

Les pièces établies par ordinateur dans les procédures judiciaires 1994

1994 Charlottetown, IP-E

ANNEXE J

Les pièces établies par ordinateur dans les procédures judiciaires

RÉSUMÉ

On se sert de plus en plus de documents produits ou mémorisés par ordinateur dans les secteurs public et privé. Aussi bien la *common law* que le droit écrit comportent des règles pour l'utilisation de la preuve documentaire devant les tribunaux. L'auteur de la présente étude y examine la question de savoir si les règles existantes régissant la preuve documentaire s'appliquent facilement aux pièces établies par ordinateur ou si ces règles devraient être changées ou complétées.

Après un bref survol de certains principes fondamentaux régissant le droit de la preuve et les pièces établies par ordinateur, l'auteur examine la *common law* et les lois écrites actuelles qui portent sur les pièces commerciales. Il s'attarde moins sur les documents publics, encore que les principes de son analyse puissent aussi s'appliquer à ces documents. Il conclut que le droit actuel est peu satisfaisant en principe.

Un certain nombre de lois écrites d'autres sphères de compétence portent expressément sur les documents informatisés présentés en preuve, par exemple le Code civil du Québec. Elles sont présentées ici de manière passablement détaillée. On trouvera dans les annexes une analyse plus développée des dispositions des lois canadiennes et étrangères.

La Conférence sur l'uniformisation des lois au Canada a tenu compte des documents informatisés quand elle a élaboré son projet de *Loi uniforme sur la preuve*. L'auteur passe en revue les débats de l'époque et consacre une annexe à l'examen détaillé de ce sujet. À cette époque, la Conférence avait choisi de ne pas assujettir les éléments de preuve établis par ordinateur à des règles spéciales.

La Conférence se trouve maintenant devant plusieurs possibilités. Elle pourrait laisser les choses en l'état, car les lois actuelles font l'affaire en pratique, même si elles sont incertaines en théorie. Elle pourrait adopter une courte déclaration sur le statut des documents électroniques à l'égard de la preuve. Elle pourrait encore proposer une liste de critères pour l'établissement de l'admissibilité ou de la valeur probante de ces documents. Elle pourrait remanier toutes les dispositions de la *Loi uniforme sur la preuve* pour les rendre conformes aux règles proposées sur les documents informatisés. Enfin, il se pourrait qu'elle veuille se demander si les nouvelles règles devraient s'appliquer différemment aux documents bancaires, commerciaux et publics.

L'imagerie électronique, une technologie qui s'est développée après l'adoption de la *Loi uniforme sur la preuve* en 1981, est un sujet apparenté, qui ressortit à la fois aux règles portant sur les microfilms et à celles qui régissent les pièces commerciales. On pourrait

soutenir que la situation de cette nouvelle technologie devrait être clarifiée par voie législative.

Il semble souhaitable que la loi sanctionne les accords privés établissant des normes de preuve en cas de litige entre les parties. Cela rassurerait les entreprises faisant des affaires par des moyens électroniques dans le cadre d'un accord entre partenaires commerciaux.

Toute nouvelle règle devrait favoriser l'admission de moyens de preuve fiables et être claire, juste et applicable.

Les pièces établies par ordinateur dans les procédures judiciaires

TABLE DES MATIÈRES

Introduction

- Principes de preuve documentaire
- Les moyens de preuve informatisés
- Repères juridiques
- Bref rappel de la *common law*
- Les règles de droit écrit
- Insuffisances du droit écrit
- Les raisons de légiférer
- Réserves

Les dispositions législatives relatives aux documents informatisés

Quatre possibilités d'harmonisation des règles

- 1. Laisser les choses en l'état
- 2. Adopter une règle limitée, à fonction de facilitation, pour les pièces informatisées
- 3. Dresser une liste spéciale de facteurs relatifs aux moyens de preuve informatisés
- 4. Refondre l'ensemble des règles relatives à la preuve documentaire à partir de principes compatibles avec les règles concernant les documents informatisés

RECOMMANDATION

Observations complémentaires

- Les documents bancaires
- Les documents publics
- Les règles relatives aux microfilms
- La preuve dans les procédures civiles et pénales
-

LES PIÈCES ÉTABLIES PAR ORDINATEUR DANS LES PROCÉDURES JUDICIAIRES

Ken Chasse[1]
Toronto (Ontario)
Juin 1994

Introduction

[1] En même temps que nous nous reposons de plus en plus sur les ordinateurs dans tous les aspects de notre vie et de notre travail, les produits des ordinateurs jouent un rôle de plus en plus important dans les litiges par lesquels nous essayons de démêler nos rapports juridiques. La présente étude porte sur l'utilisation des documents informatisés comme moyens de preuve dans ces procédures judiciaires, aussi bien civiles que pénales.

[2] Les pièces établies par des moyens électroniques sont des documents, et les règles de la preuve documentaire s'appliquent à elles, quoique pas toujours facilement. Nous commencerons par un aperçu très général du droit de la preuve documentaire, puis nous analyserons la technologie informatique et verrons quelles difficultés elle pose à l'application des règles habituelles régissant les documents.

[3] La loi n'est pas complètement muette à propos des documents informatisés. En fait, les documents de cette nature sont admis normalement dans les procédures aussi bien pénales que civiles d'un océan à l'autre. Nous verrons où en est l'évolution des choses à cet égard dans la jurisprudence et dans les lois écrites, au pays et à l'étranger, et nous évaluerons de manière passablement détaillée le droit actuel pour voir s'il est suffisant et équitable.

[4] Nous examinerons ensuite les possibilités qui s'offrent à la réforme juridique dans ce domaine et la question de savoir s'il y aurait lieu d'harmoniser les règles en vue de constituer un nouveau dispositif législatif d'envergure nationale. Les réflexions antérieures de la Conférence de l'uniformisation du droit sur ce sujet sont évidemment applicables à cette partie de notre analyse.

[5] Nous concluons l'étude par des recommandations de mesures uniformes dans ce domaine.

Principes de preuve documentaire

[6] La règle fondamentale en matière de preuve est que celle-ci doit être le compte rendu oral (donné sous serment) de faits dont le témoin a une connaissance directe. Le témoin doit être présent en personne devant le tribunal pour que sa version des faits puisse être mise à l'épreuve d'un contre-interrogatoire.

[7] L'information dont le témoin n'a pas une connaissance directe est du <<ouï-dire>>, c'est-à-dire quelque chose dont il a entendu parler (ou qu'il a appris d'une autre façon sans en avoir lui-même fait l'expérience directe). (Les opinions du témoin constituent une catégorie à part de moyens de preuve, qui concerne aussi la question des documents informatisés).

[8] La règle traditionnelle est que le ouï-dire ne peut être admis en preuve. Cette règle générale a cependant été considérablement entamée ces dernières années par une série d'exceptions. On peut même soutenir que la preuve par ouï-dire n'est plus exclue des tribunaux. Il reste simplement la règle selon laquelle on doit démontrer que le ouï-dire est fiable et que son admission en preuve est nécessaire au jugement de l'affaire. Mais aux fins de la présente étude, nous n'avons pas à décider si l'admissibilité actuelle du ouï-dire est l'exception ou la règle.

[10] Deux règles de preuve subsidiaires s'appliquent à la preuve documentaire. La première est la règle dite de <<la meilleure preuve>>: pour prouver quelque chose devant un tribunal, il faut utiliser la meilleure preuve qu'il est possible de produire. <<La meilleure>> dans ce contexte veut dire <<la plus proche de la preuve orale directe offerte sous serment>>. On obtient ainsi une hiérarchie des documents fondée sur des critères comme le moment de leur établissement, la personne qui les a établis, le point de savoir s'il s'agit d'<<originaux>> ou de copies et ainsi de suite.

[11] La deuxième de ces règles subsidiaires est une <<exception>> à la règle excluant la preuve par ouï-dire. Les tribunaux sont depuis longtemps d'accord pour dire que les documents devraient être admis pour prouver l'information qu'ils contiennent. On a élaboré en *common law* des critères d'admissibilité tels que les points de savoir si les documents ont été produits en même temps que les événements qui y sont consignés, s'ils ont été produits dans le cours normal des affaires de la partie qui les a produits et si celle-ci les a utilisés ou s'est fiée à eux dans ses affaires.

[12] Ces règles ont été remplacées ou recouvertes par les dispositions des lois provinciales et fédérale sur la preuve. De nombreuses lois canadiennes classent les moyens de preuve documentaires selon leur origine et leur forme et prévoient des règles différentes pour chacune de ces classes. Ainsi les documents gouvernementaux et autres documents publics sont traités d'une certaine façon; les pièces commerciales, d'une autre façon; et les pièces commerciales qui sont aussi des pièces bancaires, d'une troisième manière.

[13] Les tribunaux interprètent ces dispositions de manière variable: ils semblent parfois appliquer les normes <<bancaires>> aux documents non bancaires, et aux documents bancaires les normes applicables aux <<autres>> pièces. Ils utilisent aussi les critères de *common law* -- celui de la contemporanéité et ainsi de suite -- dans l'application des critères prévus par les lois écrites. Cela est peut-être dû en partie au fait qu'ils n'établissent pas clairement dans chaque cas s'ils statuent sur l'admissibilité des pièces ou s'ils évaluent leur force probante.

[14] Ces éléments constituent des aspects de l'un des critères d'admissibilité du ouï-dire: la fiabilité. L'autre critère est la nécessité. L'une des principales raisons d'admettre qu'un document donné est nécessaire est la non-disponibilité de la preuve orale correspondante, soit que la personne qui possède une connaissance directe de ce qui est consigné dans le document ne soit pas disponible, soit que l'information à prouver soit un élément si ordinaire perdu dans une telle quantité de données qu'on ne puisse raisonnablement s'attendre à ce que quelqu'un se rappelle l'avoir apprise ou reçue.

[15] Le critère de la <<nécessité>> a suscité une certaine confusion par ce qu'on emploie aussi ce terme pour justifier l'utilisation d'une copie plutôt que d'un original. Cependant, cette justification est un aspect de la règle de la meilleure preuve, et non de la règle du oui-dire. Appliquée aux documents, la règle de la meilleure preuve signifie que l'original est le moyen de preuve privilégié. Cette règle aussi a parfois été modifiée par les lois écrites; certaines en effet portent que la photographie d'un chèque est admissible sans que le proposant ait à prouver la manière dont elle a été produite ou utilisée.

[16] On a formulé d'autres dispositions à l'égard des autres documents photographiques et microfilmés. Certaines de ces dispositions montrent leurs origines dans le fait qu'elles prescrivent de conserver les documents originaux (sur papier) durant un certain nombre d'années aussi bien que les microfilms. (Probablement parce que cela permet aux parties de vérifier la fiabilité du microfilm en examinant les originaux, même si le microfilm est admissible seul.)

[17] Il s'ensuit qu'on s'y perd un peu dans la loi en théorie. Nous n'avons pas mentionné toutes les questions qui font problème. Cependant, on utilise normalement la preuve documentaire sans que cela pose de problèmes de principe sérieux.

Les moyens de preuve informatisés

[18] Les pièces informatisées constituent une espèce de preuve documentaire [2]. Par suite, les deux critères d'utilisation de la preuve documentaire définis ci-dessus, soit la règle de la meilleure preuve et la règle du oui-dire, s'appliquent aussi à cette catégorie. Les modalités de cette application et les changements qu'il faudrait y apporter, s'il y a lieu de changer quoi que ce soit, forment le sujet de la présente étude.

[19] La preuve informatisée est une information consignée par des moyens électroniques. Elle peut être créée par des moyens électroniques, ou simplement mémorisée sur support électronique. Elle peut être sur support papier à une ou plusieurs étapes de sa <<vie>> et sur support électronique à d'autres; c'est par exemple le cas des documents télécopiés (encore que ceux-ci soient en général considérés comme des copies de documents papier plutôt que comme des documents informatisés) [3]. Elle peut exister en plus d'un endroit à la fois -- dans deux ordinateurs, par exemple. Voici une liste partielle des catégories de documents informatisés: les documents mémorisés dans un seul ordinateur ou créés par un seul ordinateur, les communications entre ordinateurs, avec ou sans intermédiaires et avec ou sans transformation des messages à l'une ou l'autre extrémité, les feuillets magnétiques des cartes de plastique, les microprocesseurs des cartes de plastique (cartes à mémoire), le courrier électronique, les tableaux d'affichage électroniques et les réseaux internationaux de télécommunications.

[20] Les diverses manières dont les ordinateurs sont utilisés pour créer, mémoriser et extraire des pièces commerciales mettent en jeu soit les communications entre ordinateurs et humains, soit les communications entre ordinateurs, celles-ci étant simplement une espèce de celles-là où interviennent un deuxième ordinateur ou une multiplicité d'ordinateurs. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de décrire toutes les diverses manières dont on utilise les ordinateurs pour créer, mémoriser et extraire des pièces

commerciales. Du point de vue du droit de la preuve, la diversité des applications de la technologie informatique n'influera pas sur la nature des dispositions nécessaires pour les régir, si ces dispositions concernent des opérations communes à toutes les applications informatiques.

[21] Ces opérations sont par exemple les sources des données et de l'information utilisées dans les bases de données, l'introduction de ces données et de cette information, la confiance mise par l'entreprise dans ces bases de données et la fiabilité des logiciels. Les mentions générales ou particulières des opérations de cette nature faites dans les dispositions relatives par exemple aux pièces commerciales seraient applicables à toutes les pièces commerciales établies par ordinateur. Par contre, les rapports entre la technologie informatique et le microfilmage pourraient changer les dispositions relatives à la preuve parce que le microfilmage traditionnel fait l'objet de dispositions spéciales dans les lois sur la preuve en vigueur au Canada.

[22] Les entreprises et leurs avocats manifestent un intérêt considérable pour l'échange de données informatisées (EDI). Celui-ci peut être défini comme étant la transmission entre ordinateurs de données sous forme structurée, c'est-à-dire comme une forme de commerce sans papier[4]. L'EDI n'exige pas de législation spéciale: il s'accommode des dispositions des lois sur la preuve applicables aux autres documents établis par ordinateur. Les questions juridiques spéciales que pose l'EDI relèvent du droit contractuel plutôt que du droit de la preuve; ce sont par exemple les accords entre partenaires commerciaux stipulant les conditions d'établissement du réseau de télécommunications, la répartition des coûts et des risques, et l'établissement des procédures de sécurité et de vérification du contenu, de la chronologie et de l'authenticité des messages. Les accords en cause peuvent aussi comporter des stipulations relatives à la preuve en cas de différends, mais ils ne nécessitent pas qu'on fasse intervenir une loi sur la preuve. Cependant -- nous y reviendrons en détail plus loin -- , la validité d'un code privé de la preuve peut faire l'objet de dispositions législatives.

[23] Du point de vue de la preuve, l'EDI est simplement un exemple des cas où l'on utilise un ordinateur pour recevoir des documents et des données créés à l'extérieur et ne présente pas de caractéristiques propres. Tous facteurs déterminés qu'on recommanderait dans le contexte de la preuve pourraient s'appliquer également aux systèmes d'EDI. Ces facteurs, en particulier les sources des données et de l'information et les procédures d'introduction et de vérification, s'appliqueraient également à la manipulation des données et de l'information entre ordinateurs et à leur manipulation entre humains et ordinateurs.

[24] Il n'en va pas de même de l'imagerie électronique. On emploie communément le terme <<imagerie>> dans le secteur de la gestion de l'information et des images au sens d'<<imagerie électronique>>[5]. Celle-ci est la saisie d'images ou de représentations exactes de documents sur disque optique ou magnétique au moyen d'un scanner ou dispositif de balayage. On prévoit que cette technologie remplacera le microfilmage avant la fin du siècle. Les documents électroniques ainsi établis par balayage s'intègrent dans une mémoire d'ordinateur. Sur le plan technique, il est possible de modifier ces enregistrements dans la mémoire de manière impossible à déceler, suivant la manière dont ils sont stockés.

Par suite, ceux qui désirent utiliser l'imagerie ont formulé des normes de manipulation de l'information propres à accroître la sécurité de celle-ci. On trouvera à l'annexe D une analyse plus détaillée des effets juridiques de l'imagerie. Qu'il suffise pour l'instant de faire observer que cette technologie relève à la fois de la *common law* et des dispositions législatives relatives aux microfilms et aux pièces commerciales. Étant donné que ces deux catégories de règles ne s'accordent pas, il s'avère souhaitable d'élaborer une nouvelle règle de droit écrit sur l'imagerie elle-même.

Repères juridiques

[25] Maintenant que nous avons rappelé les principes fondamentaux, nous pouvons examiner de plus près les questions juridiques que posent les pièces informatisées. Voici quelques-uns des points clés sur lesquels sera axée l'analyse:

* Admissibilité et valeur probante: Est-ce que les documents informatisés devraient seulement être admis dans les débats judiciaires? Le cas échéant, quels sont les facteurs pertinents pour l'établissement de leur effet? Certaines règles de droit écrit disposent que certaines caractéristiques de la production d'un document peuvent ne pas influencer sur l'admissibilité. Or, certaines caractéristiques peuvent aussi influencer à la fois sur l'admissibilité et la valeur probante. La question de la clarté de la règle de droit se pose alors: comment peut-on gérer ses dossiers de manière à assurer leur meilleure utilisation possible en cas de litige? Ou encore: comment peut-on contester l'utilisation des documents produits par la partie adverse?

* Droit écrit et *common law*: Les règles de *common law* relatives aux documents étaient détaillées et étroites. Le droit écrit est en général plus souple et plus large. Cependant, il s'est aussi révélé assez vague pour que les tribunaux retournent à la *common law* ou créent de nouveaux principes de *common law* pour l'interprétation des dispositions législatives. Les documents informatisés soumettent l'imprécision de celles-ci à plus dure épreuve encore. Est-ce que de nouvelles dispositions législatives devraient reprendre certaines des normes de la *common law* et les appliquer expressément aux documents informatisés ou établir de nouvelles règles de manière plus détaillée par un autre moyen?

* Types de documents: Est-ce que le classement des règles suivant les types de documents (pièces commerciales, documents bancaires et documents publics) convient aux documents informatisés, ou est-ce que la nature informatique des documents l'emporte sur les différences prévues par la loi de sorte que des règles semblables devraient s'appliquer à tous les documents informatisés?

* Procédures civiles et pénales: Le droit actuel, aussi bien la *common law* que le droit écrit, ne fait pas de distinction entre les règles de preuve des divers types de procédures, encore que, bien sûr, la *Loi sur la preuve au Canada* s'applique pour une grande part aux instances pénales, et les lois provinciales aux actions civiles. Serait-il justifié d'établir une distinction systématique à cet égard?

* Rôle du consentement: Y a-t-il quoi que ce soit dans la nature de la preuve qui empêcherait des particuliers d'établir de gré à gré les critères à appliquer à l'admission et à

l'appréciation des pièces en cas de litige entre eux? L'établissement d'un contrat de cette nature n'a-t-il à tenir compte que de l'égalité des pouvoirs de négociation?

[26] L'élaboration de règles de droit dans ce domaine devrait viser trois buts: preuve exacte de documents fiables, égalité des chances entre le proposant et l'opposant de la preuve et applicabilité pratique.

[27] Il y a trois façons possibles d'envisager la réforme et l'harmonisation du droit dans ce domaine:

1. Ajouter aux dispositions existantes sur les pièces commerciales des paragraphes spéciaux sur les documents établis par ordinateur, et aux dispositions actuelles sur les microfilms des paragraphes spéciaux relatifs à l'imagerie électronique. --

* Les dispositions existantes semblent suffisantes relativement aux pièces commerciales traditionnelles (d'avant l'ordinateur) et n'ont donc pas besoin d'être modifiées à cet égard. Cependant, la plupart des pièces actuelles sont établies par ordinateur, de sorte que des règles spéciales pourraient être utiles pour ce qui les concerne.

2. Refondre ces dispositions en un seul ensemble intégré comportant des dispositions communes de soutien (définition, procédures et autres), comme la Conférence sur l'uniformisation des lois au Canada, parmi d'autres, l'a proposé au début des années 1980 (voir l'analyse ci-dessous sous le titre <<La réforme du droit au Canada>>). --

* On obtiendrait ainsi un seul dispositif législatif pour tous les types de pièces commerciales (et autres) plutôt que des dispositions distinctes pour les documents établis par ordinateur et par imagerie électronique. Si l'usage de l'imagerie se répand largement comme on le prévoit, les deux groupes de dispositions devront souvent être utilisés ensemble. Il serait donc bon de les intégrer pour des raisons d'efficacité, de manière à témoigner de cette réalité.

3. Ne rien faire et laisser les dispositions existantes relatives aux pièces commerciales se débrouiller comme elles le pourront avec les documents informatisés. --

* On admet les documents informatisés en vertu des dispositions existantes sans que des décisions judiciaires ou de nouvelles lois ne viennent limiter leur admissibilité ou leur valeur probante.

[28] Pour déterminer la valeur de chacune de ces trois manières d'envisager la modification des lois, il faut analyser brièvement le droit actuel relatif à chacune des dispositions régissant les divers types de pièces commerciales.

Bref rappel de la *common law*

[29] La *common law* prévoyait pour les pièces commerciales une exception à la règle excluant le oui-dire, à condition que ces pièces présentent des <<garanties circonstanciées de fiabilité>>, selon l'expression de Wigmore. Ces garanties étaient les suivantes:

- les pièces devaient être établies de manière contemporaine aux événements qui y étaient consignés,

- par des personnes possédant une connaissance directe des faits,
- dans le cours normal des affaires,
- par des personnes ayant pour obligation de les établir,
- n'ayant aucun motif de donner une fausse représentation des faits,
- et décédées depuis[6].

[30] La règle de *common law* a été exposée de nouveau au Canada dans l'arrêt *Ares c. Venner*[7], où la Cour suprême a statué que des documents d'hôpital établis de manière contemporaine aux faits consignés, par une personne ayant une connaissance directe de ceux-ci et dont c'était la tâche d'établir l'inscription ou le document, devaient être reçus en tant que preuve, réfutable, de prime abord des faits consignés. La jurisprudence applique cette règle aux pièces commerciales en général[8]. Celle-ci peut certainement encore être appliquée, bien que plusieurs de ses éléments aient été complétés ou souvent même rendus inutiles par le droit écrit.

[31] De plus, la règle de la meilleure preuve exigeait en général que les documents produits fussent des originaux.

Les règles de droit écrit

[32] Les lois sur la preuve de toutes les sphères de compétence canadiennes contiennent certaines règles relatives à la preuve documentaire, dont la plupart ne sont pas spécialement conçues pour les documents informatisés. (Le nouveau Code civil du Québec constitue à cet égard une exception. Nous en parlons plus loin, dans la section portant sur les lois relatives aux documents informatisés. Voir page 23.). On trouvera un examen détaillé des divers dispositifs législatifs à l'annexe A.

[33] On peut dire, en termes très généraux, que la plupart des lois canadiennes sur la preuve s'attachent aux circonstances dans lesquelles le document a été établi et au point de savoir s'il a été ou non utilisé dans le cours normal des affaires. Certaines lois portent expressément que le document doit avoir été établi en même temps que les faits qui y sont consignés ou peu après. Plusieurs lois portent que les circonstances de l'établissement du document influent sur la valeur probante, mais non sur son admissibilité.

[34] Il est à noter que la règle de la meilleure preuve continuera de s'appliquer aux documents admis en vertu des lois écrites, de sorte que le document original devra être produit s'il peut l'être. Les exceptions prévues par la loi se limitent aux dispositions sur les documents bancaires et certains documents microfilmés.

Il faut dire qu'il existe peu d'uniformité dans le droit écrit, et donc peu de certitude pour ceux dont l'activité professionnelle dépasse les limites d'une province ou d'un territoire -- en fait, il n'en exige guère plus même pour ceux dont l'activité se limite à une seule sphère de compétence. On ne sait pas au juste quels éléments de preuve doivent être rassemblés pour les tribunaux, ni quelles sont les normes qui seront appliquées. Par suite, on a invoqué

les principes de *common law* comme source d'interprétation, mais sélectivement et pas dans chaque cas.

[35] Même avec ces règles, le traitement des pièces informatisées n'est pas clair. Notamment, la loi actuelle n'énumère pas de conditions spécifiques d'admissibilité. Le paragraphe suivant de l'arrêt *R. v. McMullen* (C.A.Ont., 1979)[9] est ce qui se rapproche le plus de l'exposé d'un critère spécifique d'admissibilité des documents informatisés:

[Traduction]

[36] Je souscris à la proposition voulant que la démonstration de la fiabilité des pièces informatisées soit une affaire plus complexe que la démonstration de la fiabilité des documents écrits. Je souscris aussi à la thèse comme quoi, en principe, un tribunal devrait examiner attentivement les faits préalables qui lui sont soumis en vue d'obtenir de lui une conclusion de fiabilité, comme condition d'admissibilité (voir *McCormick's Handbook on the Law of Evidence*, 2e éd. [1972], p. 734) et que les procédures d'admission énoncées à l'article 30 [de la *Loi sur la preuve au Canada*] sont formulées avec plus de précision que celles de l'article 29. Cependant, cela ne veut pas dire que le paragraphe 29(2) ne suffise pas à la tâche. La présence des quatre conditions préalables qui y sont prévues, la dernière étant que la copie de l'inscription produite en preuve soit une copie conforme de ce qui figure au registre, doit être établie d'une manière jugée satisfaisante par le juge qui préside l'instance. La nature et la qualité des éléments de preuve soumis au tribunal doivent refléter les faits du processus complet de la tenue de dossiers, soit, dans le cas des documents informatisés, les procédures et processus relatifs à l'introduction des inscriptions, à la mémorisation de l'information, à son extraction et à sa présentation (voir *Transport Indemnity Co. v. Seib* (1965), 132 N.W. (2d) 871; *King v. State ex Rel Murdock Acceptance Corp.* (1969) 222 So. (2d) 393; et <<Note, Evidentiary Problems and Computer Records>>, 5 *Rutgers J. Computer Law* (1976), p. 355 *suiv.*). Si les éléments de preuve en question dépassent la compétence du gestionnaire, du comptable ou de l'agent chargé des dossiers (*R. v. McGrayne*, Cour d'appel de l'Ontario, 14 mars 1979 [publié depuis: 46 C.C.C. (2d) 63]), on doit conclure à l'inobservation du paragraphe 29(2), et l'état imprimé n'est pas admissible.

Cette déclaration a été élaborée dans l'arrêt *R. v. Bell and Bruce* (C.A. Ont. 1982)[10], et le concept d'<<original>> y a été précisé de manière à être plus compatible avec les documents établis par ordinateur:

[Traduction]

[37] L'arrêt *McMullen* est la source autorisée des règles voulant que l'information mémorisée dans un ordinateur soit *susceptible* d'être considérée comme un <<registre tenu dans une institution financière>> et que l'état imprimé soit *susceptible* d'être considéré comme une copie de ce registre, en dépit de son changement de forme. Mais il ne sanctionne pas la thèse voulant que l'information mémorisée soit le seul registre ou qu'un état imprimé soit seulement une copie de ce registre.

Étant donnée l'évolution rapide de la technologie en cause, il serait impossible de formuler des règles générales qui s'appliqueraient à tous les cas. Le point de savoir si un élément d'information enregistré (sous quelque forme que ce

soit) est un <<registre tenu dans une institution financière>> est toujours une question de fait, mais je pense que les propositions générales suivantes se sont jusqu'à maintenant accréditées:

1. Le registre peut se présenter sous n'importe quelle forme, même sous une forme illisible.
2. La forme sous laquelle l'information est enregistrée peut changer au besoin, et la nouvelle forme est tout autant un registre de ce type d'information.
3. Le registre peut être une compilation ou un assemblage d'autres registres.
4. Il doit avoir été produit aux fins de la banque pour consultation éventuelle ou dans le cadre de son système de vérification interne et doit être tenu à cette fin à l'époque pertinente.

Avant que les banques n'utilisent l'ordinateur, c'est le journal de caisse qui constituait le registre original. Les articles de ce journal étaient reportés dans un grand livre, et celui-ci devenait ainsi un second registre. De même, je suis certain que les grands livres de l'ensemble des comptes d'une succursale étaient ensuite rassemblés en un grand livre de succursale, qui devenait à son tour un registre. Il est donc indifférent que l'information d'origine change de forme ou soit absorbée dans un registre plus large. L'authenticité du registre comme moyen de preuve est suffisamment garantie par l'observation du paragraphe (2) de l'article 29.

[38] On peut voir à la lecture de ces passages que les tribunaux veulent examiner la preuve d'admissibilité ou les faits préalables, c'est-à-dire les témoignages qui établissent les faits sur lesquels l'admissibilité des documents puisse être fondée. La question clé est la nature de la preuve d'admissibilité nécessaire. Il est important de voir que ces deux affaires concernaient des documents bancaires, lesquels sont traditionnellement reçus en preuve plus facilement que les documents d'autres catégories d'entreprises. Dans la mesure restreinte où ces deux arrêts fixent une norme, on peut soutenir que cette norme est trop large pour être d'application universelle.

Insuffisances du droit écrit

[39] En gros, le droit écrit régissant l'admissibilité et la valeur probante des pièces commerciales semble fondé sur trois concepts, dont deux n'ont pas de définition fixe et le troisième a besoin d'être révisé en fonction des documents informatisés. Les concepts non définis sont <<le cours ordinaire des affaires>> et <<les circonstances de l'établissement de la pièce>>. Ces expressions se retrouvent à quelques variations près dans la plupart des dispositions législatives canadiennes relatives à la preuve[11]. Le troisième concept est celui de document <<original>>.

[40] L'absence de définitions fixes du cours ordinaire des affaires et des circonstances de l'établissement de la pièce donne aux tribunaux une complète liberté dans l'application de

ces concepts, mais laisse les plaideurs et les milieux d'affaires dans l'incertitude à l'égard des moyens de preuve nécessaires pour établir l'admissibilité en preuve et la crédibilité des pièces commerciales. Les tribunaux ne disposent pas de principes adéquats pour évaluer <<le cours ordinaire des affaires>> et les <<circonstances de l'établissement des pièces>> quand il s'agit de documents informatisés.

[41] Un nombre surprenant de questions sur la preuve documentaire restent sans réponse, même si l'on a recours à la fois au droit écrit et à la *common law*. Ainsi on ne sait pas:

Si les dispositions législatives dans leur formulation actuelle portent que les pièces admissibles n'ont qu'à être établies par une personne dont c'est le <<devoir professionnel>> de les établir, ou s'il faut que la personne ayant fourni l'information ait agi comme l'auteur de la pièce conformément à des <<devoirs professionnels>> de cette nature[12].

S'il suffit que l'établissement de la pièce se soit inscrit dans le cours normal des affaires, ou s'il faut que non seulement l'établissement de la pièce, mais aussi les événements qui y sont consignés s'intègrent dans les pratiques commerciales habituelles[13].

Si l'on doit toujours prendre en considération la contemporanéité de l'établissement de la pièce et des événements qui y sont consignés dans le cadre du <<cours ordinaire des affaires>>[14].

Si les documents peuvent être rendus inadmissibles par l'intérêt ou le parti pris de la personne qui les a établis, ou si l'on doit exclure cette condition de l'interprétation de la loi[15].

[42] On pourrait répondre à ces questions sur le oui-dire par voie législative afin que l'exemption des pièces commerciales devienne compatible avec les pièces commerciales établies par ordinateur. Le point de savoir si l'on doit introduire certains principes de *common law* dans le droit écrit et les adapter pour rendre les dispositions actuelles compatibles avec les réalités informatiques ou si l'on doit plutôt retourner aux principes fondamentaux est moins important que le résultat.

[43] Le troisième concept inadéquat du droit actuel est celui d'<<original>>, c'est-à-dire la notion selon laquelle la preuve d'un document exige la preuve de l'original, et que celui-ci pour être recevable doit avoir été établi au même moment que les événements qui y sont consignés ou peu après. Il s'agit ici de la règle de la meilleure preuve plutôt que de la règle du oui-dire, dont relevaient les deux autres concepts. La règle de la meilleure preuve veut que l'absence ou la modification de l'original soit expliquée de manière satisfaisante, sans quoi l'élément de preuve en cause ne sera pas reçu[16]. Le concept d'<<original>> compense dans une certaine mesure l'imprécision de la notion du <<cours ordinaire des affaires>>.

[44] Cependant, la tenue informatisée de dossiers ne produit pas d'originaux de cette nature, à moins que l'ordinateur ne serve qu'à stocker des documents à inscriptions originaires. L'imprimé d'ordinateur n'est habituellement produit qu'à la fin du processus de création et de manipulation de l'information, et non au début comme l'<<original>>

traditionnel. C'est une solution artificielle que de désigner l'imprimé comme étant l'«original» comme on l'a fait dans l'arrêt *Bell and Bruce*. On peut en effet soutenir que l'imprimé ne doit pas faire oublier la nécessité de prouver les procédures et les sources d'information qui ont contribué à la création du document.

[45] Au contraire, l'absence de l'«original» traditionnel dans la tenue informatisée de dossiers doit être compensée par une analyse plus détaillée du cours ordinaire des affaires et des circonstances de l'établissement des pièces commerciales. Autrement dit, la disparition de l'«original» traditionnel comme moyen de preuve, l'original étant une pièce établie au même moment que l'événement consigné ou peu après, et son remplacement par un imprimé créé à l'autre extrémité du processus de manipulation de l'information accentuent la nécessité d'une preuve du système qui a produit cet imprimé.

[46] En bref, le droit devrait passer de l'«original» au «système», c'est-à-dire de la dépendance à l'égard de la preuve de l'intégrité de la pièce commerciale originale à la dépendance à l'égard de la preuve de l'intégrité du système de tenue de dossiers. Il s'ensuit que la règle de la meilleure preuve perd la plus grande partie ou la totalité de son applicabilité dans ce domaine, étant donné que les facteurs relevant de l'exception à la règle du oui-dire seront ceux-là mêmes qui influenceront sur l'utilisation des moyens de preuve en tant qu'équivalents d'un «original».

Les raisons de légiférer

[47] Nous avons vu que les lois actuelles prévoient plusieurs critères différents pour l'appréciation de l'admissibilité et de la valeur probante des pièces établies par ordinateur, et que les termes clés de ces dispositions souvent ne sont pas définis ou le sont de manières qui ne conviennent pas bien aux documents informatisés. On peut soutenir, pour un certain nombre de raisons, que la jurisprudence n'arrivera pas à combler ces écarts et à dissiper ces ambiguïtés.

[48] Le mouvement d'édification pièce à pièce qui caractérise la jurisprudence en fait une très mauvaise manière d'élaborer des principes obligatoires et uniformes de gestion des documents et de traitement de l'information. L'adoption d'une loi exigeant des éléments de preuve sur les points clés de la tenue automatisée de dossiers préviendrait l'élaboration au petit bonheur de principes de jurisprudence par les tribunaux. Cette loi pourrait prescrire la production d'éléments de preuve sur les principales caractéristiques d'un système informatisé de tenue de dossiers, éléments que les tribunaux pourraient ensuite analyser en détail. Une affaire prise individuellement est une bonne occasion d'établir un principe applicable à un ensemble particulier de faits, mais ce n'est pas un bon moyen d'établir un principe fondamental qui doit régir de nombreux cas, **à moins que** l'affaire isolée en question n'ait été précédée d'un grand nombre de décisions judiciaires dont le tribunal puisse s'inspirer dans la rédaction de sa déclaration de principes fondamentaux. Or, on n'a pas encore analysé la tenue automatisée de dossiers dans un grand nombre de décisions judiciaires.

[49] Il semble qu'il faudra des décennies aux tribunaux canadiens pour élaborer une jurisprudence suffisante dans ce domaine. Ainsi les dispositions actuelles régissant les

pièces commerciales figurent dans les lois sur la preuve depuis plus de vingt-cinq ans, mais elles ont produit très peu d'analyses touchant la signification concrète du <<cours ordinaire des affaires>> et des <<circonstances de l'établissement des pièces>>. Le développement de la technologie informatique connaît une accélération considérable, en même temps que s'intensifient en proportion les pressions des milieux d'affaires en vue de l'adoption de lois qui précisent comment la nouvelle technologie pourra produire des pièces commerciales admissibles en preuve.

[50] Un certain nombre d'autres sphères de compétence ont légiféré sur les moyens de preuve électroniques, et ces précédents peuvent dans une certaine mesure orienter notre action au Canada. Les lois sur la preuve, une fois modifiées, pourraient <<occuper le terrain>> avec des règles précises qui auraient incontestablement priorité sur les commentaires des lois existantes inspirés de la *common law*. Il semble qu'on obtiendrait ainsi une situation plus commode que la série actuelle de questions sans réponses.

[51] Nous avons énuméré plus haut, aux pages 6 et 7, les questions à l'examen et les critères qui leur sont applicables. Les questions essentielles sont peut-être celles-ci:

* Est-ce que l'admission en preuve des sorties imprimées devrait avoir pour condition préalable un examen détaillé du système informatisé de tenue des dossiers qui les a produites et, en cas de réponse affirmative, quelles sont les caractéristiques qui devraient être prouvées[17]?

* Quand une sortie imprimée doit-elle être considérée comme un original et quand doit-elle être considérée comme une copie? Cette question a-t-elle même encore un sens quand il s'agit de documents informatisés[18]?

Réserves

[52] Les éléments qui ne remplissent pas le critère prévu par la loi pour la preuve documentaire -- qu'il s'agisse de pièces commerciales ou autres -- peuvent néanmoins être admissibles pour une autre raison. Premièrement, les règles de *common law* sont encore applicables et elles peuvent assurer la recevabilité de pièces qui ne relèveraient pas de la loi écrite. Deuxièmement, d'autres exceptions à la règle du oui-dire peuvent être applicables. Les éléments présentés peuvent faire partie des *res gestae* ou être produits pour une autre raison que pour prouver la vérité de leur contenu[19]. Troisièmement, certaines catégories de pièces établies par ordinateur peuvent être des opinions d'experts plutôt que des preuves de faits et être admis à ce titre en vertu des règles régissant la preuve d'opinion[20].

Les dispositions législatives relatives aux documents informatisés

[53] L'examen des dispositions spéciales sur les pièces informatisées adoptées par d'autres pays peut nous aider à voir si des dispositions analogues devraient être appliquées au Canada. Voyons-les donc dans l'ordre chronologique. L'Angleterre a été la première à adopter des dispositions de cette nature, dont nous énumérons ci-dessous sous forme schématique les conditions prévues pour l'admissibilité des éléments de preuve:

The Civil Evidence Act 1968, par. 5(2) (R.-U.)[21]

- a) L'entreprise doit utiliser normalement l'ordinateur dans ses activités ordinaires;
- b) on doit introduire normalement dans l'ordinateur de l'information de la nature de celle que contient la pièce en question;
- c) l'ordinateur doit bien fonctionner, ou en cas de défaillance, celle-ci ne doit pas avoir influé sur la production ou l'exactitude de l'état;
- d) l'information doit être tirée de celle qui est introduite dans l'ordinateur dans le cours ordinaire des activités en question.

[54] Ensuite, en 1972, on a ajouté au *South Australia Evidence Act* une disposition spéciale sur les imprimés d'ordinateur, dont les conditions d'admissibilité étaient, sous forme schématique, les suivantes:

- a) l'ordinateur doit être correctement programmé et ordinairement utilisé pour produire des états de l'espèce de celui présenté en preuve;
- b) l'état doit être fondé sur des données préparées à partir d'une information <<qui serait normalement recevable dans une cour de justice comme preuve des déclarations (...) que contient l'état>>;
- c) rien ne permet raisonnablement de soupçonner l'existence d'un écart par rapport au système ou une erreur dans la préparation des données;
- d) de l'introduction des données à la production de l'état, l'ordinateur n'a pas connu de défaillance influant sur l'exactitude des données;
- e) ni les mécanismes ni les processus de l'ordinateur n'ont subi de modifications susceptibles d'influer sur l'exactitude des données;
- f) une personne digne de confiance a consigné les modifications subies par les mécanismes et les processus de l'ordinateur;
- g) ni l'exactitude ni la validité des résultats du traitement n'ont été défavorablement affectées par des procédures incorrectes ou une insuffisance des dispositifs de sécurité.

[55] Les deux listes ci-dessus instituent une protection ou garantie importante de l'exactitude de l'imprimé présenté en preuve en prescrivant que les données ou l'information sur lesquelles il est fondé soient de celles qui sont ordinairement introduites dans l'ordinateur dans le cours normal des activités de l'organisation. Cette condition est comparable à celle qui exige que les pièces commerciales soient <<établies dans le cours ordinaires des affaires>>. Ce qu'on veut ainsi obtenir, ce sont des pièces ou des imprimés créés suivant des procédures établies et dans le cadre de tâches professionnelles établies. Le *Civil Evidence Act 1968* est plus direct et par conséquent plus clair dans l'établissement de cette condition relative au caractère courant des opérations.

[56] On pourrait souligner encore plus vigoureusement l'importance d'une condition de cette nature en formulant expressément un autre de ses motifs sous-jacents, à savoir la

confiance mise dans les pièces en cause dans la prise de décisions professionnelles. Les critères de la loi de l'Australie-Méridionale sont à cet égard supérieurs parce qu'ils orientent l'attention vers le programme informatique utilisé. Mais les deux lois accordent trop d'attention au bon fonctionnement mécanique de l'ordinateur. Ce souci de l'état du matériel est plus à sa place lorsqu'il s'agit des conditions de l'admissibilité des éléments produits par l'alcootest et les dispositifs radar. Depuis l'adoption de ces dispositions, il est devenu évident que la falsification intentionnelle et la négligence de la part des opérateurs sont presque les seuls facteurs à menacer l'exactitude des sorties imprimées, et que l'inexactitude est très rarement à mettre au compte du fonctionnement mécanique de l'ordinateur. Les tribunaux et les législateurs devraient donc concevoir les critères d'admissibilité en conséquence.

[57] C'est pour des raisons semblables que les auteurs d'un projet contemporain de dispositions formulé dans une revue de droit[22] mettaient l'accent sur les conditions suivantes: les procédures d'introduction, la confiance mise dans la base de données pour la prise de décisions professionnelles et le programme informatique. Ces critères sont axés plus précisément sur les composants humains des systèmes informatisés de tenue de dossiers, où gît la probabilité d'erreur ou de falsification, plutôt que sur les composants mécaniques et électroniques, qui sont rarement en cause. Ils offrent une orientation beaucoup plus précise au tribunal, à l'avocat qui prépare sa cause et au gestionnaire des documents qui essaie de savoir ce que la loi exige au juste des responsables de la tenue des dossiers, que les expressions vagues comme <<le cours ordinaires des affaires>> et <<les circonstances de l'établissement de la pièce>>.

[58] Est venu ensuite le *Computer Evidence Act 1983* de l'Afrique du Sud. Cette loi prescrit la production par une personne connaissant bien le système informatique et la pièce d'un affidavit d'authenticité attestant le bon fonctionnement de l'ordinateur.

[59] Cette approche législative de la preuve d'admissibilité des sorties imprimées a pour effet d'imposer au proposant la charge de démontrer la fiabilité du système de tenue de dossiers, au lieu d'imposer à l'opposant la charge de réfuter cette fiabilité une fois que le proposant aurait produit des preuves de pièces établies <<dans le cours ordinaires des affaires>>. Ces systèmes peuvent se révéler trop compliqués pour qu'il soit justifié d'imposer à l'opposant la charge de réfuter la fiabilité. Les sources des éléments susceptibles d'établir la fiabilité sont sous la garde du proposant; c'est donc à lui qu'il devrait incomber de constituer la preuve.

[60] Le témoin n'a pas à avoir une connaissance directe des données de base introduites dans les systèmes ni du fonctionnement concret du matériel de traitement de l'information; il suffit qu'il ait une connaissance générale, et assume la responsabilité générale, des méthodes appliquées par l'entreprise au traitement de ses pièces commerciales. En fait, les tribunaux semblent peu disposés à exiger du proposant des moyens de preuve informatisés qu'il appelle à la barre plus d'un témoin d'admissibilité.

[61] L'établissement de listes de points de la nature ci-dessus se justifie par le fait que la formulation de critères détaillés accroît considérablement la probabilité que le témoin appelé

pour présenter les documents informatiques ait une connaissance détaillée du système de tenue de dossiers dans son ensemble, c'est-à-dire que l'existence de critères détaillés rend nécessaire le recours à des témoins occupant des fonctions de surveillance ou de gestion du système de tenue de dossiers qui a produit les pièces destinées à devenir des éléments de preuve.

[62] En rendant ainsi plus nécessaire le recours à des témoins tenus pour responsables du système de tenue de dossiers, les dispositions relatives aux pièces commerciales des lois sur la preuve applicables aux ordinateurs peuvent se rapprocher plus des règles exigeant une preuve d'expert. Les experts, comme les sorties imprimées, représentent les systèmes d'information. On leur permet de donner des témoignages d'opinion et de fonder ceux-ci sur le oui-dire à cause de l'intégrité des systèmes d'information qu'ils utilisent. Il ne suffit pas que le témoin expert déclare à la barre qu'il a obtenu la preuve qu'il présente << dans le cours ordinaire >> de ses affaires. Il engage sa responsabilité professionnelle et sa parole en certifiant l'exactitude du témoignage qu'il rend.[23]

[63] Le critère dominant l'admissibilité des imprimés d'ordinateur au Canada est encore la règle énoncée dans l'arrêt *McMullen*: [traduction] << la nature et la qualité des éléments de preuve présentés au tribunal doivent refléter les faits de l'ensemble du processus de tenue de dossiers >>[24]. Pour déterminer quels sont les << faits >> en cause et jusqu'où il faut aller pour que la preuve d'admissibilité reflète l'<< ensemble >> du processus, on peut trouver des indications dans des lois telles que celles de l'Afrique du Sud et du Royaume-Uni, parce que leur rédaction précise les détails de cette nature.

[64] Le *Police and Criminal Evidence Act, 1984* (R.-U.) contient une description plus détaillée. L'article 69 de cette loi prévoit une obligation de preuve par certificat sur le fonctionnement de l'ordinateur, le contenu du certificat étant précisé par des règles au besoin. C'est un délit que de faire une fausse déclaration dans un certificat de cette nature. Cet article traite aussi la valeur probante des éléments en cause.

[65] Un bon nombre de décisions ont été rendues en application de l'article 69, mais dans aucune on ne trouve d'observations qui seraient utiles dans le présent contexte, concernant par exemple la nécessité d'une réforme législative ou le type -- général ou spécial - - de dispositions souhaitées[25]. On peut en dire autant de la jurisprudence des autres dispositions relatives à l'informatique mentionnés plus haut. La jurisprudence, en effet, ne s'est pas révélée très utile dans l'élaboration des principes d'admissibilité et de valeur probante applicables aux imprimés d'ordinateur en particulier et aux pièces commerciales en général.

[66] Les lois mentionnées ci-dessus semblent produire les effets suivants:

1. Elle déplacent la charge de démontrer la fiabilité du système de tenue de dossiers qui a produit les sorties imprimées que l'on veut faire admettre en preuve, la faisant passer au proposant, et empêchent ainsi que soit imposée à l'opposant la charge de prouver la non-fiabilité des éléments produits seulement parce que le proposant aurait présenté des éléments superficiels tendant à établir que les imprimés ont été établis dans le cours ordinaire des affaires, comme c'est le cas dans le cadre de nos lois actuelles sur la preuve.

2. Elles établissent des critères compatibles avec la tenue informatisée de dossiers et remplacent les exceptions antérieures (du droit écrit et de la *common law*) à la règle du oui-dire touchant les pièces commerciales qui n'étaient pas compatibles avec les systèmes informatiques.

3. Elles établissent les critères d'admissibilité des imprimés d'ordinateur dans un document faisant autorité de manière à <<occuper le terrain>> et empêchent ainsi la jurisprudence d'élaborer des critères d'admissibilité contradictoires ou de n'élaborer des critères que lentement et de manière fragmentée.

4. Elles introduisent un principe valable de responsabilité dans la preuve d'admissibilité, c'est-à-dire qu'elles ont pour effet de prescrire que le témoin qui rend le témoignage ou produit l'affidavit devant être utilisé pour établir

l'admissibilité et la crédibilité de la sortie imprimée présentée au tribunal soit la personne qui surveille ou supervise le système de tenue de dossiers ou le traitement de l'information qui a créé cette sortie imprimée.

[67] Les *Federal Rules of Evidence* des États-Unis sont entrées en vigueur le 1er juillet 1975. On trouvera à l'annexe B le texte de leurs dispositions applicables à notre sujet. La plupart des États ont adopté les *Federal Rules* ou un texte très proche, les *Uniform Rules of Evidence* de 1973. Ces règles ne comportent pas de dispositions spéciales sur les pièces établies par ordinateur, mais elles font explicitement mention des pièces de cette nature au moyen d'expressions telles que <<compilation des données>> et <<enregistrement électronique>>.

[68] La jurisprudence a produit très peu d'analyses qui pourraient nous être utiles ici[26]. Elle répète les prescriptions de la règle 803(6), reproduite à l'annexe B. On trouvera dans la même annexe un survol des principaux thèmes. Cette règle s'applique à la fiabilité des pièces relativement à la <<source d'information>> et à la <<méthode ou (aux) circonstances de l'établissement>>, mais ne précise pas les méthodes ou les circonstances précises dont un tribunal devrait tenir compte et n'attribue pas la charge de la preuve. Bref, elle pose certaines difficultés comparables à celles que présentent les dispositions canadiennes correspondantes.

[69] Les commentateurs estiment que, quelles que soient les prescriptions, les tribunaux américains ont tendance à se montrer généreux dans leurs décisions d'admissibilité:

[Traduction]

[70] Il est important de se rappeler que, en toutes circonstances, la réponse à la question de savoir si les pièces sont suffisamment fiables pour être admises en preuve est laissée à l'appréciation du juge président l'instance. De nombreux tribunaux donnent une interprétation large de la règle 803(6) et estiment qu'elle favorise l'admission d'un document en preuve plutôt que son exclusion s'il a une quelconque valeur probante. Le juge des faits peut en général reconnaître les documents intéressés ou peu crédibles et les priver en conséquence de valeur probante[27].

[71] Dans le cadre des Règles, les tribunaux de première instance excluent rarement les pièces commerciales ou les états informatisés qui n'ont pas été établis spécialement pour le procès. De plus, les cours d'appel confirment presque toujours les décisions d'admissibilité des pièces commerciales informatisées rendues par les tribunaux d'instance inférieure, même lorsque ces décisions sont contestables. Les juges des cours d'appel expliquent de deux manières cette tendance à l'approbation sans discussion. Premièrement, ils laissent aux juges de première instance une marge considérable d'initiative touchant l'admission des éléments de preuve. Ainsi, l'opposant doit supporter la très lourde charge de persuader la cour d'appel que le juge de première instance a abusé de sa prérogative. Deuxièmement, les juges fédéraux définissent les objections à l'admissibilité comme étant des arguments relatifs à la valeur probante. Concrètement, cela signifie que l'opposant se trouve aux prises avec une tâche digne de Sisyphe, celle de montrer que le juge a fait erreur en accordant une valeur probante aux pièces commerciales et qu'il n'aurait donc pas dû permettre au jury de l'examiner du tout. Étant donné le contexte de la liberté d'action du tribunal de première instance, la probabilité qu'il puisse s'acquitter de cette charge est pratiquement nulle[28].

[72] Le transfert du désaccord entre les circuits au domaine de la valeur probante peut être décrit comme étant un mouvement pragmatique en vue de résoudre le dilemme que pose la contradiction théorique entre la nécessité et la fiabilité -- une réconciliation entre les deux courants de jurisprudence antérieurs aux Règles qui reflètent ce dilemme. Plus précisément, le besoin des pièces commerciales établies par ordinateur est rempli par la facilité de leur admission, tandis que la question de la fiabilité du système peut être débattue devant le jury sous la rubrique de la valeur probante. Assurément, la procédure judiciaire exige des solutions pragmatiques[29].

[73] La principale critique de la jurisprudence américaine et de la règle 803(6) formulée dans les revues de droit est qu'elles rendent l'admission trop facile pour le proposant des pièces et l'opposition trop difficile pour la partie adverse. On a proposé[30], pour compenser, que la preuve de la fiabilité des techniques et du matériel de traitement de l'information utilisés soit exigée par application de l'alinéa 901b)(9) des Règles. Voici le texte des dispositions applicables des Règles fédérales:

[Traduction]

Règle 901. Obligation d'authentification ou d'identification

a) Disposition générale. L'obligation d'authentification ou d'identification comme condition préalable à l'admissibilité est remplie par des éléments de preuve suffisants pour justifier la conclusion que la chose en question est conforme aux dires du proposant.

b) Illustrations. À seules fins d'illustration, et sans limiter la portée de ce qui précède, voici des exemples de preuves d'authenticité ou d'identité conformes aux prescriptions de la présente règle: (...)

(9) Processus ou système. Éléments décrivant un processus ou un système utilisé pour produire un résultat et démontrant que ce processus ou ce système produit un résultat exact.

[74] Le Code civil du Québec traite les inscriptions informatisées d'actes juridiques, c'est-à-dire de documents conçus pour avoir un effet juridique sur leurs auteurs, tels que les contrats (articles 2837 à 2839). On trouvera le texte intégral de ces dispositions à l'annexe B. Le Code civil admet ces inscriptions en preuve à condition qu'elles soient intelligibles et que leur fiabilité soit garantie. On y trouve un mélange de règles traditionnelles de *common law* et de règles particulières aux ordinateurs. Ainsi on y fait mention des circonstances dans lesquelles les données sont introduites, à la manière d'autres lois canadiennes.

[75] Le Code civil porte ensuite que 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>>. Autrement dit, il faut produire des éléments de preuve touchant le fonctionnement du système informatique. Le Code prévoit expressément qu'un document reproduisant ces données peut être contredit par tous les moyens; par conséquent, l'opposant peut essayer n'importe quelle stratégie pour contester la fiabilité de l'inscription informatisée.

[76] En revanche, le Code porte aussi que sont présumés présenter <<des garanties suffisamment sérieuses pour [que l'on puisse] s'y fier [...] notamment, les documents établis dans le cours des activités d'une entreprise>>. Les pièces commerciales électroniques qui ne sont pas des <<actes juridiques>> pourraient bien être admises en vertu de cette disposition, qui fait partie des règles relatives au oui-dire (article 2870). La force probante de tout élément de preuve est toujours laissée à l'appréciation du juge des faits (article 2845).

[77] La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a adopté une approche quelque peu différente. Son projet de loi type sur les enregistrements électroniques (qui est centré sur l'EDI) porte seulement que la forme électronique d'une pièce ne doit pas influencer sur son admissibilité en preuve dans un litige. On y propose quelques facteurs qui pourraient servir à l'appréciation de la valeur probante, notamment la fiabilité de la manière dont le document a été créé, mémorisé ou communiqué et la manière dont son authenticité a été établie, le cas échéant. On trouvera le texte du projet dans son état actuel à l'annexe B.

[78] De plus, le projet de loi type de la CNUDCI traite le concept d'<<original>>. Il remplace ce terme dans son acception stricte par l'expression <<équivalent fonctionnel d'un original>>, c'est-à-dire qu'il prévoit les critères que doit remplir une pièce pour accomplir les mêmes fonctions qu'un original sur support papier, la principale de ces fonctions étant d'assurer l'intégrité de la pièce.

Quatre possibilités d'harmonisation des règles

[79] L'objet principal de la présente section sera les pièces commerciales; et nous y aborderons accessoirement les documents bancaires. Les documents publics feront l'objet

d'une section moins étendue. Les règles relatives aux microfilms et à l'imagerie électronique seront elles aussi analysées séparément.

[80] Quatre possibilités semblent se présenter à l'égard des points principaux à l'étude: laisser les choses en l'état; esquisser un geste d'acceptation des pièces sur support électronique; dresser une liste de règles spéciales pour les documents informatisés; ou intégrer l'ensemble des dispositions législatives en un ensemble thématiquement cohérent, applicable à toutes les catégories de la preuve documentaire. Il nous faut aussi nous demander si toute nouvelle règle qu'on adoptait devrait influencer sur l'admissibilité, ou seulement sur la valeur probante de la pièce une fois qu'elle aurait été admise.

1. Laisser les choses en l'état

[81]**Pour:**

* La règle actuelle, qui consiste fondamentalement à démontrer que l'entreprise se fie réellement à la pièce dans ses opérations, est juste. Si la partie qui a créé la pièce s'y fie, pourquoi les tribunaux ne s'y fieraient-ils pas, au moins suffisamment pour l'admettre à l'examen?

* Ni les juges ni les plaideurs ne demandent de changement de la loi actuelle, en vertu de laquelle les documents informatisés sont normalement admis en preuve.

* Les entreprises, en particulier les institutions financières, se sont habituées à la norme large de fiabilité et seraient fâchées de devoir se conformer à d'autres règles en plus pour faire admettre leurs pièces.

* En dressant une liste de facteurs précis à prendre en considération, on risque d'entraver l'évolution de la technologie et donc le rendement des entreprises.

[82]**Contre:**

* La règle actuelle laisse ouverte des questions auxquelles la lente élaboration de la jurisprudence ne permettra pas de répondre avant des années.

* Beaucoup d'avocats ont du mal à conseiller leurs clients sur la manière dont ils devraient gérer leurs affaires à cause de l'incertitude qui règne touchant l'utilisation des documents informatisés dans les litiges.

* Une très grande liberté dans l'utilisation des documents informatisés peut se révéler injuste pour celui qui souhaite contester la fiabilité de la preuve produite; la charge de prouver la fiabilité devrait incomber au proposant de la preuve plutôt qu'à l'opposant.

* Les règles actuelles sont fondées sur des lois divergentes, de sorte que des dispositions différentes sont applicables selon les sphères de compétence canadiennes. La jurisprudence ne pourra résoudre ce problème à court terme.

* Les normes nationales et sectorielles régissant l'utilisation de la technologie informatique sont largement acceptées, et l'on ne craint pas qu'elles n'imposent de limites indues à la technologie ou aux systèmes qui en font l'objet.

2. Adopter une règle limitée, à fonction de facilitation, pour les pièces informatisées

Description

[83] Une règle de cette nature ferait écho à la loi type de la CNUDCI mentionnée plus haut et dont on trouvera le texte intégral des dispositions applicables à l'annexe B. De plus, elle devrait permettre aux parties contractantes de choisir leurs propres règles relativement à l'admissibilité et à la valeur probante en cas de litige, sous réserve de moyens de défense contractuels.

Pour

[84]* Une règle limitée et facultative suffirait à dissiper une grande partie de l'incertitude relative à l'utilisation des documents informatisés dans les procédures judiciaires.

* L'adoption d'une règle limitée risque moins d'entraver le développement de la technologie que des prescriptions plus précises.

* Une règle limitée n'exigera pas qu'on fasse en détail la preuve du fonctionnement des systèmes informatiques lorsque les éléments de preuve informatisés ne feront pas l'objet d'une contestation sérieuse.

[85]* La règle limitée semble être la norme juridique internationale la plus récente, celle des Nations Unies.

Contre

* Le fait fondamental de l'admissibilité des documents informatisés en général n'est pas contesté. Il s'ensuit qu'une règle du genre de celle que propose la CNUDCI n'ajoute rien, ou pas grand-chose, d'utile à nos dispositions actuelles (mise à part la faculté des parties de s'entendre sur une règle de preuve).

* La règle limitée laisse intactes un grand nombre des incertitudes et ambiguïtés dont nous avons parlé plus haut.

3. Dresser une liste spéciale de facteurs relatifs aux moyens de preuve informatisés

Description

[86] Ces facteurs concerneraient les pratiques qu'on devrait prendre en considération dans l'appréciation du cours ordinaire des affaires de l'organisation et des circonstances de l'établissement des pièces en cause. Ainsi on exigerait une description des sources de l'information consignée dans la base de données. Les opérations devraient être enregistrées au moment même ou peu après, avant que le souvenir ne s'en efface. L'information consignée dans la base de données devrait être de l'information d'usage courant dans l'entreprise. On pourrait démontrer la fiabilité de la base de données en prouvant que l'entreprise s'y fie pour prendre des décisions d'affaires. De plus, il faudrait prouver la fiabilité du logiciel utilisé et des procédures de sécurité protégeant le système de tenue de dossiers de l'organisation. En dressant une liste courte, limitée aux facteurs fondamentaux, on ferait en sorte qu'elle soit applicable aux systèmes simples et de petite taille aussi bien

qu'aux systèmes complexes et de grande taille. Le tribunal et les parties pourraient décider d'appliquer d'autres facteurs en plus de ceux qui seraient expressément énumérés, si l'on rédige la disposition d'une manière flexible, facultative et susceptible d'une interprétation large.

[87] Quelle serait la part de l'appréciation laissée aux tribunaux dans l'application d'une liste de facteurs de ce type? Il ne faudrait pas que ces facteurs soient appliqués de la même façon à un petit bureau ne disposant que d'un seul ordinateur individuel et à une entreprise équipée d'un gros ordinateur, ni de la même manière à la preuve d'une seule lettre d'affaires et à la preuve d'une grosse et complexe base de données. Par conséquent, il faut laisser le tribunal décider de l'applicabilité de chaque facteur à l'égard de chaque pièce produite. Chaque facteur devrait être appliqué avec souplesse, mais son application éventuelle devrait être examinée dans chaque cas. (La liste qui suit est l'adaptation d'une liste figurant dans la norme nationale de l'imagerie électronique que nous reproduisons à l'annexe D.)

Les pièces établies par ordinateur peuvent être acceptées comme originaux. Pour déterminer l'admissibilité et la valeur probante de ces pièces, on tiendra compte des circonstances de leur établissement, notamment des facteurs suivants:

- **Sources des données et de l'information.** -- Sources des données et de l'information enregistrées dans les bases de données et sur lesquelles est fondée la pièce produite.
- **Contemporanéité de l'enregistrement et des faits.** -- Les données et l'information de ces bases de données ont-elles été enregistrées d'une manière ou d'une autre en même temps que les événements auxquels elles se rapportent ou peu de temps après? (Mais la contemporanéité de l'enregistrement dans ces bases de données elles-mêmes n'est pas exigée.)
- **Caractère courant ou normal des données et de l'information.** -- Les données et l'information sur lesquelles la pièce est fondée appartiennent-elles à une catégorie de données régulièrement fournies à l'ordinateur dans le cadre des opérations normales de l'organisation d'où vient la pièce?
- **Introduction des données.** -- Les données ont-elles été introduites dans les bases de données dans le cours normal des affaires?
- **Confiance mise dans les bases de données par l'organisation.** -- L'organisation s'est-elle fiée à ces bases de données pour prendre des décisions d'affaires peu de temps avant ou après la production des pièces qu'elle veut faire admettre en preuve?
- **Fiabilité du logiciel.** -- Les programmes machine utilisés pour la production des états traitent-ils correctement les données et l'information des bases de données en question?
- **Sécurité.** -- Caractéristiques de sécurité qui garantissent l'intégrité de l'ensemble du système d'information ou de tenue de dossiers sur lequel les états sont fondés.

[88] La preuve que ces facteurs produiront variera en fonction des systèmes de gestion de l'information ou de tenue de dossiers. Cependant, le témoignage du seul superviseur du

système d'information ou de tenue de dossiers devrait suffire à cet égard, si ce système est bien géré. Il se pourrait qu'on ait besoin d'un autre témoin relativement à un logiciel particulier au système si le superviseur en question ne peut témoigner de ses antécédents de fiabilité. Dans ce cas, on devrait appeler à la barre le programmeur qui a écrit ce logiciel pour certifier sa fiabilité jusqu'à ce que celle-ci ait été démontrée par une durée suffisante d'utilisation.

[89] **Pour**

- * Cette liste permettrait au tribunal d'exiger du proposant des pièces qu'il prouve leur fiabilité plutôt que de faire passer la charge de la preuve à l'opposant pour la seule raison que le proposant aurait produit des éléments superficiels tendant à établir que les pièces auraient été créées dans le cours ordinaire des affaires.
- * Elle permettrait une analyse de l'intégrité du système plutôt que des originaux sur support papier.
- * Elle constituerait un mécanisme qui permettrait d'atteindre à une certaine uniformité des décisions judiciaires relativement aux facteurs influant sur l'admissibilité et la valeur probante.
- * Elle offrirait un cadre pour les voir-dire concernant l'admissibilité.
- * Elle donnerait aux parties des indications sur les éléments qu'ils devraient rassembler pour établir l'admissibilité et la valeur probante des documents informatisés.
- * Elle donnerait aux entreprises des indications sur la bonne manière d'élaborer et d'entretenir les systèmes électroniques de tenue de dossiers et d'effectuer les opérations électroniques.
- * Elle ne limiterait pas le développement de la technologie ni la diversité des systèmes de tenue de dossiers, parce que les règles s'appliquent à la manipulation de l'information et non aux systèmes informatiques qui la manipulent. Elles n'exigent pas de pratiques ou de niveaux de rendement particuliers.

[90] **Contre**

- * Il se pourrait que les proposants de pièces informatisées doivent soumettre une preuve d'admissibilité considérable même quand ces pièces ne seraient pas sérieusement contestées.
- * En tout cas, les litiges prendraient plus de temps et coûteraient plus cher parce qu'il faudrait présenter des faits préalables que la procédure actuelle n'exige pas en général. (Mais la facilité actuelle avec laquelle on peut produire des preuves est-elle bien juste pour ceux qui veulent les contester?)
- * La seule règle qui soit vraiment nécessaire est que le proposant se fie réellement aux documents informatisés de la catégorie de ceux dont il demande l'admission, sans avoir à démontrer un cas concret de la confiance qu'il a mise dans les pièces particulières en cause dans le litige.

* Pourrait constituer une règle supplémentaire acceptable celle qui porterait que les pièces doivent avoir été établies aux fins courantes de l'entreprise -- quoique pas nécessairement qu'y doivent être consignés seulement des événements du cours normal des affaires --, plutôt que d'avoir été établies en vue du litige actuel, par exemple.

4. Refondre l'ensemble des règles relatives à la preuve documentaire à partir de principes compatibles avec les règles concernant les documents informatisés

Description

[91] Les règles de droit écrit relatives à tous les types de documents seraient révisées à partir des principes communs, et l'on intégrerait à cet ensemble une nouvelle version des règles concernant les microfilms et l'imagerie électronique. Cette possibilité a été longuement discutée dans le cadre de la Conférence sur l'uniformisation des lois au Canada et des organismes de réforme du droit à la fin des années 70 et au début des années 80. Nous rendrons compte à l'annexe C de l'essentiel de ces débats et des résultats obtenus à l'époque.

[92] On pourrait traiter dans les définitions et dans des paragraphes spéciaux, quand il y aurait lieu, les différences entre les pièces commerciales traditionnelles, les états d'ordinateur, les microfilms, les images électroniques et les documents bancaires, plutôt que de prévoir des dispositions entièrement distinctes pour les divers types de documents comme c'est actuellement le cas. Les dispositions distinctes ont fait l'affaire jusqu'à présent parce que la création de pièces commerciales ou de documents bancaires et leur microfilmage ultérieur constituaient des fonctions distinctes.

[93] Il n'en va plus de même à l'heure actuelle, où la technologie informatique a intégré la création de pièces commerciales et bancaires et l'usage du microfilm et d'autres supports de stockage en une seule opération. Si, comme on le prévoit, l'utilisation de l'imagerie électronique se répand aussi bien pour les documents d'usage actuel que pour les documents archivés, il faudra avoir fréquemment recours à deux ensembles distincts de dispositions, à savoir celles relatives à l'imagerie et au microfilmage pour les opérations d'imagerie, et celles relatives aux pièces commerciales pour les opérations informatiques. Au lieu de cela, on pourrait faire entrer les documents d'images dans la définition de l'«original», dans le cadre d'un ensemble intégré de dispositions.

[94] Pour

* Des règles unifiées pourraient s'appliquer à l'ensemble des pièces commerciales et non aux seules pièces établies par ordinateur.

* Ces règles permettraient d'établir une distinction nette entre les trois catégories traditionnelles de questions que pose l'admission en preuve des pièces commerciales -- la règle de la meilleure preuve, l'authentification et la règle du oui-dire -- et offriraient des dispositions détaillées à leur égard.

* Elles offrent des dispositions de soutien et de procédures uniformes touchant par exemple les avis, les témoins nécessaires, le contre-interrogatoire et la production.

* Les documents mettant en jeu le microfilmage et l'imagerie électronique présupposent souvent des fonctions informatiques qui feront intervenir les parties applicables aux pièces informatisées des dispositions générales relatives aux pièces commerciales. Il arrivera donc plus souvent qu'autrement que les deux ensembles de dispositions -- pièces commerciales et imagerie/microfilmage -- soient applicables. Par conséquent, il serait utile de rédiger un seul ensemble intégré de dispositions.

* Les autres dispositions relatives aux pièces commerciales devraient être uniformes, d'un océan à l'autre, pour des raisons à analogue à celles qui justifient l'uniformisation des dispositions relatives aux documents informatisés. L'unification en principe des dispositions serait la meilleure manière d'atteindre ce but.

* Ces règles sont l'aboutissement d'un processus approfondi -- quoiqu'ancien -- de consultation et de réforme juridique.

[95] **Contre**

* L'unification de l'ensemble du domaine prendra trop de temps et exigera trop d'efforts, comme on peut voir si on se rappelle les débats qu'il a fallu la dernière fois que nous avons essayé.

* Les règles relatives aux documents sur support papier donnent satisfaction, malgré leurs lacunes théoriques, et elles n'ont pas besoin d'être révisées.

* S'il suffit d'une absence de règles ou d'une simple règle facultative pour les documents informatisés, il n'est pas besoin de réexaminer toutes les autres dispositions pour résoudre ce problème ou cet ensemble de problèmes restreint.

RECOMMANDATION:

Scénario 3 - LA CONFÉRENCE SUR L'UNIFORMISATION DES LOIS DEVRAIT ADOPTER DES RÈGLES SPÉCIALES POUR LES MOYENS DE PREUVE INFORMATISÉS.

[96] On pourrait rédiger ces règles spéciales de manière compatible avec le projet de loi type des Nations Unies, c'est-à-dire montrer aux gens comment remplir les critères qui y sont énoncés. Ces règles devraient être autant que possible les mêmes pour les documents bancaires, les autres pièces commerciales et les documents publics. Elles devraient aussi comporter des dispositions sur les microfilms et l'imagerie du type décrit ci-dessous. Enfin, elles devraient expressément permettre l'adoption de gré à gré de règles applicables aux parties à l'accord.

Observations complémentaires

Les documents bancaires

[97] Traditionnellement, les documents bancaires (les <<registres tenus dans une institution financière>> aux termes des lois applicables) sont plus facilement admis en preuve que les autres pièces commerciales. Il semble y avoir à cela deux raisons principales. Premièrement, on estime que les banques sont particulièrement soigneuses

dans la tenue de leurs dossiers parce qu'elles doivent s'occuper de l'argent des autres. Deuxièmement, les documents bancaires sont souvent utilisés dans des litiges auxquels la banque en question n'est pas partie. Il s'ensuit que les banques courent le risque de voir un grand nombre de leurs employés ou de leurs registres originaux retenus dans le cadre de procédures judiciaires qui ne les concernent pas directement. Par conséquent, aussi bien la *common law* (dans certaines sphères de compétence) que le droit écrit (dans la plupart) comportent des règles spéciales prévoyant l'admissibilité des documents bancaires et des copies de ceux-ci.

[98] Les mêmes facteurs s'appliquent-ils aux documents informatisés? Est-ce que les opérateurs des systèmes informatiques d'une banque devraient avoir à témoigner dans toutes sortes de procès auxquels celle-ci n'est pas partie pour démontrer la fiabilité des documents produits? Ou devrait-on s'en tenir à la décision apparemment large de l'arrêt *Bell and Bruce*, au moins pour les pièces des institutions financières, sinon pour toutes les pièces commerciales, décision selon laquelle le fait que l'instance ayant établi la pièce se soit fiée à elle est une garantie de fiabilité suffisante pour permettre l'admission de cette pièce?

Les documents publics

[99] Les documents publics sont accueillis favorablement par les tribunaux un peu pour les mêmes raisons que les documents bancaires, et aussi à cause de la présomption générale de régularité dont jouissent les actes publics. Les organismes publics ont l'habitude d'établir des documents à des fins officielles, et ce fait est largement reconnu. Qui plus est, on admet facilement les copies des documents publics; la règle de <<la meilleure preuve>>, qui exige la production d'originaux dans la mesure du possible, ne s'applique pas du tout aux documents publics[31].

[100] On pourrait soutenir que les ordinateurs du secteur public sont sujets aux mêmes faiblesses que ceux du secteur privé. S'il est vrai que les vestiges de *common law* du critère des pièces commerciales tels que l'obligation professionnelle d'établir la pièce présentée ne sont peut-être pas applicables, d'autres critères de fiabilité pourraient l'être. Par ailleurs, peut-être devrait-on accorder l'admissibilité plus facilement pour les documents de cette nature, quitte à ce que leur valeur probante puisse être contestée une fois qu'ils sont admis.

Les règles relatives aux microfilms

[101] Les dispositions applicables aux microfilms des lois sur la preuve sont traditionnellement désignées <<dispositions relatives aux documents photographiques>>[32]. On devrait les modifier de manière à y intégrer l'imagerie électronique[33] et les autres procédés informatiques appliqués aussi bien au microfilmage qu'à l'imagerie électronique.

[102] Deuxièmement, on devrait supprimer toute obligation de conserver les documents originaux telles que la règle des six ans qui figure dans la plupart des dispositions relatives aux documents photographiques des lois provinciales sur la

preuve[34]. Ces dispositions précisent la durée pendant laquelle les originaux sur support papier doivent être conservés avant qu'on ne puisse les détruire. (Ces règles ne s'appliquent pas aux documents publics[35].)

[103] Troisièmement, ces dispositions devraient être rendues applicables à toutes les organisations des secteurs public et privé. Par exemple, les définitions des termes <<gouvernement>> et <<personne morale>> de la loi uniforme, qui trouvent actuellement un écho dans l'article 31 de la *Loi sur la preuve au Canada* et qui limitent l'application de cet article aux gouvernements fédéral et provinciaux et à certaines catégories d'organisations du secteur privé, devraient être remplacées par une définition globale du terme <<affaires>>, comme on en trouve une à l'article 30, la disposition relative aux pièces commerciales, de sorte que l'article 31 devienne applicable à toutes les organisations des secteurs public et privé.

[104] Quatrièmement, on devrait préciser qu'une copie du microfilm ou du document informatisé obtenu a même valeur juridique que l'original sur support papier. Par conséquent, on devrait détruire le document original sur support papier, de manière à donner une valeur égale à son substitut sous forme images.

[105] À propos de l'imagerie électronique, rappelons que trois États américains, le Missouri, la Louisiane et la Virginie, ont récemment modifié leurs dispositions sur les microfilms de manière à y incorporer le <<transfert électronique sur d'autres supports au moyen de procédés électroniques>>, le <<procédé de numérisation électronique capable de reproduire une image non modifiable du document de base original>> et les <<copies obtenues à partir de disques optiques>>.

Nous proposons le texte suivant pour remplacer les dispositions exécutoires de la législation actuelle:

[106]Lorsqu'un document d'une organisation du secteur privé ou public est photographié, microphotographié ou reporté sur un autre support par des procédés photographiques, optiques ou électroniques

a) conformément à une pratique établie, dans un but d'enregistrement permanent,

b) et à l'aide d'un procédé qui reproduit et perpétue l'original avec une exactitude, une précision et une clarté suffisantes,

c) et que l'original est détruit par l'auteur de l'opération, en sa présence ou en la présence de un ou plusieurs employés, ou remis à une autre personne dans le cours normal des affaires, ou perdu,

une copie du document obtenu est aussi admissible et a même valeur probante que l'original.

Pour établir si le procédé reproduit et perpétue l'original avec une précision et une clarté suffisantes, on pourra tenir compte des normes nationales applicables aux microfilms et aux images électroniques établies par l'Office des normes générales du Canada et approuvées par le Conseil canadien des normes.

La preuve dans les procédures civiles et pénales

[107] Les règles proposées ici sont conçues pour être également applicables aux actions civiles et aux instances pénales. Ces deux sortes de procédures semblent se distinguer par deux traits principaux, dont aucun n'est pertinent à l'égard de l'admissibilité en preuve ou de la valeur probante des documents informatisés. Premièrement, dans les actions civiles, il peut arriver que les parties aient arrêté au préalable de gré à gré l'admissibilité de certains types de moyens de preuve, y compris par oui-dire, ou la possibilité d'utiliser certains types de faits préalables en preuve d'admissibilité. Deuxièmement, dans les instances pénales, les documents qu'on veut faire admettre sont souvent des pièces établies par la partie adverse, comme c'est par exemple le cas lorsque la Couronne veut utiliser les pièces produites par une entreprise accusée de fraude. L'accusé n'est pas personnellement contraignable à rendre compte des documents informatisés, mais un analyste de l'accusé le serait.

ANNEXES

A: Les lois canadiennes actuelles

B: Les lois portant des dispositions expresses sur les documents informatisés

C: Les efforts antérieurs de réforme du droit au Canada

D: Les techniques et les normes de l'imagerie électronique

Les annexes A, B, C et D ne sont disponibles qu'en anglais.