

La preuve électronique: document de consultation 1997

1997 Whitehorse YK

LOI UNIFORME SUR LA PREUVE ÉLECTRONIQUE DOCUMENT DE CONSULTATION

MARS 1997

Le présent document vise à décrire certains problèmes d'ordre juridique liés à l'utilisation en preuve de documents produits par ordinateur devant des cours de justice et des tribunaux administratifs, en vue de suggérer des options relatives à une *Loi uniforme sur la preuve électronique* et de solliciter des commentaires sur ces options.

La Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada se propose de tenir une consultation sur ces options au printemps 1997, en vue de préparer une ébauche de loi d'ici juin et de la faire adopter à son assemblée annuelle d'août.

Nous aimerions pouvoir bénéficier de votre aide afin que nous puissions élaborer la meilleure loi possible. Nous vous prions donc de faire parvenir vos **commentaires au plus tard le 30 avril 1997** au bureau de la Conférence au

622, Hochelaga,
Ottawa (Ontario) K1K 2E9,
ou par télécopieur au (613) 941-4165
ou encore par courrier électronique, à l'attention de John Gregory, à
l'adresse gregoj@gov.on.ca.

Des documents contenant des données techniques relatives à cette question peuvent être obtenus. Citons en particulier trois dossiers volumineux sur la preuve électronique publiés par la Conférence et offerts en versions française et anglaise sur son site Web (<http://www.law.ualberta.ca/alri/ulc>), soit les comptes rendus des réunions annuelles de 1994, 1995 et 1996, dans lesquels d'autres sources documentaires sont citées.

TABLE DES MATIÈRES

CONTEXTE

CONSIDÉRATIONS IMPORTANTES

ADMISSIBILITÉ

1. Authentification
2. Règle de la meilleure preuve
 - Arguments en faveur d'un critère d'intégrité en vue d'établir l'admissibilité
 - Arguments contre un critère d'intégrité en vue d'établir l'admissibilité

- Options en regard de la règle de la meilleure preuve
3. Ouï-dire

VALEUR PROBANTE

NORMES MINIMALES

1. Norme nationale
2. Signatures numériques

ACCORDS ENTRE PARTENAIRES COMMERCIAUX

CONCLUSION

CONTEXTE

La prolifération des ordinateurs a provoqué l'apparition de problèmes d'ordre juridique. L'existence de documents sur papier, de documents signés, d'originaux est tenue pour acquise par de nombreuses règles juridiques. Le droit de la preuve est lui aussi fondé, traditionnellement, sur la production de documents sur papier, bien qu'évidemment, les témoignages oraux et toutes sortes d'objets physiques ont de tout temps été soumis à nos tribunaux.

Alors qu'un nombre croissant d'opérations sont réalisées à l'aide de moyens électroniques, il devient de plus en plus important de disposer de la preuve de leur existence pour pouvoir revendiquer les droits légaux s'y rattachant.

Dans les faits, le droit actuel n'est pas si inadéquat. La plupart des documents électroniques sont admis dans le cadre des procès. Mais les tribunaux ont dû se débrouiller avec les règles de preuve classiques et les résultats obtenus ne sont pas uniformes. La notion commune de « fiabilité » a entraîné de la confusion entre les principes d'authentification, de meilleure preuve, du ouï-dire et de valeur probante.

Qui pis est, un grand nombre de gestionnaires de documents et de leurs conseillers juridiques ne sont pas convaincus que les systèmes d'information modernes, et en particulier l'imagerie électronique qui entraîne la destruction des originaux sur papier, permettront de produire des documents propres à être utilisés devant les tribunaux.

Cette incertitude commence à provoquer la prolifération de lois d'une portée étroite en vertu desquelles divers ministères gouvernementaux au pays autorisent l'utilisation des documents provenant de leurs propres systèmes informatiques, ou de ceux circulant dans le cadre de rapports entre ces ministères et la partie du public qu'ils desservent. Cela entraîne un sérieux risque qu'il y ait incompatibilité entre systèmes d'information, à l'intérieur même d'un territoire administratif.

De même, certaines provinces ont légiféré en matière de preuve électronique, mais sans coordonner leurs actions. Par conséquent, les entreprises faisant des affaires sur plusieurs

territoires devront peut-être gérer leurs documents de plusieurs façons différentes en fonction de leur utilisation dans les diverses régions du pays.

La Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada (CHLC) juge que la loi doit être modernisée, clarifiée et harmonisée

afin que le secteur public et le secteur privé puissent prendre les meilleures décisions d'ordre technique possibles en ce qui concerne la production et la gestion de documents, tout en étant raisonnablement fixés quant à l'incidence de ces opérations sur leurs droits légaux.

Aux fins de l'étude des propositions relatives à la réforme du droit, la Conférence doit pondérer les divers facteurs suivants : la nature du seuil d'admissibilité d'une preuve électronique, l'attribution du fardeau de la preuve au proposant de l'élément de preuve ou à son opposant, et les exigences procédurales en vue d'assurer l'examen adéquat des éléments de preuve électronique soumis à un tribunal.

Bref, la loi doit rendre possible l'utilisation de la technologie et demeurer neutre face à elle : les gens doivent pouvoir choisir de recourir à des documents sur papier ou produits à l'aide de toute autre technologie sans que cela porte atteinte à leurs droits légaux. De fait, la technologie évolue si rapidement que toute loi s'appliquant trop spécifiquement à une technologie en particulier risque de devenir désuète avant même, presque, d'être adoptée.

Cela ne signifie pas que la technologie peut être utilisée sans que sa forme ait la moindre importance, mais plutôt que la loi devra s'appliquer aux mesures technologiques avec le plus de certitude possible, afin que les choix s'y rapportant puissent être basés sur des raisons d'ordre pratique.

CONSIDÉRATIONS IMPORTANTES

Le principal obstacle à la présentation de documents électroniques à un tribunal a trait à la certitude qu'on peut avoir quant à leur exactitude. Davantage que les documents sur papier, les documents électroniques peuvent comporter des modifications indétectables, intentionnelles ou non. Comment doit-on remanier la loi pour permettre l'admission en vertu de règles claires, équitables et réalistes d'éléments de preuve dignes de foi?

Les parties pertinentes du droit de la preuve mettent en jeu deux questions importantes en regard des documents électroniques : l'admissibilité et la valeur probante. De par leur nature, ces documents font problème sur les deux plans. Mais la CHLC estime que le droit actuel peut trouver les solutions appropriées au moyen de quelques modifications mineures.

ADMISSIBILITÉ

Ce point constitue, à notre sens, l'élément clé du débat sur les règles relatives à la preuve électronique. La vulnérabilité particulière des documents électroniques aux modifications indétectables devrait-elle être reconnue à ce stade? La qualité du document devrait-elle être démontrée afin qu'il soit admissible? Si les documents informatisés sont intrinsèquement moins fiables que les documents sur papier au plan de l'intégrité de leur contenu, serait-il

juste d'appliquer des règles d'admissibilité plus souples à ce type de document qu'on ne le fait pour les documents sur papier?

La solution semble être de reporter l'étude de ces questions jusqu'à ce que la valeur probante des documents soit évaluée.

Trois obstacles principaux sont liés à l'admissibilité de la preuve documentaire :

Authentification

Le document correspond-il à ce qu'il est supposé être? Il doit être identifié et associé à sa source.

Règle de la meilleure preuve

À quel point le document est-il conforme à sa version «originale»? Son intégrité a-t-elle été préservée ou diffère-t-il de sa version originale?

Ouï-dire

Peut-on se fier au document en tant que preuve de la véracité de son contenu? Répond-il aux critères de fiabilité et de nécessité?

Une réserve doit être émise en ce qui a trait au mot « fiabilité » dans ce contexte. La nature de cette notion varie selon la règle en cause. Aux fins d'une authentification, un document est fiable s'il correspond à ce qu'il est réputé être. Aux fins de la règle de la meilleure preuve, cela signifie que le document est exact ou qu'il y a intégrité de son contenu. Aux fins de la règle de l'ouï-dire, la fiabilité a trait à la véracité du contenu d'un document. Certaines dissertations, y compris des publications antérieures de la CHLC, n'ont pas fait de cas de ces différences sémantiques. Dans le présent document, on tente d'éviter d'utiliser ce terme, afin de ne pas créer de confusion.

1. Authentification

L'authentification d'un document requiert la présence d'un témoin assermenté, qui peut être contre-interrogé et qui identifie le document lors de son témoignage. La CHLC a examiné un certain nombre de propositions concernant l'authentification d'éléments de preuve électronique en vertu desquelles la preuve de l'intégrité d'un système de gestion de documents serait assujettie à des exigences serrées. Mais la CHLC croit que l'authentification permet d'identifier un document plutôt que de s'assurer de son intégrité.

À notre sens, la procédure normale d'authentification d'un document peut aussi bien servir pour un document sur papier qu'un document électronique. Cela veut dire que le proposant aurait encore le fardeau d'établir l'authenticité d'un document en soumettant une preuve capable d'étayer une conclusion selon laquelle celui-ci correspond à ce qu'il est réputé être.

2. Règle de la meilleure preuve

En vertu de la règle de la meilleure preuve, une personne doit produire la meilleure preuve à sa disposition, soit, traditionnellement, ce qui se rapproche le plus du document original; cela pose deux difficultés relativement aux documents électroniques.

Premièrement, aucun «original» significatif ne se rattache à un registre de données standard, et il n'existe assurément pas d'original pouvant être distingué de l'affichage de ce registre sur un écran ou d'une version imprimée de ce même registre. (Les deux ne ressemblent pas plus l'un que l'autre au registre électronique, et toutes les copies imprimées se valent.)

Deuxièmement, les originaux des dossiers sur papier convertis en images électroniques sont souvent détruits, afin de réduire les coûts d'entreposage. (Et aussi de faciliter la gestion des documents.) Certaines personnes craignent que la destruction délibérée d'originaux pourra leur faire perdre la sympathie du tribunal quand viendra le moment de soumettre des images électroniques des documents concernés, étant donné que les originaux ne seront plus disponibles parce qu'ils auront été éliminés de plein gré par la partie qui désire se fonder sur ces documents.

Dans l'optique de la CHLC, les solutions mises au point à l'égard des documents sur papier ne peuvent être tout bonnement appliquées aux documents électroniques. Les tribunaux ont tenté de qualifier les copies imprimées d'originaux ou de duplicatas d'une source première de données ou encore de copies fiables. Certaines propositions de modification visent aussi à créer une catégorie de « duplicatas » qui comprendrait les photocopies, les copies certifiées conformes et les images électroniques, soit autant de pièces qui seraient considérées être des originaux aux fins de l'application de la règle de la meilleure preuve. Mais toutes ces tentatives sont artificielles.

Plutôt que de tenter d'appliquer aux documents électroniques les règles d'établissement de l'intégrité d'un document original, la CHLC suggère que l'on dégage le principe sous-jacent à la règle de la meilleure preuve.

La règle de la meilleure preuve sert à garantir la fiabilité, c'est-à-dire l'intégrité, du document produit en preuve. Il est vraisemblablement plus simple d'établir que l'original d'un document sur papier a été modifié que de déceler une modification en visualisant une copie. Dans l'univers électronique, il n'est pas acquis qu'une version originale sur papier d'un document électronique existe. C'est pourquoi l'intégrité d'un tel document devra être établie autrement.

Tel que l'a déclaré Ken Chasse au par. 46 de son étude de 1994 pour la Conférence,

(...) 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 (...)

En d'autres mots, l'intégrité du système de tenue de dossiers est cruciale pour établir l'intégrité du document lui-même, y compris toute manifestation du document créé, mis à jour, affiché, reproduit ou imprimé par un système informatique.

Par exemple, les articles 2837 à 2839¹ du *Code civil du Québec* et de récentes modifications apportées à la *Loi sur la preuve*, L.N.-B. 1996 ch. 52. ², du Nouveau-Brunswick concernant

les documents conservés électroniquement, prévoient que l'intégrité des documents doit être démontrée pour qu'ils soient admis. Dans un cas comme dans l'autre, la fiabilité du système ayant servi à créer les documents doit être établie, bien que la loi du Nouveau-Brunswick ne l'énonce pas expressément.

La loi du Nouveau-Brunswick prévoit également que les originaux sur papier des documents convertis en images doivent avoir été détruits pour que les images soient admissibles. Cette préférence subsistant en faveur du papier est malencontreuse aux yeux de plusieurs membres de la CHLC. La loi devrait être neutre en ce qui a trait à la technologie utilisée par les gens pour gérer leurs documents. Qu'un original sur papier d'un document converti en images existe ou non, cela ne devrait avoir aucune importance. Beaucoup de membres de la CHLC estiment que les documents électroniques devraient être jugés selon une seule et même norme. La loi ne devrait pas tenir compte de la question de savoir si des originaux sur papier doivent être conservés, dans la mesure où lorsque ceux-ci sont détruits, cette opération s'inscrit dans le cadre normal des activités de l'entreprise et n'a rien à voir avec une poursuite éventuelle.³

La CHLC recommande donc que la loi soit clarifiée de manière à ce que la personne qui désire soumettre un document électronique ne soit pas tenue de démontrer que ce document est un « original » ou s'y apparente.⁴

La prochaine question à examiner est celle de savoir si la fiabilité du système devrait être démontrée au moment de l'admission d'une preuve ou après cette admission, lorsqu'il s'agit de déterminer la valeur probante de cette preuve. L'intégrité du document aura une incidence sur son admission et sa valeur probante. À quel stade devrait-on établir l'intégrité d'un document? Lorsqu'on détermine son admissibilité ou lorsqu'on décide de sa valeur probante?

A. Arguments en faveur d'un critère d'intégrité en vue d'établir l'admissibilité

Les documents informatisés sont peut-être intrinsèquement si peu fiables qu'il serait injuste de leur appliquer des règles d'admissibilité plus libérales que les documents sur papier ou d'abolir toute règle concernant l'intégrité au stade de l'admissibilité.

Le proposant possède de l'information sur l'intégrité du document soumis en preuve et il se trouve donc raisonnablement en mesure d'établir cette intégrité. En revanche, il serait injuste d'admettre ces documents lorsque l'opposant (potentiel) ne dispose d'aucune information qui lui permettrait de contester cette intégrité.

Exiger du proposant qu'il démontre l'intégrité au stade de l'admissibilité consisterait à exiger une preuve « préalable » qui pourrait faire l'objet d'un contre-interrogatoire de la part de l'opposant. Si le proposant n'est pas tenu de présenter une preuve préalable au soutien de l'admission d'un document électronique, l'opposant devrait alors citer ses propres témoins pour contester l'intégrité de ce document. Le meilleur sinon le seul témoin qui pourrait attester de l'intégrité du système du proposant serait l'un de ses employés, qui ne pourrait être contre-interrogé par l'opposant. Par conséquent, si le proposant est tenu de produire

une preuve préalable au stade de l'admissibilité, le document sera alors soumis à un critère plus juste.

La nécessité de soumettre une preuve préalable favorisera vraisemblablement la tenue consciencieuse des dossiers, dans la mesure où quiconque voudra mettre en preuve des documents électroniques devra être en mesure de faire face à un contre-interrogatoire au sujet de l'intégrité de son système.

B. Arguments contre un critère d'intégrité en vue d'établir l'admissibilité

Un critère d'intégrité en vue d'établir l'admissibilité constitue un obstacle et une dépense pour les parties à un litige alors que, dans la plupart des cas, l'intégrité des documents ne sera pas contestée.

L'utilisation légitime de preuves électroniques pourrait faire l'objet d'abus de procédures dans le cadre d'un procès même si leur intégrité n'est pas sérieusement contestée.

Des considérations d'ordre tactique vont probablement inciter le proposant à produire une preuve au soutien de la valeur probante d'un document, particulièrement si celui-ci est contesté par l'autre partie.

La tendance manifeste en droit de la preuve consiste à élargir l'admissibilité de la preuve, dont la valeur probante pourra toutefois être contestée.

C. Options en regard de la règle de la meilleure preuve

Certains membres de la CHLC favorisent une loi uniforme ne prévoyant pas de critère d'intégrité au stade de l'admission.

Ils ne remplaceraient tout simplement pas la règle de la meilleure preuve actuelle par quelque substitut que ce soit. D'autres préconisent l'utilisation au moins d'un critère minimal avant l'admission. Voici certaines des options envisagées en ce qui concerne un critère d'intégrité au stade de l'admission.

Nous envisageons quatre options, que nous allons décrire brièvement. Afin qu'une preuve électronique soit admissible, la loi devrait prévoir :

i) la tenue d'une enquête complète sur le système ayant produit la preuve électronique et la manière dont elle a été produite, afin de satisfaire au moins à la norme de l'Office des normes générales du Canada pour les microfilms et les images électroniques en tant que preuve documentaire, comme le suggère Ken Chasse aux par. 86 à 90 de son étude de 1994 pour la Conférence;

OU

ii) la transmission d'un avis préalable à l'opposant lui signifiant que le proposant va produire une preuve sous forme électronique et présenter une preuve relative à la fiabilité générale du système informatique l'ayant produite si ledit opposant s'oppose à son admission, comme le suggère Ed Tollefson dans son article de 1995 pour la Conférence (par. 139);

OU

iii) la présentation d'une preuve orale ou par affidavit relative à l'intégrité du système, appuyée d'une présomption selon laquelle le document électronique est fiable à moins que la partie s'opposant à son admission réfute cette présomption;

OU

iv) la présentation de rien de plus que la preuve orale habituelle pour satisfaire à l'exigence d'authentification en vue de l'identification du document.

La CHLC en est arrivée à la conclusion que les deux premières options ne devraient pas être retenues. La première, qui correspond pour l'essentiel à la norme de l'ONGC, serait souvent trop contraignante, particulièrement lorsque l'intégrité des documents n'est pas sérieusement contestée. Bien des gens

jugeraient que l'incidence d'une telle mesure sur leurs méthodes de tenue de dossiers serait excessive.

De même, l'obligation de transmettre un avis concernant l'intention de déposer en preuve des documents électroniques constituerait un obstacle technique qui pourrait donner lieu à des abus ou des interprétations excessivement étroites, en plus de gonfler inutilement le coût des procédures.

La troisième option (preuve orale ou par affidavit relative à la fiabilité du système informatique qui a produit la preuve électronique) est plus prometteuse. La loi pourrait prévoir, par exemple, qu'il suffirait au proposant de déclarer que le système informatique fonctionnait normalement au moment opportun et d'appuyer cette déclaration par la production de toute preuve pertinente. La présentation d'une telle preuve orale ou par affidavit ferait naître une présomption réfutable au sujet de l'intégrité du document électronique.

Des preuves élaborées concernant le système ne seraient nécessaires que si la preuve préalable était contestée ou que le tribunal lui-même exprimait des inquiétudes au sujet de l'intégrité de la preuve. D'un point de vue tactique, en pareil cas, le proposant soumettrait d'autres éléments de preuve afin de dissiper ces inquiétudes ou celles de l'opposant.

La troisième option permettrait à l'opposant de contre-interroger le proposant ou son expert en systèmes, plutôt que d'être contraint d'assigner des témoins qu'il ne pourrait contre-interroger. La perspective de ce contre-interrogatoire inciterait le proposant à gérer soigneusement ses documents et le rendrait légalement responsable de ses allégations à l'égard de la fiabilité du système.

Quelques questions doivent être examinées relativement à cette troisième option. Quel devrait être le fardeau de preuve de l'opposant en vue de réfuter la présomption légale créée au sujet de l'intégrité du document électronique? Devrait-on l'obliger à réfuter cette présomption selon la prépondérance des probabilités? Ou lui suffirait-il de soulever un motif de douter de l'intégrité du dossier, ce qui contraindrait le proposant à présenter une preuve pour convaincre le tribunal de l'intégrité du système informatique?

La CHLC aimerait obtenir le point de vue du lecteur sur le contenu d'un affidavit déposé pour attester l'intégrité du système et sur ce qui devrait permettre de réfuter une présomption en faveur de cette intégrité, ce qui contraindrait le proposant à produire d'autres éléments de preuve.

À notre sens, une loi uniforme sur la preuve électronique devrait retenir la troisième ou la quatrième option : un critère de qualité minimale renforcé par une présomption, ou l'absence de tout critère et la simple identification du document par un témoin. Autrement l'utilisation légitime d'une preuve électronique pourrait, selon nous, donner lieu à des abus procéduraux même lorsque l'intégrité du document n'est pas sérieusement mise en cause. Mais nous aimerions avoir des commentaires sur cette question comme pour toutes les propositions, explicites ou implicites, figurant dans le présent document.

La CHLC propose également de se pencher sur l'utilisation de documents par des parties qui ne les ont pas créés. Ces parties ne devraient pas être tenues de démontrer la fiabilité du système de quelqu'un d'autre. La présomption établie par le *Code civil du Québec* en faveur des tiers paraît souhaitable : le tiers n'a qu'à prouver que l'inscription des données a été effectuée par une entreprise.

De même, une loi uniforme devrait préserver le droit actuel des parties d'éliminer à leur avantage mutuel certaines prescriptions juridiques liées à l'admission d'un document, ainsi que les droits découlant de la common law relativement à des documents se trouvant en possession de la partie adverse et invoqués dans des procédures civiles, ou se trouvant en possession de l'accusé.

3. Ouï-dire

Un document sera assimilé à un ouï-dire dans la mesure où il ne constitue pas une présentation de première main de renseignements relatifs à l'affaire à laquelle les déclarations qu'il contient se rapportent, par opposition à des déclarations faites par un témoin oculaire pouvant être contre-interrogé. Tout ouï-dire ne peut être admis à moins qu'il constitue une exception prévue par la loi ou reconnue en common law. La règle des documents professionnels et l'exception générale à la règle contre les ouï-dire sont deux des nombreuses exceptions à la règle du ouï-dire.

La règle des documents professionnels provient de la common law, et dans la plupart des provinces ainsi qu'au niveau fédéral elle a été remplacée ou complétée par le biais d'une loi. Le *Code civil du Québec* contient une règle équivalente.

En règle générale, lorsqu'un document est créé dans le cadre normal des activités d'une entreprise et qu'il s'agit d'un type de document auquel on se fie dans le commerce, il est admissible.

En vertu de certaines règles, il doit être créé à peu près en même temps que l'événement consigné, et parfois par une personne ayant pour tâche de le créer. Cela cautionnerait, en théorie, la véracité de son contenu suffisamment pour qu'il soit admis.

Notons qu'en vertu de cette règle, on n'est pas tenu de fournir une preuve distincte quant à la véracité du contenu du document. La création et l'utilisation du document dans le cadre des activités de l'entreprise cautionnent suffisamment la véracité de son contenu pour qu'il soit admis.

Une deuxième exception nous vient de l'évolution de la règle du oui-dire en common law. La tendance actuelle veut que soit admis tout élément de preuve jugé fiable quant à la véracité de son contenu et nécessaire aux fins de trancher une question.

La CHLC croit qu'il n'est pas nécessaire de modifier les règles relatives au oui-dire pour tenir compte de l'avènement des preuves électroniques. La nature d'un document peut être suffisamment démontrée en vertu du droit actuel pour que les exceptions puissent s'appliquer, peu importe le support du document.

Cette conclusion ne remettrait pas en cause non plus d'autres règles prévoyant l'admission du oui-dire, telles que celles s'appliquant aux documents publics et aux documents bancaires.

Soulignons à cet égard, en terminant, que les règles juridiques relatives au oui-dire, notamment en ce qui concerne l'admission de documents professionnels, n'est pas uniforme à l'échelle du Canada. Certaines provinces et le gouvernement fédéral ont des lois (non uniformes) en cette matière, certaines n'en ont pas. La présente recommandation ne porte pas atteinte au statu quo à l'égard de la règle du oui-dire.

VALEUR PROBANTE

Après qu'un document a été admis, il peut évidemment être contesté pour divers motifs, dont son manque d'intégrité, de véracité ou de pertinence. A-t-il été manipulé? Comment peut-on démontrer l'intégrité de son contenu? Les données qu'il contient se sont-elles dégradées avec le temps?

Il revient à l'opposant de démontrer l'existence de telles lacunes, et il en assume le fardeau, du moins, au plan tactique. La tactique du proposant pourra consister à riposter en produisant une preuve à l'appui de la valeur probante du document.

Si le proposant n'était pas tenu de fournir une preuve à l'appui de l'intégrité du document en vue de son admission, l'opposant pourrait se retrouver en mauvaise posture pour contester sa valeur probante. La personne la mieux placée pour faire une déposition concernant la fiabilité du système du proposant est probablement son gestionnaire de systèmes, qui ne pourrait être contre-interrogé s'il était cité comme témoin par l'opposant.

La valeur de la preuve ne fait pas l'objet, traditionnellement, de dispositions législatives. Elle est étroitement liée aux faits d'espèce.

Quoi qu'il en soit, la loi modèle de la CNUDCI prévoit ce qui suit au paragraphe 9(2) :

L'information prenant la forme d'un message de données se voit dûment accorder force probante. Cette force probante s'apprécie eu égard à la fiabilité du mode de création, de conservation ou de communication du message, à la fiabilité du mode de préservation de

l'intégrité de l'information, à la manière dont l'expéditeur a été identifié et à toute autre considération pertinente.

Plutôt que d'adopter une telle mesure impérative, il serait possible de définir dans la loi des facteurs qu'un tribunal pourrait considérer, sans toutefois y être obligé. Cependant, une telle approche pourrait avoir le désavantage, en pratique, de voir se transformer ces facteurs discrétionnaires en exigences minimales.

En somme, nous croyons que la loi ne devrait pas énoncer de directives concernant les facteurs se rapportant à la valeur probante. Ces facteurs pourraient être proposés aux tribunaux, aux avocats et aux gestionnaires de documents dans les documents spécialisés, dont la loi modèle et les études de la CHLC, ainsi que les publications didactiques et les ouvrages pratiques.

NORMES MINIMALES

On pourra critiquer les propositions qui précèdent en disant qu'elles laissent trop de questions ouvertes pour les créateurs ou les gestionnaires de documents électroniques. À quelles conditions l'affidavit déposé afin de faire admettre un document sera-t-il jugé acceptable, ou devra-t-il être complété? Comment le compléter? Certaines normes «sûres» ne peuvent-elles être fixées à l'avance afin qu'en s'y conformant, on puisse être assuré de faire admettre ses documents? Des normes inférieures ou autres sont peut-être aussi acceptables, mais une certaine garantie ne devrait-elle pas exister?

Deux normes se détachent à titre de normes minimales : la norme nationale de l'Office des normes générales du Canada (brièvement décrite ci-dessus) et la norme applicable à la création de documents comportant des signatures numériques, qui seront présentées dans les lignes qui suivent à tour de rôle.

1. Norme nationale

On nous a conseillé vivement, et particulièrement la Société canadienne de la gestion de l'information et des images, qu'une loi vienne appuyer la norme nationale *Microfilms et images électroniques - Preuve documentaire* (CAN/ONGC-72.11-93). On nous a notamment demandé qu'il soit prévu que les documents créés et tenus à jour en conformité avec la norme nationale soient admissibles et (présumés?) fiables.

Après y avoir sérieusement réfléchi, nous avons décidé de ne pas donner suite à cette recommandation, même par le biais d'une présomption légale de fiabilité, pour les trois raisons suivantes : premièrement, la norme relative à la présomption deviendrait, en pratique, une exigence minimale, dans la mesure où elle constituerait un critère d'insuffisance à l'égard d'autres procédures, de moindre importance, en vue d'assurer la fiabilité. Deuxièmement, en se conformant à une telle norme, on risquerait d'instaurer une tendance selon laquelle les documents ne seraient pas scrutés convenablement en regard de leur valeur probante. Troisièmement, la norme nationale n'est pas à la portée, à notre sens, de bon nombre d'utilisateurs légitimes d'images électroniques.

D'autres procédures pourront être mises au point qui permettront de démontrer valablement la fiabilité de documents dans le cadre de litiges. Pensons notamment aux prescriptions de la loi du Nouveau-Brunswick, qui visent l'établissement d'une norme inférieure à la norme nationale mais acceptable aux yeux du législateur du Nouveau-Brunswick.

Ne pas intégrer la norme nationale à la loi n'a aucune incidence sur sa validité ou son utilité. Il se peut même très bien que les tribunaux l'utilisent comme une norme *de facto*. La Société nous a dit que Revenu Canada permet maintenant aux contribuables gérant des documents électroniques conformément à la norme de se départir de leurs documents originaux. Cela atteste éloquemment de l'importance de la norme en tant que garantie de l'intégrité des documents produits et tenus à jour dans le respect de cette même norme.

Nous croyons tout simplement qu'on devrait laisser la norme nationale suivre sa propre évolution. L'absence presque totale d'autres critères légaux relatifs à la valeur probante de la preuve nous renforce dans cette conviction.

2. Signatures numériques

Les producteurs de documents peuvent recourir à la technologie de la signature numérique pour divers motifs, que ce soit pour confirmer l'intégrité des données contenues dans des documents ou des messages, pour s'assurer que les expéditeurs des messages créés ou reçus par le système informatique ne peuvent nier le fait qu'ils ont envoyé ces messages, ou, avec l'aide de la technologie du chiffrement, pour préserver la confidentialité de l'information durant sa transmission. On a laissé entendre que les technologies de signature numérique servaient à garantir l'intégrité des données et que leur emploi pourrait être indiqué en regard de la preuve préalable ou lorsque l'intégrité ou la valeur probante d'un document électronique est contestée. Alors que ces technologies continuent d'évoluer et que leur diffusion est encore restreinte, il serait peut-être prématuré de considérer toute utilisation de celles-ci comme une norme minimale aux fins de la création d'une présomption légale. Le présent document ne traite pas de la valeur ou de l'utilité d'une règle spécifique ou d'une présomption légale de fiabilité applicable à la technologie de la signature numérique employée pour des documents électroniques. Actuellement, un certain nombre de gouvernements étudient chacun de leur côté la question de la valeur de cette technologie.

ACCORDS ENTRE PARTENAIRES COMMERCIAUX

Beaucoup d'utilisateurs de systèmes d'échange de données informatisées s'entendent sur des normes de transmission de leurs messages et de confirmation de l'opération, ainsi que sur des systèmes d'enregistrement chronologique, le tout afin de s'assurer que leurs messages sont bien reçus. De tels «accords entre partenaires commerciaux» prévoient souvent que les documents satisfaisant aux normes convenues ne peuvent être contestés au motif qu'il s'agit de documents électroniques ou qu'ils ne sont pas adéquats, par ailleurs, en regard des règles de preuve.

Certaines personnes doutent de la validité de tels accords, qui paraissent constituer une dérogation par voie contractuelle aux règles de la preuve. Des parties peuvent-elles valablement s'entendre sur certains faits devant leur existence à l'application de processus prescrits dans un accord? Nous avons tendance à croire, quoi qu'il en soit, que ces accords généraux devraient être exécutoires, mais seulement opposables aux parties concernées. Il va de soi qu'une fraude annulerait l'accord, de même que des moyens de défense qui pourraient lui être opposés, mais une tentative d'établir un code privé de la preuve ne devrait pas avoir une telle conséquence.

La CHLC propose que sa loi uniforme permette la passation d'accords privés concernant la façon de traiter la preuve découlant des transactions électroniques que les parties à l'accord effectuent entre elles.

CONCLUSION

Malgré la diversité des documents électroniques et des approches des tribunaux, qui en général les admettent en preuve, les orientations à donner à la réforme du droit de la preuve sont relativement claires. La CHLC estime que l'on doit se pencher sur seulement deux ou trois problèmes : l'existence de (faibles) contraintes au stade de l'admission, l'abolition de la recherche d'originaux de documents ou d'une pièce jugée aussi valable que l'original et l'attribution de pouvoirs clairs aux tribunaux afin qu'ils puissent juger de l'intégrité d'un document en fonction de l'intégrité du système l'ayant produit, aux fins d'établir soit son admissibilité et sa valeur probante, soit sa valeur probante seule.

Nous croyons que si la loi est modifiée de manière à abolir l'obligation de trouver un document électronique original ou l'original d'un document électronique, les avocats et les gestionnaires de documents trouveront réponse à plusieurs de leurs questions. Le besoin d'une réforme législative procédant de loi en loi devrait alors également disparaître.

Les usagers seront confrontés à l'obligation de démontrer l'intégrité de leurs documents, en fonction largement de la fiabilité de leur système de gestion. Certains seront déçus d'apprendre que nous n'endossons aucune norme de l'industrie en particulier pour établir cette fiabilité. Nous croyons qu'au fil du temps, les modifications proposées dans le présent document assureront une plus grande souplesse en la matière et l'adaptation aux innovations technologiques.

La CHLC souhaite que vous lui adressiez vos commentaires.

Footnotes

Footnote: 1 1 En vertu de l'article 2838, on présume qu'un document est fiable lorsqu'il est démontré que l'inscription des données est effectuée de façon systématique et sans lacunes, et que les données inscrites sont protégées contre les altérations. Une telle présomption existe aussi en faveur des tiers qui tentent de faire admettre le document s'il

est démontré que l'entrée de données a été réalisée dans le cadre des activités d'une entreprise. C'est pourquoi, dans certains cas, le

Code civil exige également que soit produite une preuve relative à la fiabilité du système ayant servi à la création des documents.

Footnote: 2 2 Cette loi prévoit qu'une copie imprimée d'un document est admissible à n'importe quelle fin, tout comme le document original, s'il est démontré que ce document original a été copié par le biais d'un processus d'imagerie électronique ou d'un processus comparable et qu'il a été enregistré électroniquement selon un protocole établi servant à créer un enregistrement permanent dudit document. De plus, il doit être démontré que le document original n'existe plus et que la copie imprimée lui est conforme.

Footnote: 3 3 Le paragraphe 9(1) de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique prévoit ce qui suit :

Aucune règle d'administration de la preuve ne peut être invoquée dans une procédure légale contre l'admissibilité d'un message de données [c'est-à-dire un document électronique] produit comme preuve :

b) s'il s'agit de la meilleure preuve que celui qui la présente peut raisonnablement escompter obtenir, au motif que le message n'est pas sous sa forme originale.

En ce qui nous concerne, il se pourrait qu'en vertu de l'alinéa b), une personne souhaitant utiliser une image électronique doive détruire l'original et démontrer que cette opération était raisonnable. Cela semble être inutilement restrictif.

Footnote: 4 4 Cette recommandation ne s'applique qu'aux règles de preuve générales. Il se peut qu'en vertu d'autres lois, la production de l'original d'un document soit exigée expressément ou implicitement. Chaque législateur devrait examiner ses propres lois et décider comment tenir compte du principe sous-jacent à l'exigence d'un original, afin d'établir si la présente recommandation pourrait s'appliquer. Il pourra être utile de consulter, à ce sujet, l'art. 8 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique.

Mars 1997