

LA PREUVE EN MATIÈRE D'ÉCHANGE DE DOCUMENTS INFORMATISÉS

Par Guy Lefebvre*
Montréal

Cet article porte sur le droit de la preuve dans le cadre de l'échange de documents informatisés (EDI), et ce, dans le contexte de l'entrée en vigueur du nouveau Code civil du Québec¹. Ce dernier contient des dispositions spécifiques relativement aux inscriptions informatisées. Dans une première partie, l'auteur présente le cadre général prévu par le nouveau code en ce qui a trait à la preuve des documents informatisés : transactions visées, conditions de l'inscription informatisée comme moyen de preuve et force probante. Il fait alors ressortir que les dispositions relatives aux inscriptions informatisées ne visent que les actes juridiques. En ce qui concerne les faits matériels, on doit leur appliquer les autres dispositions générales du droit de la preuve. L'auteur estime que, interprétées d'une manière souple, celles-ci devraient régir adéquatement les faits matériels. Une deuxième partie s'attache à cerner la notion de signature. L'auteur détermine les conditions qui doivent être réunies pour obtenir un consentement à une transaction qui soit compatible avec les règles de preuve du Code civil. Il est d'avis que la signature dite « électronique » remplit ces conditions. Enfin, une troisième partie est consacrée à la validité des conventions relatives à la preuve que l'on rencontre fréquemment dans le cadre de transactions informatisées. L'auteur se prononce en faveur du caractère licite de ces conventions.

Il conclut en insistant sur la nécessité d'appliquer les dispositions relatives à la preuve de façon libérale afin que l'on puisse reconnaître les nouvelles méthodes d'effectuer des transactions.

This article deals with the treatment of documents generated through computers within the law of evidence and with regard to specific provisions of the Civil Code.¹ In the first portion the writer presents an overview of the new provisions as they relate to various computer-generated materials and their probative value. He then emphasises that the relevant provisions only deal with legal instruments. With regard to material facts, the general rules of the law of evidence should apply which the author considers will be adequate to the task if read broadly. The second part outlines the concept of the signature. The writer lists the criteria to be met in order to sustain an agreement under the Civil Code. He believes that the electronic signature meets these requirements. In the third part the author addresses the validity of agreements which are most frequently met within the context of computerised transactions. The author supports their recognition by the law. Finally, the writer argues for flexibility in the law of evidence so to permit the recognition of new ways of effecting agreements.

* Guy Lefebvre, professeur, Faculté de droit de l'Université de Montréal, Montréal, Québec.

¹ Pour une étude plus approfondie sur ce sujet, voir P. Trudel, G. Lefebvre et S. Parisien, *La signature et la preuve dans l'échange de documents informatisés au Québec*, Québec, Les Publications du Québec, 1993.

Introduction	620
1. Les dispositions relatives aux inscriptions informatisées	621
A. <i>La preuve des actes juridiques</i>	621
i) Les transactions visées par les inscriptions informatisées	623
ii) Les conditions des inscriptions informatisées comme moyen de preuve d'un acte juridique	626
B. <i>La preuve des faits matériels</i>	629
i) La recevabilité	629
ii) La force probante	631
2. La signature électronique	632
A. <i>La dématérialisation de la signature électronique</i>	633
B. <i>L'identification et la manifestation de volonté du signataire</i>	633
3. Les conventions relatives à la preuve	636
A. <i>Les conditions quant à la formation des conventions en général</i>	637
B. <i>Le caractère licite des conventions relatives à la preuve</i>	637
Conclusion	640

Introduction

Les codificateurs du *Code civil du Bas-Canada*, en 1866, ne pouvaient envisager les profondes modifications que les technologies informatiques allaient engendrer dans notre société. Il n'est donc pas surprenant de constater que les règles édictées dans ce code n'étaient pas adaptées aux problèmes de preuve que suscite le recours aux techniques informatiques. La dématérialisation des transactions était souvent perçue comme une source de difficultés, car la plupart des règles de droit les encadrant semblaient conçues d'après l'hypothèse d'en conserver la trace sur support-papier. Ce phénomène se manifeste de façon évidente dans le contexte de l'échange de documents informatisés (EDI). À cet égard, la prohibition de la preuve testimoniale, la prohibition du oui-dire et la règle de la meilleure preuve constituaient des obstacles à la recevabilité en preuve d'inscriptions informatisées provenant d'une telle technique. De plus, la pratique généralisée des entreprises à édicter des stipulations contractuelles relatives à la preuve et leur souci de régler les différends sans faire appel aux tribunaux ont fait en sorte qu'il existe peu de jurisprudence sur le sujet de la dématérialisation des transactions². On peut donc affirmer que c'est avec le

² C. Fabien, «La communicative et le droit civil de la preuve», dans *Le droit de la communicative — Actes du colloque conjoint des Facultés de droit de l'Université de Poitiers et de l'Université de Montréal*, Montréal, Thémis, 1992 à la p. 162. Voir *Bachand c. Banque Nationale du Canada*, C.P. Montréal, n° 500-32-004883-858, 3 octobre 1985; *Caisse Populaire St-André Apôtre c. Groulx*, J.E. 90-1343 (C.Q.); *Cygnat Mini-Computers Ltd. c. Interwest Computer Systems Ltd.*, [1979] C.S. 553; *Tétreault c. Banque Royale du Canada*, J.E. 89-232 (C.Q.); *Villemure c. Master Card*, C.P. Montréal, n° 505-32-001620-864, 14 mai 1987; *Brunet c. Banque de Nouvelle-Écosse*, J.E. 95-877 (C.Q.).

Code civil du Québec, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994, que le droit québécois s'attaque véritablement à la preuve impliquant le recours à l'informatique. Nous aborderons ce sujet en trois étapes. Dans une première partie, nous présenterons le cadre juridique général concernant la preuve des inscriptions informatisées (1). Une deuxième partie est consacrée à la signature électronique afin d'apprécier sa compatibilité avec la définition de signature que l'on trouve au titre des moyens de preuve (2). Enfin, dans une troisième partie, nous analyserons la validité des conventions relatives à la preuve que les parties utilisent afin d'adapter les règles de preuve aux besoins de leurs transactions électroniques (3).

1. *Les dispositions relatives aux inscriptions informatisées*

Les dispositions relatives au droit de la preuve se trouvent au livre septième du *Code civil du Québec*. Ce livre énonce une réglementation complète du droit de la preuve en matière civile³. Il comporte une section spécialement dédiée à l'informatique. Il s'agit de la section VI qui est intitulée «Des inscriptions informatisées». Cette section comprend trois articles. Elle ne s'applique toutefois qu'à la preuve des actes juridiques⁴. En ce qui concerne les faits juridiques, ils sont régis par les articles généraux des autres sections. En premier lieu, nous allons analyser les règles de preuve relatives actes juridiques (A). Dans un second temps, il sera fait état du régime applicable aux faits matériels (B).

A. *La preuve des actes juridiques*

Les dispositions relatives aux actes juridiques sont rédigées comme suit :

Art. 2837. Lorsque les données d'un acte juridique sont inscrites sur support informatique, le document reproduisant ces données fait preuve du contenu de l'acte, s'il est intelligible et s'il présente des garanties suffisamment sérieuses pour qu'on puisse s'y fier.

³ Pour un exposé des nouvelles règles en matière de preuve, voir L. Ducharme, «Le nouveau droit de la preuve en matières civiles selon le *Code civil du Québec*» [1992] 23 R.G.D. 5.

⁴ On entend par le terme «acte juridique» «...une manifestation de la volonté individuelle dans le but direct et immédiat de produire des effets juridiques, soit de créer, modifier, éteindre, transférer, confirmer ou reconnaître un droit. Cette définition englobe le contrat bilatéral et unilatéral, mais aussi des actes unilatéraux tels le testament, la renonciation à un droit, le paiement, la promesse d'achat ou de vente...», voir J.-C. Royer, *La preuve civile*, Cowansville, Yvon Blais, 1987, n° 134 à la p. 50. Par opposition, tout événement autre qu'une manifestation de volonté est appelé un «fait matériel» ou un «fait juridique». Relativement à l'EDI, l'exemple suivant peut servir à différencier l'acte juridique du fait juridique : la conclusion d'un contrat de vente de biens matériels entre deux partenaires est un acte juridique; par contre, un message informatisé par lequel le vendeur confirme à l'acheteur la date d'expédition des biens constitue un fait juridique.

Pour apprécier la qualité du document, le tribunal doit tenir compte des circonstances dans lesquelles les données ont été inscrites et le document reproduit.

Art. 2838. 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. Une telle présomption existe en faveur des tiers du seul fait que l'inscription a été effectuée par une entreprise.

Art. 2839. Le document reproduisant les données d'un acte juridique inscrites sur support informatique peut être contredit par tous moyens.

Ces dispositions visent d'abord à écarter la problématique entourant la qualité des parties à l'acte juridique. Dans le *Code civil du Bas-Canada*, les règles de preuve variaient selon qu'une partie était considérée comme commerçante ou civile ou selon que l'on qualifiait l'acte de commercial ou de civil. Les parties civiles étaient généralement assujetties à la nécessité de conclure un acte juridique au moyen d'un écrit alors que les commerçants pouvaient utiliser la preuve testimoniale pour prouver celui-ci. Ces principes ont aussi donné lieu à la création de ce que d'aucun ont qualifié d'actes mixtes. En effet, il fallait suppléer aux carences du législateur lorsqu'on se trouvait devant un contrat conclu entre un commerçant et une personne qui ne l'est pas. Dans ce cas, on utilisait les règles de preuve applicables à la qualité de la personne contre laquelle on voulait prouver quelque chose. L'administration d'un régime de preuve de cette nature était souvent fort épineuse, surtout si l'on considère la difficulté de qualifier une personne de commerçante ou non. On se trouvait alors devant de nombreuses situations conflictuelles⁵. Le *Code civil du Québec*, pour sa part, a remplacé la notion de commerçant, ou d'actes commerciaux, par celle d'entreprise, ou d'actes pour les fins d'une entreprise. Cette distinction apporte selon nous une plus grande facilité dans l'administration de la preuve. En effet, la notion d'entreprise est beaucoup plus simple à appliquer dans la vie de tous les jours :

On peut définir l'entreprise comme une organisation ayant pour objet la poursuite d'une activité quelconque. Il y a organisation dès qu'il y a regroupement de personnes ou affectation de biens à la poursuite d'une activité quelconque. [...] L'entreprise commerciale peut se définir comme une organisation à but lucratif ayant pour objet la production économique. Lorsque la condition du but lucratif n'existe pas l'entreprise est réputée civile. C'est le cas des entreprises suivantes: l'État, les organismes publics, les coopératives, les associations et corporations à but non lucratif. Par ailleurs si, en principe, toutes les entreprises à but lucratif ont vocation à la commercialité, certaines conservent un caractère civil par la tradition. Il en est notamment ainsi des entreprises dépendant d'une profession libérale, les exploitations agricoles et les entreprises artisanales. Quant aux entreprises immobilières, si pendant longtemps la tradition leur a conservé un caractère civil, la jurisprudence a fini par leur reconnaître un caractère commercial. En vertu du Code, toutes les entreprises qu'elles soient civiles ou commerciales sont soumises quant à la preuve au même régime.⁶

⁵ A. Bohémier et P-P. Coté, *Droit commercial général*, tome 1, 3e éd., Montréal, Thémis, 1985 à la p. 15 et suiv.

⁶ Ducharme, *supra* note 3 à la p. 61. Voir aussi M. Goudreau, «De l'acte commercial à l'acte d'entreprise dans le *Code civil du Québec*» (1994) 25 R.G.D. 235; *Woodland Verdun Ltée. c. 115768 Canada Inc.*, [1994] R.J.Q. 1726 (C.Q.); *Landry (Syndic de)*, J.E. 95-240 (Registr. faillite). La preuve testimoniale est généralement admissible à l'encontre

En ce qui concerne les inscriptions de données d'un acte juridique sur support informatique, il importe tout d'abord de s'interroger sur leur recevabilité en preuve. L'article 2837 dispose que le document reproduisant les données «fait preuve du contenu de l'acte». Cet article introduit un régime unitaire de preuve. Il s'applique à de telles inscriptions sur support informatique, peu importe la qualité des parties : entreprise commerciale ou civile, individu, etc. L'administration de la preuve s'en trouve ainsi grandement facilitée.

i) *Les transactions visées par les inscriptions informatisées*

L'article 2837 vise-t-il les transactions conclues oralement ou par écrit et subséquemment entrées sur support informatique? Le professeur Léo Ducharme estime que cet article concerne exclusivement le cas des parties qui ont exprimé leur consentement à un acte juridique au moyen d'un support informatique. Le «stockage d'information» ne serait donc pas assujéti à cet article et, en conséquence, la preuve de l'acte juridique devrait alors être faite au moyen de l'original ou d'une copie «qui légalement en tient lieu». Il explique ainsi son interprétation :

Cette interprétation s'appuie d'abord sur un argument de texte. En effet, la portée de l'article 2839 est limitée aux cas dans lesquels les données d'un acte juridique sont inscrites sur support informatique. Cette expression laisse entendre qu'il doit y avoir simultanéité entre l'expression de la volonté et son inscription sur support informatique. Lorsque c'est oralement ou par écrit que la volonté des parties s'est d'abord exprimée et que l'inscription sur support informatique n'est intervenue qu'après coup, il est difficile de prétendre que ce sont alors les données de l'acte juridique qui ont été inscrites. Si l'acte s'est accompli par écrit, l'inscription portera sur les données de cet écrit et s'il a lieu oralement, sur les données du témoignage de celui qui est l'auteur.

Un autre argument, fondé cette fois sur l'économie générale des règles de la preuve, vient appuyer l'argument de texte. En effet, tant la règle de la meilleure preuve énoncée à l'article 2860 que la règle de la prohibition du oui-dire énoncée à l'article

d'une entreprise. L'article 2862 du C.c.Q. mentionne en effet que «...on peut aussi prouver par témoignage, contre une personne, tout acte juridique passé par elle dans le cours des activités d'une entreprise». Il est loin d'être certain que l'État ou les organismes publics constituent une entreprise civile au sens du *Code civil du Québec*, et ce, contrairement à ce que prétend Ducharme ici. En effet, l'article 1525 (3) exige l'exercice «d'une activité économique organisée» dans sa définition d'entreprise. Or, il est possible de soutenir que l'État et la plupart des organismes publics en s'occupant «de l'administration de la chose publique» ne peuvent pas être qualifiés d'entreprise vu qu'ils n'ont pas pour objet une activité économique. Pourtant, cet auteur affirmait le contraire dans sa thèse de doctorat intitulée : *De l'acte de commerce en droit québécois*, Thèse de doctorat en droit, Université de Montréal, Faculté des Études supérieures, 1976 à la p. 79. On comprend mal que cet auteur affirme maintenant que l'État et les organismes publics constituent une entreprise au sens de l'article 1525(3) du *Code civil du Québec*. Ce changement de cap aurait à tout le moins nécessité certaines explications. Pour les fins des litiges informatiques, le fait d'assimiler l'État et les organismes publics à une entreprise ou non ne revêt pas une importance considérable puisque, comme nous le verrons ci-après, un régime unitaire de preuve est applicable au domaine des inscriptions informatisées.

2843 s'opposent à ce que de simples informations conservées sur support informatique soient traitées différemment des mêmes informations consignées par écrit. Peut-on concevoir, par exemple, que si les données d'un acte notarié sont transcrites sur support informatique, le document reproduisant ces données fasse preuve du contenu de l'acte? L'article 2860, en exigeant que l'acte juridique constaté dans un écrit soit prouvé par la production de l'original ou d'une copie qui légalement en tient lieu, s'oppose évidemment à ce que l'on puisse prouver un acte notarié par le moyen d'un document reproduisant les données de cet acte transcrites sur support informatique. De même, la prohibition de la preuve par ouï-dire exprimée à l'article 2843 s'oppose à ce que des déclarations concernant l'accomplissement d'un acte juridique servent à établir l'existence de cet acte, du seul fait qu'elles ont été enregistrées sur support informatique au lieu d'être simplement mises par écrit.

Pour les deux raisons que nous venons d'invoquer, il appert donc que la portée des articles 2837 à 2839 doit être limitée au seul cas dans lequel le support informatique a été substitué au support-papier pour l'expression d'un acte juridique.⁷

Toutefois, pour le professeur Claude Fabien, l'article 2837 a pour effet d'écarter la règle de la meilleure preuve telle que formulée dans le *Code civil du Québec*⁸ :

Certes, la meilleure preuve de l'acte sera la «facture» signée par le client. Toutefois, le nouveau Code ne semble pas imposer une hiérarchie des moyens de preuve qui rendrait irrecevable le listage informatisé de la même opération, sous réserve de la qualité de sa preuve d'authenticité. Au stade de la recevabilité, l'article 2837 nous apparaît comme une disposition autonome qui peut mettre en concurrence, devant le tribunal, un listage d'opérations et les factures originales qui ont été inscrites dans le système.⁹

Que penser de ces deux thèses qui s'affrontent? Malgré l'opinion du professeur Ducharme, il paraît plus raisonnable de soutenir, tout comme le professeur Fabien, que l'article 2837 doit être interprété largement. Plusieurs raisons militent en faveur d'une telle interprétation. Premièrement, l'examen du droit anglais et américain démontre que les tribunaux ont tendance à écarter la règle de la meilleure preuve et celle de la prohibition du ouï-dire lorsqu'ils sont en présence de documents informatiques qualifiés par l'expression de «*business records*»¹⁰. Les documents informatiques sont alors acceptés en preuve, et ce, peu importe que le support informatique ait été utilisé pour conclure directement la transaction ou pour y inscrire par la suite les éléments déterminants d'une transaction conclue sur support-papier.

En adoptant une section spécifique concernant les inscriptions informatisées, le législateur québécois n'a probablement pas voulu en réduire la portée au

⁷ Ducharme, *supra* note 3 aux pp. 37-38.

⁸ Cette règle est énoncée de la façon suivante à l'article 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 copie 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».

⁹ Fabien, *supra* note 2 à la p. 186.

¹⁰ Voir par exemple B. Amory et Y. Poulet, «Le droit de la preuve face à l'informatique et à la télématique» (1985) 2 Rev. D.I. & D.C. 331 à la p. 339 et suiv.

simple cas des transactions qui sont conclues directement au moyen d'un ordinateur. Cela serait méconnaître la plupart des transactions conclues dans la vie quotidienne. En effet, même si de plus en plus de transactions sont conclues directement par EDI, il n'en demeure pas moins que bon nombre de celles-ci sont toujours arrêtées selon un moyen traditionnel, pour ensuite être enregistrées sur support informatique. On n'a qu'à penser à la réservation d'un billet d'avion. Le contrat est conclu, par exemple au téléphone, entre un préposé de la compagnie aérienne et le client. Seule une des parties participe à l'aspect informatique de la transaction, soit le préposé du transporteur qui transpose les données essentielles de celle-ci sur support informatique. L'achat de produits constitue un autre exemple de cette méthode de fonctionnement. Une compagnie appelle un fournisseur afin d'obtenir certains produits. Les parties s'entendent oralement sur l'ensemble des éléments de la transaction qui est donc conclue à ce moment. Le fournisseur entre par la suite les données de cette dernière sur ordinateur afin de la transmettre à l'entrepôt où sont situés les biens pour livraison.

Doit-on conclure que le législateur ne voulait pas régir ce type de transactions lorsqu'il a édicté les règles applicables aux inscriptions informatisées? Nous en doutons fortement. Ces exemples sont, selon nous, plus convaincants que celui du contrat notarié utilisé par le professeur Ducharme pour nier l'applicabilité du *Code civil du Québec* aux transactions conclues oralement ou par écrit et, subséquentement, inscrites sur support informatique. L'acte notarié étant régi par des dispositions particulières et faisant la preuve de son contenu, on voit mal comment on pourrait essayer d'en faire la preuve au moyen d'une inscription informatisée¹¹.

Un argument de texte nous semble aussi favoriser une telle interprétation des dispositions relatives aux inscriptions informatisées. Nous avons vu que l'article 2837 prévoit que «*lorsque les données d'un acte juridique sont inscrites sur support informatique, le document reproduisant ces données fait preuve du contenu de l'acte, s'il est intelligible et s'il présente des garanties suffisamment sérieuses pour qu'on puisse s'y fier*». Selon nous, si le législateur avait voulu limiter cet article aux actes conclus au moyen d'un ordinateur, il l'aurait spécifié clairement. Or, la rédaction de l'article 2837 et, plus particulièrement, les mots que nous avons mis en italique, couvrent à notre avis tant l'acte juridique directement conclu sur support informatique que celui conclu oralement ou par écrit et dont les données sont ultérieurement inscrites sur ce type de support.

Il n'en demeure pas moins qu'une ambiguïté subsiste et que la prudence commande certaines précautions. En conséquence, les parties devraient se méfier des transactions lorsque la volonté des parties s'est d'abord manifestée oralement ou par écrit et que l'inscription sur support informatique n'est intervenue que postérieurement. Il est incertain qu'une telle transaction soit visée par les dispositions du *Code civil du Québec* sur les inscriptions

¹¹ Art. 2813 et suiv. C.c.Q.

informatisées. Afin de résoudre ce problème, les parties pourraient alors adopter une convention relative à la preuve. Une section subséquente de notre texte est consacrée à ces conventions.

Une autre question mérite que l'on s'y arrête. Il s'agit du sens qu'il faut donner au mot «document» que l'on trouve aux articles 2837 et suivants. Autrement dit, pour être admissibles en preuve, les données recueillies sur support informatique doivent être reproduites sur un document intelligible. Il est tout d'abord évident qu'un imprimé d'ordinateur constitue un tel document s'il est traduit dans un langage courant¹². Doit-on restreindre la notion de document au support-papier? Nous ne le pensons pas. Le critère à retenir selon l'article 2837 est celui de l'intelligibilité. Il faut donc entendre par document non seulement un imprimé d'ordinateur mais aussi toute forme de reproduction intelligible pour l'homme. Selon le *Code civil du Québec*, il faut s'intéresser bien plus à cette qualité d'intelligibilité du document qu'au simple support matériel sur lequel les données sont inscrites. Dans ce sens, on peut s'imaginer qu'il serait possible de se présenter au tribunal avec une disquette d'ordinateur puis de l'introduire dans un appareil informatique compatible, pour pouvoir saisir le contenu d'un acte juridique. Tel pourrait être le cas en pratique lorsque nous sommes en présence de documents volumineux qui sont difficilement transportables devant le tribunal. En fait, on doit bien voir que de multiples formes de reproduction des données inscrites sur support informatique sont susceptibles d'apparaître dans l'avenir. Aussi, en choisissant de faire porter la notion de document sur son intelligibilité, les codificateurs ont fait montre d'une certaine clairvoyance à l'égard de l'évolution technologique qui, on doit le souhaiter, se reflétera dans les positions de ceux qui auront à l'avenir à commenter et interpréter le *Code civil du Québec*.

Après avoir examiné la question de l'admissibilité en preuve des données d'un acte juridique inscrites sur support informatique, il importe maintenant de s'attarder aux conditions des inscriptions informatisées comme moyen de preuve d'un acte juridique.

ii) *Les conditions des inscriptions informatisées comme moyen de preuve d'un acte juridique*

En plus d'être intelligible, le document reproduisant des données inscrites sur support informatique doit présenter «des garanties suffisamment sérieuses pour qu'on puisse s'y fier», selon l'article 2837. Pour apprécier la fiabilité du document, on doit se placer dans deux situations distinctes. En effet, soit il s'agit

¹² Pour être intelligible, il faut que la reproduction consiste en un écrit dans lequel les données informatisées sont transcrites en langage usuel. L'adjectif «intelligible» doit se comprendre comme signifiant que le document doit pouvoir se lire directement, c'est-à-dire qu'il doit pouvoir être compris, être accessible, clair et limpide. La reproduction d'une inscription en langage d'ordinateur n'a pas, selon nous, le caractère d'intelligibilité exigé par l'article 2837. Voir Ducharme, *supra* note 3 à la p. 39.

de l'entreprise qui a confectionné le document qui tente de le mettre en preuve, soit c'est un tiers qui l'oppose à cette dernière.

Lorsque le gestionnaire d'un système informatique veut utiliser à son profit un document reproduisant des données informatisées résultant d'un EDI, il existe deux façons d'en prouver la fiabilité¹³. La première façon est mentionnée comme suit au second alinéa de l'article 2837 : «Pour apprécier la qualité du document, le tribunal doit tenir compte des circonstances dans lesquelles les données ont été inscrites et le document reproduit».

En vertu de cet article, le témoignage de la personne qui a saisi les données n'est pas requis. Il s'agit en quelque sorte d'une exception à la règle de la prohibition du ouï-dire. La fiabilité de l'inscription des données et de sa reproduction pourra, par exemple, être présentée par le responsable du service informatique de l'entreprise en cause ou par un expert. Il s'agira pour cette personne de démontrer que l'inscription des données a été effectuée correctement et que leur reproduction sur un document s'est faite de la même manière. En matière d'EDI, on devra porter une attention particulière à la transcription de données inscrites dans un langage informatique vers un langage courant afin qu'aucune altération ne résulte de cette opération.

L'article 2837 ne faisant que mentionner la fiabilité de l'inscription et de la reproduction des données, doit-on aussi faire la preuve de la fiabilité de leur conservation? Malgré le silence de cet article, il est manifeste que la fiabilité d'une transcription de données informatiques dépend tout autant des circonstances entourant leur conservation¹⁴. Ainsi, on devra expliquer au tribunal la façon dont les données sont à l'abri de toute altération, lorsqu'il s'écoule un délai entre leur inscription et leur reproduction.

D'ailleurs, l'article 2838, qui prévoit la deuxième façon de prouver la fiabilité du système informatique, le mentionne expressément. Cet article édicte une présomption de fiabilité lorsque l'inscription des données «est effectuée de façon systématique et sans lacunes, et que les données inscrites sont protégées contre les altérations». Plutôt que d'établir en preuve la fiabilité de l'inscription, de la conservation et de la reproduction des données concernant une transaction particulière, l'article 2838 établit une présomption de fiabilité générale lorsque les inscriptions sont effectuées d'une manière systématique et sans lacunes. «Ces termes semblent bien décrire la pratique des entreprises de cartes de crédit où les relevés d'opérations sont entrés systématiquement dans les systèmes de traitement par des personnes dont c'est la fonction habituelle, tout en limitant l'accès au système de traitement ou de mémorisation de ces données par de sévères méthodes de contrôle».¹⁵

Les transactions réalisées au moyen des guichets automatiques des institutions financières sont un autre exemple où la présomption de l'article 2838 pourrait recevoir application. Toutefois, dans ce dernier cas, ce genre de

¹³ Fabien, *supra* note 2 à la p. 186.

¹⁴ *Ibid.* à la p. 187; Ducharme, *supra* note 3 à la p. 40.

¹⁵ Fabien, *ibid.* à la p. 187.

transactions est généralement régi par une convention entre l'institution financière et le client. Cette convention a, la plupart du temps, pour effet d'apporter une preuve de fiabilité des données inscrites sur un relevé d'opération. L'institution financière n'a pas alors à prouver les modalités de fiabilité selon l'article 2838.

Ainsi, lorsqu'un gestionnaire d'un système informatique veut opposer à un tiers un document reproduisant les données d'un acte juridique, il lui appartient de faire la preuve de la fiabilité du système dans son ensemble, c'est-à-dire à partir du moment de l'inscription des données jusqu'à celui de leur reproduction. Il s'agira pour cette personne d'exposer au tribunal «les procédures de détection et de correction des erreurs, la fiabilité du système, la régularité de fonctionnement, etc»¹⁶.

La seconde hypothèse qu'il nous faut aborder est celle où un tiers veut opposer au gestionnaire du système informatique le document produit par un tel système. Dans ce cas, le régime de présomption varie considérablement. L'article 2838 *in fine* prévoit que, lorsque l'inscription des données a été effectuée par une entreprise, le tiers bénéficie alors, contre celle-ci, d'une présomption d'authenticité des données inscrites sur le document. Si l'entreprise prétend que le document est erroné, elle devra en faire la preuve. En d'autres mots, elle aura l'obligation de démontrer qu'il y a eu une erreur lors de l'inscription des données ou que le système informatique présente des lacunes. Cette disposition aura sans doute pour effet de favoriser les règlements hors cour. En effet, on voit mal l'entreprise se présenter devant un tribunal pour démontrer que son système informatisé n'est pas fiable!

La présomption élaborée par l'article 2838 *in fine* se justifie amplement. Il est tout à fait logique qu'un tiers ne puisse démontrer la fiabilité d'un système informatique sur lequel il ne possède aucun contrôle.

Toujours au chapitre des actes juridiques, la dernière question dont il nous faut traiter est celle de la force probante des documents reproduisant des données informatisées. En effet, puisque l'on vient d'établir les conditions que doit respecter un document informatisé pour être recevable devant un tribunal, il faut maintenant s'intéresser à la force probante qu'il revêt¹⁷. Comme nous l'avons déjà mentionné, une fois que la fiabilité du document est démontrée ou qu'elle est présumée, celui-ci jouit alors d'une présomption d'authenticité. Il fait preuve du contenu de l'acte juridique tout comme un écrit sous seing privé¹⁸.

¹⁶ Amory et Poulet, *supra* note 10 à la p. 339.

¹⁷ Il importe de distinguer la recevabilité et la force probante. En effet, la recevabilité d'un élément de preuve ne signifie certes pas que celui-ci dispose d'une force probante absolue. Par exemple, bien qu'un contrat écrit puisse être jugé admissible en preuve, sa force probante sera déclarée nulle si l'on parvient à démontrer au tribunal que son contenu a été altéré. L'évaluation d'un élément de preuve comporte donc deux étapes. Il doit dans un premier temps être jugé admissible par le tribunal et, s'il franchit cette étape, l'on s'intéresse alors à sa force probante.

¹⁸ Art. 2837 C.c.Q. Voir aussi T. Piette-Coudol, «Trois niveaux de contrats, trois systèmes de preuve : réflexions à propos de l'article 2837 du nouveau *Code civil du Québec*» (1993) 161 *Expertise* 176.

À la différence de ce dernier, l'article 2839 prévoit cependant qu'un document informatisé *peut être contredit par tous moyens*. On pourra ainsi le contredire par témoins, par l'original du contrat conclu entre les parties, etc.

Après avoir analysé le régime applicable aux actes juridiques, il importe maintenant de s'attarder à la question des faits matériels.

B. *La preuve des faits matériels*

On appelle fait matériel tout événement autre qu'un acte de volonté impliquant une obligation ou une libération¹⁹, autrement dit, tout événement autre qu'un acte juridique. À titre d'exemple, en matière d'EDI, l'envoi d'un message indiquant que des marchandises commandées viennent d'être expédiées constitue un fait matériel²⁰.

Comme nous l'avons vu, dans le *Code Civil du Québec*, la section intitulée des «inscriptions informatisées» ne s'applique qu'aux actes juridiques. En conséquence, il faut chercher dans les autres dispositions relatives à la preuve pour trouver celles qui correspondent aux faits matériels. Ces dispositions ne visant pas spécifiquement la preuve par documents informatiques, il faudra donc les interpréter pour tenir compte de cette réalité. Nous verrons donc en premier lieu les règles du *Code civil du Québec* relativement à la recevabilité des documents informatisés à titre de preuve d'un fait matériel. Ensuite, nous nous intéresserons à leur force probante.

i) *La recevabilité*

La prohibition du oui-dire

Selon la règle de l'irrecevabilité du oui-dire, un témoin ne peut rapporter devant un tribunal un fait qu'il n'a pas lui-même constaté. Pour l'écrit, cette règle implique que l'auteur d'un document se présente devant le tribunal afin de témoigner de l'exactitude de son contenu et afin que la partie adverse puisse le contre-interroger. Dans le *Code civil du Québec*, la règle de l'irrecevabilité du oui-dire est maintenue²¹. Mais, bien que certaines exceptions permettaient, sous l'empire du *Code civil du Bas-Canada*, d'atténuer la rigueur de cette règle, il faut noter l'apport du *Code civil du Québec* qui amoindrit considérablement les difficultés posées par la prohibition du oui-dire quant à la recevabilité des documents informatisés. Ainsi, l'article 2870 énonce que :

¹⁹ L. Ducharme, *Précis de la preuve*, 4e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1993 à la p. 258.

²⁰ «Un relevé informatisé des livraisons de gaz ou d'électricité pour démontrer ou établir un certain niveau de consommation» représente un autre exemple de fait juridique. Fabien, *supra* note 2 à la p. 177; Voir aussi, L. Ducharme, «Le régime spécial des rapports produits en vertu de l'article 294.1 C.p.c.» (1980) R. du B. 822.

²¹ Voir les articles 2832 et 2843 du C.c.Q.

La déclaration faite par une personne qui ne comparaît pas comme témoin, sur des faits au sujet desquels elle aurait pu légalement déposer, peut être admise à titre de témoignage, pourvu que, sur demande et après qu'avis en ait été donné à la partie adverse, le tribunal l'autorise.

Celui-ci doit cependant s'assurer qu'il est impossible d'obtenir la comparution du déclarant comme témoin, ou déraisonnable de l'exiger, et que les circonstances entourant la déclaration donnent à celle-ci des garanties suffisamment sérieuses pour pouvoir s'y fier.

Sont présumés présenter ces garanties, notamment, les documents établis dans le cours des activités d'une entreprise et les documents insérés dans un registre dont la tenue est exigée par la loi, de même que les déclarations spontanées et contemporaines de la survenance des faits.

Étant donné les difficultés que soulève l'identification de l'auteur des données inscrites sur support informatique (y compris leur conservation et leur reproduction sur un document) et l'impossibilité de contre-interroger un ordinateur, cette disposition devrait permettre l'utilisation en preuve de documents informatisés pourvu que l'on établisse qu'il existe *des garanties suffisamment sérieuses pour pouvoir s'y fier*. « Cette large exception à la prohibition du oui-dire devrait libéraliser l'utilisation en preuve de documents informatiques pour prouver des faits, surtout lorsqu'il s'agit de documents produits dans le cours des activités d'une entreprise : relevé des heures de départ et d'arrivée des trains pour prouver leur ponctualité, relevé des prescriptions pharmaceutiques enregistrées au dossier informatisé d'un individu pour prouver un abus, relevé informatisé des livraisons de gaz ou d'électricité pour prouver un certain niveau de consommation. À la limite tout listage qui rapporte des faits enregistrés dans un ordinateur par un agent humain peut être admis en preuve, si la fiabilité du document est démontrée et si les autres conditions d'application de l'article 2870 sont démontrées »²².

Il existe donc un large éventail de situations dont la preuve devrait être déclarée admissible devant un tribunal. Les faits matériels dont les données sont inscrites sur support informatique deviennent ainsi admissibles en preuve sans le témoignage personnel de leur auteur. Toutefois, avant d'autoriser en preuve un document provenant d'un EDI, le juge devra être convaincu de sa fiabilité. Or, s'il s'agit d'un document qui a été établi dans le cours des activités d'une entreprise, l'article 2870 ordonne alors de présumer qu'il présente une garantie de fiabilité. Cette présomption devrait être invoquée dans la majorité des situations prévalant dans la vie courante. Dans l'éventualité où des données ne seraient pas colligées par une entreprise, mais par un individu, celui-ci aurait alors le fardeau de prouver la fiabilité du document qu'il désire apporter en preuve.

La règle de la meilleure preuve

Le second obstacle à l'admissibilité en preuve d'un document informatisé pour prouver un fait matériel est la règle de la meilleure preuve. En vertu de cette règle, une preuve doit, par sa nature, constituer la meilleure preuve susceptible

²² Fabien, *supra* note 2 à la p. 177.

d'être offerte. La règle de la meilleure preuve suppose généralement dans le cas des écrits que ceux-ci soient présentés dans leur version originale. Dans le contexte de l'EDI, le problème que soulève cette règle provient du fait qu'il est possible de soutenir que l'original en question est représenté par les données contenues dans l'ordinateur sous forme magnétique ou électronique, c'est-à-dire dans un langage incompréhensible pour le commun des mortels. Le listage ou l'imprimé sur support-papier ne constituerait qu'une transcription ou une copie normalement irrecevable en preuve.

En vertu du *Code civil du Bas-Canada*, différentes exceptions permettaient la production d'une copie lorsque, notamment, la preuve a été perdue ou lorsqu'on est devant l'impossibilité physique de produire cette preuve. L'article 2860 du *Code civil du Québec* consacre lui aussi la possibilité de produire une copie²³.

Ainsi, il sera possible de faire la preuve de faits matériels si l'on démontre que, malgré sa bonne foi et sa diligence, une partie ne peut pas produire le document original. Dans le contexte informatique cité ci-dessus, l'original étant indisponible ou n'ayant jamais existé, cet article permettra donc d'apporter en preuve des documents informatisés pour prouver des faits matériels.

Cette situation doit être distinguée de celle où il existe au départ un document écrit constatant des faits matériels et que, à des fins administratives, les données inscrites dans ce document sont par la suite transférées sur support informatique. Tel pourrait être le cas, par exemple, des entreprises qui émettent des cartes de crédit ou qui font la distribution de gaz naturel. Ces entreprises doivent-elles, comme le mentionne le professeur Fabien, «dans le premier cas produire les originaux des opérations signés par le titulaire de la carte et dans le second faire témoigner ceux qui ont fait le relevé mensuel de la consommation de l'abonné du gaz»²⁴? L'article 2860, tel que rédigé, ne semble pas permettre la production d'un document informatisé plutôt que celle de l'original. En effet, dans la mesure où une entreprise décidait par commodité de détruire les originaux de faits juridiques, elle ne remplirait plus alors les conditions de l'article 2860, puisqu'elle serait dans l'impossibilité de produire les originaux malgré sa bonne foi et sa diligence.

ii) *La force probante*

Une fois qu'un document informatisé reproduisant les données d'un fait matériel a été jugé admissible en preuve, il s'agit de déterminer sa force probante. Celle-ci est laissée à l'appréciation du tribunal selon les articles 2845 et 2856 du *Code civil du Québec*. Chacune des parties a alors la possibilité d'essayer de convaincre le juge de la véracité de ses prétentions.

²³ Art. 2860 C.c.Q.: «L'acte juridique constaté dans un écrit ou le contenu d'un écrit doit être prouvé par la production de l'original ou d'une copie qui légalement en tient lieu. 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.»

²⁴ Fabien, *supra* note 2 à la p. 179.

2. La signature électronique

La jurisprudence et la doctrine ont traditionnellement adopté, vis-à-vis de la notion de signature, une approche que l'on pourrait qualifier de dogmatique. Celle-ci rejette l'idée que de nouvelles formes de signature puissent constituer des solutions de rechange valables à la signature manuscrite²⁵. Pour les tenants de cette position, l'action physique de signer son nom représente une forme de manifestation de la volonté qui est unique, inégalée et qui seule doit être tenue pour valable sur le juridique.

Le législateur québécois s'est pour sa part tourné vers une approche beaucoup plus pragmatique de la notion en élargissant la signature au-delà de la simple transcription du nom. Le *Code civil du Québec* définit la signature ainsi :

La signature consiste dans l'apposition qu'une personne fait sur un acte de son nom ou d'une marque qui lui est personnelle et qu'elle utilise de façon courante, pour manifester son consentement.²⁶

Ainsi la notion de signature s'étend désormais, dans le *Code civil du Québec*, à la transcription d'une marque personnelle utilisée de façon courante par une personne pour manifester son consentement. En fait, rien dans les termes de l'article 2827 ne s'oppose à l'utilisation de signatures dites électroniques. De ce fait, il apparaît légitime de soutenir qu'une signature électronique, notamment présentée sous la forme d'un code secret, constitue bel et bien une marque dont le caractère personnel se trouve par ailleurs assuré par le haut niveau de confidentialité qui l'entoure. Quant à savoir s'il est possible de considérer cette signature comme étant utilisée de façon courante pour manifester un consentement, rappelons qu'en l'absence d'autorités jurisprudentielles et doctrinales sur la question, la recherche de l'intention du législateur porte à croire que l'expression «une marque personnelle qu'elle utilise de façon courante» suppose que cette marque soit susceptible de permettre l'identification d'une personne. Il s'agit d'un renvoi à une analyse «cas par cas» par celui qui applique la règle. Rappelons aussi que rien dans le libellé de l'article 2827 ne s'oppose à ce qu'une même personne puisse utiliser plusieurs marques qui correspondent aux critères qui y sont énoncés.

Bien qu'il s'agisse là d'une innovation certaine en matière de droit positif, il importe néanmoins de rappeler que, malgré l'opinion contraire, le principe de la volonté contractuelle permettait, sous l'empire du *Code civil du Bas-Canada*, et permet encore, sous celui du *Code civil du Québec*, à des parties contractantes de reconnaître conventionnellement que la signature électronique dispose de la même valeur juridique que la signature manuscrite²⁷.

²⁵ Voir D. Syx, «Vers de nouvelles formes de signatures? Le problème de la signature dans les rapports juridiques électroniques» (1986) 3 *Droit de l'informatique* 133.

²⁶ Art. 2827 C.c.Q.

²⁷ Nous verrons plus loin qu'au Québec cette question est l'objet de controverses. Certains auteurs soutiennent en effet que le droit privé québécois ne permet pas à un contractant d'insérer dans une convention une clause dérogeant aux règles de preuve.

Il importe cependant de souligner que la signature électronique n'est pas et ne sera peut-être jamais, peu importe les progrès de la technologie, une signature telle qu'on l'entend généralement au sens classique. En fait, elle se rapproche plus du sceau que de la signature. La signature électronique doit donc être abordée sous son angle véritable. Elle représente ainsi une métaphore pour désigner les mécanismes par lesquels les parties à une transaction ayant été effectuée par le truchement des moyens de communication électroniques vont s'identifier et manifester leur volonté de s'approprier le contenu d'un acte ou d'une transaction. Ce n'est donc que par la réalisation de cette double fonction que la signature électronique mérite son appellation de «signature» et rejoint la signature manuscrite au sens classique.

A. *La dématérialisation de la signature électronique*

La différence principale qui existe entre la signature électronique et la signature «classique» découle du caractère intangible de la première. La signature électronique étant dématérialisée, tout comme le document qui la porte, son exécution et sa vérification sont fonction de procédés informatisés essentiels qui s'avèrent parfois forts complexes. Par contre, la signature manuscrite est un procédé entièrement visuel, sur le plan tant de son exécution que de sa vérification²⁸. La réalisation de la signature manuscrite est ainsi rapide, simple et peut se faire sur-le-champ et en toutes circonstances, sans qu'il soit pour autant nécessaire d'avoir recours à divers procédés électroniques plus ou moins sophistiqués. En fait, «la signature classique ne requiert que la main de quelqu'un qui puisse écrire avec une plume ou avec quelque chose de similaire»²⁹. D'autre part, la vérification de l'authenticité est, elle aussi, une activité entièrement visuelle où n'intervient aucun élément d'assistance technologique, bien qu'en cas de contestation il puisse être nécessaire de recourir à une expertise graphologique.

C'est sans doute pour ces raisons que la signature manuscrite jouit encore aujourd'hui d'un statut bien particulier. Simple, rapide, et relativement sûre, il apparaît logique que celle-ci représente la forme de signature privilégiée entre partenaires rapprochés. Mais le caractère immatériel de la signature électronique présente aussi de grands avantages. Dématérialisée, la signature électronique et le support peuvent circuler d'un bout à l'autre de la planète avec une rapidité étonnante. Elle présente ainsi un intérêt certain dans le cas de transactions entre partenaires éloignés ou encore lorsque les échanges entre les parties sont systématiques ou nombreux.

B. *L'identification et la manifestation de volonté du signataire*

La signature, qu'elle soit électronique ou manuscrite, remplit une double fonction. D'une part, elle identifie le signataire et, d'autre part, elle exprime sa volonté d'adhérer à ou de s'approprier le contenu d'un acte tel que celui-ci

²⁸ Syx, *supra* note 25 à la p. 135.

²⁹ *Ibid.* à la p. 137.

apparaît au moment de la signature. Comme nous le verrons, la réalisation de ces fonctions s'effectue cependant à des degrés de précision ou de sécurité variables.

En ce qui concerne l'identification, il apparaît indéniable qu'une signature électronique peut bien souvent s'avérer tout aussi efficace qu'une signature manuscrite. Il importe cependant de noter qu'aucune forme de signature n'est parfaitement sécuritaire. Par exemple, dans les procédures de cartes et de codes, le système informatisé n'identifie pas une personne comme telle, mais procède bel et bien à l'identification formelle de la carte et du code qui lui sont fournis, peu importe l'identité de celui qui les utilise. De son côté, la signature manuscrite n'offre pas non plus de garanties formelles quant à l'identification. Ainsi, «à moins d'avoir vu de ses propres yeux, quelqu'un apposer sa signature sur un document bien précis, la signature manuscrite repose toujours sur une présomption réfutable d'authenticité et de confirmation»³⁰.

Par ailleurs, la vérification de l'authenticité d'une signature manuscrite s'avère parfois problématique. En effet, les caractéristiques d'une signature manuscrite peuvent varier à divers degrés d'un document à un autre³¹. D'autre part, il n'est pas non plus exclu qu'avec le temps ou de manière volontaire une personne change complètement de signature ou encore utilise différentes signatures³². En fait, la conclusion qui s'impose est qu'au chapitre de l'identification, la signature électronique se révèle généralement tout aussi efficace et sécuritaire qu'une signature manuscrite³³.

Le degré de sécurité des procédés de signature électronique peut varier à l'infini. Plus il y aura de clés, de procédures et de contre-procédures, plus le système chargé de leur vérification sera performant et plus la signature électronique sera fiable, offrant même parfois un niveau de sécurité bien plus élevé que celui d'une simple signature manuscrite. Ainsi, à titre d'exemple, «on dit qu'en cas de bombardement nucléaire, le président des États-Unis donnerait son ordre non pas sous cachet de cire ou pli sous seing privé, mais bien par message électronique authentifié par un numéro d'identification personnel...»³⁴.

Alors que certaines transactions peuvent requérir un très haut niveau de sécurité, d'autres, présentant des enjeux plus modestes, se satisferont aisément d'un niveau de sécurité moindre. En fait, le degré de sécurité acceptable ou requis doit en définitive être évalué dans chacun des cas par les utilisateurs, en fonction de leurs besoins réels et des risques qu'ils sont prêts à assumer. Dans cette évaluation, différents facteurs méritent d'être considérés. Des principaux facteurs susceptibles de conditionner le choix d'une forme de signature électronique offrant le plus haut degré de sécurité possible, notons :

- L'existence d'exigences particulières quant à la preuve de la transaction, par exemple dans le cas des connaissements et des actes qui doivent

³⁰ *Ibid.* à la p. 138.

³¹ *Ibid.* à la p. 135.

³² *Ibid.*

³³ Voir notamment Fabien, *supra* note 2 à la p. 184.

³⁴ *Ibid.* aux pp. 184-185.

être notariés en minute comme les hypothèques, ce qui exclut dans ce dernier cas d'envisager la signature électronique, du moins tant que les règles sur les actes notariés demeureront aussi rigides.

- L'importance de la valeur des échanges.
- L'importance des conséquences, autres que monétaires, découlant d'un possible mal fonctionnement du système.
- Les échanges qui ont lieu avec une partie située à l'étranger et, conséquemment, soumise à un régime de droit différent.
- La présence de renseignements commerciaux de nature confidentielle dans les échanges.
- La présence de données personnelles dans les échanges (particulièrement dans le cas où celles-ci sont visées par la Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels³⁵ ou la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*)³⁶.

Aucun de ces facteurs n'est cependant déterminant et leur importance peut varier d'une situation à l'autre. Par ailleurs, bien qu'il ne s'agisse pas là d'une considération de nature juridique, le coût d'acquisition et d'utilisation de l'un ou l'autre des différents systèmes informatisés ou réseaux de communication disponibles sur le marché constitue bien évidemment un facteur qui se doit lui aussi d'être considéré dans l'évaluation du risque acceptable.

La seconde fonction de la signature consiste en la manifestation de la volonté du signataire. Comme nous l'avons déjà mentionné, la manifestation de la volonté dont il est ici question se résume à deux éléments. Le premier, d'ordre matériel, consiste en la manifestation directe et physique d'une volonté interne à un moment précis. Ce premier élément suppose une action personnelle et directe. La signature électronique, notamment représentée par les procédures de cartes et de codes, a cette qualité. Dans cette situation, la signature n'émane pas de l'ordinateur, celui-ci ne fait que reconnaître la carte et le code qui émanent de la personne. En fait, «un stylo imprime sur un papier un mouvement volontaire qui a un sens conventionnel. L'activation des touches d'un clavier est du même ordre. Il transforme le mouvement musculaire en impulsions électroniques qui marquent un support magnétique susceptible d'être transformé en caractères significatifs sur le papier»³⁷. Il s'agit selon nous de la «marque personnelle» dont fait état l'article 2827 du *Code civil du Québec*³⁸.

³⁵ L.R.Q., c. A-2.1.

³⁶ L.R.Q., c. P-39.1.

³⁷ Fabien, *supra* note 2 à la p. 184.

³⁸ C.c.Q. Art. 2827, *supra* texte correspondant à la note 25. Voir également les décisions citées à la note 2 qui reconnaissent la validité des signatures électroniques sous la forme d'un code d'accès aux guichets automatiques des institutions financières. Ces décisions, qui ont été rendues dans le cadre du *Code civil du Bas-Canada*, devraient d'autant plus prévaloir en vertu de l'article 2827.

Le second élément dont il nous faut tenir compte est, quant à lui, d'ordre beaucoup plus psychologique et suppose que cette action que pose le signataire traduise effectivement sa volonté interne de s'approprier le contenu de l'acte qu'il signe, tel que celui-ci apparaît au moment de la signature. Ce second élément ne soulève pas, lui non plus, de difficultés particulières. En fait, il est raisonnable de croire que «le consommateur moyen ne fait par exemple aucune distinction entre un plein d'essence pour lequel il émet un chèque ou celui qu'il paie par voie électronique : dans les deux cas, il paie et telle est bien son intention»³⁹. En définitive, dans tous les cas, les difficultés pratiques susceptibles d'être soulevées par la recherche de cet élément de volonté psychologique interne sont identiques à celles rencontrées dans le cas de signatures manuscrites.

3. *Les conventions relatives à la preuve*

Bien peu de litiges relatifs à des documents informatisés ont été portés jusqu'à ce jour devant les tribunaux québécois⁴⁰. Cette réalité s'explique largement du fait que, dans bien des cas, les parties impliquées sont liées par des conventions relatives à la preuve⁴¹. Ces conventions offrent plusieurs avantages. Elles permettent, dans un premier temps, d'adapter les règles de preuve aux besoins particuliers des parties et s'avèrent utiles dans l'établissement de relations d'affaires harmonieuses, notamment lorsque les échanges de documents par voie informatisée sont nombreux. Elles offrent aussi aux parties la possibilité de se soustraire, dans une certaine mesure, aux risques liés à la preuve. Elles permettent ainsi d'échapper aux incertitudes que représente le droit nouveau ou encore de régulariser le régime de preuve applicable lorsque des échanges ont lieu avec des parties étrangères dont le droit interne se montre incertain ou même

³⁹ Syx, *supra* note 25 à la p. 139.

⁴⁰ L'intérêt de ces décisions reste très relatif puisque, dans chaque cas, les litiges impliquant des documents informatisés ont porté exclusivement sur l'interprétation des termes de contrats spécifiques relatifs à l'utilisation de services de guichets automatiques ou de cartes de crédit. Ainsi dans *Tétreault c. Banque Royale du Canada*, *supra* note 2, le requérant prétendait que son compte de banque avait été débité au moyen d'une carte de guichet pour des retraits qu'il n'avait pas personnellement effectués. Au terme du contrat liant les parties, le requérant demeurerait personnellement responsable de tout endettement pouvant résulter de l'utilisation de sa carte et de son code jusqu'à ce que la banque soit avisée d'une perte ou d'un vol. La banque n'ayant pas été avisée d'une telle situation, le juge Guy Genest de la Cour du Québec, division des Petites créances, a jugé qu'aux termes du contrat d'utilisation, le requérant n'avait pas prouvé la faute ou la négligence de la banque. De même dans *Caisse populaire Saint-André Apôtre c. Groulx*, *supra* note 2, on a jugé que la défenderesse, alléguant des retraits non autorisés effectués dans son compte au moyen d'une carte de guichet, a fait preuve de négligence dans la garde et la conservation de son numéro confidentiel comme le prévoyaient spécifiquement les termes du contrat la liant à la caisse. Voir aussi *Bachand c. Banque Nationale du Canada*, *supra* note 2; *Villemure c. Master Card*, *supra* note 2; *Brunet c. Banque de Nouvelle-Écosse*, *supra* note 2.

⁴¹ Fabien, *supra* note 2 à la p. 182. Pour une analyse de ces conventions, voir A. H. Boss et J. B. Ritter, *Electronic Data Interchange Agreements : A Guide and Sourcebook*, Paris, ICC Publishing S. A., 1993; B. Van Esch, «Interchange Agreements», (1994) 1 E.D.I. L. Rev. 3.

hostile à certains aspects de l'EDI. Ces conventions sont-elles valides en droit québécois?

A. *Les conditions quant à la formation des conventions en général*

L'importance accordée à la volonté contractuelle est l'une des caractéristiques dominantes du droit civil québécois et trouve sa pleine expression dans le principe du consensualisme⁴². La validité de tout contrat, quel qu'il soit, suppose néanmoins le respect des conditions de formation du contrat que prévoit le *Code civil du Québec*. Celles-ci sont exprimées à l'article 1385 du *Code civil*⁴³. La formation d'une convention relative à la preuve suppose donc qu'il y ait un échange de consentement entre les parties⁴⁴. Pour être valable, ce consentement doit être libre et éclairé et ne doit pas être vicié par l'erreur, la crainte ou la lésion⁴⁵. D'autre part, chacune des parties qui s'engage doit avoir la capacité légale de contracter⁴⁶. La convention doit aussi avoir une cause, c'est-à-dire une raison qui détermine les parties à la conclure⁴⁷. Enfin, elle doit avoir un objet qui consiste en l'opération juridique envisagée par les parties au moment de sa conclusion⁴⁸.

B. *Le caractère licite des conventions relatives à la preuve*

La principale question que soulève l'existence de telles conventions a trait au caractère contraignant des dispositions du *Code Civil du Québec*. Comme l'édicte l'article 9, «dans l'exercice des droits civils, il peut être dérogé aux règles du présent code qui sont supplétives de volonté; il ne peut, cependant, être dérogé à celles qui intéressent l'ordre public». Ainsi, est-il possible de déroger aux règles de preuve que prévoit le Code pour y substituer des dispositions contractuelles? Bref, les règles de preuve sont-elles d'ordre public?

Au Québec, ces questions sont l'objet d'une controverse. Certains auteurs soutiennent «que le droit privé québécois ne permet pas à un contractant d'insérer dans une convention une clause dérogatoire aux règles de preuve»⁴⁹. Cette affirmation trouve appui dans le souci de protection des consommateurs,

⁴² M. Tancelin, *Source des obligations: l'acte juridique légitime*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993 aux pp. 16-17.

⁴³ Art. 1385 C.c.Q. : «Le contrat se forme par le seul échange de consentement entre des personnes capables de contracter, à moins que la loi n'exige, en outre, le respect d'une forme particulière comme condition nécessaire à sa formation, ou que les parties n'assujettissent la formation du contrat à une forme solennelle. Il est aussi de son essence qu'il ait une cause et un objet.»

⁴⁴ Art. 1386 à 1408 C.c.Q.

⁴⁵ *Ibid.* Art. 1399.

⁴⁶ *Ibid.* Art. 153 et suiv.

⁴⁷ *Ibid.* Art. 1410 et 1411.

⁴⁸ *Ibid.* Art. 1412 et 1413.

⁴⁹ Royer, *supra* note 4 à la p. 554, n 1452.

notamment dans le cas de conventions relatives à l'utilisation de guichets automatiques où l'utilisateur, pour bénéficier de ce service, se voit imposer les termes d'une entente écrite qui est unilatéralement définie par l'institution bancaire et de nature à avantager celle-ci en cas de contestation⁵⁰. Pour les tenants de cette théorie, les conventions relatives à la preuve sont donc prohibées puisque «de telles conventions pourraient déconsidérer l'administration de la justice dans la mesure où le processus de découverte de la preuve est entaché d'arbitraire»⁵¹. Néanmoins, si de telles affirmations pouvaient trouver un certain appui dans des dispositions prévues par le *Code civil du Bas-Canada*, il importe de noter, comme nous le verrons plus loin, qu'elles sont désormais discutables en vertu des nouvelles règles relatives aux contrats d'adhésion et de consommation que prévoient les articles 1435 à 1437 du *Code civil du Québec*.

D'autres auteurs soutiennent, quant à eux, le caractère privé des règles de preuve⁵². «C'est en vertu du respect dû à la volonté des parties en présence que le juge ne doit pas intervenir d'office pour assurer la sanction des règles concernant la recevabilité des procédés de preuve. On estime que ces règles existent dans leur intérêt et qu'elles sont libres d'y renoncer. On admet donc qu'une partie puisse renoncer expressément au bénéfice de ces règles.»⁵³

Il importe tout d'abord de noter que cette dernière théorie rejoint la doctrine française qui reconnaît le caractère privé des règles de preuve⁵⁴. Ainsi, «les règles de preuve peuvent être aménagées conventionnellement : dans le contrat qui définit quel sera le contenu de leurs obligations réciproques, les parties peuvent aussi décider comment sera prouvée l'exécution de celles-ci»⁵⁵. Les tribunaux français ont, en ce sens, reconnu la validité des conventions dérogatoires⁵⁶, allant même jusqu'à considérer la possibilité pour les parties de renoncer tacitement au bénéfice des règles de preuve contenues dans le *Code civil* français⁵⁷. Ce libéralisme du droit français fait cependant l'objet de

⁵⁰ N. L'Heureux et L. Langevin, «La pratique des cartes de paiement au Québec : l'apport du droit comparé», (1990) 50 R. du B. 237 aux pp. 264-265.

⁵¹ *Ibid.* à la p. 265.

⁵² Fabien, *supra* note 2 à la p. 182; Ducharme, *supra* note 19.

⁵³ Ducharme, *ibid.* à la p. 447.

⁵⁴ Encyclopédie juridique Dalloz, *Rep. de droit civil*, t. 7, *Preuve*, n° 46 et suiv.; J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de droit civil*, t. 1, vol. 1, «Introduction générale», 3e éd., Paris, L.G.D.J., 1990 à la p. 527, n° 567; C. Lucas de Leyssac, «Les conventions sur la preuve en matière informatique», dans *Informatique et droit de la preuve*, Paris, Édition de Parques, 1987 à la p. 143; C. Lucas de Leyssac, «Plaidoyer pour un droit conventionnel de la preuve en matière informatique», (1987) *Expertise* 260; H.L.J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t.1, vol.1, «Introduction à l'étude du droit», 10e éd., Paris, Montchrétien, 1991 à la p. 494, n° 373; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. 7, «Les obligations», 2e éd., Paris, L.G.D.J., 1954 à la p. 856, n° 1428.

⁵⁵ X. Linant de Bellefonds et A. Hollande, *Droit de l'informatique et de la télématique*, 2e éd., Paris, Delmas et Cie, 1990 aux p. I-11.

⁵⁶ Cass. req., 6 janvier 1936, *D.H.*, 1936, 116.

⁵⁷ Cass. soc., 24 mars 1964, *J.C.P.*, 1965, II, 14415, note Lapp : Voir aussi F. Chamoux, «Observations : la valeur des conventions de preuve» (1990) 2 D.I.T. 44.

critique⁵⁸, particulièrement lorsqu'il joue au détriment des consommateurs et que, selon la doctrine française, «l'inégalité d'ordre technique des partenaires est flagrante»⁵⁹. D'autre part, de manière moins directe, l'on notera que la *common law* admet elle aussi la validité de conventions relatives à la preuve⁶⁰.

Pour notre part, nous croyons que les parties sont, en principe, libres de déroger aux règles de preuve que prévoit le *Code civil du Québec* pour mieux adapter celles-ci à leurs besoins et à leurs préoccupations. Cette opinion trouve appui sur le principe juridique fondamental du respect de la liberté contractuelle⁶¹, prévu à l'article 9 du *Code civil*, ainsi que sur l'article 2859 qui prévoit que «le tribunal ne peut suppléer d'office les moyens d'irrecevabilité résultant des dispositions du présent chapitre qu'une partie présente ou représentée a fait défaut d'invoquer». En fait, comme l'écrit Jean-Louis Baudouin, «la loi n'est qu'un «contrat social» entre tous les individus et représente une limite volontairement assumée à l'autonomie de la volonté. En ce sens, le contrat demeure donc antérieur dans le temps et supérieur dans les valeurs juridiques à la loi. En cas de conflit entre le contrat et la loi, c'est donc en principe le contrat qui doit l'emporter».⁶²

Néanmoins, «il existe un certain nombre de cas où, pour des motifs d'ordre public, le juge doit imposer le respect strict des règles de preuve»⁶³. Ainsi, une convention ne peut faire admettre devant un tribunal un élément de preuve qui contredit une présomption légale irréfragable prévoyant la nullité de certains actes ou refusant une action en justice⁶⁴. D'autre part, il importe de noter qu'aux termes de l'article 2858, «le tribunal doit, même d'office, rejeter tout élément de preuve obtenu dans des conditions qui portent atteinte aux droits et libertés fondamentaux et dont l'utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice». Par ailleurs, en présence d'un contrat d'adhésion ou de consommation⁶⁵, on ne peut déroger conventionnellement aux règles de preuve du

⁵⁸ C. A. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, *Cours de droit civil français*, 2e éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1953, t. 9, n° 1154; Y. Leballe, *Des conventions sur les procédés de preuve en droit civil*, Thèse, Paris, 1923; A. Lucas, *Le droit de l'informatique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1987 à la p. 381.

⁵⁹ Lucas, *ibid.* à la p. 381.

⁶⁰ *Wigmore on Evidence*, Toronto, Little, Brown and Co., 1983, vol. 1, par. 7 a).

⁶¹ «Les parties sont libres en principe de conclure tout contrat qu'elles désirent et d'insérer dans ce contrat toutes les clauses qui leur paraîtront opportunes», G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, t. 1, «Les obligations : les sources», 2e éd., Paris, Éditions Sirey, 1988 à la p. 32.

⁶² J.-L. Baudouin, *Les Obligations*, 4e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1993 à la p. 68.

⁶³ Ducharme, *supra* note 19 à la p. 216 : «Ainsi, en matière d'acte authentique, l'intérêt public exige qu'on ne puisse contredire les déclarations de l'officier public sur des faits qu'il avait pour mission de constater autrement que par une inscription en faux. Aussi, en l'absence d'une telle inscription, le tribunal doit intervenir d'office afin d'empêcher toute preuve tendant à contredire le témoignage de l'officier public dans l'acte authentique».

⁶⁴ Art. 2866 C.c.Q.

⁶⁵ *Ibid.* Art. 1379 : «Le contrat est d'adhésion lorsque les stipulations essentielles qu'il comporte ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles ne pouvaient être librement discutées». *Ibid.* Art. 1384 :

Code civil du Québec d'une manière qui soit abusive⁶⁶, autrement dit, d'une manière qui désavantage excessivement ou déraisonnablement le consommateur ou l'adhérent, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi⁶⁷. Il semble donc raisonnable de croire que, par ces dispositions, les tribunaux québécois vont élaborer une solution mitoyenne leur permettant de respecter le principe de la liberté contractuelle, tout en veillant à ce qu'il ne soit pas fait de celle-ci un «usage abusif»⁶⁸, notamment en présence d'un contrat de consommation ou d'adhésion.

Conclusion

Ce bref survol de l'état du droit québécois résultant de l'avènement du *Code civil du Québec* permet de constater que ce cadre juridique est susceptible d'accueillir le développement et la généralisation de nouvelles façons d'effectuer des transactions commerciales.

Les textes de loi constituent un atout. Ils ne sont toutefois rien sans une volonté de les appliquer de façon souple, pragmatique et de manière à reconnaître les méthodes de fonctionnement des transactions plutôt que d'en compliquer la réalisation. Une attitude imaginative et dynamique de la communauté juridique permettra d'assurer un développement harmonieux des nouvelles approches des transactions commerciales, et ce, dans le respect des droits et des intérêts de tous les protagonistes.

«Le contrat de consommation est le contrat dont le champ d'application est délimité par les lois relatives à la protection du consommateur, par lequel l'une des parties, étant une personne physique, le consommateur, acquiert, loue, emprunte, ou se procure de toute manière, à des fins personnelles, familiales ou domestiques, des biens ou des services auprès de l'autre partie, laquelle offre de tels biens ou services dans le cadre d'une entreprise qu'elle exploite».

⁶⁶ Selon les termes de l'article 1437, al. 1 : «[l]a clause abusive d'un contrat de consommation ou d'adhésion est nulle ou l'obligation qui en découle, réductible». Cette disposition, à l'instar des articles 1434 et suivants, est d'ordre public. En effet, la clause d'un contrat qui prétendrait soustraire celui-ci aux dispositions de l'article 1437 serait sans doute considérée comme nulle parce qu'abusive. Néanmoins, les articles 2837 à 2839 relatifs aux inscriptions informatisées n'étant pas, comme nous le soutenons, des dispositions d'ordre public, la possibilité de déroger aux règles de preuve qui y sont prévues demeure, même en présence d'un contrat de consommation ou d'adhésion. Toute dérogation se doit cependant alors d'être abordée avec prudence afin d'éviter que celle-ci soit considérée comme abusive par les tribunaux.

⁶⁷ Art. 1437 C.c.Q. : «[E]st abusive, notamment, la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci».

⁶⁸ Lucas, *supra* note 58 à la p. 381.