

TESTAMENTS ET PROCURATIONS ÉLECTRONIQUES: LE TEMPS EST-IL VENU?

Document de discussion préparé pour la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada

A. INTRODUCTION

Le directeur de l'Alberta Law Reform Institute, M. Peter Lown, m'a demandé de préparer un document de discussion pour la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada concernant l'opportunité de la reconnaissance légale des testaments¹ ou des procurations adoptés sous forme électronique.

Dans le cadre de ma réflexion sur le projet de reconnaissance des testaments sous forme électronique, j'ai été mené à deux conclusions. La première est que les avantages tirés de la reconnaissance des testaments électroniques ne seraient guère importants. La deuxième est qu'en revanche, les désavantages résultant de cette reconnaissance seraient importants, parce que cette reconnaissance pourrait convaincre des testateurs de rédiger des testaments électroniques occasionnant de graves problèmes d'authentification et d'administration. Par conséquent, j'ai conclu qu'il ne conviendrait pas du tout d'accorder une reconnaissance législative aux testaments sous forme électronique, même si je pense qu'il conviendrait, dans les territoires où les tribunaux peuvent accorder une dispense à l'égard du respect rigoureux des formalités, de prévoir que les tribunaux peuvent accorder une dispense à l'égard d'écrits s'il existe une preuve claire et convaincante (pour employer la formule) qu'un fichier électronique a été adopté comme testament par un testateur. Même si les arguments contre la reconnaissance des procurations sous forme électronique ne sont pas aussi nets, j'ai aussi conclu que la loi ne devrait pas expressément les reconnaître.

Étant donné que j'ai tiré ces conclusions, les lecteurs trouveront que le présent document de discussion n'expose pas les arguments contraires de la manière équilibrée et objective habituelle. Toutefois, je crois que les arguments y sont tous exposés. Je crois aussi que le présent document de discussion permettra aux lecteurs de comprendre les arguments et les facteurs, d'évaluer la situation dans son ensemble, de voir mes erreurs et mes omissions et de tirer leurs propres conclusions.

B. FORMES ÉLECTRONIQUES POSSIBLES DES TESTAMENTS ET DES PROCURATIONS

Je crois que la liste suivante épuise les types de testaments sous forme électronique dont la reconnaissance peut être envisagée:

- les testaments produits par ordinateur, c'est-à-dire les testaments qui sont préparés sur un ordinateur ou un autre appareil électronique et adoptés alors qu'ils sont encore sous forme électronique;

¹ Dans le présent document de discussion, le mot « testament » désigne également un codicille ou une autre modification apportée à un testament et à la révocation documentaire ou au renouvellement d'un testament.

- les testaments qui sont préparés et adoptés sous une autre forme et qui sont ensuite enregistrés électroniquement par lecture optique ou imagerie (dont il n'est pas davantage question dans le présent document de discussion étant donné qu'il ne semble pas y avoir d'avantage à reconnaître la substitution d'un fichier électronique pour un document sur support papier existant);
- les testaments enregistrés sur bande audio ou vidéo, c'est-à-dire les testaments oraux qui sont enregistrés électroniquement.

On peut envisager les mêmes types de procurations électroniques.

C. EXPOSÉ DU CONTEXTE

1. Testaments

a) Objectifs de principe

Avant de discuter des avantages et des désavantages spécifiques de la reconnaissance des testaments préparés de diverses manières, j'énoncerai certaines propositions de principe dont, je crois, il faut se rappeler avant d'entreprendre de telles discussions:

- La loi devrait protéger et promouvoir la liberté de tester, sous réserve uniquement de restrictions exigées par l'ordre public.
- La loi devrait adopter des mesures afin de s'assurer:
 - que les testaments qui sont authentiques et destinés à exprimer les intentions testamentaires des testateurs soient reconnus légalement;
 - que les documents ou les fichiers qui ne sont pas authentiques ou qui n'expriment pas les intentions testamentaires de leurs auteurs réels ou leurs soi-disant auteurs ne soient pas reconnus légalement comme testaments.
- Dans le cadre de l'élaboration de ces mesures, la loi devrait tenir compte :
 - du fait que certains testaments prennent effet peu de temps après avoir été rédigés mais que d'autres ne prennent pas effet avant 10, 20 ou 30 ans;
 - que les testaments et les successions doivent être administrés et que des procédures établies par la loi devraient maximiser l'efficacité de l'administration et limiter au minimum les coûts d'administration.

b) Mise en garde à l'intention du testateur?

Il serait possible que la loi reconnaisse une forme de testament comportant des pièges susceptibles, dans un grand nombre de cas, d'entraîner leur rejet, c'est-à-dire que la loi puisse donner aux testateurs un choix et les laisser se protéger contre les pièges. Toutefois, je considère que la loi ne devrait pas reconnaître une forme de testament à moins qu'il ne soit raisonnablement simple pour les testateurs de la suivre et à moins que les testateurs qui la suivent n'aient un degré élevé de certitude que leurs testaments seront homologués. La loi ne devrait pas tendre des pièges inutiles aux testateurs imprudents ou mal avisés. Nous verrons plus loin que cette considération, à mon avis d'ordre pratique, constitue un facteur important militant contre la reconnaissance des testaments électroniques.

c) Comment la loi actuelle atteint-elle ses objectifs?

Les lois sur les testaments confèrent ce qu'on pourrait appeler une liberté de tester quant au fond en prévoyant que les personnes peuvent aliéner leurs biens par testament. Toutefois, ces lois ne confèrent pas une complète liberté de tester quant à la procédure; c'est-à-dire qu'elles ne permettent pas à un testateur de faire un testament dans n'importe quelle forme de son choix. Elles prévoient plutôt que, dans le cadre de l'adoption d'un testament, certaines formalités doivent être respectées. Dans certaines provinces, la seule procédure autorisée est la signature d'un testament par le testateur ou pour son compte en présence de deux témoins qui signent à ce titre. Certaines provinces reconnaissent, en outre, le testament entièrement écrit et signé de la main du testateur. À l'exception du cas exceptionnel des soldats et des marins, il s'agit des seules procédures au moyen desquelles un testateur peut rédiger un testament que la loi reconnaîtra.

Ces formalités visent à s'assurer que seules les expressions authentiques des intentions des testateurs, et rien d'autre, soient homologuées, c'est-à-dire reconnues par la loi. Elles favorisent aussi l'efficacité administrative: les testaments sur support papier peuvent être administrés efficacement². Les formalités ne peuvent entièrement éliminer les possibilités de falsification, de suppression ou d'erreur mais, en général, elles permettent d'atteindre un juste équilibre entre les deux objectifs, soit la reconnaissance des testaments authentiques et le rejet des documents et fichiers non authentiques.

Toutefois, on peut soutenir que les exigences formelles des lois sur les testaments vont parfois à l'encontre des intentions des testateurs qui, par ignorance des exigences ou par simple erreur, ne s'y conforment pas. En conséquence, dans certaines provinces, les lois sur les testaments donnent aux tribunaux un pouvoir de dispense leur permettant d'homologuer un document malgré l'omission de se conformer à une partie ou à la totalité des formalités. C'est-à-dire que, tout en prévoyant que certaines formalités sont nécessaires en vue d'obtenir la reconnaissance, la loi prévoit une façon d'obtenir la reconnaissance des testaments qui ne se conforment pas aux formalités, ce qui peut sembler anormal mais laisse intacts les effets positifs de l'exigence du respect des formalités, tout en permettant que justice soit faite dans les cas exceptionnels sans donner aux testateurs une raison de faire fi des formalités.

Les questions liées aux testaments exposées dans le présent document de discussion ne concernent que la forme dans laquelle les testateurs peuvent rédiger des testaments valables. Elles n'ont pas de rapport avec la liberté de tester quant au fond ou avec la question de promouvoir ou de décourager les testaments autorédigés, qui peuvent être effectués en vertu de la loi actuelle. Elles concernent la liberté procédurale de tester étant donné que la reconnaissance d'une autre forme de testament donnera aux testateurs un choix additionnel quant à la forme. Elles concernent l'efficacité et la réduction au minimum des coûts d'administration des successions.

.....
² L'homologation occasionnelle d'une jante de tracteur, d'une porte ou d'un mur renfermant un testament n'a pas d'incidence sur la validité générale de cet énoncé.

2. Procurations

En vertu de la *common law*, une personne peut nommer un mandataire verbalement ou par écrit officieux et, en fait, sera parfois jugée avoir conféré des pouvoirs de mandataire par une conduite qui ne comporte pas de délégation de pouvoir expresse. Une procuration consiste en la nomination officielle d'un mandataire. En *common law*, pour qu'un fondé de pouvoir ait le pouvoir de signer un acte pour le compte du mandant, il faut que la procuration soit scellée. Les procurations visant l'aliénation d'un bien-fonds doivent être accordées par écrit de manière à pouvoir être déposées auprès des registres fonciers. L'Alberta exige que les procurations permanentes soient accordées par écrit³ et, vraisemblablement, d'autres provinces ou territoires qui reconnaissent les procurations permanentes imposent des exigences similaires. Les lecteurs connaissent sans doute les exigences de leur propre territoire à l'égard de la nécessité et de la forme des procurations. Ces exigences formelles visent à assurer tant l'authenticité que l'efficacité administrative.

Il existe des différences dans les considérations applicables à la reconnaissance possible des testaments sous forme électronique et la reconnaissance possible des procurations sous forme électronique. Le mandat est en général une question de *common law*, tandis que les exigences testamentaires sont entièrement législatives. Dans le cas des testaments, l'accent est davantage mis sur l'authenticité tandis que dans le cas des procurations, l'accent est davantage mis sur l'efficacité administrative. Toutefois, les considérations en cause à l'égard de la reconnaissance des procurations sous forme électronique sont généralement similaires à celles qui sont en cause relativement à la question de la reconnaissance des testaments sous forme électronique.

QUESTION 1

Quelles considérations de principe devraient déterminer l'opportunité et les circonstances de la reconnaissance par la loi

- des testaments
- des procurations

sous forme électronique?

D. LA LOGIQUE DE LA LÉGISLATION SUR LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE EXIGE-T-ELLE LA RECONNAISSANCE DES TESTAMENTS ET DES PROCURATIONS SOUS FORME ÉLECTRONIQUE?

L'article 5 de la *Loi uniforme sur le commerce électronique* prévoit qu'une information ne doit pas être privée d'effets juridiques au seul motif qu'elle est sous forme électronique et l'article 20 prévoit qu'un contrat ne doit pas être privé d'effet juridique ou de force exécutoire au seul motif qu'un document électronique a été utilisé dans sa formation. Ne s'ensuit-il pas qu'un testament ne devrait pas être privé d'effets juridiques au seul motif qu'il est sous forme électronique? Autrement dit, le droit successoral ne devrait-il pas rattraper la réalité commerciale illustrée par la loi type? Pourquoi les testaments et les codicilles (et les

³ *Powers of Attorney Act*, R.S.A. 1980, c. 13.5. Une question intéressante qui pourrait se poser en Alberta est de savoir si une instruction personnelle donnée en vertu de la *Personal Directives Act* qui ressemble beaucoup à la procuration mais qui n'est pas ainsi appelée, est une procuration pour les fins de l'exclusion de la *Loi uniforme sur le commerce électronique*.

procurations, concernant tant les affaires financières que les soins personnels) devraient-ils être exclus du champ d'application de la *Loi uniforme sur le commerce électronique* en vertu du paragraphe 2(3)?

Une partie de la réponse est que, pour ce qui est de l'économie et de l'efficacité commerciale et gouvernementale, les avantages de la reconnaissance de l'information sous forme électronique et des contrats conclus par des moyens électroniques sont immenses. Il existe une raison convaincante pour la reconnaissance de l'information et des contrats électroniques formés par des moyens électroniques, et pour l'acceptation d'inconvénients importants en vue d'obtenir ces avantages. En revanche, comme je le soulignerai ci-dessous, les avantages de la reconnaissance des testaments électroniques produits par ordinateur sont peu nombreux et contrebalancés par des désavantages importants, de sorte qu'il n'existe pas de raisons convaincantes semblables militant en faveur de leur reconnaissance.

Une autre partie de la réponse réside dans les difficultés comparatives d'authentification d'un testament sur support papier qui est signé conformément à des formalités, d'une part, et un testament produit par ordinateur sous forme électronique, d'autre part, dont il est question ci-dessous. L'établissement d'une norme acceptable de fiabilité est comparativement facile dans les communications commerciales électroniques actuelles. L'établissement d'une norme acceptable de fiabilité serait beaucoup plus difficile pour ce qui est des testaments, qui sont susceptibles d'être créés par des entités non commerciales agissant par l'intermédiaire de systèmes informatiques qui peuvent être ou ne pas être sécurisés, et qui peuvent devoir être prouvés des années après leur création. Tout le contexte des communications commerciales et de l'information commerciale diffère de celui de la création d'un fichier électronique personnel spécifique qui peut n'être examiné que des années après sa création.

L'introduction de la *Loi uniforme sur le commerce électronique* dispose:

[Les règles] transforme[nt] les questions liées à la capacité (« Ai-je l'autorisation de le faire par des moyens électroniques? ») [en] questions de preuve (« Ai-je respecté la norme? »).

Mais il serait, dans le meilleur des cas, beaucoup plus coûteux de répondre aux questions de preuve soulevées par la reconnaissance des testaments électroniques plutôt que de ceux qui respectent les formalités et, dans le pire des cas, cela soulèverait des risques importants qu'une question de preuve fasse l'objet d'une réponse erronée en raison de l'écoulement du temps, de l'absence actuelle de surveillance de l'authenticité, de l'absence d'équipement électronique sécurisé et de l'absence de témoignage du testateur.

Un testament n'est pas formé par des communications en vertu de modèles de communication créés ou convenus par une partie qui doit être liée⁴. Un testament constitue l'acte juridique d'un testateur qui demeure statique jusqu'à sa modification, sa révocation ou jusqu'au décès du testateur. Il est vrai qu'il renferme de l'information au sujet des intentions du testateur. Il est aussi vrai qu'en un sens, un testament est une communication à l'intention des

⁴ L'article 6 de la *Loi uniforme sur le commerce électronique* dispose qu'aucune stipulation de la loi n'exige qu'une personne utilise ou accepte de l'information sous forme d'un document électronique et établit ainsi un principe de « consentement » qui a priorité sur le principe de « non-discrimination » de la loi, et qui permet à une partie de refuser ou d'accepter des communications qui ne comportent pas d'indices suffisants de fiabilité. Il n'y aurait pas de vérification simultanée à l'égard des testaments enregistrés électroniquement.

bénéficiaires, des tribunaux et des institutions financières et registres, mais le contexte de cette communication n'est pas celui des communications électroniques entre des personnes, et les cas fréquents de long délai entre la création d'un testament et sa reconnaissance juridique modifient encore plus le contexte.

La loi type traite des communications entre des personnes ou entre des personnes et des gouvernements. Dans le domaine des contrats, elle traite des contrats qui sont formés par des communications et prévoit que la forme électronique d'une communication n'a pas d'incidence sur la validité d'un contrat dont la communication est un élément. La loi type n'envisage pas une situation (bien qu'elle ne l'interdise pas) où un contrat qui a été conclu sera mis sous forme électronique dans un ordinateur et régira la relation future des parties, ce qui serait l'équivalent contractuel d'un testament. Les parties à un contrat formé par des communications électroniques peuvent se fier aux communications sous forme électronique, ou elles peuvent mettre le contrat sur support papier. Il doit en effet être très rare qu'elles conviendront qu'un fichier électronique qui se trouve dans un ordinateur ou sur une disquette amovible constitue le contrat en soi, et la loi type ne traite pas de cette possibilité. Il serait irrémédiablement inefficace dans la plupart des cas d'avoir un contrat dans une forme qui n'est accessible que par l'intermédiaire d'un ordinateur ou d'une disquette.

Pour ces motifs, les impératifs sous-jacents à la reconnaissance juridique de l'information enregistrée ou communiquée sous forme électronique et la reconnaissance juridique de contrats formés par des communications électroniques ne s'étendent pas à la reconnaissance juridique des testaments dans une forme produite par ordinateur, non plus que la logique de la loi type ne s'applique à la reconnaissance de ces testaments.

Une bonne partie de la discussion qui précède s'applique également à la reconnaissance des procurations sous forme électronique. Les procurations sont davantage susceptibles de prendre effet à des dates relativement plus rapprochées, mais certaines, particulièrement celles visant à être utilisées en cas d'invalidité du mandant, peuvent être utilisées après le passage d'un certain temps. Le témoignage du mandant sera habituellement disponible pour authentifier les procurations – mais il ne sera pas lorsque le mandant est invalide. L'utilité des procurations consiste à les présenter à des tiers pour établir la procuration permettant de modifier les relations juridiques de l'auteur, de sorte qu'elles sont très susceptibles d'avoir été consignées sur support papier rapidement, supprimant ainsi tout avantage lié à l'autorisation de l'utilisation d'une forme électronique.

QUESTION 2

Les motifs pour accorder une reconnaissance juridique à l'information commerciale enregistrée électroniquement et aux communications commerciales électroniques s'appliquent-ils à la reconnaissance

- des testaments
- des procurations

sous forme électronique?

E. TESTAMENTS PRODUITS PAR ORDINATEUR

1. Introduction

L'exposé qui suit concerne le testament produit par ordinateur sous forme électronique, c'est-à-dire un document créé sous forme électronique sur un ordinateur ou un appareil similaire par un testateur ou une personne agissant suivant les instructions du testateur, et que le testateur adopte comme son testament alors qu'il est encore sous forme électronique. Cet exposé tente de décrire les avantages relatifs des testaments électroniques produits par ordinateur et des testaments sur support papier⁵ en général et par rapport à la commodité de production, au coût de production, à la facilité et à la sécurité de conservation, à l'authentification et à l'administration.

Le contexte de l'exposé présenté dans le présent document de discussion correspond nécessairement à la technologie disponible en l'an 2001. Toutefois, si les testaments électroniques doivent être reconnus, la reconnaissance devrait se faire en des termes et sur une base qui conviendront en 2001 ou à tout moment dans un avenir prévisible.

2. Supports de communication pour la préparation et le stockage de testaments électroniques produits par ordinateur

Grâce à la technologie actuelle, un testament électronique produit par ordinateur peut être préparé sur un ordinateur ou un appareil semblable à un ordinateur. Le testament peut être entré par le testateur soit sur un clavier ou au moyen d'une technologie de reconnaissance vocale ou, vraisemblablement, il pourrait être entré par une autre personne suivant la dictée ou les instructions du testateur. Le testateur devrait adopter le document électronique comme son testament. Le document pourrait alors demeurer sous forme électronique dans l'ordinateur, ou il peut être copié sous forme électronique sur une disquette amovible.

3. Avantages comparatifs des testaments produits par ordinateur et des testaments sur support papier

a) Liberté comparative de tester et commodités et coûts de préparation des testaments

La loi exige actuellement qu'un testateur rédige un testament par écrit⁶ sous une forme matérielle, ce qui, en pratique, consiste presque invariablement en du papier. Comme il a été souligné ci-dessus, la loi exige que le testateur, comme condition de la validité juridique du testament, soit exécute les formalités de signature en présence de deux témoins soit rédige lui-même le testament et le signe. Ces exigences de procédure et de forme peuvent être considérées comme des restrictions à la liberté de tester, bien que tel ne soit pas leur but. La reconnaissance légale d'un testament électronique produit par ordinateur devrait prévoir une procédure additionnelle qu'un testateur pourrait suivre, et elle devrait par conséquent accroître la liberté de tester. De plus, étant donné que de nombreuses personnes sont

⁵ Dans l'exposé, il est question de testaments « sur support papier », c'est-à-dire de testaments qui sont rédigés sur support papier. L'exposé ne traite pas des cas exceptionnels où un testament est écrit sur un mur, une porte ou une jante de tracteur.

⁶ Le présent exposé suppose qu'un fichier électronique ne constitue pas un « écrit » au sens des lois sur les testaments.

maintenant habituées à utiliser des ordinateurs pour enregistrer des mots, la reconnaissance des testaments électroniques produits par ordinateur permettrait à au moins certains testateurs d'utiliser un moyen qu'ils connaissent mieux et avec lequel ils sont plus à l'aise.

Aucune disposition de la loi actuelle n'empêche un testateur de rédiger un testament sur ordinateur. Toutefois, les exigences légales actuelles de rédaction et de respect de formalités font en sorte qu'un testament préparé électroniquement doit être imprimé et ensuite adopté sous forme imprimée. La reconnaissance des testaments produits par ordinateur sous forme électronique devrait éviter au testateur le travail et le coût de préparation d'un imprimé afin de signer l'imprimé comme testament. Toutefois, cette économie d'ordre administratif ne semble pas constituer un avantage important, particulièrement si les conséquences administratives découlant du fait de laisser le testament sous forme électronique sont prises en considération.

Il y aurait une autre économie d'effort pour le testateur si les formalités de signature pouvaient être évitées en laissant le testament sous forme électronique et si des formalités de remplacement, le cas échéant, étaient moins onéreuses que celles qui sont maintenant exigées par la loi. Les questions de formalités seront traitées ci-dessous. Toutefois, les formalités actuellement exigées ne sont pas indûment onéreuses, bien qu'il puisse y avoir des cas d'urgence, tels que l'indisponibilité de témoins en une situation de proximité du décès où il n'est pas possible de les respecter. Les pouvoirs des tribunaux de dispenser du respect rigoureux des formalités, lorsqu'ils existent, aident à régler ces cas d'exception. Les économies à l'égard des formalités mises de côté qui seraient réalisées par la reconnaissance des testaments sous forme électronique ne semblent pas être importantes.

Il ne semble pas probable que la reconnaissance de testaments produits par ordinateur sous forme électronique permettrait aux testateurs de réaliser des économies importantes relativement à la préparation et à l'adoption d'un testament. Il n'y a habituellement aucun coût important afférent à l'autorédaction d'un testament attesté par des témoins ou à la rédaction d'un testament olographe et, en outre, si un testateur fait préparer un testament par un avocat, la reconnaissance d'un testament produit par ordinateur sous forme électronique ne serait pas non plus susceptible de faire réaliser des économies importantes d'honoraires professionnels.

QUESTION 3

- 1) Quels avantages la reconnaissance des testaments électroniques produits par ordinateur conférerait-elle aux testateurs?
- 2) Quelle importance auraient ces avantages?

b) Facilité et sécurité comparative de stockage

Grâce à la technologie actuelle, un testateur peut laisser un testament produit par ordinateur dans l'ordinateur ou le copier sur une disquette amovible.

Un testateur qui sait qu'un testament est susceptible d'être utilisé dans un prochain avenir peut laisser un testament produit par ordinateur dans l'ordinateur au moyen duquel il a été

préparé. Toutefois, s'il existe une incertitude au sujet du moment où le testament sera requis, il semble peu probable que de nombreux testateurs choisissent de laisser leurs testaments dans des ordinateurs. De nos jours, les ordinateurs ont des durées de vie relativement courtes et rien ne laisse croire que le rythme de l'évolution technologique diminuera. Par conséquent, un testateur pourrait devoir envisager la prise de mesures de remplacement d'un testament stocké sur ordinateur en cas de désuétude ou de vente de l'ordinateur (en supposant que la loi permettrait le transfert du testament à un support de stockage de remplacement). À moins que le testateur ne donne avis que le testament se trouve sur l'ordinateur, en affichant un avis sur l'ordinateur ou en avisant une ou plusieurs personnes, il existe un risque que le testament ne sera pas découvert.

Il semble plus probable que les testateurs qui choisissent des testaments produits par ordinateur les stockeraient sur des disquettes amovibles ou leur équivalent technologique futur. Une disquette amovible peut être stockée très facilement dans un coffret de sûreté ou un autre dépôt. Même s'il est probable que la personne qui ouvre un coffret de sûreté inférera qu'une disquette qui a été conservée dans le coffret renferme quelque chose d'important, la prudence exigerait qu'un avis portant qu'elle renferme un testament soit joint à la disquette amovible. Prévoir le stockage sécurisé d'une disquette amovible présenterait essentiellement les mêmes problèmes auxquels s'appliquent essentiellement les mêmes solutions que prévoir le stockage sécurisé d'un testament sur support papier, de sorte qu'il ne semble pas que les testaments sur support papier ou les testaments électroniques présenteraient un avantage significatif pour les testateurs pour ce qui est du stockage.

c) Durabilité comparative

Un testament solennel qui est rédigé sur support papier est durable pour des fins mesurées à l'échelle d'une vie humaine. Il n'est pas difficile de le protéger. Il n'est habituellement pas difficile de l'authentifier⁷. Il n'est pas susceptible de devenir illisible ou inutilisable en raison du passage du temps avant de prendre effet. Avant que la loi reconnaisse les testaments produits par ordinateur sous forme électronique, il faudrait répondre à la question de savoir si ces fichiers électroniques sont aussi susceptibles que les testaments sur support papier de durer sous forme intelligible pendant des décennies. Si la réponse est affirmative, la durabilité comparative ne constitue pas un facteur déterminant à cet égard. Si la réponse est négative, la reconnaissance légale des testaments électroniques produits par ordinateur pourrait inciter des testateurs à rédiger des testaments électroniques produits par ordinateur qui se détérioreront avant qu'arrive le moment de les utiliser.

d) Accessibilité comparative

Le rythme de l'évolution technologique en informatique a été très rapide au cours des récentes décennies. Une autre question à laquelle il faut répondre consiste à savoir si un testament produit par ordinateur est susceptible d'être accessible au moyen de la technologie dans l'état où elle existera quand viendra le moment d'utiliser le testament. Supposons, par exemple, que des testaments produits par ordinateur aient été reconnus en 1971 et qu'une

⁷ Les énoncés figurant dans le présent paragraphe sont fondés sur des tendances générales. Il existe des cas exceptionnels.

disquette amovible de 1971 ait été découverte dans le coffret de sûreté d'un défunt en 2001. La disquette amovible de 1971 pourrait-elle être lue aujourd'hui? Existe-t-il un doute important au sujet de la capacité de la technologie de 2031 à lire efficacement une disquette amovible de 2001? Et ainsi de suite dans l'avenir prévisible?

Si la réponse est qu'il n'y a pas de doute important quant à la capacité de la technologie future de traiter d'une manière raisonnablement efficace les testaments créés en vertu d'une technologie antérieure, l'accessibilité comparative ne constitue pas un facteur déterminant pour décider si la loi devrait reconnaître les testaments produits par ordinateur sous forme électronique. Si la réponse est contraire, la reconnaissance légale des testaments électronique produits par ordinateur pourrait inciter les testateurs à rédiger des testaments produits par ordinateur qui, contrairement aux testaments sur support papier, ne seraient pas accessibles au moyen de la technologie quand viendra le temps de les utiliser.

QUESTION 4

Quels sont les avantages comparatifs des testaments sur support papier et des testaments produits sur ordinateur pour ce qui est

- de la facilité et de la sécurité de stockage?
- de la durabilité?
- de l'accessibilité au décès du testateur?

4. Établissement de l'authenticité

a) Exigences formelles à l'égard des testaments sur support papier

Les formalités maintenant prévues pour la signature de testaments (et, dans certaines provinces et territoires, le pouvoir de dispenser du respect rigoureux de celles-ci) visent à faciliter l'homologation de documents qui constituent l'expression authentique de l'intention testamentaire, tout en excluant les documents qui ne constituent pas une telle expression.

Toutes les provinces et territoires canadiens reconnaissent les testaments sous forme écrite (à l'exclusion des documents électroniques) qui sont signés par un testateur et deux témoins, tous étant présents au même moment (les « testaments solennels »). Certains reconnaissent aussi les testaments entièrement écrits et signés de la main du testateur (les « testaments olographes »).

Habituellement, l'un des témoins à un testament solennel est disponible et peut signer une déclaration sous serment relative à la signature du testament en bonne et due forme. Sinon, du moins en Alberta, il suffira d'une déclaration sous serment reconnaissant la signature du testateur. Un testament olographe fait sur support papier est aussi durable et facile à protéger. Habituellement, un testament olographe n'est pas difficile à authentifier, étant donné qu'il y a habituellement un témoin qui peut reconnaître l'écriture du testateur. Les formalités exigées pour les testaments solennels et les testaments olographes ne constituent pas des garanties

absolues d'authenticité, mais elles ont en général résisté à l'épreuve du temps en fournissant une preuve suffisante de l'authenticité des testaments (du fait qu'elles sont signées par leurs présumés testateurs) et l'authenticité de l'intention aussi (étant donné que les formalités de signature et l'apposition de la signature prouvent habituellement cette intention). Le respect des formalités permet habituellement de s'assurer que les difficultés d'établissement de l'authenticité ne nuisent pas à l'homologation.

b) Qu'est-ce que l'authenticité?

Un testament produit sur ordinateur serait authentique uniquement si le présumé testateur a adopté le fichier électronique comme testament et si ce fichier électronique n'a pas été modifié après son adoption. Si la loi devait reconnaître la validité de tels testaments, comment leur authenticité sera-t-elle établie?

c) Authentification au moyen d'une signature écrite

La signature écrite d'une personne est unique. Sous réserve de la possibilité de fabrication de faux ou d'erreur, qui ne sont pas courants dans le présent contexte, la présence de la signature d'une personne comme testateur sur un testament sur support papier prouve que la personne a adopté le document comme testament. De plus, dans le cas d'un testament solennel, la présence de la signature unique du testateur et celle des signatures uniques des deux autres personnes rendent le document spécifique identifiable comme document ayant fait l'objet des formalités prévues.

d) Authentification au moyen d'un fichier informatique

Une question importante consiste à savoir s'il peut y avoir une « signature électronique », c'est-à-dire un fichier électronique qui peut être inclus dans un testament électronique produit par ordinateur et qui, avec le texte du fichier électronique, prouvera que le présumé testateur a adopté le fichier électronique comme testament. Autrement dit, l'existence de la signature électronique dans le fichier électronique devrait constituer une preuve que la signature y a été apposée par le présumé testateur ou suivant les instructions de celui-ci. Une signature écrite constituera habituellement une telle preuve à l'égard d'un testament sur support papier.

La loi n'acceptera pas une copie dactylographiée comme valable simplement parce qu'y figure à la fin un nom dactylographié car l'ajout de ce nom ne constitue pas une preuve suffisante – s'il constitue une preuve quelconque, ce qui est très douteux – que le nom a été dactylographié par la personne dont c'est le nom ou suivant les instructions de celle-ci: il n'y a pas de signature unique pour lier le testateur, et uniquement le testateur, à la copie dactylographiée. De la même manière, l'entrée d'un nom sous forme de texte à la fin d'un fichier électronique ne constitue pas une preuve suffisante que le nom a été entré par la personne dont c'est le nom ou suivant les instructions de celle-ci⁸.

⁸ Dans un document de décembre 2000, la Direction des services législatifs du ministère de la Justice du Nouveau-Brunswick suggère que la législation sur le commerce électronique (ou les transactions électroniques) au Nouveau-Brunswick devrait prévoir qu'une déclaration électronique portant qu'un document électronique signé « Jean Tremblay » constitue une preuve claire que le nom « Jean Tremblay » a été apposé au document afin de le signer. Toutefois, ce document reconnaît que cette disposition ne permettrait pas d'éviter les différends possibles au sujet de la question de savoir si la personne dont le nom figure sur un document est réellement la personne qui l'a signé et c'est justement la résolution de ces doutes que les formalités visent à atteindre.

La *Loi uniforme sur le commerce électronique* prévoit qu'une signature électronique satisfait l'exigence d'une signature. Cette loi ne dit rien au sujet de l'établissement de l'authenticité⁹. Le commentaire qui l'accompagne dit que l'exigence de fiabilité de la loi type sur le commerce électronique de la Conférence des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) n'a pas été reprise parce qu'un tel critère nuirait au principe de neutralité du moyen de communication. Les remarques disent qu'« une personne qui prétend qu'une signature électronique satisfait à une exigence qu'un document soit signé devra prouver au tribunal ou autre décideur que ces critères sont remplis », et renferment le paragraphe suivant:

La Loi uniforme ne précise pas comment démontrer qui a signé le document électronique. On s'en remet aux modes de preuve habituels, tout comme dans le cas des documents papier. Celui qui désire invoquer une signature s'expose toujours à ce que celle-ci soit invalide. La règle demeure la même dans le cas des signatures électroniques¹⁰.

Les difficultés d'établissement de l'authenticité sont soulignées au paragraphe 58 du commentaire sur la loi type, qui énonce 14 éléments pour établir la fiabilité d'une signature électronique, y compris le type et la capacité du matériel, la fréquence des opérations, l'existence de mécanismes d'assurances contre les messages non autorisés, la disponibilité d'autres méthodes d'identification et le coût de leur mise en œuvre, le degré d'acceptation de la méthode d'identification dans le secteur en cause et « tout autre facteur pertinent ». Une telle analyse semble opportune, mais si elle devait s'appliquer à l'établissement de la fiabilité de la signature électronique prétendue d'un testateur, il semble que l'utilisation d'une signature électronique serait dangereuse pour la santé testamentaire du testateur, étant donné que la preuve de la signature électronique dépendrait de la disponibilité pour le tribunal d'une preuve élaborée des circonstances ayant existé des années auparavant et qui pourraient concerner un ordinateur personnel, ou son équivalent futur, plutôt qu'un réseau perfectionné et sécurisé, ou son équivalent futur.

Pour éviter des difficultés de preuve et le risque de rejet, la première question consiste à savoir s'il existe, dans le cadre de la technologie existante, une forme de « signature électronique » dont l'inclusion dans un fichier électronique ou l'association avec un tel fichier, identifiera la personne qui a créé le fichier électronique comme une personne déterminée (c'est-à-dire le testateur présumé) ou une autre personne agissant suivant les instructions de la personne déterminée. Une deuxième question consiste à savoir si la signature électronique offre à cet égard un degré suffisant de garantie pour permettre de se fier au

⁹ Le paragraphe 10(2) permettrait à une autorité de prendre un règlement prévoyant que « la fiabilité de la signature électronique doit être suffisante » pour identifier la personne au moment de la signature et pour l'association entre la signature électronique et le document électronique.

¹⁰ Voir l'art. 3 de la *Loi uniforme sur la preuve électronique*, qui prévoit qu'il incombe à la personne qui cherche à admettre en preuve un fichier électronique d'établir son authenticité à l'aide de preuves pouvant permettre de conclure que celui-ci correspond au document qu'elle cherche à admettre en preuve. L'article 4 prévoit que la règle de la meilleure preuve est satisfaite au moyen d'une preuve de fiabilité du système informatique. L'article 5 établit des présomptions réfragables de fiabilité du système, qui exigent une preuve qu'à l'époque pertinente, le système ou l'appareil informatique fonctionnait convenablement et qu'il n'existe aucun motif raisonnable de mettre en doute la fiabilité du système. En effet, l'authenticité des signatures électroniques reste ainsi à prouver selon les modes de preuve habituels.

fichier électronique comme ayant été adopté par le testateur présumé ou la personne agissant suivant les instructions d'un testateur présumé? Et la signature électronique prouve-t-elle que le fichier électronique n'a pas été modifié après que la signature électronique ait été « apposée »? De plus, les problèmes de preuve pourront-ils être résolus sans entraîner des risques ou des coûts trop élevés?

Une solution possible pourrait être le recours à la certification par un tiers, un service qui existe déjà. La certification va-t-elle aussi loin que lier un fichier électronique uniquement à une personne? La certification sera-t-elle utile des années plus tard? Est-elle susceptible d'être assez répandue pour être utile aux testateurs? Les testateurs jugeront-ils utile de se soumettre à la complexité de l'obtention d'une certification pour être en mesure de rédiger un testament sous forme électronique plutôt que sur support papier?

Si les réponses à ces questions sont affirmatives, est-il raisonnablement probable qu'il continuera d'être possible d'effectuer une identification avec un degré suffisant d'assurance sur une période de plusieurs décennies?

Il est indubitablement vrai qu'un grand nombre d'opérations commerciales sont effectuées aujourd'hui en fonction du numéro d'identification personnel (NIP) et de formes similaires d'identification électronique. Toutefois, ces opérations reposent sur un accord réciproque; elles concernent des communications courantes entre des parties; elles font habituellement partie de grandes quantités d'opérations de sorte que les coûts des manquements occasionnels à la sécurité peuvent être acceptés; et elles concernent des systèmes informatiques comparativement sécurisés. Un testateur éventuel peut-il adopter une « signature électronique » qui sera nécessairement uniquement liée à lui une décennie ou deux par après et qui prouvera qu'il a adopté le fichier électronique comme testament sous la forme dans laquelle il existe au moment de son décès?

Si une réponse favorable à la reconnaissance des testaments produits par ordinateur peut être donnée à toutes les questions soulevées ci-dessus, certains des arguments militant contre la reconnaissance des testaments électroniques produits par ordinateur seront écartés mais il serait alors nécessaire que la loi prévoie les conditions minimales à remplir pour atteindre le degré nécessaire de garantie. Cela ne comporterait-il pas un degré de nouvelles formalités ou conditions préalables à la reconnaissance plus onéreuses que les formalités actuelles entourant la rédaction de testaments sur support papier?

Enfin, il reste le revers de la médaille de l'authentification. Si la reconnaissance de testaments produits sur ordinateur sous forme électronique entraîne un risque qu'un fichier non authentique dans l'ordinateur d'une personne soit accepté comme le testament de cette personne, les propriétaires prudents et informés d'ordinateurs se sentiront contraints d'adopter des mesures de sécurité qui ne seraient par ailleurs pas nécessaire, mesures qui ne devraient pas être imposées afin de faciliter l'utilisation de testaments électroniques par des testateurs. Or, si le degré de garantie d'authenticité empêchait nécessairement la reconnaissance de documents non authentiques, aucune difficulté semblable ne se présenterait.

e) Authentification au moyen de la conduite du testateur

Si la loi devait reconnaître les testaments produits par ordinateur sous forme électronique, un testateur pourrait prendre des mesures pour s'associer à un tel testament sous forme électronique. Si le testament se trouve sur une disquette amovible, par exemple, un testateur pourrait la placer dans un coffret de sûreté dans une enveloppe portant la mention « Testament de Jean Tremblay » écrit de sa propre main et, ce qui serait encore mieux, pourrait apposer sa signature sous cette mention. Si aucune autre personne que le testateur n'a accès au coffret de sûreté, cette mesure constituerait une preuve convaincante d'adoption. Toutefois, de nombreux testateurs ne prendraient pas autant soin de créer une situation dans laquelle la falsification serait difficile ou impossible: laisser la disquette amovible dans les documents du testateur n'empêcherait pas la possibilité d'une substitution, et une déclaration par le testateur que son testament se trouve dans l'ordinateur ne garantirait pas que le fichier électronique dans l'ordinateur correspond précisément à ce que le testateur croit être. De plus, si le testament se trouve dans un ordinateur, il y a de nombreux cas où il ne sera pas possible de prouver que nul autre que le testateur n'a eu accès à l'ordinateur. Le passage d'une décennie ou deux risque de faire en sorte qu'il soit davantage difficile de prouver qu'un testament déterminé produit sur ordinateur est celui qui a bel et bien été adopté par le testateur. Les coûts de preuve des testaments produits sur ordinateur sous forme électronique seront vraisemblablement importants et les problèmes de preuve pourraient faire en sorte que les testaments produits sur ordinateur ne soient pas homologués. Par ailleurs, l'absence de garantie vérifiable telle qu'une signature rendra la falsification beaucoup plus facile.

Ainsi, une simple disposition portant qu'un testament ne sera pas privé d'effet juridique uniquement du fait qu'il est sous forme électronique serait susceptible de créer d'importantes difficultés de preuve qui feraient en sorte que certains testaments valables ne soient pas homologués et que certains testaments non autorisés le soient.

La loi pourrait aller plus loin et prévoir certaines mesures qui seraient acceptées comme preuve d'authenticité ou feraient au moins naître une présomption d'authenticité réfragable. Ces exigences devraient être soigneusement rédigées pour procurer la garantie nécessaire, et il est difficile de voir comment le processus qui en résulte pourrait être beaucoup moins onéreux que l'impression d'un testament sur support papier et sa signature aux termes des formalités actuelles.

QUESTION 5

- 1) Existe-t-il un moyen de prouver qu'un présumé testateur a adopté un testament produit sur ordinateur sous forme électronique qui sera au moins aussi fiable que les modes actuels de preuve relatifs aux testaments sur support papier?
- 2) Quel est ce moyen?
- 3) Si ce moyen dépend d'une procédure spécifique ou d'un type de procédure ou d'un état déterminé de perfectionnement technologique
 - la reconnaissance devrait-elle être conditionnelle à cette procédure ou à la preuve de ce perfectionnement?
 - doit-on s'attendre à ce que les testateurs éventuels soient assez informés pour suivre la procédure ou s'assurer du perfectionnement?

f) Présomptions

Une question un peu plus large se soulève au sujet du recours aux présomptions. S'il est jugé souhaitable de faciliter la preuve des testaments électroniques produits sur ordinateur, la loi pourrait prévoir que certains indices donnent lieu à une présomption réfragable selon laquelle le présumé testateur voulait adopter le fichier électronique comme testament. Une présentation électronique du nom du présumé testateur ou une autre façon d'associer le fichier au testateur, par exemple, pourrait faire naître une telle présomption, mais, en l'absence de tout moyen de déterminer que le nom est entré par le présumé testateur ou suivant ses instructions, une telle présomption serait risquée. Sinon, la découverte du fichier électronique en la possession du présumé testateur au moment de son décès, sans plus, pourrait donner lieu à une telle présomption. Cela serait aussi risqué à moins qu'il ne soit prouvé que l'accès à l'ordinateur ou aux locaux du testateur soit limité, comme dans l'exemple du coffret de sûreté.

QUESTION 6

Des présomptions de régularité des testaments électroniques produits sur ordinateur devraient-elles être adoptées? Dans l'affirmative, de quel type devraient-elles être?

g) Autres formalités

La loi pourrait prévoir des formalités d'un autre type que celles qui sont exposées ci-dessus, qui donneraient une garantie raisonnable d'authenticité. Toutefois, il n'est pas facile de voir comment y parvenir.

Le document de décembre 2000 de la Direction des services législatifs du ministère de la Justice du Nouveau-Brunswick, suggère que, si un testament est signé électroniquement par le testateur et les témoins ensemble, il devrait y avoir une solide preuve que le document a été signé comme testament, au moins pour les fins du pouvoir de dispense. Toutefois, il ne me semble pas que suivre la procédure actuelle relative aux témoins pour produire un testament sous forme électronique lui confèrera une garantie d'authenticité suffisante (bien que, comme il est souligné plus loin, j'estime que le pouvoir de dispense devrait s'étendre aux testaments sous forme électronique). Même si les témoins voient un testateur entrer son nom à la fin d'un document électronique, il n'existe pas de fonctions uniques qui peuvent permettre aux témoins d'identifier le document à l'avenir, à moins qu'ils ne le mémorisent. Très souvent, les témoins ne voient pas la teneur d'un testament, et ils ne se rappellent même pas la cérémonie de signature d'un testament des années plus tard sans voir leur propre signature unique. Des témoins pourraient recevoir des copies qui leur permettraient d'identifier le document plus tard, mais cette procédure serait futile si un témoin n'est pas disponible au moment de l'homologation ou si des copies se sont perdues au fil des ans, et un tel rituel serait beaucoup plus onéreux et susceptible d'échec que le rituel actuel.

QUESTION 7

- 1) La loi devrait-elle prévoir des formalités spécifiques pour l'adoption des testaments électroniques produits sur ordinateur?
- 2) Dans l'affirmative, quelles devraient être ces formalités?

5. Administration des testaments produits sur ordinateur

Si la loi reconnaît les testaments électroniques produits sur ordinateur, il faut prévoir leur administration. Un testament vise à effectuer la distribution de la succession du testateur à ceux à qui le testateur choisit de la laisser. Même si certains testaments ne sont pas homologués, de nombreux testaments doivent être homologués à des fins pratiques, et tous les testaments, à quelques exceptions près, devront être communiqués à des tiers sous une forme qu'ils acceptent comme fiable. Un testament qui reste dans un ordinateur ou sur disquette amovible sans être communiqué ne pourra que rarement atteindre son but.

Les pratiques des tribunaux, des greffes et des entreprises exigent des testaments ou des copies authentifiées sur support papier. Il n'y a pas de changements prévisibles en pratique qui reconnaîtraient un testament sous forme électronique dans un ordinateur ou sur une disquette amovible. Inévitablement, un testament électronique devra être imprimé et une certaine forme d'authentification qui satisfera des tiers devra être prévue. S'il y a un avantage à permettre qu'un testament soit conservé sous forme électronique en premier lieu, cet avantage sera contrebalancé par la nécessité de le mettre sur support papier et de prévoir une vérification acceptable.

QUESTION 8

Les testaments produits sur ordinateur sous forme électronique peuvent-ils être administrés sous cette forme? Sinon, quelles mesures peuvent être conçues pour l'administration efficace des testaments sous forme électronique et, dans l'affirmative, quelles devraient être ces mesures?

6. Originaux

Selon la loi actuelle, un testament est un objet matériel unique. Des copies peuvent être tirées et être authentifiées de manière à persuader des tiers d'agir sur la foi de celles-ci. Si le testament est perdu ou détruit dans des circonstances qui démontrent qu'il n'est pas révoqué par la destruction, une copie ou une autre preuve peut être homologuée en Alberta en vertu de la *Surrogate Rule 24* (et je m'attendrais à trouver que d'autres provinces ou territoires ont des dispositions couvrant de tels cas), mais il s'agit d'un cas d'exception.

Si des testaments produits sur ordinateur sous forme électronique doivent être reconnus, il se posera la question de savoir s'il y aura un testament « original » au même sens qu'il y a un testament original sur support papier. Supposons qu'un testament est préparé sous forme électronique sur un ordinateur et adopté dans cette forme. Supposons qu'il est ensuite copié sur une disquette amovible en vue de son stockage. Lequel, si l'un d'entre eux l'est, est maintenant l'« original »? Si le fichier de l'ordinateur est supprimé, le fichier sur la disquette amovible devient-il l'« original »? Si, alors que le fichier électronique dans l'ordinateur 1 constitue l'« original », le testateur copie le testament dans l'ordinateur 2 de manière à pouvoir vendre l'ordinateur 1, le fichier dans l'ordinateur 2 devient-il l'« original »? Selon un raisonnement traditionnel, seul le premier fichier dans l'ordinateur 1 peut être l'original, et toute copie sur disquette amovible ou autre ordinateur doit être une copie. Par ailleurs, il est possible de concevoir le premier fichier comme une entité électronique autonome, qui est simplement déplacée dans un autre ordinateur ou sur une disquette amovible.

L'article 11 de la *Loi uniforme sur le commerce électronique* suggère cette dernière réponse. Elle prévoit qu'une exigence légale portant qu'une personne présente un document sous forme originale (qui est l'effet des lois sur les testaments) est satisfaite par la fourniture d'un fichier électronique s'il existe une garantie fiable quant à l'intégrité de l'information contenue dans le document électronique à compter du moment où celui-ci a été créé dans sa forme définitive, sur support papier ou électronique. Le critère d'évaluation de l'intégrité consiste à savoir si l'information est demeurée complète et intègre à l'exception de l'apport de tous changements qui surviennent dans le cours normal de la communication, de la mise en mémoire et de l'affichage.

Il se peut que la question ne soit pas d'une grande conséquence pratique, et le fait qu'elle se pose ne constitue pas en soi un motif de refus de la reconnaissance des testaments produits sur ordinateur sous forme électronique, mais il s'agit d'une question à régler si les testaments produits sur ordinateur doivent être reconnus. D'une part, le tribunal va probablement vouloir homologuer « le testament » ou « le testament original ». D'autre part, les lois sur les testaments prévoient habituellement qu'un testament peut être révoqué lorsque le testateur « le brûle, le déchire ou le détruit d'une autre manière ». Si l'idée de la révocation par destruction doit être appliquée à des testaments produits sur ordinateur, il sera nécessaire de savoir quelle représentation d'un testament doit être le testament pour les fins de cette disposition, ou si toute représentation suffira. (Il serait aussi clair que la suppression d'un fichier électronique d'un ordinateur ou d'une disquette amovible est visée par l'expression « brûler, déchirer ou détruire d'une autre manière » le testament.)

Bien qu'il soit plus probable qu'une copie d'un testament sur bande vidéo ou audio ne serait considérée que comme une copie, la même discussion s'applique à ces testaments, s'ils doivent être reconnus.

QUESTION 9

1) Si

- les testaments produits sur ordinateur sous forme électronique
- les testaments sur ruban vidéo ou audio

sont reconnus, et si

- un testament produit sur ordinateur est copié ou déplacé sur une disquette amovible ou un autre ordinateur
- un testament sur ruban vidéo ou audio est copié,

alors

- une ou plusieurs représentations électroniques seront-elles considérées comme un « original »?
- le principe de révocation par destruction devrait-il s'appliquer et, dans l'affirmative, à quelles représentations et par quel moyen de destruction?

F. TESTAMENTS SUR BANDE AUDIO ET VIDÉO

1. Testaments sur bande vidéo

La loi actuelle ne reconnaît pas un testament verbal, c'est-à-dire un testament exprimé verbalement par le testateur. Il est peu probable qu'on suggérerait qu'un testament qui doit être prouvé par d'autres personnes serait suffisamment fiable pour justifier la reconnaissance.

Si, toutefois, un testateur devait énoncer ses volontés testamentaires au cours d'une séance enregistrée sur bande vidéo, il y aurait une augmentation considérable de la fiabilité. Normalement, il ne serait pas difficile d'identifier le testateur et il serait habituellement évident que ce dernier voulait exprimer ses intentions testamentaires au moyen de la bande vidéo. La bande vidéo est susceptible de présenter une preuve convaincante de la capacité ou de l'incapacité testamentaire du testateur et, si elle est utilisée prudemment, elle établirait qu'aucune personne pouvant exercer une influence indue sur le testateur n'était présente. La probabilité de falsification semble plutôt mince, particulièrement si la bande vidéo est conservée soigneusement. Si la bande vidéo est entreposée convenablement, la détérioration pourrait être évitée.

Toutefois, il y a peu d'avantages à tirer de la reconnaissance des testaments sur bande vidéo. À l'heure actuelle, un testateur prudent qui veut avoir une preuve visible de sa capacité testamentaire et de l'absence d'influence indue peut faire enregistrer sur bande vidéo la signature du testament sur support papier. Le testateur peut même lire le testament sur la bande vidéo pour fournir une preuve additionnelle que le testament sur support papier est le document qui a été signé, c'est-à-dire que le seul avantage du testament sur bande vidéo serait d'éviter la préparation du document sur support papier. Même cela ne constituerait qu'un avantage temporaire, étant donné qu'il serait nécessaire de transcrire la bande vidéo suivant une certaine procédure encore indéterminée d'homologation afin d'administrer la succession. Les désavantages de l'administration dépassent l'avantage faible et éphémère de ne pas avoir à consigner par écrit les volontés du testateur.

2. Testaments sur bande audio

Les remarques qui précèdent au sujet de la reconnaissance des testaments sur bande vidéo s'appliquent généralement à la reconnaissance des testaments sur bande audio. Toutefois, les avantages d'un testament sur bande audio sont plutôt moins importants que ceux d'un testament sur bande vidéo étant donné que la bande audio fournit moins de preuve au sujet de la capacité testamentaire du testateur et ne réfuterait pas la présence d'une personne qui exerce une influence indue sur le testateur.

QUESTION 10

La loi devrait-elle reconnaître les testaments sur bande vidéo ou audio?

G. DEVRAIT-IL ÊTRE POSSIBLE D'INTÉGRER UN FICHIER ÉLECTRONIQUE DANS UN TESTAMENT ÉCRIT?

En vertu de la loi actuelle, il est possible qu'un testament intègre par renvoi un autre document qui ne fait pas partie du testament. L'exemple le plus courant semble être celui d'un testateur qui, par son testament, laisse des biens qui sont placés en fiducie au moyen d'un autre document. Selon Feeney, *Canadian Law of Wills*, a) l'autre document doit exister au moment où le testament est rédigé, b) l'autre document doit être mentionné dans le testament, et c) le renvoi doit être suffisant pour identifier le document.

Feeney ne cite pas d'autorité directement sur la question de savoir si un fichier électronique peut être intégré dans un testament. Il cite des décisions judiciaires au soutien de la proposition selon laquelle un testament olographe ne peut être intégré dans un autre document qui n'est pas entièrement rédigé de la main du testateur, bien que ces décisions n'aient pas assez d'autorité pour déclarer que la loi sur ce point est établie. Étant donné l'insistance sur l'écriture à la main comme preuve d'authenticité, la proposition qui suit semble être assez raisonnable: si un document qui n'est pas écrit à la main est intégré dans un testament, le testament qui en résulte n'est pas entièrement écrit à la main. Un raisonnement similaire donnerait à croire que lorsque, comme dans le cas d'un testament solennel, une loi exige qu'un testament soit consigné par écrit, il ne peut intégrer un élément qui n'est pas par écrit, parce que le testament qui en résulte ne serait pas entièrement par écrit. Il est aussi extrêmement improbable qu'un tribunal, en vertu de la loi actuelle, jugerait qu'un fichier électronique constitue un « écrit »¹¹. Pour ces motifs, il est peu probable qu'un fichier électronique soit intégré dans un testament en vertu de la loi actuelle.

Serait-il possible d'intégrer un fichier électronique dans un testament? Une intégration spécifique au moyen d'un geste authentique d'un testateur prouverait au moins que le testateur savait qu'il y avait un fichier électronique et prouverait que le testateur avait l'intention d'adopter le fichier électronique, ou au moins d'adopter ce qu'il croyait que le fichier électronique renfermait. Toutefois, il y aurait encore d'importantes questions pour savoir si le fichier électronique qui est alors découvert lorsque le testament prend effet est le fichier électronique mentionné par le testateur et s'il a été modifié de quelque manière que ce soit depuis la date du testament (même si le fichier a été dans un seul ordinateur tout le temps, il y aurait une indication de la dernière modification apportée au fichier). La plupart des autres objections à la reconnaissance d'un testament produit sur ordinateur s'appliqueraient aussi à l'intégration de documents électroniques.

QUESTION 11

La loi devrait-elle permettre l'intégration par renvoi d'un fichier électronique dans un testament qui en soi respecte les formalités?

¹¹ La *Loi uniforme sur le commerce électronique* dit qu'une exigence que l'information soit écrite est remplie par une information sous forme électronique si l'information est accessible de manière à être utilisable pour référence subséquente. Cela ne veut pas dire que l'écrit inclut un fichier électronique, mais simplement qu'un fichier électronique fera l'affaire lorsqu'une loi exige un écrit.

H. LE POUVOIR DE DISPENSE DEVRAIT-IL S'ÉTENDRE À L'HOMOLOGATION D'UN FICHIER ÉLECTRONIQUE?

L'article 19 de la *Uniform Wills Act* confère au tribunal le pouvoir [TRADUCTION] « malgré le non-respect de toutes les formalités de signature » imposées par cette loi, de déclarer opérant un « document » qui est [TRADUCTION] « destiné par le défunt à constituer un testament » et qui [TRADUCTION] « incarne l'intention testamentaire du défunt ». Cinq provinces ont adopté une législation allant dans le même sens. Les organismes de réforme du droit dans deux autres provinces ont recommandé une telle législation. Dans la plupart des cas, le pouvoir de dispense s'applique à [TRADUCTION] « un document ou un écrit sur un document ». La législation de la Saskatchewan s'applique à [TRADUCTION] « un document ou un écrit ». La recommandation de l'Alberta rendrait le pouvoir de dispense applicable à un « écrit ». Le pouvoir de dispense du Québec s'applique à un « testament » sans préciser dans quelle forme le testament doit être établi.

La plupart des dispositions exigent simplement que le tribunal [TRADUCTION] « soit convaincu ». La recommandation de l'Alberta s'appliquerait si le tribunal [TRADUCTION] « est convaincu par une preuve claire et convaincante ». La disposition du Québec s'applique si le testament « contient de façon certaine et non équivoque les dernières volontés du défunt ».

Il est possible qu'un tribunal interprète le mot « document » comme incluant ce que l'on appelle couramment un « document informatique », c'est-à-dire un fichier électronique, et homologue un fichier électronique aux termes des dispositions actuelles sur le pouvoir de dispense qui emploient le mot « document ». Il est même possible qu'un tribunal puisse interpréter le mot « écrit » comme incluant un fichier électronique. Il semble plutôt peu probable qu'un tribunal irait aussi loin, bien que, si le premier cas en est un dans lequel les circonstances sont aussi déterminantes que dans l'affaire *Rioux* mentionnée ci-dessous et si l'intention du testateur est aussi claire qu'elle l'était dans cette affaire, le sens des mots puissent être élargi dans cette mesure. Toutefois, il serait préférable de régler ce point par législation, plutôt que de le laisser à l'interprétation législative à l'avenir.

Le pouvoir de dispense devrait-il permettre à un tribunal d'homologuer un fichier électronique produit sur ordinateur s'il est convaincu, d'après quelque degré de preuve qui est prévu, que le fichier électronique était destiné par le défunt à servir de testament¹²?

L'affaire *Rioux c. Coulombe* (1996) 19 ETR (2d) 201 (C.S.Q.) illustre le recours au pouvoir de dispense pour homologuer un fichier électronique. Dans cette affaire, la testatrice s'est suicidée. Une note retrouvée non loin de son corps donnait des instructions pour trouver une enveloppe qui renfermait une disquette portant la mention « Ceci est mon testament/ Jacqueline de Rioux/1^{er} février 1996 ». La disquette renfermait un fichier électronique qui contenait des dispositions testamentaires. Le fichier a été sauvegardé dans la mémoire de l'ordinateur le même jour et la défunte avait noté dans son journal qu'elle avait fait un

¹² Dans son rapport 84 de 2000, l'Alberta Law Reform Institute a recommandé que le pouvoir de dispense ne s'étende pas aux fichiers électroniques. Il ne s'agit pas d'une recommandation au fond mais l'Institut a plutôt estimé que la question de l'application du pouvoir de dispense aux fichiers électroniques devrait être examinée dans le cadre d'un nouvel examen des formalités dans l'ensemble.

testament sur ordinateur. Comme il a été mentionné ci-dessus, la disposition du Québec s'applique à un « testament » sans préciser de forme dans laquelle le testament doit être établi. L'exercice du pouvoir de dispense en l'espèce semble avoir été entièrement opportun étant donné que, dans ces circonstances inhabituelles, il ne pouvait y avoir de doute raisonnable que le fichier électronique sur la disquette était en fait le testament de la testatrice.

Les faits de l'espèce répondent à la plupart des objections à la reconnaissance des fichiers électroniques comme testaments, telles qu'elles sont énoncées ci-dessus. La testatrice avait laissé des directives signées de sa main. Le fichier électronique se trouvait là où elle avait dit qu'il était. La création du fichier électronique était presque simultanée au décès de la testatrice. L'identification unique du fichier comme geste accompli par la testatrice était claire et il n'y avait que peu ou pas de chance pour quiconque de falsifier le fichier électronique.

Je ne crois pas qu'un fait anecdotique devrait orienter les principes de reconnaissance de tous les testaments électroniques. Toutefois, cette affaire démontre qu'au moins un testateur, pour une certaine raison, a adopté un fichier électronique comme son testament, et il montre aussi qu'il peut y avoir des circonstances, même rares, dans lesquelles il peut être prouvé, de manière aussi concluante que possible, qu'un fichier électronique incarne les intentions testamentaires du testateur. Par conséquent, je crois que l'existence de cette affaire appuie l'extension du pouvoir de dispense aux fichiers tant électroniques qu'écrits.

QUESTION 12

Un tribunal devrait-il, dans l'exercice de son pouvoir de dispense du respect de formalités, être en mesure d'homologuer un fichier électronique et, dans l'affirmative, dans quelles circonstances et sous réserve de quelles mesures de protection?

I. PROCURATIONS

La situation juridique à l'égard des procurations est différente de celle des testaments parce qu'il n'existe pas de loi interdisant les procurations informelles. La seule question soulevée dans le présent document de discussion à l'égard des procurations concerne l'opportunité de les inclure dans la *Loi uniforme sur le commerce électronique*. Si la réponse est négative, la *common law* et les lois énonçant des exigences spécifiques de forme permettent de régler la question des procurations qui seront reconnues en droit.

Les avantages pour le mandant afférents à la préparation et à l'adoption d'une procuration sous forme électronique sont assez semblables à ceux relatifs à la préparation et à l'adoption d'un testament sous forme électronique. Le mandant aura la liberté additionnelle de pouvoir utiliser un autre moyen de communication. Le mandant se verra éviter le fardeau d'impression de la procuration et, si des formalités moins importantes sont acceptées, il se verra éviter le fardeau du respect de formalités de signature, qui sont quelque peu moins onéreuses que les formalités entourant la signature d'un testament solennel.

Contrairement aux testaments, de nombreuses procurations sont destinées à un usage actuel, et les mandants seront encore vivants pour témoigner. Par ailleurs, certaines procurations sont signées afin de pourvoir à l'invalidité future des mandants, de sorte que leur utilisation peut être reportée de quelques années et que les mandants, dans ces circonstances, ne seront pas en mesure de donner une preuve d'authenticité acceptable.

Toutefois, il est difficile de voir pourquoi un mandant voudrait préparer une procuration sous forme électronique. La fonction de base d'une procuration est d'être présentée aux tiers pour les convaincre que le fondé de pouvoir est habilité à modifier les relations juridiques du mandant, c'est-à-dire à conclure des contrats, à verser de l'argent et à aliéner des biens. Par conséquent, une procuration doit être établie sous une forme qui persuadera des tiers de son authenticité. Mais il n'en est pas ainsi d'un fichier électronique. Les tiers ne sont pas susceptibles de vouloir se fier à un fichier qui n'est pas lié au mandant au moyen d'une signature et ils ne sont pas susceptibles de vouloir se fier à un fichier qu'ils ne peuvent consulter que sur un ordinateur donné, ou sur une disquette, un ruban vidéo ou audio. Ils sont susceptibles de vouloir soit un original soit une copie papier authentifiée au moyen d'une signature et une telle exigence éliminera les avantages, quels qu'ils soient, d'éviter ainsi la création d'un document sur support papier. Par conséquent, la création d'une procuration sous forme électronique est peu susceptible d'atteindre l'objectif pour lequel la procuration est adoptée, au moins tant qu'elle n'est pas consignée d'une manière acceptable sur support papier.

QUESTION 13

La *Loi uniforme sur le commerce électronique* devrait-elle être modifiée de manière à reconnaître les procurations qui ont été adoptées sous forme électronique?