont en effet, d'une part, laissés à eux-mêmes³⁰⁷ et, d'autre part, aucune orientation ne transparaît actuellement pour des usages sécuritaires à la fois plus robustes et plus uniformes. Par défaut, la solution qui nous semble de mise serait celle où une animation normative soit assurée sans forcément qu'une ou plusieurs instances de contrôle apparaissent. Ce rôle devrait être alloué, comme cela est d'ailleurs prévu dans la LCCJTI, au comité d'harmonisation. **En troisième lieu**, il ne nous apparaît pas nécessaire de « produire » en tant que tel des normes, de très nombreuses existant déjà. En matière de normes techniques, le problème n'est en effet pas leur absence mais au contraire leur abondance. Il faut donc une instance pour déterminer celles qui prévalent, séparer le bon grain de l'ivraie. Il s'agit d'une nouvelle forme de gouvernance où un dialogue s'opère entre les différentes parties prenantes³⁰⁸. Un dialogue qui était par exemple l'objectif premier dans l'élaboration de la plateforme www.lccjti.ca³⁰⁹.

PROPOSITION 24 : Nous proposons pour le moins que le rôle d'animation de l'État soit maintenu et appliqué pour consolider les usages technologiques et inciter à l'utilisation de solutions robustes.

3.2.2.3.2 – pertinence du comité d'harmonisation

³⁰⁵ Les Européens disposent d'une culture juridique beaucoup plus interventionniste, favorisant la co-régulation à l'autorégulation.

³⁰⁶ Le règlement eIDAS laisse apercevoir une intégration économique renforcée où il importe que les acteurs d'un pays membre puissent s'implanter dans chaque pays de l'Union européenne. À titre d'exemple, une liste des prestataires de confiance est mise à jour régulièrement afin de référencer les entités qui peuvent proposer des services de confiance ou d'identification jugés comme étant « qualifiés ».

³⁰⁷ Sur la difficile intégration des normes techniques par les juges, Vincent GAUTRAIS, « Preuve et développement durable : objectivation du droit par la normativité individuelle », dans Vincent GAUTRAIS et Mustapha MEKKI, *Preuve et développement durable*, Montréal, Éditions Thémis, 2016, pp. 43-74.

³⁰⁸ Ryan HAGEMANN, Jennifer HUDDLESTON SKEES and Adam THIERER, "Soft Law for Hard Problems: The Governance of Emerging Technologies in an Uncertain Future" (2018) 17-1 *Colorado Technology LJ* 37, « As a result, the administrative state is now more of a co-equal in crafting regulations for emerging technologies and innovations requiring more consent from industry and civil society to effectively regulate these new industries. Scholars often refer to the need for new forms of "governance ... that move beyond traditional command-and-control policymaking and enforcement to improve the effectiveness and legitimacy of regulation." Another common term for this is "co-regulation," a form of governance driven by the "hope that active engagement with industry partners will make the resulting requirements more feasible and more widely accepted by regulated parties." In this new governance space, soft law mechanisms are increasingly becoming the primary means by which federal agencies craft rules and regulations governing new emerging technologies. »

³⁰⁹ Financée par le ministère de la Justice du Québec, ce site visait à offrir un contenu dédié à la LCCJTI en listant tant des développements d'analyse sur ce texte, que l'état de la jurisprudence et de la doctrine.

Déclaration préalable. Avant toute chose, il nous faut déclarer que nous avons été nommés représentant du Barreau du Québec sur ce Comité d’harmonisation en 2010 pour les quelques années pendant lequel ledit comité fut convoqué³¹⁰. Nous avons donc pu constater de l’intérieur certains dysfonctionnements, aucun résultat tangible n’ayant abouti suite à un peu moins de dix réunions. Selon un regard très personnel, plusieurs raisons sont susceptibles d’expliquer cet insuccès. **En premier lieu**, nous ne sommes pas sûr que le processus de nomination tel que prévu à l’article 63³¹¹ soit représentatif de la communauté d’intérêt. Par exemple, en dépit de la représentation de plusieurs ordres professionnels, le comité faisait face à une surreprésentation du secteur public et moindrement du secteur privé³¹². **En deuxième lieu**, un quiproquo a prévalu au sein du comité quant au rôle qu’était le sien. En effet, plusieurs pensaient que le comité devait rédiger des normes, et ce, même si la LCCJTI ne spécifie pas explicitement ce rôle. Davantage, la LCCJTI évoque que le comité doit « favoriser l’harmonisation » (article 63), « favoriser la standardisation », « assurer l’intégrité », « uniformiser les pratiques d’audit », (article 64), etc. La seule référence de rédaction est à l’article 65 mais concerne des guides de pratique et non des normes en tant que telles. Or, cet office de rédaction est source à débat dans la mesure où il ne manque pas de normes dans le domaine de la sécurité; au contraire, il y en a sans doute trop. Comme dans la situation européenne préalablement décrite, l’eIDAS réfère à des normes existantes mais un organisme doit les identifier³¹³. Cela nous amène, **en troisième lieu**, à une difficulté liée à ce précédent point selon lequel nous ne sommes pas sûr de la pertinence de laisser la présidence à un représentant de la BNQ. En effet, et comme mentionné à l’instant, le rôle d’un tel comité nous semble être davantage d’animation que de rédaction à proprement parler. En dépit de la grande respectabilité de cet organisme, il importait davantage d’avoir une entité en charge de la gestion documentaire que de la rédaction de normes en général.

PROPOSITION 25 : Nous proposons de réviser la composition du comité d’harmonisation.

Formes possibles. Cela nous amène à nous interroger sur les critères que devrait satisfaire un pareil comité. **En premier lieu**, il devra maintenir une représentativité certaine en

³¹⁰ La liste des personnes nommées en 2010 pour une durée de trois ans renouvelable est disponible ici <https://www.emplois-superieurs.gouv.qc.ca/Titulaires/MinistereOrganisme/Comite-pour-l-harmonisation-des-systemes-et-des-normes>.

³¹¹ Article 63 : « Pour favoriser l’harmonisation, tant au plan national qu’international, des procédés, des systèmes, des normes et des standards techniques mis en place pour la réalisation des objets de la présente loi, un comité multidisciplinaire est constitué. À cette fin, le gouvernement, après consultation du Bureau de normalisation du Québec, fait appel à des personnes provenant du milieu des affaires, de l’industrie des technologies de l’information et de la recherche scientifique et technique, à des personnes provenant des secteurs public, parapublic et municipal ainsi qu’à des personnes provenant des ordres professionnels, toutes ces personnes devant posséder une expertise relative au domaine des technologies de l’information. »

³¹² Même si le « milieu des affaires » est cité à l’article 63, au meilleure de notre connaissance, aucun représentant n’était nommé à ce titre.

³¹³ Règlement eIDAS, article 8 (3).

diversifiant les points de vue, en assurant une multidisciplinarité³¹⁴. **En deuxième lieu**, ce comité devrait être en mesure de bénéficier d'une certaine permanence, ce qui n'est pas le cas actuellement. **En troisième lieu**, si le BNQ ne devait pas être en charge de sa présidence, et de son secrétariat³¹⁵, il faudrait être en mesure d'assurer son fonctionnement. Un débat prévaut sur le fait de savoir si cette instance doit être attachée à l'État ou non. Nous n'avons pas d'idée précise sur la question, si ce n'est qu'un tel comité requiert des ressources suffisantes pour faire son ouvrage. Ce fonctionnement est donc affaire de financement. Aussi, au-delà d'un mode de fonctionnement classique, financé exclusivement par l'État, il serait envisageable d'avoir un financement hybride composé de fonds publics, de fonds privés et de fonds universitaires.

PROPOSITION 26 : Nous proposons de réviser (repenser) les modalités de fonctionnement du comité d'harmonisation.

3.2.2.4 – Notion d'écrit et sa concordance internationale

Possible discordance. Une autre question que nous souhaitons traiter est la notion d'écrit où il est possible de croire qu'une discordance existe entre la LCCJTI et certains textes internationaux. Dans la mesure où comme mentionné préalablement, il importe que la LCCJTI puisse être en accord avec les standards internationaux en la matière, il faut vérifier la cohérence entre ces différents paliers normatifs. Un des points d'achoppement qui nous semblait possible de voir concernait la CUSMA qui à l'article 19.5 al. 1 prévoit que :

1. Chacune des Parties maintient un cadre juridique régissant les transactions électroniques conformément aux principes énoncés dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique de 1996.³¹⁶

Dans un rapport que nous avons produit pour le Ministère de la justice du Canada³¹⁷, en 2008, nous avons affirmé que la Loi type de la CNUDCI, précisément la Convention de la CNUDCI de 2005 qui s'est basée sur ce texte³¹⁸, était conforme dans son intégralité, si ce

³¹⁴ Le critère de la multidisciplinarité est expressément prévu à l'article 63.

³¹⁵ Article 63 al. 2.

³¹⁶ Accord "Canada, États-Unis, Mexique, novembre 2018 et notamment le chapitre 19 sur le commerce numérique. <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/assets/pdfs/agreements-accords/cusma-aceum/r-aceum-19.pdf>.

³¹⁷ Vincent GAUTRAIS, « Analyse comparative de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux au regard du droit civil québécois », août 2008, p. 8 et suiv., document disponible à https://www.gautrais.com/files/sites/185/2018/02/FINAL_gautrais.ELECTRONIC_COMMERCE.fr.pdf.

³¹⁸ *Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux*, Rés. AG 60/2, Doc. Off. AG NU, 60^e sess., Doc. NU A/RES/60/2 (2005), en ligne : https://uncitral.un.org/en/texts/ecommerce/conventions/electronic_communications (consulté le 08 mars 2020).

n'est relativement à l'article 9 portant sur l'approche fonctionnelle de l'écrit. En effet, l'article 9 al. 2 prévoit que

2. Lorsque la loi exige qu'une communication ou un contrat soit sous forme écrite, ou prévoit des conséquences juridiques en l'absence d'un écrit, une communication électronique satisfait à cette exigence si l'information qu'elle contient est accessible pour être consultée ultérieurement. (Nos soulignements)

Cet article doit être mis en perspective avec l'article 2838 CCQ (qui est apparu par le biais de l'article 78 LCCJTI qui est venu modifier le CCQ) qui dispose :

« 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)

Cette distinction est véritable dans la mesure où techniquement, pratiquement, réaliser ces deux critères ne va pas du tout s'effectuer de la même manière. En effet, sur le plan technique, ce sont des critères qui se réalisent très différemment. Une page Internet accessible après la signature d'un contrat pourrait remplir l'exigence de « consultation ultérieure » mais avoir été altérée par son auteur ; elle serait donc accessible mais pas intègre. Un fichier PDF pourrait au contraire respecter le critère de l'intégrité mais ne pas être rendu accessible³¹⁹.

Écrit à repenser? Face à cette discordance, il s'agit donc de s'interroger sur le fait de savoir s'il est possible de concilier ces deux manières de voir. Lors du sondage dans l'étude intermédiaire, la **question 39** portait spécifiquement sur ce point et de façon majoritaire, une tendance milite pour réviser cette opposition.

Question 39 (CUSMA) : Pensez-vous que cette discordance devrait être une raison de réviser la LCCJTI ?

Oui 35

Non 23

Approches fonctionnelles distinctes. En fait, ces deux approches diffèrent dans la mesure où chacune de ces dispositions tentent de satisfaire des fonctions différentes. En effet, alors que la LCCJTI s'attache à l'authenticité de l'écrit, les documents de la CNUDCI cherchent davantage à satisfaire l'écrit comme moyen de preuve. Dans le premier cas, la preuve concerne la force probante du document. Plus exactement, pour l'écrit, il s'agit

³¹⁹ Vincent GAUTRAIS, « Analyse comparative de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux au regard du droit civil québécois », août 2008, p. 8 et 9., document disponible à https://www.gautrais.com/files/sites/185/2018/02/FINAL_gautrais.ELECTRONIC_COMMERCE.fr.pdf.

de vérifier que le document soit intègre et que le lien avec l'auteur soit assuré. En ce qui a trait au critère de la consultation ultérieure que l'on trouve dans la Loi type de la CNUDCI, il s'agit davantage d'un critère pour distinguer l'écrit des autres éléments de preuve et donc d'un critère en lien avec la recevabilité. En effet, la fonction de l'écrit est de valoir pour le futur (consultation ultérieure) alors que le témoignage fait état de faits passés³²⁰. L'élément matériel lui relate des faits contemporains³²¹. Ainsi, selon le rapport au temps, un régime de preuve distinct s'appliquera. L'écrit vaut donc pour le futur et est ainsi conciliable avec ledit critère de « consultation ultérieure ».

Atténuer ces différences. Cette explication, en dépit de notre avis dans le précédent rapport produit en 2008 pour le Ministère de la Justice du Canada³²², permet donc une conciliation entre les critères de preuve. Certes, nous sommes toujours assez critique sur ce critère de « consultation ultérieure » préconisé par la CNUDCI³²³ car il ne s'attache qu'à une seule fonction de l'écrit. Il a aussi été mis de l'avant du fait de la facilité de réalisation de ce critère et que des pressions existaient pour que l'écrit, notamment dans le contexte de l'arbitrage, soit aisément reconnu³²⁴. Néanmoins, une conciliation peut être trouvée. Nous verrons également, qu'il est possible de les atténuer en modifiant la rédaction de l'article 2838 CCQ, ou son équivalent, faisant en sorte qu'il ne s'attache plus à l'écrit mais à tous les éléments de preuve (écrits mais aussi témoignages et éléments matériels)³²⁵.

3.2.3 – Dispositions à intégrer

3.2.3.1 – Ajout de dispositions sur le processus probatoire

Preuve. Comme mentionné, la plupart des commentaires acerbes sur la LCCJTI concernent sa difficile intégration avec le CCQ. Aussi, nous croyons qu'il faille repenser en profondeur plusieurs dispositions qui pourraient être insérées au début du Livre 7 et non aux articles 2837 CCQ et suivants.

3.2.3.1.1 – Généralités sur la preuve

³²⁰ Vincent GAUTRAIS, *La preuve technologique*, 2^{ième} édition, Lexis Nexis Canada, 2018, p. 273, par. 357. Voir notamment le schéma faisant état des fonctions respectives des trois éléments de preuve documentaires.

³²¹ *Benisty c. Kloda*, 2018 QCCA 608, par. 56 à 59.

³²² Vincent GAUTRAIS, « Analyse comparative de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux au regard du droit civil québécois », août 2008, p. 8 et 9., document disponible à https://www.gautrais.com/files/sites/185/2018/02/FINAL_gautrais.ELECTRONIC_COMMERCE.fr.pdf.

³²³ Vincent GAUTRAIS, *La preuve technologique*, 2^{ième} édition, Lexis Nexis Canada, 2018, p. 268, par. 351.

³²⁴ Vincent GAUTRAIS, « Réécrire l'écrit » dans Sylvette GUILLEMARD (dir.), *Mélanges en l'honneur du professeur Prujiner*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, 113-141.

³²⁵ Voir notamment dans l'annexe 1, la proposition de modification de l'article 2838 CCQ (par l'article 2811.3 CCQ) mais aussi la proposition de modification de l'article 2837 CCQ par l'article 2811. 1 CCQ.

Deux supports. Le CCQ devrait, croyons-nous, répéter ce que la LCCJTI prévoit de façon implicite, à savoir, qu'un élément de preuve peut se présenter soit sur support technologique soit sur support papier³²⁶. En effet, nulle part, il n'est clairement établi qu'en dépit de son titre, la LCCJTI dispose d'articles qui valent pour les deux supports. Cette précision devrait être insérée dans le CCQ.

Nouveau 2837 CCQ. Comme mentionné précédemment, nous croyons que le premier alinéa de l'article 2837 CCQ ne devrait pas se limiter aux seuls écrits. Également, dans un nouvel article qui pourrait être le 2811.2 CCQ, nous croyons qu'il faudrait rappeler que les éléments de preuve peuvent utiliser l'un des deux supports, technologique ou tangible, indistinctement. Cette disposition serait une application au monde de la preuve de l'article 2 LCCJTI³²⁷. En revanche, nous croyons que contrairement à cette dernière disposition, il n'est pas nécessaire de faire référence à la technologie dans la mesure où la disposition vaut aussi pour les supports technologiques et tangibles. Aussi, l'article pourrait se lire comme suit :

Sauf disposition spécifique contraire, les moyens de preuve peuvent utiliser le support de leur choix, qu'il soit technologique ou tangible.

PROPOSITION 27 : Nous proposons l'ajout d'un article **2811.2 CCQ** tel que proposé : « Sauf disposition spécifique contraire, les moyens de preuve peuvent utiliser le support de leur choix, qu'il soit technologique ou tangible. »

PROPOSITION 28 : Nous proposons que le titre sous l'article 2811 CCQ soit « Moyens de preuve et équivalence fonctionnelle ».

Dénomination des deux supports. L'appellation « support technologique » est globalement uniformément utilisée. Pourtant, à certains endroits, on préfère utiliser le qualificatif de « logique »³²⁸, notamment quand il est comparé, ou opposé, au document tangible. Une diversité plus grande existe en revanche quant aux expressions valant pour le support physique. En effet, on évoque aussi le support

- **papier** (articles 5, 29, 75, 76 LCCJTI; 2838, 2982, 3006, 3021.1, 3027 CCQ; 136, 370 CPC)
- **tangible** (article 3, 10, 47, 56, 57, 58 LCCJTI)

³²⁶ Vincent GAUTRAIS et Patrick GINGRAS, « La preuve des documents technologiques », (2010) 22-2 *Cahiers de propriété intellectuelle* 267, 273.

³²⁷ Article 2 LCCJTI : « 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. » (Nos soulignements).

³²⁸ Voir notamment les articles 3, 4, 47, 56, 57, 58, 64.

Le terme tangible est sans doute plus large que celui de papier. Il inclut bien entendu le papier mais aussi, par exemple, le support magnétique. En dépit de ce caractère inclusif, nous ne croyons pas que ce cumul des deux termes soit problématique. D'autant que le terme papier a l'immense avantage d'être plus explicite.

PROPOSITION 29 : Si nous ne croyons pas qu'il faille uniformiser papier et tangible, nous proposons que le terme « logique » soit remplacé dans la LCCJTI par « technologique » (Articles 3, 4, 47, 56, 57, 58, 64).

Rappel de l'uniformité du traitement probatoire. Comme ce fut souligné, à plusieurs reprises, tant lors des rencontres publiques que lors des sondages, la LCCJTI, à tort ou à raison, a été perçue comme bouleversante par la communauté juridique en ce qui a trait aux règles de preuve. Il serait donc sans doute loisible de rappeler que les règles du CCQ, dans leur généralité, devraient disposer d'une certaine neutralité médiatique, c'est-à-dire de règles qui s'appliquent uniformément pour les supports tangibles et technologiques. De façon pédagogique donc, il serait sans doute pertinent de rappeler que la LCCJTI ne souhaite bouleverser des règles de preuve pluriséculaires qui sont en bien des cas en mesure de s'appliquer aux documents technologiques également. C'est ce que nous verrons dans le point suivant.

3.2.3.1.2 – Recevabilité et force probante

Assouplissement des différences selon les supports. La LCCJTI a été perçue par la communauté juridique comme bouleversant les règles de preuve. À de multiples reprises, tant dans le sondage que lors des rencontres publiques, une quête de « pacification » entre preuve et technologie a été considérée comme nécessaire³²⁹. Des clauses permettant un lissage entre les deux domaines ont donc été préconisées. Une première tentative en ce sens serait de rappeler que l'intégration du traitement des documents technologiques ne remet pas en cause, sauf exception, les règles générales de recevabilité et de force probante. D'ailleurs, en reprenant partiellement une proposition qui avait été présentée par le professeur Fabien, l'on pourrait avoir, à l'article **2811.1 CCQ**, la disposition suivante :

2811.1 CCQ. Sous réserve de règles particulières, un document, qu'il soit technologique ou tangible, est régi par les règles de recevabilité et de force probante applicables au moyen de preuve dont il accomplit la fonction.

Distinction entre les éléments de preuve. Outre le rappel évoqué, cette disposition aurait pour vertu de reprendre l'approche fonctionnelle que l'arrêt *Benisty*³³⁰ a officialisée. Ainsi, cela permettrait d'intégrer dans le CCQ ce que les juges de la Cour d'appel, pour la première fois, ont mis de l'avant en offrant cet office de qualification afin de déterminer

³²⁹ *Supra*, paragraphe 2.2.3.1.1.

³³⁰ *Benisty c. Kloda*, 2018 QCCA 608, par. 56.

la qualité du document technologique présenté en preuve. Ainsi, plutôt que de se limiter à dire que tel document est un document technologique, ou pas, les juges ont en l'occurrence déterminé que le document en cause était un élément matériel, associant donc audit document un régime spécifique de recevabilité. La mention à la notion de fonction dans l'article proposé permettrait ainsi de rappeler aussi ce mode de distinction entre les éléments de preuve (écrits – témoignages – éléments matériels)³³¹. Notons que cette approche vient de surcroît d'être récemment suivie dans une jurisprudence récente, en l'occurrence pour un autre élément de preuve³³².

PROPOSITION 30 : Nous proposons l'ajout d'un article **2811.1 CCQ** qui se lirait ainsi :
« **2811.1 CCQ.** Sous réserve de règles particulières, le document technologique est régi par les règles de recevabilité et de force probante applicables au moyen de preuve dont il accomplit les fonctions. »

Rappel de la force probante : intégrité et authenticité. La LCCJTI, aux articles 5 et 6, mais aussi aux articles 2838 et 2839 CCQ, a affirmé l'importance du critère de l'intégrité pour des fins probatoires. Soit. En revanche, l'intégrité a été la source de beaucoup de « crispations » dans la mesure où elle tranchait avec l'authenticité qui prévalait jusqu'alors³³³. En fait, il est possible de comprendre cette approche dans la mesure où l'authenticité est le cumul symbiotique de l'intégrité et du lien avec l'auteur³³⁴. Or, cette seconde qualité est identifiée dans les articles correspondants de chacun des éléments de preuve et se traduit sans doute à l'article 2838 al. 1 CCQ dans l'expression « [o]utre les autres exigences de la loi ». Malgré cela, il pourrait être particulièrement didactique de préciser cette situation. À titre d'exemple, le Code civil français définit l'écrit au regard des deux fonctions (intégrité et lien avec l'auteur) qu'il se doit de satisfaire³³⁵. Notons que ce type de « définition fonctionnelle » est présent dans un grand nombre de textes³³⁶. De façon similaire, mais pour l'ensemble des moyens de preuve, l'on pourrait réunir sous un même article ces deux fonctions qui composent l'authenticité du document. L'article en question, qui pourrait être l'article **2811.3 CCQ**, se lirait alors ainsi :

Option 1 : Afin de faire preuve au même titre qu'un document papier, tout élément de preuve présenté sur un support technologique devra être en mesure de montrer son authenticité, à savoir son intégrité et l'auteur qui en est à l'origine.

³³¹ Vincent GAUTRAIS, *La preuve technologique*, 2^{ième} édition, Lexis Nexis Canada, 2018, p. 273, par. 357. Concernant l'écrit, voir *Supra*, paragraphe 3.2.2.4.

³³² *Hewlett-Packard France c. Matrox Graphics Inc.*, 2020 QCCS 78, par. 112.

³³³ Catherine PICHÉ, *La preuve civile*, 5^{ième} édition, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016, p. 360.

³³⁴ Vincent GAUTRAIS, *La preuve technologique*, 2^{ième} édition, Lexis Nexis Canada, 2018, p. 182 et suiv, par. 236.

³³⁵ Article 1366 CCF : « L'écrit électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité. »

³³⁶ Comme par exemple les travaux de la CNUDCI, et ce, même s'il y a débat sur les fonctions à réaliser.

Plus exactement, nous aimerions proposer une alternative dans la mesure où ne sommes pas sûr qu'il faille encore opérer une distinction entre le support tangible et le support technologique, une règle identique existant pour les deux. En fait, la comparaison d'un support à l'autre pouvait avoir une portée didactique alors que le papier constituait le support prédominant. Mais au fur et à mesure que les technologies sont communément employées, ce besoin de référer au support traditionnel s'impose sans doute moindrement. Il serait donc possible d'unifier les deux supports.

Option 2 : Tout élément de preuve, quel que soit son support, devra être en mesure de montrer son authenticité, à savoir son intégrité et l'auteur qui en est à l'origine.

Éléments de rupture par rapport à 2838 al. 1 CCQ. En résumé, même si nous reprenons l'idée centrale de l'article 2838 al. 1 CCQ, à savoir la mise de l'avant de son authenticité, nous sommes en mesure d'identifier trois raisons de s'en distancier. **En premier lieu**, nous croyons important d'être plus explicite avec le critère d'authenticité et de situer ce critère « historique » avec celui d'intégrité qui a été mis de l'avant par la LCCJTI. Encore une fois, il ne s'agit aucunement de remettre en cause l'importance de ce critère déterminant en gestion documentaire, mais il importe de rappeler qu'en matière de preuve, il est et il a toujours été tout aussi important que l'on soit en mesure d'identifier l'auteur à l'origine du document présenté en preuve. **En deuxième lieu**, il n'y a pas de raison que ces deux critères s'appliquent uniquement aux écrits, tel que le laisse présager leur positionnement dans l'actuelle section 6 du Chapitre 1. La LCCJTI a en effet calqué le positionnement qui existait en 1994 dans la première version du CCQ où les « inscriptions informatisées » étaient peut-être identifiées comme « écrites », non pas parce qu'elles en étaient, en tant qu'élément de preuve, mais parce qu'elles étaient généralement « écrites » c'est-à-dire qu'elles utilisaient l'écriture (liste de caractères alphanumériques). Leur positionnement sous 2811.2 CCQ règle cette incohérence. **En troisième lieu**, et *a fortiori*, nous établissons l'existence de cette règle à l'ensemble des écrits, c'est-à-dire même aux autres écrits (2831 et 2832 CCQ) qui ne sont pas listés à l'actuel 2838 al. 1 CCQ. Si cette question n'a au meilleur de notre connaissance été que peu traitée par la jurisprudence³³⁷, nous croyons que cette omission est liée au fait que l'article 2836 CCQ prévoit une liberté probatoire. Ceci dit, ce n'est pas parce qu'il y a liberté de preuve que l'on puisse s'autoriser une absence de preuve³³⁸.

PROPOSITION 31 : Nous proposons l'utilisation de l'une des options proposées ci-dessous afin d'intégrer un article **2811.3 CCQ** en remplacement de l'article 2838 al. 1 CCQ :

³³⁷ Vincent GAUTRAIS, *La preuve technologique*, 2^{ième} édition, Lexis Nexis Canada, 2018, p. 368, par. 493 et suiv. *Leclair c. Charest*, 2016 QCCQ 2518; *Planificateurs immobiliers et hypothécaires JC inc. c. Courtiers Inter-Québec inc. (Royal LePage Inter-Québec)*, 2017 QCCQ 1225, par. 85; *Expoze, s.e.n.c. c. Verville (Shoot 1st Média)*, 2015 QCCQ 12659, par. 27.

³³⁸ Pierre LECLERCQ, « Évolutions et constantes du droit civil ou commercial de la preuve », dans *Rapport de la Cour de cassation*, Paris, La documentation française, 1991, p. 183 : « liberté probatoire ne veut pas dire absence de preuve ». Vincent GAUTRAIS, *La preuve technologique*, 2^{ième} édition, Lexis Nexis Canada, 2018, p. 379, par. 510.

Option 1 : Afin de faire preuve au même titre qu'un document papier, tout élément de preuve présenté sur un support technologique devra être en mesure de montrer son authenticité, à savoir son intégrité et l'auteur qui en est à l'origine.

Option 2 : Tout élément de preuve, quel que soit son support, devra être en mesure de montrer son authenticité, à savoir son intégrité et l'auteur qui en est à l'origine.

Déplacement de l'article 2839 al. 1 CCQ. L'article 2839 al. 1, soit l'équivalent de l'article 6 al. 1 LCCJTI, ne requiert aucune modification dans la mesure où il réfère déjà au document et non à l'écrit. Il s'agirait donc seulement de le basculer plus tôt dans le livre 7 sur la preuve, notamment à l'article **2811.4 CCQ**.

PROPOSITION 32 : Nous proposons de déplacer l'article 2839 al. 1 CCQ et d'en faire un nouvel article 2811.4 CCQ.

Précision impossible de l'intégrité. Beaucoup de commentaires mentionnent qu'il importerait de préciser la manière dont l'intégrité se matérialise. Avec égard, nous ne pensons pas que l'on puisse objectiver, dans un texte de loi, cette notion. Davantage, une telle précision, bien que requise, devra se matérialiser par une meilleure interaction entre la LCCJTI et les normes techniques; par une meilleure capacité du Comité d'harmonisation de « dire » le droit³³⁹.

3.2.3.2 – Présomption et services de confiance

Même si nous avons déjà traité de présomption³⁴⁰, nous croyons que c'est une technique juridique au grand potentiel qu'il importe de favoriser dans un contexte numérique. Il y en a qui existent déjà, et qui n'ont jamais été utilisées; il y en a d'autres qui pourraient être ajoutées, notamment pour des services d'identification ou de confiance.

3.2.3.2.1 – Présomptions existantes

Décret. Comme nous l'avons déjà vu³⁴¹, les personnes sondées ont clairement fait part de leur velléité à recourir à des procédés (décret ou règlement) afin d'objectiver des manières de faire sécuritaires. Pour ce faire, il importe d'associer un avantage, une reconnaissance, qui peut notamment se traduire par une présomption. L'article 8 prévoit cette hypothèse³⁴² (décret) mais elle n'a jamais été appliquée.

³³⁹ *Supra*, paragraphe 3.2.2.3.

³⁴⁰ Notamment celle qui est associée à l'article 7. *Supra*, par. 3.2.1.6.

³⁴¹ *Supra*, par. 2.2.3.2.

³⁴² « Le gouvernement peut, en se fondant sur des normes ou standards techniques approuvés par un organisme reconnu visé à l'[article 68](#), décréter qu'un dispositif est apte à remplir une fonction déterminée.

Question 28 (Article 68) : Pensez-vous qu'une telle présomption pourrait être intéressante ?

Oui 36

Non 22

3.2.3.2.2 – Présomptions à ajouter

Comparaison avec l'Europe. Cette manière de faire est déterminante dans le règlement eIDAS et prévaut tant pour la gestion d'identité³⁴³ que pour les services de confiance³⁴⁴. Elle peut donc être envisagée notamment pour un processus de signature.

Question 38 (Présomption) : Pensez-vous qu'une telle présomption pourrait être envisagée afin de faciliter la mise en preuve d'une signature dûment qualifiée ?

Oui 56

Non 10

Ex post versus Ex ante. Elle a d'ailleurs inspiré l'approche suivie dans les récents travaux de la CNUDCI³⁴⁵. Dans l'approche **ex post**, que l'on trouve à l'**article 23** (mais aussi à l'article 10 pour la gestion d'identité), on considère que la fiabilité associée à ces différentes opérations peut se faire par le biais d'une documentation interne diligente qui pourra être évaluée par la suite (*ex post*) notamment par un juge ou un arbitre.

1. For the purposes of articles [16 to 22], the method referred to shall be:
 - (a) As reliable as appropriate for the fulfilment of the function for which the method is being used, in the light of all relevant circumstances, which may include:
 - (i) **Any operational rules governing the trust service;**
 - (ii) Any applicable industry standard;
 - (iii) The security of hardware and software;
 - (iv) Financial and human resources, including existence of assets;
 - (v) **The regularity and extent of audit by an independent body;**
 - (vi) The existence of a declaration by a supervisory body, an accreditation body or a voluntary scheme regarding the reliability of the method; and
 - (vii) Any relevant agreement; or (...)
 - (b) Proven in fact to have fulfilled the functions to which the relevant trust service relates.

Lorsque le décret indique le dispositif visé, la fonction qu'il doit remplir ainsi que la norme ou le standard retenu, il n'y a pas lieu de faire la preuve du fait qu'il est apte à remplir cette fonction. »

³⁴³ C'est par exemple le cas d'un service de signature (article 25 al. 2), de cachet dit « qualifié » (article 35).

³⁴⁴ C'est par exemple le cas d'un service d'horodatage qualifié (article 41), d'envoi recommandé qualifié (article 43).

³⁴⁵ Projet de dispositions relatives à la reconnaissance internationale de la gestion de l'identité et des services de confiance, septembre 2019, disponible à <https://undocs.org/fr/A/CN.9/WG.IV/WP.160>.

L'autre hypothèse, qui apparaît à l'**article 24** (et à l'article 11 pour la gestion d'identité), est dite ***ex ante*** et prévoit qu'une présomption est associée à une telle opération dès lors que celle-ci est supportée par une entité, généralement tierce, qui a été **dûment agréée**.

1. [A person, organ or authority, whether public or private, specified by the enacting State] may designate [methods][trust services] that are reliable for the purposes of articles [16 to 22].

2. Any designation made under paragraph 1 shall be consistent with recognized international standards and procedures relevant for determining the reliability of trust services, including level of reliability frameworks.

3. In designating a [method][trust service], no regard shall be had:

(a) To the geographic location where the trust service is provided; or

(b) To the geographic location of the place of business of the trust service provider.

Présomption ou non. Au regard de ces deux articles, on constate une hiérarchie qui apparaît compréhensible en se basant sur le fait que ce qu'un tiers va considérer ou ce qui va être déclaré ou constaté par une personne dûment accréditée a plus de valeur que ce qui est prouvé par la personne elle-même. Sans reprendre ce principe « nul ne peut se faire de preuve à soi-même », qui n'a d'ailleurs pas de base légale, on intègre le fait, logique, que l'hypothèse de l'approche *ex ante* est plus « robuste » que celle *ex post*.

Utilisation distincte des présomptions. Cette manière de faire est assurément fort intéressante. Ceci étant dit, cette hiérarchie trahit une différence avec le droit québécois. En effet, il existe déjà en droit québécois, des présomptions existantes dès lors que des mesures diligentes sont suivies. Ainsi, et sans l'intervention de tiers ou de services accrédités, il existe des présomptions qui viennent faciliter la preuve documentaire dès lors que des approches diligentes existent. Le droit canadien et québécois a donc tendance à faire usage plus facilement de présomptions et il faudra évaluer si ces nouvelles sont suffisamment attractives pour susciter l'intérêt des usagers.

Conséquences institutionnelles d'une telle reconnaissance. De plus, la mise en place de tels systèmes de reconnaissance de procédés présumés fiables implique comme nous l'avons vu une structure institutionnelle plus lourde.

Article 8. De toutes les manières, l'article 8 est tout à fait apte à introduire de tels procédés. En tout état de cause, aucune modification législative n'est requise pour introduire de telles présomptions.

PROPOSITION 33 : Malgré nos propos précédents, et l'apport que de telles solutions auraient assurément pour la communauté, nous ne proposons pas pour le moment la mise en place de présomptions associées à une signature ou autre service de confiance.

3.2.4 – Dispositions à repenser

3.2.4.1 – Dispositions sur la responsabilité des intermédiaires techniques

Botté en touche. Les dispositions sur la responsabilité des intermédiaires techniques nous apparaissent devoir être revues en profondeur. Cependant, nous ne traiterons pas de ces questions qui méritent un traitement à part.

Art. 22. Dans l'étude intermédiaire, nous avons à dessein totalement occulté l'article 22. Lors des consultations, plusieurs commentateurs, notamment dans le sondage, s'étonnent d'ailleurs de cette absence. En effet, cet article est problématique dans la mesure où il correspond à un niveau de responsabilité qui est lié à une époque et à une capacité de contrôle des intermédiaires de services fort différentes d'aujourd'hui. Cette disposition est donc à reconsidérer en profondeur. Néanmoins, et au-delà de cet énoncé éditorial, nous ne souhaitons pas en traiter eu égard à l'ampleur de la réflexion qu'elle requiert. En effet, **en premier lieu**, nous croyons qu'une réflexion sur ce type d'acteurs doit être entreprise, une responsabilisation accrue semblant désormais de mise. **En deuxième lieu**, il est difficile de croire que cette réflexion puisse s'opérer uniquement au niveau provincial et sans faire fi des spécificités propres à certains secteurs d'activité. D'ailleurs, tout récemment, une étude vient de proposer des recommandations éclairantes afin de densifier ce processus de responsabilisation³⁴⁶. **En troisième lieu**, il est étonnant de constater comment l'article 22 a pu donner lieu à une jurisprudence aussi mince, ce qui est unique au regard d'une comparaison avec les autres pays développés.

Art. 26. Même si la problématique nous semble moindre, certains nous ont signalé que l'article 26 n'est pas dénué de tout reproche. Notamment, certaines obligations incombent au prestataire mais certaines d'entre elles semblent redondantes (notamment « protéger la confidentialité » et « interdire l'accès »).

PROPOSITION 34 : Les dispositions sur les règles de responsabilité des intermédiaires demandent à être repensées en profondeur, et ce, même si cela ne s'est pas opéré dans la présente étude.

3.2.4.2 – Dispositions sur la protection des renseignements personnels

Changement de loi. Comme souligné préalablement³⁴⁷, la LCCJTI contient de multiples dispositions sur la protection des renseignements personnels qui mériteraient d'être rapatriées dans les lois dédiées à ce sujet; des lois qui sont de surcroît en cours de reconsidération. Parmi ces dispositions, il y a notamment :

- les articles 40 à 45;

³⁴⁶ *Rapport Yale*, janvier 2020.

³⁴⁷ *Supra*, par. 3.2.1.9.

- l'article 24.

Si les dispositions 40 à 45 semblent particulièrement bien résister au temps³⁴⁸, cette dernière disposition est selon nous substantiellement problématique. D'une part, la jurisprudence ne parvient pas à l'interpréter de façon pleinement cohérente³⁴⁹, comme nous l'avons vu dans une décision récente³⁵⁰. D'autre part, cette disposition donne lieu à des critiques du fait de son caractère « liberticide » en étendant à outrance tant aux données concernées (privées et publiques) qu'aux finalités pour lesquelles des limitations peuvent être imposées³⁵¹. En tous les cas, même si les personnes sondées semblaient vouloir maintenir cette disposition, un manque de sérénité y être associée.

Question 25 (Article 24) : L'article 24 devrait-il être modifié afin de faciliter la mise à la disposition de banques de données publiques? Si oui, comment ?

Oui 18

Non 46

3.2.4.3 – Dispositions sur les principes fondateurs du droit de la preuve

Il existe plusieurs points dans le livre 7 du CCQ qui selon nous mériteraient d'être repensés, et ce, en dépit du fait qu'ils sont très fortement ancrés dans la tradition juridique. Sans volonté de les traiter en profondeur, nous aimerions minimalement en citer deux. Deux principes qui paraissent indétronables tant ils sont anciens et consacrés; pourtant, face à la réalité numérique, il y a sans doute lieu de les revisiter. Dit autrement, il serait sans doute souhaitable que le CCQ suive le CPC avec le niveau d'audace que l'on a vu en 2016.

3.2.4.3.1 – Règle de la meilleure preuve

Plus tard! La règle de la meilleure preuve, plus exactement celle de la règle de la nécessité de l'original³⁵², est selon nous un principe qui doit être revisité dans un contexte de plus en plus technologique. En effet, l'original est une notion qui est éminemment associée au papier en se basant sur le présupposé que la copie est de moindre qualité que le document source³⁵³. Or, ceci n'est plus vrai avec le numérique. Pire, certaines reproductions peuvent être faites afin de suppléer aux carences du support tangible. Il est donc loisible de se demander si ce principe n'a pas vécu, et ce, même si son

³⁴⁸ *Supra*, par. 2.2.2.

³⁴⁹ Patrick GINGRAS et Anne-Marie MARTIN, « Commentaire sur la décision D. (M.) c. Montréal (Ville de) – La cohabitation imparfaite des articles 55 de la Loi sur l'accès et 24 LCCJT » dans *Repères*, novembre 2014, La référence, EYB2014REP1607.

³⁵⁰ *Opencorporates Ltd. c. Registraire des entreprises du Québec*, 2019 QCCS 3801.

³⁵¹ Pierre TRUDEL, *Introduction à la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012.

³⁵² Article 2860 CCQ.

³⁵³ Voir précédemment, les propos tenus relativement à la notion d'original (*Supra*, paragraphe 3.2.1.8) et de copie (*Supra*, paragraphe 3.2.2.2).

incohérence inhérente n'est aucunement en lien avec la LCCJTI. Cela dit, nous ne croyons pas qu'il y ait d'urgence vis-à-vis de ce principe qui est interprété largement par la jurisprudence.

PROPOSITION 35 : Malgré nos propos précédents, nous ne proposons pas pour le moment la remise en cause la règle de la meilleure preuve.

3.2.4.3.2 – Prohibition du oui-dire

Doutes? Sans développer plus avant, nous croyons qu'une même suspicion pourrait avoir lieu vis-à-vis d'un autre principe plurisécularisé, à savoir, la prohibition du oui-dire. En effet, la prédominance du témoignage judiciaire qui semble de mise³⁵⁴, en dépit des nombreuses exceptions, est assujettie à de nombreuses lourdeurs qui ont un coût évidemment tant financier³⁵⁵ qu'en terme d'accès à la justice. L'apport qu'autorise ce principe, principalement associé à la capacité de contre-interroger³⁵⁶, est qualifié par certains de « mythique », et devrait être reconsidéré³⁵⁷. Un vrai débat existe donc entre les vertus des témoignages judiciaires et la généralisation des témoignages écrits³⁵⁸. Entre oralité et écriture, la qualité des supports s'affronte. Cependant, dans la mesure où la LCCJTI n'a aucunement traité de ces considérations, nous ne souhaitons pas les développer plus avant ici³⁵⁹.

PROPOSITION 36 : Malgré nos propos précédents, nous ne proposons pas pour le moment la remise en cause la règle de la prohibition du oui-dire.

³⁵⁴ Voir notamment l'article 279 CPC.

³⁵⁵ Claude FABIEN, « La valeur du témoignage en droit civil québécois », dans *Droit contemporain : rapports canadiens au Congrès international de droit comparé, Athènes, 1994*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, à la page 351, 359-360 : « Enfin, si nous avons réfléchi sur la valeur de la preuve testimoniale, nous n'avons dit mot de son prix. [...]. Or, le procès traditionnel consomme beaucoup de cette ressource rare et chère que constitue le temps de justice. Les règles de la procédure civile qui exigent la réunion simultanée de tant d'intervenants pour entendre des témoins ne sont pas étrangères aux coûts et aux délais de la justice, qui posent aujourd'hui des problèmes sociaux aigus. »

³⁵⁶ Jean-Claude ROYER et Sophie LAVALLÉE, *Droit de la preuve*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, n° 667 : « Cette dernière motivation est considérée aujourd'hui comme la raison principale et fondamentale de l'irrecevabilité du oui-dire ».

³⁵⁷ Claude FABIEN, « Le oui-dire revisité », dans *Mélanges dédiés à Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 1097.

³⁵⁸ Jean-Marc SAUVÉ, « La place de l'oralité : support délaissé ou renouvelé dans la juridiction administrative? », dans Simone GABORIAU et Hélène PAULIAT (dir.), *La parole, l'écrit et l'image en justice : quelle procédure au XXI^e siècle ?*, Collection Entretiens D'Aguesseau, Pulim, 2011, n° 29.

³⁵⁹ Pour en savoir plus, Vincent GAUTRAIS, *La preuve technologique*, 2^{ème} édition, Lexis Nexis Canada, 2018, p. 382, par. 515 et suiv.

4 – PROPOSITIONS

De la même manière que dans l'étude intermédiaire, nous adoptons des codes de couleur afin d'évaluer l'importance et l'urgence des suggestions proposées. Comme dans cette précédente étude, 5 niveaux sont proposés :

1	2	3	4	5
---	---	---	---	---

PROPOSITION 1 : Nous proposons que le terme de « format » ou « format technologique » se substitue à celui de technologie tel qu'il apparaît aux articles 1 al. 3, 5 al. 1, 5 al.3, 11, 17, 23, 28, 29 al.1, 29 al.2, 64 (1), 69 (4) LCCJTI. Une réflexion s'impose aussi quant à la portée que l'article 2 entend donner à la notion de technologie.

PROPOSITION 2 : L'article 2841 CCQ pourrait aussi se lire comme suit : « 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 un format différent soit par le transfert de l'information que porte le document vers un support faisant appel à un format différent. » (Nos soulignés) (sous réserve des modifications proposées à l'article 2841 CCQ)

PROPOSITION 3 : Nous proposons de préciser l'ambivalence qui prévaut en ce qui a trait à la technologie magnétique.

PROPOSITION 4 : L'article 5 al. 1 LCCJTI devrait explicitement faire référence à la notion de fonction, et ce, en conformité avec le principe d'équivalence fonctionnelle prévue notamment à l'article 1 LCCJTI. Cette notion de fonction pourrait aisément se substituer tant à l'expression « valeur juridique » qu'à celle « effets juridiques » et simplifier la phrase.

PROPOSITION 5 : Le même traitement (substitution du terme « valeur » par celui de « fonction ») pourrait être apporté à l'article 9 LCCJTI.³⁶⁰

PROPOSITION 6 : La fonction formelle (*ad validitatem*) devrait être identifiée et précisée. Ainsi, avec la fonction probatoire, elles constituent les deux fonctions essentielles qu'un document est susceptible de remplir.

³⁶⁰ Sous réserve du maintien de cette disposition. Voir la proposition 12.

PROPOSITION 7 : Nous proposons d'abroger les deux ajouts de la LCCJTI dans les articles 2855 et 2874 CCQ.

PROPOSITION 8 : Nous proposons que l'article 5 al. 3 LCCJTI, et son équivalent à l'article 2838 al. 2 CCQ, soient abrogés.

PROPOSITION 9 : Nous proposons de corriger l'accord à la fin de l'article 6 et d'ajouter un « s » après « voulue ».

PROPOSITION 10 : Il importe, **d'une part**, de remettre en cause la présomption généralisée de « fiabilité technologique » des documents technologiques tel que prévu à l'article 7 LCCJTI. Il s'agit, **d'autre part**, de prévoir des hypothèses où cette « fiabilité technologique » pourrait s'appliquer. Une de ces hypothèses pourrait être celle de document technologique créé et conservé de façon systématique et dans le cours des activités d'une entreprise. Cette considération devra être associée à une réforme de l'article 33 LCCJTI.

PROPOSITION 11 : L'économie générale de l'article 262 NCPC doit être repensée afin de vérifier les rationalités qui justifient la mise en place de ce régime d'exception. Conformément à la précédente recommandation, on doit notamment identifier des circonstances qui pourraient justifier la mise en place de ce dernier.

PROPOSITION 12 : Nous proposons l'abrogation de l'article 9 LCCJTI.

PROPOSITION 13 : Même si ce n'est peut-être pas en lien direct avec le présent mandat, nous croyons néanmoins qu'une réflexion s'impose quant à la pertinence de maintenir la règle de la nécessité de l'original prévue au CCQ.

PROPOSITION 14 : Nous proposons de modifier l'article 12 LCCJTI par l'une des options suivantes :

Option 1 : « Un original technologique est compris comme tel, dès lors qu'il remplit les fonctions qui y sont attachées. »

Option 2 : « Un original technologique est compris comme tel, dès lors qu'il représente la source première d'un document, et ce, en disposant de la force probante suffisante. »

PROPOSITION 15 : Nous proposons de modifier l'article 2860 al. 1 et al. 2 CCQ avec le remplacement du mot « copie » par « reproduction ».

PROPOSITION 16 : Nous proposons que l'adjectif « certifié » à l'article 2860 al. 3 CCQ soit accordé au féminin afin de l'associer à la copie et non au document.

PROPOSITION 17 : Nous proposons que l'article 43 al. 2 LCCJTI soit réévalué afin de ne pas interdire de telles manières de faire mais davantage de les associer à des garanties de protection.

PROPOSITION 18 : Nous proposons que ce type de considérations soit pris en charge dans le cadre de la rénovation des lois sur la protection de la protection des renseignements personnels.

PROPOSITION 19 : Nous proposons de maintenir les dispositions 2 et 29 LCCJTI en l'état.

PROPOSITION 20 : Éventuellement, nous croyons qu'il est possible d'ajouter « par un règlement » après « loi » à l'article 29 al. 1 LCCJTI afin de lever la possible ambiguïté.

PROPOSITION 21 : Nous proposons de maintenir les deux formes de reproduction mais en la basant sur la fonction propre à chacune d'elle, à savoir, la copie crée une **multiplication** et le transfert une **substitution** du document.

PROPOSITION 22 : Nous proposons de maintenir les deux formes de réalisation (certification et documentation), mais d'appliquer le régime de la copie (certification) dans les cas de transferts non substitutifs.

PROPOSITION 23 : Nous proposons de reconsidérer l'article 2841 al. 1 CCQ qui devrait intégrer la distinction entre copie et transfert en fonction de la fonction en cause (multiplication ou substitution). L'article 2842 CCQ ne requiert pas de modification, si ce n'est l'expression « au besoin » qui ne s'impose désormais plus.

PROPOSITION 24 : Nous proposons pour le moins que le rôle d'animation de l'État soit maintenu et appliqué pour consolider les usages technologiques et inciter à l'utilisation de solutions robustes.

PROPOSITION 25 : Nous proposons de réviser la composition du comité d'harmonisation.

PROPOSITION 26 : Nous proposons de réviser (repenser) les modalités de fonctionnement du comité d'harmonisation.

PROPOSITION 27 : Nous proposons l'ajout d'un article **2811.2 CCQ** tel que proposé : « Sauf disposition spécifique contraire, les moyens de preuve peuvent utiliser le support de leur choix, qu'il soit technologique ou tangible. »

PROPOSITION 28 : Nous proposons que le titre sous l'article 2811 CCQ soit « Moyens de preuve et équivalence fonctionnelle ».

PROPOSITION 29 : Si nous ne croyons pas qu'il pas qu'il faille uniformiser papier et tangible, nous proposons que le terme « logique » soit remplacé dans la LCCJT par « technologique » (Articles 3, 4, 47, 56, 57, 58, 64).

PROPOSITION 30 : Nous proposons l'ajout d'un article **2811.1 CCQ** qui se lirait ainsi : « **2811.1 CCQ**. Sous réserve de règles particulières, le document technologique est régi par les règles de recevabilité et de force probante applicables au moyen de preuve dont il accomplit les fonctions. »

PROPOSITION 31 : Nous proposons l'utilisation de l'une des options proposées ci-dessous afin d'intégrer un article **2811.3 CCQ** en remplacement de l'article 2838 al. 1 CCQ :

Option 1 : Afin de faire preuve au même titre qu'un document papier, tout élément de preuve présenté sur un support technologique devra être en mesure de montrer son authenticité, à savoir son intégrité et l'auteur qui en est à l'origine.

Option 2 : Tout élément de preuve, quel que soit son support, devra être en mesure de montrer son authenticité, à savoir son intégrité et l'auteur qui en est à l'origine.

PROPOSITION 32 : Nous proposons de déplacer l'article 2839 al. 1 CCQ et d'en faire un nouvel article **2811.4 CCQ**.

PROPOSITION 33 : Malgré nos propos précédents, et l'apport que de telles solutions auraient assurément pour la communauté, nous ne proposons pas pour le moment la mise en place de présomptions associées à une signature ou autre service de confiance.

PROPOSITION 34 : Les dispositions sur les règles de responsabilité des intermédiaires demandent à être repensées en profondeur, et ce, même si cela ne s'est pas opéré dans la présente étude.

PROPOSITION 35 : Malgré nos propos précédents, nous ne proposons pas pour le moment la remise en cause la règle de la meilleure preuve.

PROPOSITION 36 : Malgré nos propos précédents, nous ne proposons pas pour le moment la remise en cause la règle de la prohibition du oui-dire.

L'annexe 1 correspond à une succession d'articles présents dans le CCQ pour lesquels nous proposons soit une abrogation, un maintien, une modification ou une proposition des dispositions actuelles. Ces changements peuvent concerner le contenu des articles eux-mêmes ou leur emplacement dans le CCQ.

En rouge = abrogation

En vert = identique

En jaune = modification

En bleu = proposition

2811.1. Sous réserve de règles particulières, un document, qu'il soit technologique ou tangible, est régi par les règles de recevabilité et de force probante applicables au moyen de preuve dont il accomplit la fonction.³⁶¹

2837. L'écrit est un moyen de preuve quel que soit le support du document, à moins que la loi n'exige l'emploi d'un support ou d'une technologie spécifique.³⁶²

2811.2. Sauf disposition spécifique contraire, les moyens de preuve peuvent utiliser le support de leur choix, qu'il soit technologique ou tangible.

Lorsque le support de l'écrit fait appel aux technologies de l'information, l'écrit est qualifié de document technologique au sens de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information (chapitre C-1.1).

2838. 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.³⁶³

2811.3 (Option 1) : Afin de faire preuve au même titre qu'un document papier, tout élément de preuve présenté sur un support technologique devra être en mesure de montrer son authenticité, à savoir son intégrité et l'auteur qui en est à l'origine.

³⁶¹ *Supra*, voir la **recommandation 31**.

³⁶² Nous proposons l'abrogation de l'article 2837 CCQ dans la mesure où un équivalent est proposé à l'article 2811.2 CCQ, valant pour tous les éléments de preuve. Voir la **recommandation 28**.

³⁶³ *Supra*, voir la **recommandation 32**.

2811.3 (Option 2) : Tout élément de preuve, quel que soit son support, devra être en mesure de montrer son authenticité, à savoir son intégrité et l'auteur qui en est à l'origine.³⁶⁴

2839. 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 voulues.

2811.4. 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 voulues.³⁶⁵

Lorsque le support ou la technologie utilisé ne permet ni d'affirmer ni de dénier que l'intégrité du document est assurée, celui-ci peut, selon les circonstances, être reçu à titre de témoignage ou d'élément matériel de preuve et servir de commencement de preuve.

2840. Il n'y a pas lieu de prouver que le support du document ou que les procédés, systèmes ou technologies utilisés pour communiquer au moyen d'un document permettent d'assurer son intégrité, à moins que celui qui conteste l'admissibilité du document n'établisse, par prépondérance de preuve, qu'il y a eu atteinte à l'intégrité du document.

2840 CCQ

L'article 2840 CCQ correspondant à l'article 7 LCCJTI doit être modifié afin d'intégrer les caractères d'assurance qui sont susceptibles de justifier la présomption qui en découle³⁶⁶. Là encore, il importe de modifier l'emplacement de cette disposition et de l'intégrer à l'article **2811.5 CCQ**.

2841 CCQ

Si l'article 2841 CCQ doit être réécrit, nous ne proposons pas à proprement parler de rédaction précise, si ce n'est que la fonction de la reproduction doit être établie (copie => multiplication) (transfert => substitution).³⁶⁷ L'emplacement de cette disposition ne doit en revanche pas changer.

2842 CCQ

L'article 2842 CCQ ne requiert pas de modification ni de changement d'emplacement.

2855 CCQ

³⁶⁴ *Supra*, voir la **recommandation 32**.

³⁶⁵ *Supra*, voir la **recommandation 33**.

³⁶⁶ *Supra*, voir la **recommandation 11** au paragraphe 3.2.1.5.

³⁶⁷ *Supra*, voir la **recommandation 24** au paragraphe 3.2.2.2.

Suppression de la seconde préposition de l'article 2855 CCQ référant à l'article 5 al. 3 LCCJTl.

2855. La présentation d'un élément matériel, pour avoir force probante, doit au préalable faire l'objet d'une preuve distincte qui en établisse l'authenticité. Cependant, lorsque l'élément matériel est un document technologique au sens de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information (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.³⁶⁸

2860 CCQ

L'article 2860 CCQ ne donne lieu qu'à de simples corrections de langage, le changement important apparaissant dans la rédaction de l'article 12 LCCJTl.³⁶⁹

2860. 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 copie³⁷⁰ qui légalement en tient lieu.

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

À l'égard d'un document technologique, la fonction d'original est remplie par un document qui répond aux exigences de l'article 12 de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information (chapitre C-1.1) et celle de copie³⁷¹ qui en tient lieu, par la copie d'un document certifiée³⁷² qui satisfait aux exigences de l'article 16 de cette loi.

2874 CCQ

Suppression de la seconde préposition de l'article 2874 CCQ référant à l'article 5 al. 3 LCCJTl.

2874. 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.³⁷³

³⁶⁸ *Supra*, voir la **proposition 7** au paragraphe 3.2.1.4.

³⁶⁹ *Supra*, voir la **proposition 14** au paragraphe 3.2.1.8.

³⁷⁰ *Supra*, voir la **proposition 15** au paragraphe 3.2.1.8.

³⁷¹ *Supra*, voir la **proposition 15** au paragraphe 3.2.1.8.

³⁷² *Supra*, voir la **proposition 16** au paragraphe 3.2.1.8.

³⁷³ *Supra*, voir la **proposition 7** au paragraphe 3.2.1.4.

L'annexe 2 reprend les mêmes développements qu'à l'annexe 1 mais en indiquant seulement les dispositions restantes dans le CCQ suite aux propositions faites.

Moyens de preuve et équivalence fonctionnelle

2811.1 CCQ. Sous réserve de règles particulières, un document, qu'il soit technologique ou tangible, est régi par les règles de recevabilité et de force probante applicables au moyen de preuve dont il accomplit la fonction.³⁷⁴

2811.2. Sauf disposition spécifique contraire, les moyens de preuve peuvent utiliser le support de leur choix, qu'il soit technologique ou tangible.³⁷⁵

2811.3 (Option 1) : Afin de faire preuve au même titre qu'un document papier, tout élément de preuve présenté sur un support technologique devra être en mesure de montrer son authenticité, à savoir son intégrité et l'auteur qui en est à l'origine.

2811.3 (Option 2) : Tout élément de preuve, quel que soit son support, devra être en mesure de montrer son authenticité, à savoir son intégrité et l'auteur qui en est à l'origine.³⁷⁶

2811.4. 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 voulues.³⁷⁷

2811.5. Rédaction à peaufiner en repensant les hypothèses où une présomption prévaut.³⁷⁸

Écrits et équivalence fonctionnelle

2837. Abrogé

2838. Abrogé

2839. Abrogé

2840. Abrogé

³⁷⁴ *Supra*, voir la **proposition 30**.

³⁷⁵ *Supra*, voir la **proposition 27**.

³⁷⁶ *Supra*, voir la **proposition 31**.

³⁷⁷ *Supra*, voir la **proposition 32**.

³⁷⁸ Article visant à substituer l'article 2840 CCQ (Voir la **proposition 10**).

2841. Rédaction à modifier en intégrant la nouvelle distinction entre copie et transfert³⁷⁹.

2842. Inchangé.

³⁷⁹ *Supra*, voir les **propositions 21 et 23** au paragraphe 3.2.2.2.

ANNEXE 3 – Impacts des propositions sur la LCCJTI / CCQ

Ce tableau est simplement une autre manière de présenter comment les dispositions actuelles sont susceptibles d'être impactées par les propositions précédentes.

LCCJTI	CCQ
5. 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.³⁸⁰ 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. Le document dont le support ou la technologie ne permettent ni d'affirmer, ni de dénier que l'intégrité en est assurée peut, selon les circonstances, être admis à titre de témoignage ou d'élément matériel de preuve et servir de commencement de preuve, comme prévu à l'article 2805 du Code civil.³⁸¹ Lorsque la loi exige l'emploi d'un document, cette exigence peut être satisfaite par un document technologique dont l'intégrité est assurée. 6. L'intégrité du document est assurée, lorsqu'il est possible de vérifier que l'information n'en est pas altérée et qu'elle est maintenue dans son intégralité, et que le support qui porte cette information lui procure la stabilité et la pérennité voulues.³⁸² L'intégrité du document doit être maintenue au cours de son cycle de vie, soit depuis sa création, en passant par son transfert, sa consultation et sa transmission, jusqu'à sa conservation, y compris son archivage ou sa destruction. Dans l'appréciation de l'intégrité, il est tenu compte, notamment des mesures de sécurité prises pour protéger le document au cours de son cycle de vie. 7. Il n'y a pas lieu de prouver que le support du document ou que les procédés, systèmes ou technologies utilisés pour communiquer au moyen d'un document permettent d'assurer son intégrité, à moins que celui qui conteste l'admission du document n'établisse, par prépondérance de preuve, qu'il y a eu atteinte à l'intégrité du document. 8. Des documents sur des supports différents ont la même valeur juridique s'ils comportent la même information, si l'intégrité de chacun d'eux est assurée et s'ils respectent tous deux les règles de droit qui les régissent. L'un peut remplacer l'autre et ils peuvent être utilisés simultanément ou en alternance. De plus, ces documents peuvent être utilisés aux mêmes fins. En cas de perte, un document peut servir à reconstituer l'autre.³⁸³	2807. L'écrit est un moyen de preuve quel que soit le support du document, à moins que la loi n'exige l'emploi d'un support ou d'une technologie spécifique. Lorsque le support de l'écrit fait appel aux technologies de l'information, l'écrit est qualifié de document technologique au sens de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information (chapitre C-1.1). 2808. 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.³⁸⁴ 2809. 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 voulues.³⁸⁵ Lorsque le support ou la technologie utilisé ne permet ni d'affirmer ni de dénier que l'intégrité du document est assurée, celui-ci peut, selon les circonstances, être reçu à titre de témoignage ou d'élément matériel de preuve et servir de commencement de preuve. 2840. Il n'y a pas lieu de prouver que le support du document ou que les procédés, systèmes ou technologies utilisés pour communiquer au moyen d'un document permettent d'assurer son intégrité, à moins que celui qui conteste l'admissibilité du document n'établisse, par prépondérance de preuve, qu'il y a eu atteinte à l'intégrité du document. 2841. 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. Lorsqu'ils reproduisent un document original ou un document technologique qui remplit cette fonction aux termes de l'article 12 de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information (chapitre C-1.1), la copie, si elle est certifiée, et le document résultant du transfert de l'information, s'il est documenté, peuvent légalement tenir lieu du document reproduit. La certification est faite, dans le cas d'un document en la possession de l'État, d'une personne morale, d'une société ou d'une association, par une personne en autorité ou responsable de la conservation du document.³⁸⁶ 2842. La copie certifiée est appuyée, au besoin, d'une déclaration établissant les circonstances et la date de la reproduction, le fait que la copie porte la même information que le document reproduit et l'indication des moyens utilisés pour assurer l'intégrité de la copie. Cette déclaration est faite par la personne responsable de la reproduction ou qui l'a effectuée. 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).

³⁸⁰ Supra, voir la proposition 4.

³⁸¹ Supra, voir la proposition 8.

³⁸² Supra, voir la proposition 9.

³⁸³ Supra, voir la proposition 12.

³⁸⁴ Supra, voir la proposition 31.

³⁸⁵ Supra, voir la proposition 32.

³⁸⁶ Supra, voir la proposition 21.

(Cette étude préliminaire a été rendue disponible sur le site www.lccjti.ca à l'été 2019)

ÉTUDE PRÉLIMINAIRE

La Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information (RLRQ c C-1.1) près de 20 ans plus tard ! : état des lieux et perspectives

Vincent Gautrais*

1 – Mise en contexte	3
1.1 – Adoption de la LCCJTI	3
1.2 – Consultation favorisée autour de la LCCJTI	4
1.2.1 – Outils de vulgarisation de la LCCJTI	4
1.2.2 – Consultations autour de la LCCJTI	4
2 – État des lieux	4
2.1 – État de la doctrine	5
2.2 – État de la jurisprudence	5
3 – État du droit	7
3.1 – Les dispositions à questionner	8
3.2 – Les dispositions non mises en œuvre	22
3.3 – Les dispositions non prévues dans la LCCJTI qui pourraient être ajoutées	28
3.4 – Les dispositions en lien avec de nouveaux textes internationaux (Accord Canada – États-Unis – Mexique)	29

Sondage. Le présent document est une étude préliminaire effectuée par Vincent Gautrais, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, sur la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* (RLRQ c C-1.1) (ci-après « Loi » ou « LCCJTI »). Il constitue la première étape d'un mandat qui nous a été octroyé par le ministère de la Justice du Québec. Aussi, outre les développements proposés, elle entend sonder les personnes intéressées à donner leur point de vue sur ce texte important du droit québécois. Des **questions (40)** sont donc posées soit avec des choix de réponses soit avec des zones de saisie pour laisser des commentaires. Pour de plus amples informations,

* Vincent Gautrais est professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, directeur du CRDP, titulaire de la Chaire LR Wilson en droit du commerce électronique. www.gautrais.com; vincent.gautrais@umontreal.ca; @gautrais. Cette étude a été facilitée grâce au support de Me Kenza Sassi (étudiante au Doctorat – Faculté de droit de l'UdeM – CRDP) et de Rénaud Prébé (coordonnateur Chaire L.R. Wilson – CRDP). L'auteur tient également à remercier Me Patrick Gingras (MJQ), Me Marilène Gallien (MJQ), Me Soleïca Monnier (MJQ), Patricia-Ann De Vriendt (Conseil du trésor) pour leurs commentaires sur le présent document. La présente étude a été financée par le ministère de la Justice du Québec. Il importe toutefois de souligner que les positions qui y sont défendues constituent celles du seul auteur et ne sauraient lier le Ministère.

n'hésitez pas à contacter Vincent Gautrais (vincent.gautrais@umontreal.ca). Nous sommes conscients que le présent sondage, inséré dans l'étude préliminaire, est assez long et requiert un temps oscillant entre 30 et 45 minutes. Aussi, sentez-vous à l'aise de ne répondre qu'à une seule partie des questions. Bonne lecture !

• PRÉNOM:	
• NOM:	
• PROFESSION:	
• COURRIEL:	

(Les présents renseignements personnels seront gérés suivants les conditions prévues ici)

Mandat. L'objectif de ce mandat proposé par le ministère est d'évaluer comment la LCCJT doit être envisagée près de vingt ans après son adoption. En effet, alors qu'elle est venue bouleverser plusieurs pans du droit québécois, il importait, d'une part, d'effectuer un état des lieux et, d'autre part, d'envisager si des changements devraient être proposés. Cette évaluation et les propositions éventuelles de changements sont d'autant plus importantes à considérer que le *Code de procédure civile* (ci-après « N.C.p.c. ») a été totalement revampé depuis et que certains textes internationaux sont intervenus dans l'entrefaite.

Sommaire. Au regard notamment de la situation jurisprudentielle et doctrinale, nous croyons que la Loi présente quelques éléments sujets à caution qu'il serait loisible de revisiter. Ceci dit, il nous semble qu'elle ne devrait pas être trop profondément bouleversée. En effet, après des années d'hésitations, plusieurs signes d'une certaine adéquation entre la jurisprudence et ce texte semblent apparaître. Fort de cette maturité, il est loisible de considérer certaines avenues qui demandent sans doute que la Loi soit légèrement renouvelée. La finalité de ce document préliminaire est simple : limité à moins de pages, il va être transmis à des membres de la communauté juridique et d'affaires intéressés par cette Loi pour qu'un échange puisse avoir lieu.

Introduction. La présente étude préliminaire est le produit d'un mandat confié par le ministère de la Justice du Québec (ci-après « MJQ ») afin de faire un état des lieux de la Loi après presque vingt ans d'existence. En quelques pages seulement, nous souhaitons en effet faire un bref bilan de la situation (**Partie 2**) mais surtout identifier les dispositions

de la Loi qui, peut-être, ont mal vieilli (**Partie 3**). Préalablement, une rapide mise en contexte sera proposée (**Partie 1**).

1 – Mise en contexte

Plan. Au préalable, il nous apparaissait important d’identifier certains éléments de mise en contexte tant au regard de l’adoption de la Loi (1.1) que relativement à de précédentes collaborations que nous avons eues dans le passé (1.2).

1.1 – Adoption de la LCCJTI

Adoption délicate. La loi a été adoptée dans un contexte quelque peu tendu. D’une part, les débats parlementaires ne se sont pas déroulés comme convenu, seulement les sept premiers articles donnant lieu à une analyse. D’autre part, la Loi a finalement été adoptée en juin 2001 lors d’une adoption en bloc à la fin de la session parlementaire.

Réception délicate. Mais au-delà de cette naissance houleuse, la Loi avait préalablement été mal reçue par la communauté juridique. À titre d’exemple, le Barreau du Québec a produit un mémoire exigeant une réécriture substantielle de l’avant-projet de Loi¹. Cette réception compliquée sera ensuite reprise tant dans la doctrine² que dans la jurisprudence. Dans ce dernier cas, cela se fera soit indirectement en omettant d’utiliser la Loi³, soit en la citant mais sans offrir une réelle analyse⁴, soit même directement en la critiquant sans ambages⁵.

¹ BARREAU DU QUÉBEC, *Mémoire sur la Loi sur la normalisation juridique des nouvelles technologies de l’information*, 2000, en ligne : Barreau du Québec <<https://www.lccjti.ca/files/sites/105/2013/08/MEMOIREBARREAU2000.pdf>> (consulté le 12 juin 2019).

² Voir notamment Michèle LAFONTAINE, « Technologies de l’information au Québec : une technique législative inappropriée », dans Jacques BEAULNE (dir.), *Mélanges Ernest Caparros*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 105; Serge KABLAN, « Réglementation des technologies de l’information au Québec : la philosophie du projet de loi 161 en regard du droit canadien », (été 2001) 7-1 *Lex electronica*, n° 50, disponible en ligne : Lex Electronica <http://www.lex-electronica.org/docs/articles_151.htm> (consulté le 12 juin 2019); Jean-Claude ROYER, *La preuve civile*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003; Claude FABIEN, « La preuve par document technologique », (2004) 38 *R.J.T.* 533; Léo DUCHARME, *Précis de la preuve*, 6^e éd, Wilson & Lafleur, 2005; Claude MARSEILLE et Raphaël LESCOP, « Règle de la nécessité de l’original », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit civil », *Preuve et prescription*, fasc. 13, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles.

³ Voir par exemple *Citadelle, Cie d’assurance générale c. Montréal (Ville)*, 2005 QCCS 24709.

⁴ Nous avons perçu à plusieurs reprises le syndrome de ce que nous nous sommes plu à dénommer la règle du « 2/3 – 1/3 ». En effet, dans certaines décisions, les juges citent la Loi en copiant-collant les dispositions s’approchant quelque peu de la cause, et ce, pour environ les deux tiers de leurs développements. Ensuite, très vite, ils élaborent en quelques lignes seulement la justification de leur décision. On peut notamment penser à *Lefebvre Frères Ltée c. Giraldeau*, 2009 QCCS 404; *Intercontinental Corporate Technology Services Ltd. c. Bombardier inc.*, 2008 QCCS 5086; *Directeur des poursuites criminelles et pénales c. 3341003 Canada (Restaurant Pizzédélec)*, 2015 QCCQ 8159.

⁵ *Sécurité des Deux-Rives Ltée c. Groupe Meridian construction restauration inc.*, 2013 QCCQ 1301.

1.2 – Consultation favorisée autour de la LCCJTI

1.2.1 – Outils de vulgarisation de la LCCJTI

Face à cette situation de faits, il semble opportun d’entamer un dialogue avec la communauté en place ; dialogue d’ailleurs précédemment entrepris dans le cadre d’un mandat antérieur avec le MJQ en 2011 et qui avait donné lieu à la création d’une plateforme web dédiée à la Loi : www.lccjti.ca. Depuis plus de sept ans, ce site fédère des articles de doctrine (217), des décisions de justice (199) et des propositions de définitions de termes clés de la Loi (37). L’idée derrière cette plateforme était d’offrir du contenu vis-à-vis d’un texte, la Loi, qui présentait un certain niveau de complexité ; d’une doctrine et d’une jurisprudence encore trop peu élaborées.

1.2.2 – Consultations autour de la LCCJTI

Dans la même veine que les travaux qui avaient été entrepris en 2011, il semble important de mettre en place une large consultation relativement à la pertinence – ou pas – de revisiter la Loi. Si tel est le cas, il importe de savoir quelles sont les dispositions qui demandent à être rénovées. Aussi, par le présent document, nous souhaitons effectuer une consultation qui se présente de la façon suivante :

- **Rédaction** d’une étude préliminaire faisant état du contexte dans laquelle se trouve la Loi mais surtout des dispositions qui mériteraient d’être revues. Ce document servira de document de consultation. Par le fait même, et dans le même document, un sondage sera effectué, à partir de juillet 2019, afin de sonder par le biais d’une quarantaine de questions les irritants et les manques relativement à la Loi. Ce sondage est adressé à un public d’une cinquantaine de personnes mais sera également disponible en ligne sur le site www.lccjti.ca. Les questions seront insérées directement dans le présent document de consultation et tout intéressé aura jusqu’au **15 novembre 2019** pour donner son avis.
- **Consultations** consistant en deux après-midis d’échanges qui se dérouleront
 - Le 11 septembre à Montréal ;
 - Le 16 septembre à Québec.
- **Rédaction** d’une étude finale faisant état de la situation de la Loi vingt ans après son adoption.

2 – État des lieux

De façon traditionnelle, notre état des lieux va traiter des deux sources classiques qui viennent compléter tout texte législatif : la doctrine et surtout la jurisprudence. En effet, cette seconde source est un bon indicateur de l’importance de la Loi mais aussi de sa réception par la communauté juridique.

2.1 – État de la doctrine

Doctrine en construction. Il est difficile de faire un état des lieux de la doctrine traitant de la Loi dans la mesure où il n'existe pas de registre particulier en la matière. Néanmoins, il nous plaît de faire état des **217 documents** de doctrine que nous avons publiés sur le site www.lccjti.ca. En effet, et sans prétendre être totalement exhaustif, nous prenons soin d'indexer les articles, ouvrages, rapports qui traitent de près ou de loin de la preuve, de la preuve technologique et de la gestion documentaire.

Création de ponts en droit classique et technologique. Ceci dit, et en quelques lignes seulement, il importe de mentionner que l'une des difficultés majeures rencontrée en analysant cette doctrine, c'est le peu de ponts entre droit traditionnel (droit civil, preuve, etc.) et le droit des technologies, dont notamment la Loi. Dans cette perspective, l'arrêt de la Cour d'appel *Benisty c. Kloda*⁶ est une avancée majeure, et ce, même si nous attendons encore que cette décision obtienne la reconnaissance qu'elle mérite. Dans le même sens, la doctrine a depuis quelques années « maturée » et les liens entre les deux domaines (preuve civile et droit technologique) se tissent peu à peu. À titre d'illustration, et dans cette perspective, la mise à jour du livre de Jean-Claude Royer sur la preuve civile, effectuée par Catherine Piché, va dans le bon sens⁷. En effet, même si la version de 2008 avait participé à préciser la donne sur le sujet, elle n'avait sans doute pas eu le temps de totalement intégrer ce lien entre droit civil et droit des technologies⁸. La fracture est par contre encore visible avec les écrits de Léo Ducharme⁹. Comme pour la jurisprudence que nous allons envisager maintenant, une certaine harmonie semble se mettre en place.

2.2 – État de la jurisprudence

Jurisprudence en construction. La jurisprudence sur la Loi a mis du temps à se consolider. S'il existe en fait un nombre important de décisions, rares sont celles, surtout les 15 premières années, qui traitèrent en profondeur de ces dispositions.

« [54] L'application et l'interprétation de la L.c.c.j.t.i., entrée en vigueur en 2001, n'a jamais véritablement fait l'objet de décisions de nos tribunaux. »¹⁰

Quantité. Néanmoins, il importe de mentionner que la donne change, et ce, minimalement au regard de deux critères. D'abord, sur le plan **quantitatif**, nous

⁶ 2018 QCCA 608.

⁷ Catherine PICHÉ, dir. Jean-Claude ROYER, *La preuve civile*, 5^{ème} éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2016.

⁸ Jean-Claude ROYER et Sophie LAVALLÉE, *Droit de la preuve*, 4^{ème} éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008.

⁹ Évidemment, ce commentaire ne remet pas du tout en cause la qualité des travaux de l'auteur cité ; simplement, les développements sur la Loi semblent, à notre humble avis, un peu distinct de la vision majoritaire. Léo DUCHARME, *Précis de la preuve*, 6^e éd, Wilson & Lafleur, 2005 ; Léo DUCHARME, « De l'incohérence et de l'impossibilité d'application du régime dérogatoire en matière de preuve des documents technologiques », (2016) 75 *Revue du Barreau* 319.

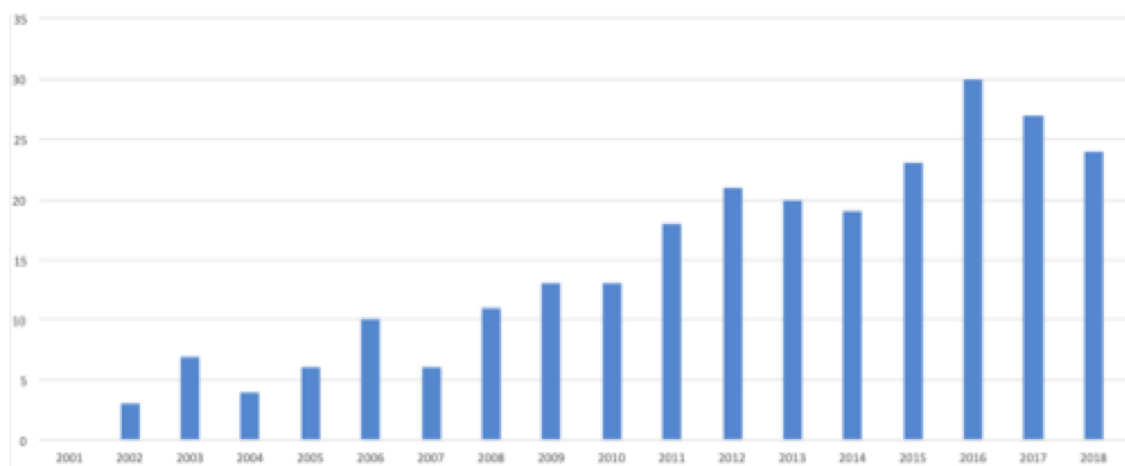
¹⁰ *Benisty c. Kloda*, 2018 QCCA 608.

observons une hausse soutenue des références à la Loi. Sur la base de recherches effectuées sur le site www.canli.org, en juin 2019, il existe **274 décisions** où la Loi est citée. En revanche, malgré ce nombre impressionnant, on doit constater, comme nous le verrons plus tard, que plusieurs de celles-ci n'analysent pas véritablement en profondeur la Loi. À titre d'exemple, la disposition la plus citée est l'article 12 sur la notion d'original qui est mentionnée dans 50 décisions. Ceci dit, ce chiffre élevé s'explique par le fait que l'article 2860 du *Code civil du Québec* (ci-après « C.c.Q. »), concernant la règle de la meilleure preuve de l'écrit, réfère explicitement à cet article. Ensuite, parmi les articles les plus cités, on peut mentionner :

- **Article 3** (29 occurrences) – Ceci peut s'expliquer par le caractère générique de cette disposition qui définit la notion centrale de document ;
- **Article 5** (20 occurrences) – Comme pour l'article 12, on peut supposer que ce nombre est notamment justifié par le fait que les articles 2855 et 2874 C.c.Q. y réfèrent explicitement ;
- **Article 7** (18 occurrences) – Ce nombre élevé s'explique sans doute par le caractère problématique de cette disposition dont nous reparlerons ;
- **Article 31** (29 occurrences) – Une jurisprudence assez stable a été élaborée en matière de transmission des documents.

En résumé, 5 articles sont cités entre 18 et 50 fois (**12, 3, 31, 5, 7**) et 5 ayant de 6 à 9 occurrences (**1, 2, 6, 17, 74**), le tout, pour une loi d'environ 75 articles.

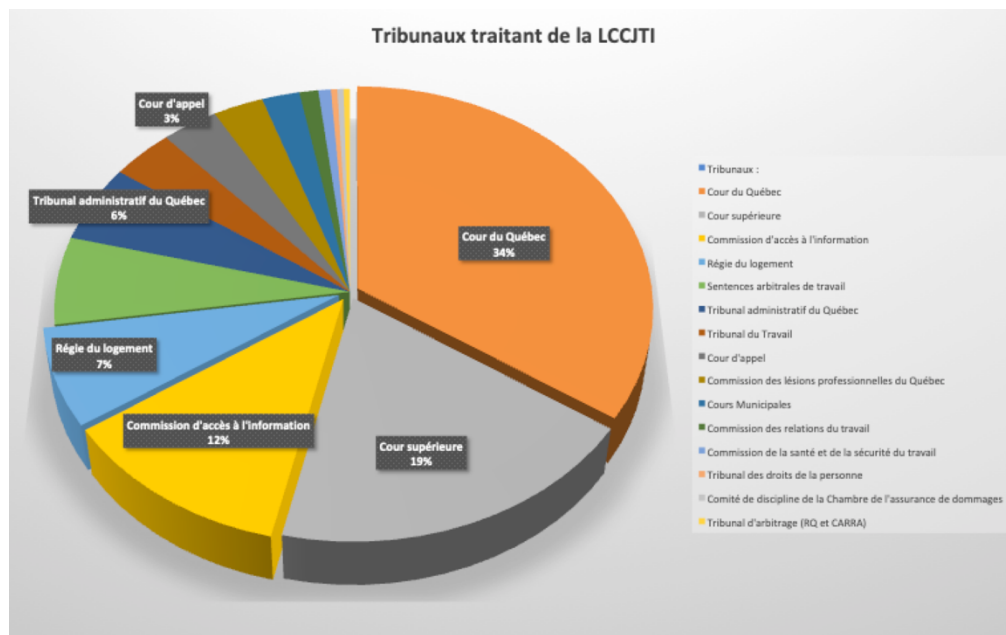
Sinon, de façon plus globale, on observe une hausse quantitative qui se manifeste particulièrement depuis les dernières années (2015 – 2019). Ainsi, la Loi qui était citée autour de 10 fois par année les 10 premières années de son existence, dispose désormais d'une moyenne de citation autour de 25 fois par année.



Pour conclure sur le plan quantitatif, mentionnons tout de même que cette moyenne est encore bien faible si on la compare aux 85 000 à 95 000 décisions qui sont rendues publiques chaque année au Québec.

Qualité. Ensuite, sur le plan **qualitatif**, nous disposons de plusieurs décisions traitant en profondeur de la Loi. Évidemment, un changement de cap est récemment apparu avec la décision *Benisty c. Kloda*¹¹ qui est sans doute celle, de surcroît de la Cour d’appel, que l’on attendait depuis longtemps. Même si certains éléments de la décision sont peut-être sujet à interrogation (document magnétique, place des métadonnées, etc.), il n’en demeure pas moins que cet arrêt (2018) est sémiinal en citant pas moins de 88 fois la Loi ; un record absolu. Un arrêt qui de surcroît élabore un pont jamais réellement créé entre le droit du numérique et le droit de la preuve. Cette jurisprudence constitue une version aboutie de ce qui avait été déjà initié en 2013 par la Cour du Québec¹² avec, certes, « seulement » 7 occurrences. Ces améliorations plutôt récentes nous amènent donc à faire preuve d’une certaine circonspection avec la Loi qui, bien qu’ayant quelques travers, parvient peu à peu à être apprivoisée par la communauté juridique.

Diversité. À cet égard, il faut aussi constater qu’il existe une grande diversité de tribunaux qui utilisèrent ce texte pour le moins transversal, et ce, même si presque les deux tiers des décisions sont le fruit de trois instances (CS (19%) – CQ (34%) – CAI (12%)).



3 – État du droit

¹¹ 2018 QCCA 608.

¹² *Sécurité des deux-Rives c. Groupe Meridian construction restauration*, 2013 QCCQ 1301.

Si ces quelques mots étaient nécessaires pour une présentation liminaire de la Loi, nous croyons que ce troisième pan de notre document constitue le cœur du mandat que nous nous devons de réaliser. Nous croyons possible de séparer les dispositions en quatre catégories.

- **Les dispositions à questionner ;**
- **Les dispositions non mises en œuvre ;**
- **Les dispositions non prévues dans la LCCJTI qui pourraient être ajoutées ;**
- **Les dispositions à considérer au regard de nouvelles avenues internationales.**

3.1 – Les dispositions à questionner

La présentation des dispositions à questionner dans la Loi concerne des hypothèses qui ne sont pas d'égale intensité. Aussi, nous avons établi une gradation de niveau de 1 à 5, le 1 correspondant à des situations tolérables, et le 5 concernant des dispositions plus problématiques, critiques.

1	2	3	4	5
---	---	---	---	---

NIVEAU 1 **Technologies magnétiques (ARTICLE 1).** L'article 1 al. 2 qualifie les documents magnétiques comme étant des documents technologiques.

« 2° (...) documents qui sont sur des supports faisant appel aux technologies de l'information, qu'elles soient électronique, magnétique, optique, sans fil ou autres ou faisant appel à une combinaison de technologies ; »

Cette position ne semble pas de mise à l'article 2874 C.c.Q. où la référence à « ruban magnétique » laisse présager un support « physique ».

« 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. » (Nos soulignements)

L'arrêt *Benisty* traite d'ailleurs de cette question et semble dire que

« [74] (...) Je suis d'avis qu'il convient de privilégier l'interprétation selon laquelle un enregistrement sur ruban magnétique est un document technologique. »

Au-delà d'un avis tranché sur la question, il semble important de faire preuve de pragmatisme afin d'évaluer « une erreur dite matérielle lorsque la formulation de la loi

est manifestement déficiente. »¹³ D'une part, cette question est peut-être plus théorique que pratique dans la mesure où la preuve d'authenticité du document est requise quoi qu'il en soit.

« [84] Cette qualification me semble toutefois plus théorique que pratique. En effet, tel que je l'expliquerai plus loin, je dois reconnaître qu'une partie qui souhaite présenter un document technologique à titre d'élément matériel ou de témoignage ne sera pas dispensée de faire la preuve de son authenticité. »

D'autre part, et dans la même veine, il est légitime de se demander si un régime distinct s'impose entre les documents technologiques et analogiques. En effet, cela revient à se poser la question de la clause par référence à l'article 5 al. 3 de la Loi dans le C.c.Q., précisément aux articles 2855 et 2874.

QUESTION 1 : (ARTICLE 1)

Q

Pensez-vous que cette ambivalence de la LCCJTI devrait être clarifiée ?

☐ OUI

☐ NON

NIVEAU 1 **Ambivalence du terme technologie (ARTICLE 1).** Sans que cela ne soit hautement problématique, il faut constater qu'une certaine ambivalence prévaut entre les technologies de l'information que l'on trouve à l'article 1 alinéa 2 et les technologies, que l'on considère comme une composante d'un document. Ainsi, l'article 1 al. 2 liste des exemples de technologies de l'information comme celles qui sont

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

De l'autre côté, il y a la notion de technologie, souvent au singulier, qui est associée à un document. À titre d'exemple, l'article 2841 C.c.Q., relativement à la distinction entre copie et transfert, base la différence entre ces notions sur le passage d'une technologie à une autre.

QUESTION 2 : (ARTICLE 1)

Q

Pensez-vous que cette ambivalence sur le terme « technologie » devrait-être clarifiée ?

☐ OUI

☐ NON

QUESTION 3 : (ARTICLE 1)

Q

¹³ Benisty c. Kloda, 2018 QCCA 608, par. 79.

Pensez-vous que le terme « technologie » pourrait être remplacé en certains cas par celui de « format » (comme à l'article 17) ? Un autre terme ?

☐ OUI

☐ NON

QUESTION 4 : ZONE DE COMMENTAIRES

Q

NIVEAU 2 Ambivalence entre 2 et 29 (ARTICLE 2 et ARTICLE 29). L'article 2 de la Loi propose un principe général d'utilisation des technologies selon lequel

« chacun peut utiliser le support ou la technologie de son choix ».

Plus loin, à l'alinéa 2, cette idée est renforcée par le fait que

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

Cette disposition illustre le « libéralisme technologique »¹⁴ de la Loi. Cependant, si cette liberté offerte est très large à l'article 2, elle est plus mesurée à l'article 29, ce dernier établissant des conditions d'application uniquement en matière de transmission.

« Nul ne peut exiger de quelqu'un qu'il se procure un support ou une technologie spécifique pour transmettre ou recevoir un document, à moins que cela ne soit expressément prévu par la loi ou par une convention.
De même, nul n'est tenu d'accepter de recevoir un document sur un autre support que le papier ou au moyen d'une technologie dont il ne dispose pas.

¹⁴ Mark PHILLIPS, *La preuve électronique au Québec*, Montréal, Éditions Lexis Nexis, 2010, n° 69.

Lorsque quelqu'un demande d'obtenir un produit, un service ou de l'information au sujet de l'un d'eux et que celui-ci est disponible sur plusieurs supports, le choix du support lui appartient. »

Ainsi, avec ces 2 dispositions, on observe une jurisprudence assez polarisée¹⁵ notamment dans le domaine du droit du travail. Sur la base de l'article 2, certaines tentatives de numérisation des employeurs (notamment relativement à l'accessibilité numérique des fiches de paye) sont validées¹⁶ alors qu'au contraire, sur la base de décisions faisant primer l'article 29, d'autres sont refusées¹⁷. Ceci dit, nous croyons qu'une conciliation peut être trouvée entre ces deux dispositions, la seconde, l'article 29, établissant des balises limitant la liberté qui semble apparaître aux articles 2 et 29¹⁸. Plus accessoirement, on peut aussi se demander si l'expression « la loi » contenue aux articles 2 et 29 inclut aussi les règlements¹⁹.

QUESTION 5 : (ARTICLE 2/29)

Q

Pensez-vous que cette ambivalence entre 2 et 29 demande à être clarifiée ?

☐ OUI

☐ NON

QUESTION 6 : (ARTICLE 2/29)

Q

Pensez-vous que l'article 29 demande à être éclairé ?

☐ OUI

☐ NON

QUESTION 7 : ZONE DE COMMENTAIRES

Q

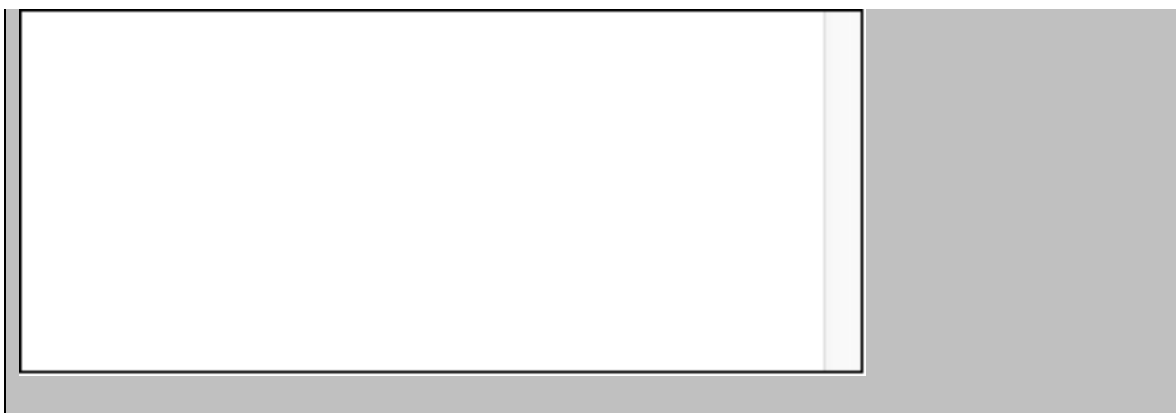
¹⁵ Vincent GAUTRAIS, *La preuve technologique*, 2^{ième} édition, 2018, LexisNexis Canada, Montréal, par. 40.

¹⁶ *Union des routiers, brasseries, liqueurs douces et ouvriers de diverses industries, local 1999 et L'Oréal Canada*, [2012] n° AZ-50832524 (T.A).

¹⁷ *Syndicat de l'Enseignement de la région de la Mitis et Commission scolaire des Monts-et-Marées*, [2012] n° AZ-50833548 ; *Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux (APTS) et Centre hospitalier universitaire de Sherbrooke (CHUS) (grief syndical)*, 2014 QCTA 282 ; *Hydro-Québec c. Bergeron*, 2017 QCCS 5387 ; *Fraternité des travailleurs et travailleuses du préhospitalier du Québec – section locale 592 c. Ambulance Val-D'Or*, 2019 QCSAT 9711.

¹⁸ Vincent GAUTRAIS, *La preuve technologique*, 2^{ième} édition, 2018, LexisNexis Canada, Montréal, par. 42 et suiv.

¹⁹ *Id.*, par. 37, note 156.



NIVEAU 1 Valeur juridique et effet juridique.(ARTICLE 5). Même si c'est sans doute un élément de détail, nous pouvons constater que la notion de « valeur juridique » est une expression qui est étrangère au droit. On ne la retrouve nulle part par exemple dans le C.c.Q., le terme valeur étant uniquement utilisé pour désigner une consonance pécuniaire. En fait, derrière cette notion, il y a sans doute une fonction probatoire ou une fonction formelle qu'un document est susceptible d'avoir²⁰. Une critique est présentée de la même manière par Claude Fabien sur la notion d'« effet juridique »²¹ que l'on retrouve dans le même article 5.

QUESTION 8 : (ARTICLE 5)

Q

Pensez-vous que cette terminologie («valeur juridique») devrait être revue ?

☐ OUI

☐ NON

NIVEAU 1 Référence à l'article 5 al. 3 (ARTICLE 5). Il existe une triple ambiguïté en lien avec l'article 5 al. 3. En premier lieu, le texte même présente un certain degré de complexité :

« Le document dont le support ou la technologie ne permettent ni d'affirmer, ni de dénier que l'intégrité en est assurée peut, selon les circonstances, être admis à titre de témoignage ou d'élément matériel de preuve et servir de commencement de preuve, comme prévu à l'[article 2865](#) du [Code civil](#) »

²⁰ Vincent GAUTRAIS, *La neutralité technologique : rédaction et interprétation des lois face aux technologies*, Montréal, Éditions Thémis, 2012, p. 203.

²¹ Claude FABIEN, « La preuve par document technologique », (2004) 38 *R.J.T.* 533, 565 : « Le terme effets juridiques serait mal choisi pour désigner la force probante (...) ». Ceci dit, l'expression « effet juridique » est suivie dans le Règlement européen eIDAS (article 25).

En deuxième lieu, s'il existe 20 références à l'article 5 dans la jurisprudence, c'est souvent car une simple répétition est faite des articles 2855 et 2874 C.c.Q. qui utilisent une clause par référence à cette disposition.

« La présentation d'un élément matériel, pour avoir force probante, doit au préalable faire l'objet d'une preuve distincte qui en établit l'authenticité. Cependant, lorsque l'élément matériel est un document technologique au sens de la [Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information \(chapitre C-1.1\)](#), cette preuve d'authenticité n'est requise que dans le cas visé au troisième alinéa de l'[article 5](#) de cette loi. »

En revanche, il n'y a pas une véritable analyse faite de cet article et aucune jurisprudence ne vient préciser cette hypothèse que l'on identifie à l'article 5 al. 3²². En troisième lieu, si une référence explicite est faite à l'article 5 al. 3 dans ces deux dispositions, c'est que ce sont, comme on peut le lire, des documents qui exigent des preuves d'authenticité externes. Or, cette preuve externe que constitue une déclaration ne sera pas requise lorsque la preuve d'authenticité aura été effectuée par des métadonnées, une documentation, etc.²³. Il nous semble donc qu'une preuve d'authenticité est toujours requise²⁴, mais celle-ci peut parfois se matérialiser par une documentation interne ou externe. Même si la Cour d'appel a validé une pareille position²⁵, l'ordonnancement de cette disposition est pour le moins délicat.

QUESTION 9 : (ARTICLE 5)

Q

Pensez-vous que l'article 5 al. 3 est pertinent ?

☐ OUI

☐ NON

QUESTION 10 : (ARTICLE 5)

Q

Pensez-vous que cette clause législative par référence devrait être revue ?

☐ OUI

☐ NON

QUESTION 11 : ZONE DE COMMENTAIRES

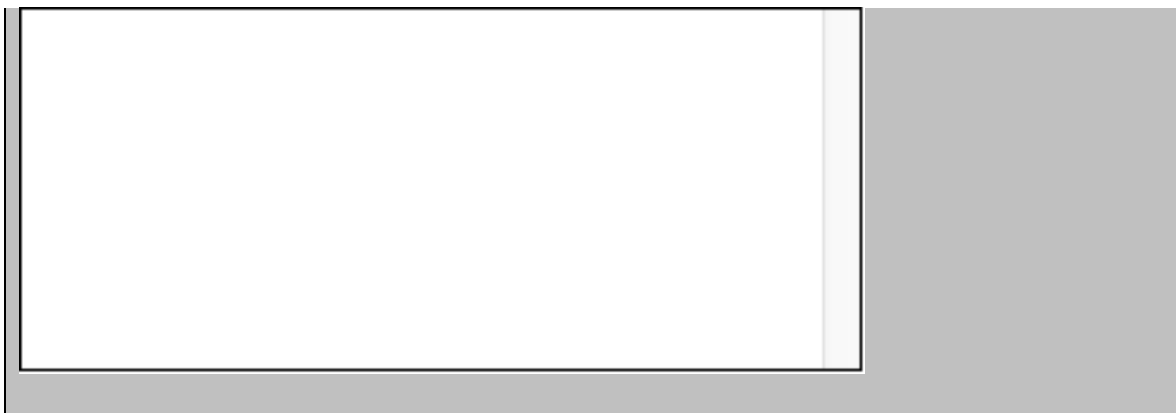
Q

²² Benisty c. Kloda, 2018 QCCA 608, par. 104 et 105.

²³ Vincent GAUTRAIS, *La preuve technologique*, 2^{ème} édition, 2018, LexisNexis Canada, Montréal, par. 526.

²⁴ Léo DUCHARME, *Précis de la preuve*, 6^e éd. Wilson & Lafleur, 2005, n° 1419.

²⁵ Benisty c. Kloda, 2018 QCCA 608, par. 104, est une rare décision où un traitement est quelque peu proposé.



NIVEAU 1 **Conjugaison (ARTICLE 6).** L'article 6 al. 1, comme l'article 2839 Cc.Q., prévoit des critères pour objectiver l'intégrité. Néanmoins, et comme souligné par le professeur Fabien dans un article de 2004²⁶, il est étrange que l'adjectif « voulue » ne soit pas conjugué au pluriel, référant à la fois à la stabilité et à la pérennité.

« 6. L'intégrité du document est assurée, lorsqu'il est possible de vérifier que l'information n'en est pas altérée et qu'elle est maintenue dans son intégralité, et que le support qui porte cette information lui procure la stabilité et la pérennité voulue. » (Nos soulignements)

QUESTION 12 : (ARTICLE 6)

Q

Pensez-vous que cette erreur cléricale devrait être corrigée ?

☐ OUI

☐ NON

NIVEAU 5 **Principal écueil (ARTICLE 7).** L'article 7 est sans doute la disposition la plus critique de la Loi, et ce, même si un arrêt récent de la Cour d'appel en 2018 a adopté une position que nous croyons particulièrement adéquate permettant « d'endiguer » une tendance jurisprudentielle que nous condamnons depuis le début de la Loi. Cette décision est donc en effet le « grand arrêt » que l'on attendait afin de contrer une incongruité majeure selon laquelle une présomption d'intégrité prévaudrait pour tous les documents technologiques.

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

²⁶ Claude FABIEN, « La preuve par document technologique », (2004) 38 R.J.T. 533, 572.

Cette mesure irait à l'encontre d'un principe pluriséculaire, que l'on retrouve à l'article 2803 du C.c.Q., qui se comprend d'autant moins qu'une certaine fragilité inhérente prévaut pour les documents technologiques²⁷. La Cour d'appel expose donc avec force le principe selon lequel cette présomption vaut pour l'environnement dans lequel le document est conservé et non le document lui-même.

« [100] Ainsi, l'article 7 L.c.c.j.t.i. ne crée pas de présomption d'intégrité du document, mais seulement une présomption que la technologie utilisée par son support permet d'assurer son intégrité, ce que j'ai appelé la **fiabilité technologique**. La nuance vient du fait qu'une atteinte à l'intégrité du document peut provenir de différentes sources; on peut penser, à titre d'illustration, que l'information peut être altérée ou manipulée par une personne sans que la technologie soit en cause²⁸. » (Nos soulignements)

Cet arrêt met donc possiblement fin à la polémique sur ce point, et ce, même si nous n'avons pu vraiment constater, depuis un an, de décision reprenant la Cour d'appel sur cet aspect. Mais ce n'est pas tout. Le caractère critique de cette disposition prévaut encore 1) avec la seconde préposition de l'article 7 ; mais aussi 2) dans la mesure où elle est reliée à d'autres dispositions du C.c.Q. (article 2840) et 3) du N.C.p.c (article 262).

QUESTION 13 : (ARTICLE 7)

Q

Pensez-vous que cette disposition devrait être abrogée ?

☐ OUI

☐ NON

QUESTION 14 : (ARTICLE 7)

Q

Pensez-vous que la notion de « fiabilité technologique » que l'on trouve dans *Benisty c. Kloda* (Cour d'appel) devrait être intégrée dans un nouvel article 7 ?

☐ OUI

☐ NON

Prépondérance de preuve. Au-delà de la difficulté en lien avec la présomption de l'article 7, il est également étrange que la seconde proposition de cette disposition mette en place un régime de preuve qui exige une preuve prépondérante dès lors que la contestation du document est avérée.

« De plus, comment est-il concevable qu'une fois qu'il a été démontré qu'un document a été altéré, il soit possible de démontrer qu'il était inaltérable. C'est comme si une fois

²⁷ Vincent GAUTRAIS, *La preuve technologique*, 2^{ème} édition, 2018, LexisNexis Canada, Montréal, par. 256.

²⁸ *Benisty c. Kloda*, 2018 QCCA 608, par. 100 et suiv.

qu'un navire a coulé, on pouvait encore prouver qu'il était insubmersible²⁹. »

QUESTION 15 : (ARTICLE 7)

Q

Pensez-vous que la mention à la prépondérance de preuve doit être repensée ?

☐ OUI

☐ NON

2840 C.c.Q. L'article 2840 C.c.Q. est un copier/coller de l'article 7. Les commentaires prévus à cette disposition s'appliquent donc aussi ici. Cependant, cela nous amène à nous interroger si cette présomption de « fiabilité technologique »³⁰ vaut uniquement pour les écrits (l'article 2840 est en effet dans la section 6 sur les écrits technologiques) où à l'ensemble des documents technologiques. Les avis divergent sur la question³¹.

262 N.C.p.c. Dans un de nos ouvrages³², nous avons étudié l'historique des dispositions qui, depuis 1965, mettent en place un régime spécial de contestation des documents en offrant une présomption d'authenticité à des documents sur lesquels on peut se fier. C'est le cas des documents signés (1965) ; des actes-semi-authentiques (1992) et de l'inscription informatisée (1992) « effectuée de façon systématique et sans lacunes »³³. En 2001, et de façon étonnante, ce régime a été étendu à l'ensemble des documents technologiques, la référence au caractère systématique et sans lacunes n'étant plus requise. Même si une partie de la doctrine considère que ce régime dérogatoire ne vaut que pour l'environnement³⁴, tout comme la Cour d'appel³⁵, il est nécessaire de s'interroger sur le fait que l'article 262 N.C.p.c. reproduit non seulement les modalités de 89 al. 1 (4) de l'ancien C.p.c., mais étend possiblement son application. Assurément, cette « nouvelle » disposition de 2016 demande à être regardée au regard de la Loi³⁶.

QUESTION 16 : (ARTICLE 7)

Q

Pensez-vous que l'article 262 N.C.p.c. devrait être repensé ?

²⁹ Léo DUCHARME, *Précis de la preuve*, 6^e éd. Wilson & Lafleur, 2005, n° 483.

³⁰ *Benisty c. Kloda*, 2018 QCCA 608, par. 100.

³¹ Vincent GAUTRAIS, *La preuve technologique*, 2^{ième} éditin, 2018, LexisNexis Canada, Montréal, par. 579.

³² *Id.*, par. 416 et suiv.

³³ Ancien article 2838 C.c.Q. Outre ces critères qualitatifs, et selon le professeur Ducharme, cette présomption ne valait que pour le système informatique mais pas pour le document à proprement parler ; Léo DUCHARME, *Précis de la preuve*, 6^e éd, Wilson & Lafleur, 2005, par. 484.

³⁴ Jean-Claude ROYER et Sophie LAVALLÉE, *Droit de la preuve*, 4^{ième} éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, par. 407.

³⁵ *Benisty c. Kloda*, 2018 QCCA 608, par. 113 (voir la note 75).

³⁶ Vincent GAUTRAIS, *La preuve technologique*, 2^{ième} édition, 2018, LexisNexis Canada, Montréal, par. 73 à 75.

☐ OUI

☐ NON

Comme précisé préalablement, nous croyons que l'article 7 de la Loi devrait disparaître, sa finalité première (la facilitation de la preuve technologique) étant presque dérisoire par rapport aux inconvénients rencontrés. Cela nous amènera sans doute sur une interrogation de l'article 262 N.C.p.c.

QUESTION 17 : ZONE DE COMMENTAIRES

Q

NIVEAU 1 Valeur juridique (ARTICLE 9). Les mêmes commentaires que pour l'article 5 peuvent être proposés pour l'article 9. Comme pour l'article 5, la jurisprudence montre la difficulté d'interpréter cette notion.

« 9. Des documents sur des supports différents ont la même valeur juridique s'ils comportent la même information, si l'intégrité de chacun d'eux est assurée et s'ils respectent tous deux les règles de droit qui les régissent. L'un peut remplacer l'autre et ils peuvent être utilisés simultanément ou en alternance. De plus, ces documents peuvent être utilisés aux mêmes fins. »

Mais de façon plus substantielle, il est loisible de s'interroger sur la pertinence de cette disposition qui n'a donné lieu à aucune jurisprudence véritable³⁷. Une disposition qui tente, selon nous, de seulement faciliter l'admission en preuve d'un document qui présenterait des différences de forme, de présentation.

QUESTION 18 : (ARTICLE 9)

Q

Pensez-vous que cette terminologie («valeur juridique») devrait être amendée ?

☐ OUI

³⁷*Id.*, par. 232.

☐NON

QUESTION 19 : (ARTICLE 9)

Q

Pensez-vous que cette disposition devrait être modifiée ou abrogée ?

☐OUI : modifiée

☐OUI : abrogée

☐NON

NIVEAU 3 **Équivalence fonctionnelle et original (ARTICLE 12).** L'article 12 de la Loi, comme mentionné plus tôt, est la disposition, et de très loin, qui est la plus citée dans la jurisprudence. En revanche, il est notable de constater qu'aucune décision n'a pris le soin d'interpréter la distinction entre les trois types de fonctions que l'original est susceptible de remplir. Cette analyse est d'autant plus complexe que l'approche suivie est unique quand on la compare avec ce qui s'est fait dans d'autres juridictions. Des trois notions juridiques les plus utilisées que sont l'écrit, la signature et l'original, ce dernier est celui qui pose le plus de difficultés à transposer dans le numérique. En effet, à cause du fait que cet office de « accommodage » est contre-nature, l'original étant fortement ancré dans le support papier, il est souvent délicat de déterminer la fonction pour laquelle l'original a été créé³⁸. C'est la raison pour laquelle plusieurs juridictions ont une approche fonctionnelle plus simple, centrant la notion d'original autour de l'intégrité³⁹ ou de l'authenticité⁴⁰. Ce dernier point est d'ailleurs, depuis longtemps, pris en compte quand vient le temps de considérer la notion d'original associé à la règle de la meilleure preuve :

« En un mot, la règle de la meilleure preuve, veut dire qu'on ne doit pas faire une preuve qui, à sa face même, laisse voir que la partie pourrait recourir à une autre source d'information plus satisfaisante, plus digne de confiance en elle-même. »⁴¹

Plus récemment, la jurisprudence se limita à cette perspective en associant l'original à cette même quête de diligence afin de s'assurer de l'authenticité du document que l'on

³⁸ « 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 » ; Vincent GAUTRAIS et Patrick GINGRAS, « La preuve des documents technologiques », (2010) 22-2 *Cahiers de propriété intellectuelle* 267.

³⁹ On peut notamment penser aux travaux de la CNUDCI ; *Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux*, Rés. AG 60/2, Doc. Off. AG NU, 60^e sess., Doc. NU A/RES/60/2 (2005), en ligne : http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention.html (consulté le 14 juin 2019), art. 9.4.

⁴⁰ Vincent GAUTRAIS, *La preuve technologique*, 2^{ième} édition, 2018, LexisNexis Canada, Montréal, par. 286 et suiv.

⁴¹ François LANGELIER, *De la preuve en matière civile et commerciale*, Montréal, Éditions C. Théoret, 1895, n° 238.

souhaite prouver⁴². Il est donc légitime de s'interroger si la Loi ne va pas trop loin en décortiquant de la sorte les trois fonctions que l'original est susceptible d'avoir. D'autant que certaines confusions prévalent notamment entre la première et la troisième fonction (« source première » (al.1) et « forme première d'un document relié à une personne » (al. 3))⁴³.

QUESTION 20 : (ARTICLE 12)

Q

Pensez-vous que cette disposition devrait être modifiée ou abrogée ?

☐ OUI : modifiée

☐ OUI : abrogée

☐ NON

QUESTION 21 : (ARTICLE 12)

Q

Pensez-vous que la référence aux fonctions de l'original pourrait être simplifiée (fonction généralisée référant au document source) ?

☐ OUI

☐ NON

QUESTION 22 : ZONE DE COMMENTAIRES

Q

NIVEAU 3 Distinction copie / transfert (ARTICLE 15, ARTICLE 17 et ARTICLE 2841). La notion de « transfert » est un néologisme qui a été créé par la Loi. Bien que déstabilisante, il s'agit d'une forme de reproduction qu'il importait de créer dans la mesure où elle ne se base pas sur le critère de « fidélité » que l'on retrouve dans la copie (article 15). D'ailleurs,

⁴² *Sécurité des Deux-Rives ltée c. Groupe Meridian construction restauration inc.*, 2013 QCCQ 1301.

⁴³ Vincent GAUTRAIS, *La preuve technologique*, 2^{ème} édition, 2018, LexisNexis Canada, Montréal, par. 292 à 304.

à titre de comparaison, si le droit français n'a pas légiféré sur la notion⁴⁴, la jurisprudence de la Cour de cassation a introduit la notion de « réplique informatique » pour représenter la migration de fichiers d'une organisation dont la mise en forme a été modifiée dans l'opération⁴⁵. Il y a donc bien deux formes de reproduction comme cela apparaît à l'article 2841 C.c.Q. ; deux formes de reproduction qui peuvent se résumer ainsi : alors que la copie a généralement un office de multiplication⁴⁶, le transfert a davantage pour objet une substitution⁴⁷. Ceci étant dit, cette cohabitation des deux notions n'est pas sans difficultés. **En premier lieu**, la jurisprudence n'a pas pleinement maîtrisé la distinction entre les deux⁴⁸, et ce, même si des décisions récentes semblent déceler la différence⁴⁹. **En deuxième lieu**, et comme nous le reverrons plus tard, il importerait d'opérer un parallélisme quant aux hypothèses où la copie est acceptée en lieu et place de l'original comme cela apparaît à l'article 2860 C.c.Q. En effet, si on autorise « une copie qui légalement en tient lieu », il serait sans doute important que cela vaille de la même manière pour le transfert⁵⁰. De façon similaire, quand le corpus législatif évoque la notion de « copie certifiée », il importerait de savoir si un transfert documenté pourrait équivaloir⁵¹. **En troisième lieu**, et peut-être surtout, on peut légitimement se demander si ce cumul des deux formes de reproduction n'est pas une source de complexité inutile :

« 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. »⁵²

Cette question est d'autant plus pertinente qu'en fin de compte, le régime distinct propre à chacune des formes de reproduction n'est pas si différent. En effet, la certification est

⁴⁴ Si ce n'est dans un cadre très particulier d'un décret sur les actes notariés numériques.

⁴⁵ Civ. 2, 17 mars 2011, n° 10-14850. Vincent GAUTRAIS, *La preuve technologique*, 2^{ème} édition, 2018, LexisNexis Canada, Montréal, par. 327.

⁴⁶ Il est en effet possible de trouver des hypothèses où une copie est opérée pour des fins de substitution. En effet, on peut imaginer une organisation reproduire des fichiers d'un cédérom vers un serveur, la durée du premier étant limitée. Dans ce cas, il y a bien copie (la technologie ne change pas) mais le « nouveau » document sert à pallier les défauts de l'ancien.

⁴⁷ Vincent GAUTRAIS, *La preuve technologique*, 2^{ème} édition, 2018, LexisNexis Canada, Montréal, par. 306 et 328.

⁴⁸ *Sécurité des Deux-Rives ltée c. Groupe Meridian construction restauration inc.*, 2013 QCCQ 1301 ; *Lefebvre Frères ltée c. Giraldeau*, 2009 QCCS 404 ; *Intercontinental Corporate Technology Services Ltd. c. Bombardier inc.*, 2008 QCCS 5086.

⁴⁹ *Benisty c. Kloda*, 2018 QCCA 608, par. 137 ; *Tabet c. Equityfeed Corporation*, 2017 QCCS 3303 ; *Simonetti c. El Moumni*, 2016 QCCQ 11616 ; *B.L. c. Maison sous les arbres*, 2013 QCCA 150.

⁵⁰ Vincent GAUTRAIS et Patrick GINGRAS, « La preuve des documents technologiques », (2010) 22-2 *Cahiers de propriété intellectuelle* 267 ; Vincent GAUTRAIS, *La preuve technologique*, 2^{ème} édition, 2018, LexisNexis Canada, Montréal, par. 333.

⁵¹ À titre d'exemple, on trouve la notion de « copie certifiée » dans pas moins de 447 lois ou règlements (selon une recherche CanLII).

⁵² Claude MARSEILLE et Raphaël LESCOP, « Règle de nécessité de l'original », dans *Preuve et prescription*, coll. « Droit civil », *Obligations et responsabilité civile*, fasc. 13, JurisClasseur Québec, Montréal, LexisNexis, 2008, feuilles mobiles, par. 44.

une forme particulière de documentation ; d'autant que l'article 2841 al.3 C.c.Q. a grandement libéralisé la façon de la matérialiser.

QUESTION 23 : (ARTICLE 15/17)

Q

Y-aurait-il lieu d'unifier les statuts de la « copie » et du « transfert » ?

☐ OUI

☐ NON

QUESTION 24 : ZONE DE COMMENTAIRES

Q

NIVEAU 1 Recherche extensive (ARTICLE 24). La Loi a innové en proposant une disposition visant à encadrer les recherches extensives concernant les banques de données, notamment disponibles en ligne.

« L'utilisation de fonctions de recherche extensive dans un document technologique qui contient des renseignements personnels et qui, pour une finalité particulière, est rendu public doit être restreinte à cette finalité. Pour ce faire, la personne responsable de l'accès à ce document doit voir à ce que soient mis en place les moyens technologiques appropriés. Elle peut en outre, eu égard aux critères élaborés en vertu du [paragraphe 2°](#) de l'[article 69](#), fixer des conditions pour l'utilisation de ces fonctions de recherche. »

À titre d'illustration, comment s'assurer qu'une banque de données comme CanLII, accessible en ligne, ne puisse servir à certaines personnes de retracer certaines informations sur des individus ; en l'occurrence, dans cet exemple, ce principe doit être mis en contexte avec le principe de publicité des décisions de justice. Une autre hypothèse à laquelle on peut penser est le développement de l'*Open Data* où des ministères et organismes notamment mettent à la disposition du public des données sur leurs activités. Il faut s'assurer que cette mise à la disposition ne puisse être attentatoire à la protection des renseignements personnels des individus. La jurisprudence est peu

prolixes sur le sujet et l'article 24 n'a pas vraiment donné lieu à beaucoup d'analyse⁵³. Toutefois, nous ne sommes pas sûrs qu'il faille intervenir sur ce texte qui est en mesure de laisser une certaine souplesse aux juges pour l'interpréter.

Règlement. En revanche, où il y a peut-être à s'interroger est sur le fait de savoir si un règlement doit être adopté afin de préciser les modalités à mettre en place lors de la mise à disposition d'une banque de données. En effet, c'est une possibilité offerte à l'article 69 al. 2 que de déterminer les normes à suivre. Ceci dit, il est loisible de s'interroger sur le fait de savoir si un tel règlement est requis, les manières de faire pouvant tout à fait être mises en place par l'institution concernée ; si les enjeux sont suffisamment grands pour justifier une telle intervention étatique.

QUESTION 25 : (ARTICLE 24)

Q

Un règlement devrait-il être adopté pour compléter l'article 24 ?

☐ OUI

☐ NON

3.2 – Les dispositions non mises en œuvre

Si le cœur de nos développements porte sur les dispositions actuelles, il est également loisible de se demander s'il n'y aurait pas lieu d'aller de l'avant en identifiant des avenues qui n'ont pas encore été mises en œuvre. Plus exactement, il y a d'abord des dispositions qui offraient la possibilité de « botter en touche » en autorisant certaines instances à préciser des règles s'appliquant en la matière. C'est le cas de l'article 8 qui prévoit la possibilité pour l'exécutif de passer un décret, alors que l'article 69 prévoit plutôt que des règlements peuvent être adoptés. Ensuite, il existe certains questionnements qui en 2001 n'ont pas été traités et qui mériteraient, près de 20 ans plus tard, d'être considérés.

NIVEAU 1 Décrets applicatifs (ARTICLE 8). La Loi avait bien clairement identifié que des décrets pouvaient compléter la généralité nécessaire du texte législatif. Mieux, il était prévu qu'une présomption pourrait être associée aux prescriptions introduites par ledit décret.

« 8. Le gouvernement peut, en se fondant sur des normes ou standards techniques approuvés par un organisme reconnu visé à l'article 68, décréter qu'un dispositif est apte à remplir une fonction déterminée.

⁵³ Patrick GINGRAS et Anne-Marie MARTIN, [Commentaire sur la décision D. \(M.\) c. Montréal \(Ville de\) – La cohabitation imparfaite des articles 55 de la Loi sur l'accès et 24 LCCJT](#) » dans Repères, novembre 2014, La référence, EYB2014REP1607.

Lorsque le décret indique le dispositif visé, la fonction qu'il doit remplir ainsi que la norme ou le standard retenu, il n'y a pas lieu de faire la preuve du fait qu'il est apte à remplir cette fonction. »

Comme constaté, rien ne fut produit. Pourtant, il y a un certain nombre de questions qui aurait pu bénéficier d'une telle production normative. À titre d'exemple, l'intégrité telle que définie à l'article 6 mériterait d'être précisée selon les contextes d'application. De la même manière, les hypothèses de transfert de documents où la destruction des documents sources est prévue pourraient être précisées dans un tel document. Également, il serait envisageable de prévoir des règles propres à certains secteurs d'activité. Quoi qu'il en soit, il existe plusieurs questions qui souffrent de l'absence de règles claires.

Pouvoir circonscrit. Ceci dit, le pouvoir de décréter semble assez limité. En effet, il ne porte que sur un « dispositif » qui identifie « la fonction qu'il doit remplir ». Par dispositif, on peut comprendre « un appareil, un mécanisme ou un procédé, (...) apte à remplir une fonction déterminée »⁵⁴.

Ensuite, ce pouvoir ne semble se cantonner qu'au fait d'identifier une norme ou un standard existant. De façon plus générale, il est loisible de se demander si c'est au gouvernement d'effectuer ce rôle d'identification.

QUESTION 26 : (ARTICLE 8)

Q

Un décret devrait-il être envisagé ? Dans quel domaine en particulier ?

☐ OUI

☐ NON

Donnez des exemples de sujets justifiant l'adoption d'un décret.

QUESTION 27 : (ARTICLE 8)

Q

Pensez-vous que ce pouvoir prévu à l'article 8 devrait disparaître ?

☐ OUI

⁵⁴ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Loi annotée par article*, article 8, 2001, disponible à <https://www.tresor.gouv.qc.ca/ressources-informationnelles/cadre-normatif-de-gestion-des-ressources-informationnelles/loi-concernant-le-cadre-juridique-des-technologies-de-linformation/loi-annotee-par-article/loi-annotee-par-article-article-8/>.

☐NON

Processus de production. En fait, et même s'il ne s'agit pas du mode exclusif de production, l'article 8 fait explicitement référence au Comité d'harmonisation, précisément à l'article 68. Cette disposition identifie deux types d'institutions habilitées à produire de tels compléments d'information : les organismes de production de normes, plus formellement établis, mais aussi un « groupement d'experts », élargissant ainsi, avec une certaine souplesse, une souplesse certaine en fait, les organisations en mesure de produire de telles prescriptions. On pourrait donc facilement imaginer une association universitaire, professionnelle, jouer ce rôle de validation de la production ou de l'identification des normes techniques.

Présomption. Ce qu'il importe aussi de signaler c'est que ce « botté en touche » qui est proposé par la Loi permet de remplir deux objectifs. **En premier lieu**, c'est que ce décret ne consistera pas forcément à générer de nouvelles normes mais pourra se « limiter » à identifier certaines d'entre elles, préexistantes. Le décret pourra donc servir à « adouber » des normes existant déjà ; et qui sont souvent très nombreuses. **En second lieu**, il est prévu qu'une présomption peut être offerte à un procédé ou à une norme que l'on juge comme étant fiable (second alinéa de l'article 8). Si la mesure est séduisante, il est loisible de s'interroger sur la pertinence d'une telle présomption en toutes circonstances. En effet, si cela se conçoit bien pour l'utilisation de certains procédés, par exemple un dispositif de signature⁵⁵, il n'est pas évident que cela se transpose à une norme technique en général. En effet, la présomption a pour effet de faire porter la charge de la preuve sur l'autre partie ; or, cette autre partie sera souvent démunie afin de prouver que l'application de la norme est déficiente ou autrement mal effectuée. Il est donc envisageable que ces possibles décrets ne donnent pas forcément lieu à une telle présomption.

QUESTION 28 : (ARTICLE 68)

Q

Pensez-vous qu'une telle présomption pourrait être intéressante ?

☐OUI

☐NON

NIVEAU 1 Comité d'harmonisation (ARTICLE 63). Outre la possibilité de décret, la Loi autorise une extension avec le Comité d'harmonisation. Cette manière de faire est classique et permet d'introduire de la souplesse dans un domaine qui en demande, d'autant qu'une Loi est forcément plus difficile à modifier. Malheureusement, le procédé

⁵⁵ De telles présomptions existent par exemple dans certains textes soit internationaux, régionaux ou nationaux relativement à certains procédés de signature sécurisée (comme par exemple des infrastructures à clé publique).

actuel a montré certaines limites lors d'une nomination qui a eu lieu en 2010⁵⁶. **En premier lieu**, le processus de nomination est particulièrement lourd, la nomination s'étant opérée par le Conseil des ministres. Il est même loisible de se demander si la précision prévue dans le processus de nomination est requise. **En deuxième lieu**, le processus autour du Comité d'harmonisation a été conçu comme une organisation de production normative alors que bien davantage c'est un rôle d'identification des normes existantes applicables qui aurait dû être considéré. Pour illustrer cette tangente, la présidence est assurée par le Bureau de normalisation du Québec (article 63) qui doit élaborer des « guides de pratique » (article 65). **En troisième lieu**, le Comité d'harmonisation disposait d'une forte représentation du secteur public par rapport au secteur privé.

Comité indépendant. De façon plus générale, il est même possible de se demander si cet outil institutionnel ne pourrait pas être repensé plus globalement en permettant qu'il soit moins attaché à l'État qu'il ne l'est actuellement. Il serait par exemple possible de croire qu'une pareille organisation soit par exemple associée au monde universitaire ou à l'industrie. En pareil cas, il faudra néanmoins s'assurer qu'elle dispose d'un certain nombre de garanties tant processuelles que substantielles afin que sa légitimité soit assurée. Il est même loisible de se demander si un tel comité doit être prévu dans la Loi, une pareille organisation pouvant s'effectuer en marge de l'État.

QUESTION 29 : (ARTICLE 63)

Q

Pensez-vous que le comité d'harmonisation devrait être modifié ?

☐ OUI : valorisé

☐ OUI : réorganisé

☐ NON

QUESTION 30 : (ARTICLE 63)

Q

Pensez-vous que le comité d'harmonisation pourrait être structuré par une entité externe à l'appareil étatique ?

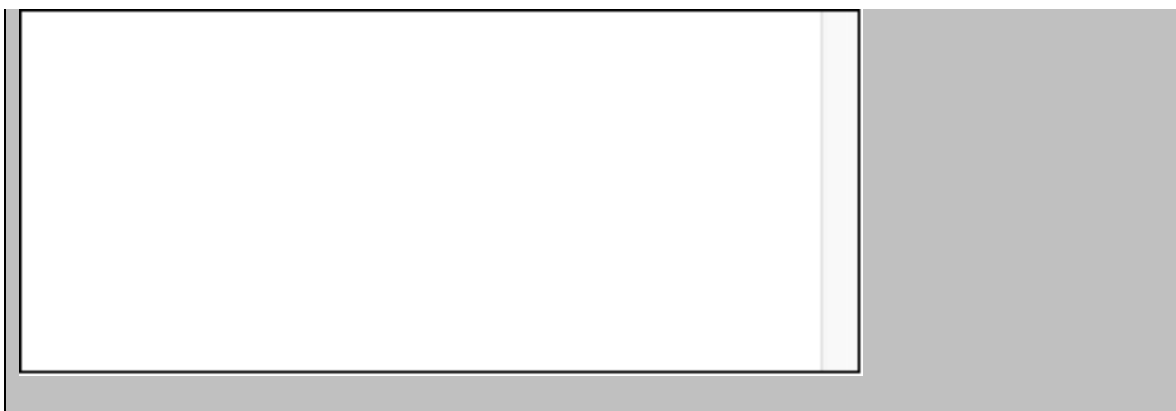
☐ OUI

☐ NON

QUESTION 31 : ZONE DE COMMENTAIRES

Q

⁵⁶ Le comité d'harmonisation s'est réuni 6 ou 7 fois suite à sa nomination en 2010 : <https://www.emplois-superieurs.gouv.qc.ca/Nominations/Communique/2010-03-10>.



NIVEAU 1 **Règlements applicatifs (ARTICLE 69).** Au-delà de l'article 8 qui autorise l'exécutif de passer des décrets, l'article 69 prévoit l'hypothèse où le gouvernement souhaite adopter des règlements sur quatre sujets en particulier (valeur archivistique, recherche extensive, certification, intégrité). Si le processus est sans doute plus complexe, il importe de se demander d'abord si un tel processus est nécessaire. À titre d'exemple, de tels compléments normatifs ne semblent pas requis concernant la certification où l'industrie s'est régie elle-même, se basant notamment sur des normes existantes. Un débat peut donc avoir lieu quant à la nécessité de passer par le biais d'un règlement pour produire de la norme sur ces sujets. Ensuite, et dans le sens contraire, il est loisible de se demander s'il y a lieu d'étendre le pouvoir de réglementation sur d'autres domaines que ceux identifiés à l'article 69.

QUESTION 32 : (ARTICLE 69)

Q

Pensez-vous que des règlements devraient être adoptés ?

☐ OUI

☐ NON

QUESTION 33 : (ARTICLE 69)

Q

Pensez-vous que le domaine d'application de l'article 69 est trop étroit ?

☐ OUI

☐ NON

QUESTION 34 : (ARTICLE 69)

Q

Pensez-vous que ce pouvoir réglementaire devrait disparaître ?

☐ OUI

☐ NON

QUESTION 35 : ZONE DE COMMENTAIRES

Q

NIVEAU 1 Article 2860 C.c.Q. (ARTICLE 80). L'article de base de la règle de la meilleure preuve prévoit la production de l'original pour les écrits. Ceci dit, une exception majeure prévaut depuis déjà longtemps dès lors qu'il existe « une copie qui légalement en tient lieu » ; à savoir une copie certifiée. Dans la mesure où la Loi introduit désormais l'existence de deux formes de reproduction, il est loisible de se demander s'il ne faudrait pas autoriser aussi « un transfert qui légalement en tient lieu »⁵⁷ ; à savoir un « transfert documenté ».

QUESTION 36 : (ARTICLE 80)

Q

Pensez-vous que cet ajout à l'article 2860 C.c.Q. devrait être effectué ?

☐ OUI

☐ NON

NIVEAU 1 Conjugaison (ARTICLE 80). Un peu comme pour l'article 6, nous nous interrogeons sur l'existence d'une erreur d'accord à l'article 80 de la Loi qui est devenu l'article 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. » (Nos soulignements)

Dans cette disposition, on évoque en effet l'idée d'une « copie qui en tient lieu d'original » dès lors qu'il y a « copie d'un document certifié ». Avec égard, nous croyons que l'accord

⁵⁷ Vincent GAUTRAIS et Patrick GINGRAS, « La preuve des documents technologiques », (2010) 22-2 *Cahiers de propriété intellectuelle* 267.

devrait se faire avec le mot « copie » et non pas « document », ce qui semble d'ailleurs être confirmé dans la version anglaise (*by a certified copy of the document*). En fait, nous pensons que l'article devrait référer tout simplement à « copie certifiée », la référence à la notion de document n'étant pas ici requise soit « par la copie certifiée qui satisfait aux exigences de l'article 16 de cette loi ».

QUESTION 37 : (ARTICLE 80)

Q

Pensez-vous que cette erreur cléricale devrait être corrigée ?

☐ OUI

☐ NON

3.3 – Les dispositions non prévues dans la LCCJTI qui pourraient être ajoutées

eIDAS. Il est difficile d'identifier les prescriptions que la Loi aurait pu prévoir dans la mesure où celle-ci a fait preuve d'une certaine innovation en allant beaucoup plus loin que la plupart des lois canadiennes sur ce sujet. À titre d'exemple, plusieurs des lois des provinces et territoires canadiens se sont limitées à reproduire les dispositions de la *Loi-modèle de la CNUDCI sur le commerce électronique de 1996*, texte qui ne fait que préciser de rares notions comme l'écrit, la signature, l'original. En dépit de plusieurs travers, la Loi est donc passablement innovante quand on la compare avec d'autres. En fait, un texte étranger qui peut s'avérer utile pour l'identification des dispositions nouvelles est le règlement européen dit eIDAS⁵⁸. Ce texte vise notamment à faciliter l'utilisation de procédés, dits « qualifiés », qui respectent certaines conditions.

Présomption associée à la signature. Comme dans le règlement eIDAS, il serait possible d'envisager que certaines formes de signatures, dès lors qu'elles respectent des conditions de sécurité prédéterminées, puissent bénéficier d'une présomption de validité. Ce régime prévaut pour ce que ce texte dénomme les « signature qualifiées ». Si nous avons vu plus tôt que la solution de la présomption devait être utilisée avec parcimonie, ici la donne serait différente dans la mesure où la qualification donnée passerait forcément par l'intervention d'un tiers de confiance. Il serait donc possible d'étoffer l'article 39 sur la signature qui ne fait que reproduire la pertinence de l'article 2827 C.c.Q. Bien évidemment, une telle présomption n'aurait pas pour effet d'empêcher la jurisprudence de reconnaître des signatures utilisant un autre mode d'identification. Un tapuscrit par exemple pourrait continuer à valoir signature dès lors que les fonctions requises sont réunies.

⁵⁸ Règlement (UE) n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE, disponible à <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014R0910&from=FR>.

CNUDCI. Même si les travaux sont encore préliminaires, la CNUDCI, lors de sa dernière séance en avril 2019, a décidé de travailler sur les services de confiance qui permettraient de faciliter le commerce électronique. Ainsi, un projet de thématique a été proposé portant sur la gestion d'identité et les services de confiance⁵⁹.

QUESTION 38 : (PRÉSUMPTION)

Q

Pensez-vous qu'une telle présomption pourrait être envisagée afin de faciliter la mise en preuve d'une signature dûment qualifiée ?

☐ OUI

☐ NON

Présomptions pour d'autres procédés. Comme dans le règlement eIDAS, cette présomption pourrait aussi s'appliquer à d'autres services comme le cachet⁶⁰ (article 13 de la Loi), les services de garde (article 26 de la Loi), l'horodatage⁶¹ ou les services d'envoi recommandé⁶². Ceci étant dit, il est difficile d'évaluer si cette manière de faire européenne pourrait être d'intérêt au Québec où une plus large place est laissée à l'industrie.

3.4 – Les dispositions en lien avec de nouveaux textes internationaux (Accord Canada – États-Unis – Mexique)

Nous n'avons pas autrement envisagé la compatibilité de la Loi avec des lois provinciales québécoises, dans la mesure où la plupart de celles qui sont apparues subséquentement faisaient justement référence à la Loi. C'est notamment le cas du N.C.p.c. qui fait explicitement référence à ce texte. De la même manière, nous n'avons pas vu de conflit potentiel entre des lois fédérales canadiennes et la Loi, soit du fait de l'absence de différences substantielles soit à cause de l'absence de contact étant donné le partage des compétences. En revanche, il nous semble important de mettre la Loi en contexte avec un texte international portant sur des domaines propres à la Loi à savoir le récent Accord Canada – États-Unis – Mexique signé entre les trois pays (ci-après le « CUSMA »).

Commerce numérique. Le CUSMA est en cours d'adoption. Or, si la portée est évidemment très extérieure à celle de la Loi, il y a quelques liens qu'il est possible d'identifier entre les deux textes. En fait, le Chapitre 19 s'intitulant « Commerce

⁵⁹ Projet de dispositions relatives à la reconnaissance internationale de la gestion de l'identité et des services de confiance, avril 2019, disponible à <https://undocs.org/fr/A/CN.9/WG.IV/WP.157>.

⁶⁰ *Id.*, article 35.

⁶¹ *Id.*, article 41.

⁶² *Id.*, article 43.

numérique »⁶³ prévoit de rares dispositions qui entrent en contact avec le domaine d'application de la Loi. Nous pouvons en relever principalement deux : une est en contact direct et l'autre est plus indirect.

Signature compatible. Plusieurs articles traitent spécifiquement et directement des méthodes d'authentification. Sans les décrire toutes, on peut seulement considérer qu'aucun problème ne semble prévaloir afin de faire concorder les deux textes.

« signature électronique désigne les données sous forme électronique contenues dans un document ou un message électronique, ou jointes ou logiquement associées à celui-ci, pouvant être utilisées pour identifier le signataire dans le cadre du document ou du message électronique et indiquer qu'il approuve l'information qui y est contenue. »⁶⁴

Ceci vaut tant pour la définition même de signature électronique qui est proposée au début du chapitre qui reprend les deux fonctions identifiées à l'article 2827 C.c.Q. et reprise à l'article 39 de la Loi. Cela vaut aussi pour l'article 19.6 de la CUSMA dont les développements ne nous semblent aucunement incompatibles. Mieux, on y voit proclamé l'interopérabilité, conformément à l'article 1 al.5 de la Loi.

Écrit problématique. Plus indirectement cette fois, un éventuel problème de compatibilité pourrait surgir de la référence faite à la *Loi-modèle de la CNUDCI de 1996 sur le commerce électronique*. En effet, l'article 19.5 al. 1 prévoit :

« Chacune des Parties maintient un cadre juridique régissant les transactions électroniques conformément aux principes énoncés dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique de 1996. »

En 2008, nous avons été mandatés par le ministère de la Justice du Canada afin d'évaluer la compatibilité de ce texte avec la Loi. Dans un document rendu public, nous avons souligné que si l'ensemble du document de la CNUDCI était compatible, un concept risquait d'achopper, à savoir, celui de l'écrit électronique⁶⁵. En effet, une discordance apparaissait entre les fonctions de l'écrit dans le texte de la CNUDCI et celles prévues par la Loi. Alors que le premier faisait valoir le critère de la consultation ultérieure⁶⁶, la seconde misait sur la notion d'intégrité.

⁶³ <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/assets/pdfs/agreements-accords/cusma-aceum/r-aceum-19.pdf>.

⁶⁴ *Id.*, article 19.1 (Définitions).

⁶⁵ Vincent GAUTRAIS, *Analyse comparative de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux au regard du droit civil québécois*, août 2008, disponible à [https://www.gautrais.com/fichiers/2018/02/FINAL_gautrais.ELECTRONIC_COMMERCE.fr .pdf](https://www.gautrais.com/fichiers/2018/02/FINAL_gautrais.ELECTRONIC_COMMERCE.fr.pdf).

⁶⁶ L'article 9 al. 2 de la Loi-modèle prévoyait que l'écrit est réalisé dès lors que « l'information qu'elle (la communication électronique) contient est accessible pour être consultée ultérieurement. ». (nos soulignements)

Compatibilité à expliciter. Il nous est possible de constater une distorsion entre les deux textes, soit la CNUDCI et la Loi, quant aux fonctions que l'écrit se doit de satisfaire. Alors que le premier texte axe sur les fonctions que l'écrit doit respecter en tant que condition formelle, la Loi cible davantage les fonctions de preuve qu'un écrit doit respecter, comme la plupart des autres documents (intégrité et lien avec l'auteur). Bien que cette discordance de fonctions soit source à complexité, il est sans doute possible d'expliciter ces différences.

QUESTION 39 : (CUSMA)

Q

Pensez-vous que cette discordance devrait être une raison de réviser la LCCJTI ?

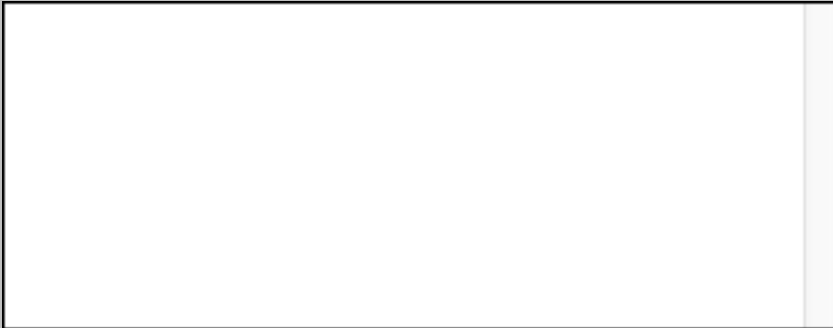
☐ OUI

☐ NON

QUESTION 40 : (GÉNÉRAL)

Q

Est-ce que d'autres points devraient donner lieu à une révision ou une réflexion ? Si oui, remplir la zone de saisie ci-dessous. Cet espace peut donc être utilisé pour tout commentaire que vous aimeriez apporter sur cette étude préliminaire.



Participation. Comme mentionné au début de ce document, cette étude vise à évaluer l'application de la LCCJTI. À cet égard, la participation de la communauté à cette étude est pour nous d'une grande importance. Outre l'apport des praticiens, théoriciens, juges, archivistes et gestionnaires, en répondant au présent sondage, c'est aussi le moyen pour nous de mieux faire connaître un texte majeur sur la numérisation des services. Nous vous remercions donc grandement d'avoir pris le temps requis pour y participer. Également, et comme mentionné plus tôt, nous allons effectuer deux rencontres à Montréal et Québec, respectivement le **11 et 16 septembre 2019**. Sous réserve des places disponibles, n'hésitez pas à nous signifier votre intérêt à y participer en écrivant à Kenza Sassi <kenza.sassi.1@umontreal.ca>.