

Du témoin à l'écrit ; du papier à l'électronique : la notion de faux en toile de fond

François Senécal*

INTRODUCTION	163
1. L’AFFIRMATION DE L’ÉCRIT	164
1.1 Développement d’un rapport de confiance envers l’écrit	164
1.1.1 Répression du faux en écriture	164
1.1.2 Développement d’une expertise documentaire ...	167
1.2 Nécessité de l’écrit.	170
1.2.1 Délaissement progressif de l’oralité.	171
1.2.2 Renversement de la hiérarchie des moyens de preuve.	172
2. L’INTÉGRATION DE L’ÉCRIT ÉLECTRONIQUE	174
2.1 La fragmentation de l’original	174
2.1.1 L’exemple de la micrographie.	176

© François Senécal, 2014.

* Avocat au sein de l’équipe Gestion de l’information et administration de la preuve électronique chez KPMG srl/SENCRIL. Ce texte reprend certains développements de son mémoire de maîtrise, *L’écrit électronique*, publié aux Éditions Yvon Blais en 2012. L’auteur désire remercier M^{mes} Vanessa Girard et Adriane Porcin pour leurs commentaires et corrections. Toute lacune du texte lui demeure néanmoins attribuable.

2.1.2 La documentation du cycle de vie des documents électroniques	179
2.2 Les règles de preuve et de procédure et la gestion juridique du risque de faux.	183
CONCLUSION.	188

« Si les matières dont parle cette Ordonnance, étoient aussi fréquentes que celles de l'Ordonnance de 1667, qui a aussi paru dans les commencements difficile à exécuter, on la comprendroit plus facilement, & on la trouveroit plus claire ; c'est le sort de toutes les Loix nouvelles, qui ne sont sainement entendues que par une pratique fréquente »¹.

INTRODUCTION²

Deux moments charnières marquent l'histoire de la preuve par écrit. Le premier est le renversement de la hiérarchie des moyens de preuve et la prééminence de la preuve écrite sur le témoignage. Le second est la reconnaissance de l'écrit électronique et de son équivalence avec l'écrit sur support papier.

La première partie de ce texte opère un retour en arrière de quelques siècles, à l'époque où l'écrit sur support papier en était à ses balbutiements. En effet, si l'écrit et la foi que nous lui portons nous sont naturels, il n'en a pas toujours été ainsi. Le recours à une perspective historique nous montre que les conditions de l'affirmation de l'écrit ne sont pas étrangères à nos préoccupations actuelles découlant de l'intégration dans notre droit de l'écrit électronique. À la crainte du faux d'alors se substitue aujourd'hui une incertitude quant à la façon de démontrer qu'un document électronique n'est *pas* un faux – qu'il est intègre – ou encore dans la façon de contester un document qui nous paraît douteux.

Si le jeu de mots nous est permis, penser en fonction du faux n'est pas, en soi, original. Néanmoins, l'exercice aide à souligner les objectifs des règles de preuve et de les considérer dans une optique de gestion du risque de faux – la finalité du procès étant, après tout, d'établir la vérité et de la qualifier en droit.

-
1. François SERPILLON, *Code du faux, ou commentaire sur l'ordonnance du mois de juillet 1737* (Lyon, Gabriel Regnault, 1774), p. xiv, en ligne : <<http://books.google.com/books?id=vbYWAAAAQAAJ>> (accédé le 31 octobre 2013).
 2. Article préparé pour une conférence donnée pour les 30 ans du Centre de recherche informatique et droit (CRID) à Namur en 2010.

1. L’AFFIRMATION DE L’ÉCRIT

Au sortir du Moyen Âge, un ensemble de circonstances sociales, juridiques, technologiques et même politiques a coïncidé et fait en sorte que l’écrit soit considéré comme le moyen de répondre aux besoins particuliers de la société. Il fallait cependant, pour cela, créer un rapport de confiance envers ce nouveau mode de communication. Les nouvelles connaissances sur l’écrit, visant à déceler ses faux et compliquer la tâche du faussaire, de même que la sévère répression de ses agissements, ont contribué à cette confiance. L’affirmation de l’écrit s’est finalement traduite, au plan probatoire, par le renversement de l’adage « témoins passent lettres » : désormais, l’écrit prime et devient le moyen de preuve privilégié. Il suivait en cela les besoins d’une société de plus en plus complexe qui avait atteint à certains égards les limites de l’oralité.

1.1 Développement d’un rapport de confiance envers l’écrit

Au sein d’une population généralement analphabète, il ne va pas de soi que les mots d’un parchemin émanent du Roi et représentent sa volonté. Il convient ainsi d’établir en quoi et comment l’écrit est devenu une alternative crédible à l’oral. La répression du faux en écriture, perçu comme un parasite dans un système commençant à utiliser l’écrit, permet de diminuer sa nuisance et le doute qu’il crée envers les documents écrits. Le développement de méthodes permettant de déceler le faux et une meilleure compréhension des techniques documentaires contribueront aussi à cette confiance.

1.1.1 Répression du faux en écriture

L’écriture se définit généralement comme la fixation d’un message sur un support par un système de traces. Elle permet de figer la communication et d’ainsi la libérer d’une portée spatiale et temporelle limitée généralement associée à l’oralité³. Les documents ainsi produits sont donc davantage pérennes et peuvent voyager sur une grande distance sans distorsion du message. Il devient alors possible d’étendre une zone d’influence, de pouvoir. En outre, l’utilisation grandissante de l’écrit s’accompagne et répond à la réalité juridique d’une société de plus en plus complexe. Qu’il s’agisse d’écritures publiques ou privées, l’écrit participe d’une lente construction que menace le faux.

3. Montesquieu affirmait d’ailleurs que « []es écrits contiennent quelque chose de plus permanent que les paroles » : *De l’esprit des lois*, XII, 13 (1748).

L'organisation d'un pouvoir centralisé sur un territoire plus ou moins grand suppose le recours à des voies de communication efficaces et l'écriture se révèle un outil très puissant à cet égard. Un souverain peut ainsi avoir une présence « virtuelle » par le truchement d'un document octroyant des pouvoirs à un représentant. Au plan de l'administration des collectivités, l'écrit joue aussi un rôle fondamental. Michel Serres affirme d'ailleurs que « [l']organisation des villes devient possible grâce à l'écriture d'un droit écrit stable (code d'Hammurabi) et mène à l'invention de l'Etat »⁴. Bref, que « notre civilisation est la fille directe de l'écriture »⁵.

Il n'est donc pas surprenant de voir dans le faux une menace à l'État. Au XIV^e siècle, l'État français se construit et se centralise autour du pouvoir royal, reposant pour ce faire sur une utilisation toujours croissante de l'écrit⁶. La contrefaçon du sceau ou d'autres documents royaux était alors considérée un crime de lèse-majesté⁷. De façon générale, le faux était un crime sévèrement puni. Bien que la majorité des peines n'atteignent pas une telle ampleur, les faussaires – surtout ceux qui touchaient aux pouvoirs du roi – risquaient des peines infâmant, voire la pendaison. L'exposition du faussaire (sceau d'infamie, couronne de fausses lettres) servait à la fois à « renforcer

4. Michel SERRES, « Les nouvelles technologies : révolution culturelle et cognitive », Conférence à l'INRIA, Lille, 11 décembre 2007, p. 2, en ligne : <https://interstices.info/jcms/c_33030/les-nouvelles-technologies-revolution-culturelle-et-cognitive> (accédé le 31 octobre 2013).

5. *Ibid.* Pierre Lévy expose ainsi cette relation entre le pouvoir et l'écriture : « Redoublant l'inscription urbaine, l'écriture pérennise sur le granit des sanctuaires ou le marbre des stèles les paroles des prêtres et des rois, leurs lois, les récits de leurs hauts faits, les exploits de leurs dieux. La pierre parle toujours, inaltérable, répétant inlassablement la loi ou le récit, reprenant *textuellement* les paroles inscrites, comme si le roi ou le prêtre était là en personne et à jamais.

Au moyen de l'écriture, le pouvoir étatique commande aux signes comme aux hommes, en les fixant dans une fonction, en les assignant à un territoire, en les ordonnant sur une surface unifiée. Par les annales, les archives administratives, les lois, les règlements et les comptes, l'État tente à tout prix de geler, programmer, endiguer ou engranger son avenir et son passé. [...] L'écriture sert à la gestion des grands domaines agricoles et à l'organisation de la corvée et des impôts. » ; Pierre LÉVY, *Les technologies de l'intelligence – L'avenir de la pensée à l'ère informatique* (Paris, La Découverte, 1990), p. 99-100 (en italique dans le texte).

6. Kouky FIANU, « Le faussaire exposé : L'État et l'écrit dans la France du XIV^e siècle », dans Claude GAUVARD et Robert JACOB (dir.), *Les rites de la justice : gestes et rituels judiciaires au Moyen Âge* (Paris, Léopard d'or, 2000), p. 125, à la p. 125.

7. Kouky FIANU, « Détecter et prouver la *fausseté* au Parlement de Paris à la fin du Moyen Âge », dans Kouky FIANU et DeLloyd J. GUTH, *Écrit et pouvoir dans les chancelleries médiévales : Espace français, espace anglais*, Acte du colloque international de Montréal (7-9 septembre 1995) (Fédération Internationale des Instituts d'études médiévales, Louvain-La-Neuve, 1997), p. 293, à la p. 294.

l'autorité royale aux yeux de tous »⁸ et à dissuader la population de falsifier des documents.

La falsification menaçait l'État en devenir, mais plus encore, allait à l'encontre du développement de la société dans son ensemble :

la dénonciation du faussaire correspondait aux exigences d'une population qui, même si elle restait majoritairement illettrée, avait de plus en plus recours à l'écrit. L'État chargé de veiller à la chose publique et au bien commun ne pouvait ignorer les perturbations qu'engendrait le faussaire.⁹

Bien tôt, il est apparu que le faux constituait non seulement une menace envers l'État, mais aussi envers la sécurité des relations juridiques entre particuliers et le commerce en général :

Initialement, le crime de fabrication d'un document contrefait (forgery) n'était qu'une facette du délit de trahison. Il ne visait donc que les documents de nature publique à caractère officiel. Il n'était donc aucunement question de l'intention de causer un préjudice à autrui. Au 18^e siècle, on a voulu sanctionner le préjudice causé à l'aide d'un document contrefait de nature privée.¹⁰

Alors que des relations juridiques sécuritaires nécessitent de pouvoir raisonnablement se fier aux documents présentés dans le cours de relations contractuelles, la criminalisation du faux en écritures privées vient répondre au risque que pose le faussaire. Cette répression visait à protéger des intérêts qui, comme l'État, se développaient en recourant toujours plus à l'écrit. La répression du faux privé ne procède donc pas des mêmes fondements que pour le faux en écritures publiques.

Parce que le faux venait miner la confiance naissante envers les documents écrits, les institutions dont la crédibilité en dépendait

8. FIANU, précité, note 6, p. 138.

9. *Ibid.*, p. 143-144. Georges Tessier dira que « [des] sources d'informations, il en est une dont l'abondance et la qualité attirent immédiatement les regards, ce sont tous les écrits où s'expriment les rapports juridiques de l'homme vivant en société, où se manifestent chez un souverain le besoin et le souci de notifier ses décisions et d'en assurer l'exécution, de ménager la preuve de ses droits politiques ou domaniaux, de définir sa situation à l'égard des États voisins, chez un particulier le légitime désir de donner aux relations d'affaires qu'il noue avec ses semblables le maximum de sécurité et d'efficacité. » ; Georges TESSIER, *La diplomatie*, 3^e éd. (Paris, PUF, 1966), p. 9.

10. Jean-Claude HÉBERT, « L'intention requise en matière d'emploi d'un document contrefait », (1988) 48:1 *Revue du Barreau* 107, 109 et 110 (références omises).

y voyaient une menace directe. Comment, en effet, donner foi à un document – et à ceux qui s'en prévalent – lorsque l'authenticité de celui-ci est douteuse ou incertaine ? La répression de cette forme de parasitisme était donc devenue nécessaire et elle répondait à un besoin de sécurité de la part des principaux utilisateurs de documents écrits. La répression du faux augmente le coût pour les faussaires, diminuant l'opportunité pour eux d'y recourir et limitant d'autant l'incidence du problème. Par conséquent, elle participe une confiance grandissante envers l'écrit.

1.1.2 Développement d'une expertise documentaire

En amont comme en aval, le développement d'expertises relatives à l'écrit contribue aussi à cette confiance. Dans un premier cas, la diplomatique et l'expertise en écriture agissent au niveau de la détection du faux. Dans un second, des améliorations dans la gestion documentaire touchent à sa prévention. L'organisation de ces champs de connaissances et la mise en application de celles-ci amoindrissent la marge de manœuvre du faussaire.

Certains jalons méritent mention. Ainsi, en 1570, Charles IX institue la *Corporation des maîtres-écrivains*¹¹. Celle-ci avait pour objectif de contrer les faussaires en développant l'expertise dans le domaine de la vérification d'écritures¹². Cent ans plus tard, en 1681, le moine bénédictin Jean Mabillon publie le premier traité de *diplomatique*¹³. Enfin, en 1774, alors que l'encadrement juridique du faux avait fait l'objet d'ordonnances royales plus précises, François Serpillon publie le *Code du faux*¹⁴, ouvrage détaillant notamment comment s'opère la contestation des écrits et la procédure d'expertise.

La diplomatique est une discipline étudiant l'authenticité des écrits, généralement anciens. Elle tire son origine du constat selon

11. Ferdinand BUISSON (dir.), *Nouveau dictionnaire de pédagogie et d'instruction primaire*, 2^e éd. (Paris, Hachette, 1911), v^o « Maîtres écrivains », en ligne : <<http://www.inrp.fr/edition-electronique/lodel/dictionnaire-ferdinand-buisson/document.php?id=3106>> (accédé le 31 octobre 2013).
12. Voir aussi, sur la « Communauté de Maîtres, Experts & Jurés Écrivains », *Le Grand Vocabulaire François*, t. 8 (Paris, C. Panckoucke Libraire, 1769), p. 570-571, v^o « Écrivain », en ligne : <<http://books.google.com/books?id=B3QGAAAAQAAJ>> (accédé le 31 octobre 2013).
13. L'ouvrage *De re diplomatica* « instaurait une méthode d'enquête sur les pièces d'archives, décrivait les caractères des actes présumés sincères à travers les siècles du Moyen Âge, fondait une méthode d'investigation et d'analyse et posait des règles de critique pour le discernement des actes faux » ; TESSIER, précité, note 9, p. 11.
14. Précité, note 1.

lequel de très nombreux documents tirés des chartriers et des chancelleries sont, en fait, des faux¹⁵. Si l'étude de ces documents est d'intérêt pour l'histoire, la diplomatie relevait à l'époque de préoccupations pratiques et juridiques cruciales. Elle fonde son analyse sur la forme des documents. Plus précisément, elle considère que

l'efficacité juridique ne peut être conférée à l'écrit que s'il se présente sous un certain aspect, variable avec le temps et avec l'objet. Cet aspect, cette structure, c'est ce que les diplomates appellent la forme, entendant par là non seulement les contours extérieurs, les dispositions matérielles, l'apparence sensible, mais aussi l'ordonnance interne du discours, l'ensemble des caractères externes et internes d'un acte quelconque.¹⁶

Ainsi, un document présentant des caractéristiques s'écartant des pratiques rédactionnelles du lieu et de l'époque entraînera nécessairement une suspicion à son égard. Une distinction est faite entre les caractères « externes » et « internes » des documents :

Nous entendons par caractères intrinsèques [...] ceux qui sont inhérents à chaque acte, qui en sont inséparables, qui s'y retrouvent toujours, sous quelque forme qu'il se reproduise, et qui par conséquent ne sont pas moins propres aux copies qu'aux originaux. *Au contraire les caractères extrinsèques sont tellement attachés à ces derniers qu'ils ne passent jamais aux copies.* Si quelques-uns d'entr'eux semblent s'y montrer, c'est toujours d'une façon imparfaite et qui le met beaucoup au-dessous des originaux.¹⁷

Les caractères internes regroupent la langue et les règles de rédaction des actes. Dans le premier cas, il s'agit de considérations d'ordre philologique. La langue ne cessant d'évoluer et comportant à l'occasion d'importantes disparités régionales, certains indices peuvent en être tirés quant à la véracité de l'acte. Dans le second cas, il s'agit d'étudier le texte de l'acte et le protocole qui l'encadre¹⁸.

Les caractères externes sont ceux qui s'imposent à première vue. Principalement, il s'agira du sceau, des signatures et de l'écriture elle-même. Ainsi, le sceau devra être approprié à l'acte sur lequel il est

15. TESSIER, précité, note 9, p. 9-11.

16. *Ibid.*, p. 13.

17. René PROSPER TASSIN et Charles François TOUSTAIN, *Nouveau traité de diplomatie*, t. 1 (Paris, Guillaume Desprez éditeur et Pierre-Guillaume Cavelier libraire, 1750), p. 442, en ligne : <<http://books.google.com/books?id=b2zPAAAAMAAJ>> (accédé le 31 octobre 2013), cité dans TESSIER, précité, note 9, p. 30-31.

18. Voir généralement TESSIER, précité, note 9, p. 30 à 52.

apposé et émaner d'une autorité reconnue¹⁹ – l'authenticité d'un acte étant fonction de la reconnaissance de l'autorité de laquelle il prétend émaner²⁰. Une signature pourra certes faire l'objet d'une comparaison si elle est déniée, mais un acte pourra aussi être contesté s'il n'a pas été signé par les bonnes personnes ou dans les formes prescrites²¹. Enfin, les caractères relatifs à l'écriture sont les indices laissés par les grattages, ratures et ajouts de texte, par les encres ou l'utilisation d'un support qui n'est pas approprié à l'acte, mais aussi par la calligraphie utilisée²². Ces traits relevant de la matérialité de l'acte bien plus que de son intellectualité, il n'est guère étonnant que les spécialistes en écritures préfèrent travailler sur les documents originaux²³.

Ces « caractères externes » font par exemple aujourd'hui l'objet de prescriptions précises concernant la rédaction des actes notariés et relèvent de la même logique d'organisation matérielle des documents. Ainsi, la *Loi sur le notariat*²⁴ québécoise prévoit notamment l'absence de tout blanc ou intervalle « qui ne soit marqué d'un trait »²⁵, l'absence de surcharge, interligne, mot ajouté, renvoi ou sous-renvoi (ces derniers devant être faits en marge ou à la fin de l'acte, comptés et paraphés) et les ratures doivent être faites « de manière à ce que les mots, les lettres et les chiffres raturés puissent être comptés »²⁶. Par ces règles, l'altération de l'acte après sa confection est rendue plus difficile et sa mise en évidence rend immédiatement douteuse une altération subreptice ne respectant pas les formes requises.

Outre l'encadrement du document comme tel, la loi dispose aussi de la numérotation des minutes – elles doivent être numérotées consécutivement à partir de un²⁷. Il ne s'agit pas ici de caractéristiques propres à un *document* mais bien de *gestion documentaire*. Cet aspect de la « sécurité documentaire » fait aussi l'objet de développements au Moyen Âge. En effet, « [l]'une des principales causes, maintes fois soulignée par les historiens, de la prolifération d'actes douteux est le manque d'organisation des chancelleries »²⁸. Ainsi, la copie d'actes

19. FIANU, précité, note 7, p. 300. Dans le contexte des signatures électroniques, voir François SENÉCAL, « Chronique – La signature électronique en trois propositions », (2012) 2 *Technologies de l'information En bref*, 2, p. 6.

20. TESSIER, précité, note 9, p. 37.

21. FIANU, précité, note 7, p. 302-303.

22. *Ibid.*, p. 303-305.

23. Voir par exemple Alain BUQUET, *L'expertise des écritures et des documents contestés* (Paris, CNRS, 2001).

24. L.R.Q., c. N-3.

25. *Ibid.*, art. 45.

26. *Ibid.*, art. 48-49.

27. L'article 37 de la *Loi sur le notariat* encadre strictement toute erreur dans la numérotation des minutes, afin que celle-ci ne comporte aucune faille.

28. FIANU, précité, note 7, p. 296.

dans des registres – et l’organisation de ceux-ci afin de retrouver les actes originaux, permet la comparaison (dite « collation ») de deux actes et de détecter les altérations :

[L]a constitution d’archives aux fins de vérifications et de contrôle est une entreprise tardive, mise en place au XIV^e siècle. Quant aux recueils de lettres qui définissent les normes de rédaction de la chancellerie, ils ne firent leur apparition que dans la seconde moitié du XIV^e siècle. Aussi, en l’absence de textes codifiant les pratiques notariales, seule l’expérience guidait la main des clercs de chancellerie, entraînant des usages multiples, une situation dont le faussaire tirait profit.²⁹

Les registres les mieux tenus pouvaient aussi comprendre une description matérielle des documents, qui pouvait, par exemple, contenir « deux peaux de parchemin, signé et subscript par cinq tabellions publics »³⁰. Il s’agit d’informations sur les documents, propres à les décrire et les identifier – ce sont, à n’en point douter, des *métadonnées*.

L’écrit permet de fonder sa conduite présente et future sur une base stable. Il permet un retour dans le passé, au moment de la conclusion d’une entente, afin d’établir des prétentions advenant un litige. Cette projection dans le temps, reposant sur l’écrit, y trouve aussi sa faiblesse. L’incident que constitue le faux mine la confiance nécessaire à cette projection. Ainsi, qu’il s’agisse de la confection d’un faux document ou de l’altération d’un document préexistant, la prévention, la capacité à le détecter et la répression du faux participent directement d’une confiance grandissante à l’égard de ce médium. Puisque le vrai et le faux sont condamnés à coexister, il s’agit, en quelque sorte, d’éléments de gestion du risque de faux. En diminuant l’incidence des faux, la capacité à se fier à ce qui est présenté comme vrai – composante de la sécurité juridique, grandit.

1.2 Nécessité de l’écrit

Face à un médium de mieux en mieux maîtrisé devenu vecteur de changement, l’oralité s’est fait surclasser à plusieurs égards. Notamment, l’écrit était mieux adapté à – et permettait – des relations juridiques plus évoluées. Cette reconnaissance d’une meilleure adéquation de l’écrit aux exigences juridiques et sociales aboutit

29. *Ibid.*, p. 294 (référence omise).

30. *Ibid.*, p. 297.

finalement au renversement de la hiérarchie des moyens de preuve : l'adage « témoins passent lettres » s'inversait.

1.2.1 Délaissement progressif de l'oralité

Outre les remarques faites à l'encontre de la fiabilité du témoignage comme moyen de preuve³¹, le délaissement de l'oralité est principalement dû à un cadre social qui, se développant de concert avec les nouvelles opportunités que lui offrait l'écrit, a inévitablement vu ses exigences mieux rencontrées par les caractéristiques de l'écrit.

Ainsi, le témoignage ne saurait rendre compte adéquatement de la complexité toujours grandissante des actes juridiques :

Par nature, le témoignage est une preuve très incertaine. Cette incertitude est particulièrement grave lorsqu'il s'agit de constater une obligation juridique complexe : dans le souvenir des témoins, les détails se perdent et se déforment. Au-delà d'une certaine valeur, les relations juridiques sont généralement compliquées. De plus, il est rare que la preuve d'un acte juridique doive être rapportée aussitôt après sa conclusion : un délai plus ou moins long séparerait donc, la plupart du temps, les constatations faites par le témoin du moment où il ferait sa déposition, ce qui amenuiserait encore le crédit de son témoignage.³²

À l'opposé, l'écrit propose trois avantages³³. D'abord, il s'agit d'un mode de communication plus efficace dans le cadre de relations juridiques : les écrits sont des « documents dont les auteurs ont pu faire l'expression fidèle et nuancée de leur volonté, qui sont susceptibles de relecture posée et réfléchie »³⁴. Ensuite, ces documents sont établis antérieurement à l'acte juridique (d'où l'expression « preuve préconstituée »), c'est-à-dire « à une époque où [en principe] aucune des parties n'a intérêt à forcer ou à déformer la preuve en vue de

31. Rabelais ne parlait-il d'ailleurs pas du « métier de témoignerie » et de son école, tenue par Ouy-Dire ? François RABELAIS, *Pantagruel*, Livre V, chapitre XXX (1562).

32. Gilles GOUBEUX et Philippe BIHR, *Répertoire de droit civil Dalloz*, n° 1184, v° « Preuve », cité dans Dominique MOUGENOT, *Droit des obligations – La preuve*, 3^e éd. (Bruxelles, Larcier, 2002), p. 275.

33. MOUGENOT, précité, note 32, p. 108.

34. *Ibid.* À cet effet, il est avancé que « [w]riting establishes in the text a “line” of continuity outside the mind », permettant au lecteur de se concentrer sur le contenu de la communication : Walter J. ONG, *Orality and Literacy: The Technologizing of the World* (Londres, Methuen, 1982), p. 33-34, cité dans Chad M. OLDFATHER, « Writing, Cognition, and the Nature of the Judicial Function », (2008) 96 *The Georgetown Law Journal* 1283, 1304.

s'assurer le bénéfice d'un litige qui n'est pas encore né »³⁵. Enfin, « la valeur probatoire de l'écrit ne diminue pas avec le temps »³⁶ ; on reconnaît alors « l'utilité de preuves qui échappent [aux] chances de corruption, d'erreur ou de mortalité, qui rendent si dangereux l'emploi de la preuve testimoniale »³⁷.

Dès lors, l'écrit pouvait prétendre à une supériorité sur l'oralité. Mieux adapté à une société de plus en plus complexe et organisée, dont les opérations juridiques sont plus longues dans le temps, affranchi de la faillibilité de la mémoire humaine, il a pu acquérir la confiance de ceux qui devaient l'utiliser en les rassurant sur ses qualités. En plus du climat de confiance qui s'était développé envers celui-ci, le médium écrit démontrait une meilleure adaptation à la société de l'époque et à ses besoins. En conséquence, s'est produit un délaissement progressif de l'oralité et du témoignage en faveur de l'écriture.

1.2.2 Renversement de la hiérarchie des moyens de preuve

L'abandon de l'oralité se concrétise dans le changement opéré par l'*Ordonnance de Moulins*³⁸, en 1566. Les actes juridiques les plus importants (au-delà de 100 livres) devront être prouvés par écrit. Cette mesure cristallise la position de l'écrit comme médium dominant.

Il faut toutefois tempérer l'importance pratique du changement opéré par l'*Ordonnance de Moulins*. D'une part, le montant « était considérable et laissait d'assez nombreuses contestations dans le régime de liberté des preuves »³⁹ ; mais d'autre part – et surtout, l'écrit utilisé devait être *notarié*. L'écrit est donc produit en la présence du témoin instrumentaire qu'est le notaire. L'acte est, de plus, reçu avec certaines formalités matérielles qui rendent plus aisée la confirmation

35. Pol GLINEUR, *Droit et éthique de l'informatique* (Bruxelles, E. Story-Scientia, 1991), n° 239, p. 147.

36. MOUGENOT, précité, note 32, p. 108 (italiques originales omises).

37. Édouard BONNIER, *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, 2^e éd. (Paris, Auguste Durand, 1852), p. 393. Nous ne saurions dire avec certitude dans quel sens nous devons entendre le mot « corruption », mais cela semble concerner tant la dégradation naturelle de la qualité de la mémoire que l'altération « active » ou de mauvaise foi de celle-ci.

38. *Ordonnance sur la réforme de la justice* (dite « Ordonnance de Moulins »), 1566, art. 54, dans François-André ISAMBERT, François DECRUSY et Alphonse Honoré TAILLANDIER, *Recueil général des anciennes lois françaises*, t. 14, (Paris, Belin-Leprieur, 1829), p. 189, en ligne : <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k517005>> (accédé le 31 octobre 2013 ; nos italiques).

39. MOUGENOT, précité, note 32, p. 112.

de son authenticité, ou, selon, la détection du faux. On semble donc *apprivoiser* l'écrit.

Si les actes non authentiques étaient encore suspects à l'époque de l'*Ordonnance de Moulins*, c'est que, comme nous l'avons vu, le médium écrit n'inspirait encore qu'une confiance modérée, bien que croissante⁴⁰. Il faudra attendre l'*Ordonnance de Saint-Germain-en-Laye* de 1667 pour libéraliser un peu la preuve devant être écrite. Dorénavant, les contrats visés devront être « passés [...] par-devant notaires, ou sous signature privée »⁴¹. Cette dernière alternative n'existait pas dans l'*Ordonnance de Moulins*. On peut y voir la marque d'une confiance toujours grandissante en faveur de l'écrit.

Dans son rapport au faux, la préférence de l'écrit par rapport au témoignage pourrait s'expliquer ainsi :

[i]n requiring a contract to be evidenced in writing, [the Statute of Frauds] removes the possibility of a court being persuaded on the basis of perjured oral evidence that a contract was entered into when in fact there was no contract. A party is arguably less likely to attempt forgery than to attempt perjury, and forged evidence is more readily attacked.⁴²

Requérir le formalisme écrit, c'est souligner la faiblesse de l'oralité à certains égards, notamment quant à la distinction du vrai et du faux. C'est aussi convenir, comme mentionné à l'article 53 de l'*Ordonnance de Moulins*, que la preuve testimoniale entraîne une « multiplication de faits [...], sujets à preuve de témoins, et reproche d'iceux, [et] dont adviennent plusieurs inconvénients et involutions de procès ». Procéduralement, l'écrit venait d'établir sa supériorité.

40. Dominique Mougenot note que c'est « au XVI^e siècle, à un moment où l'écriture est suffisamment généralisée, que l'on abandonne l'ancienne règle « témoins passent lettres » pour adopter le système contraire. Les historiens du droit font observer qu'à une époque où peu de gens étaient capable de signer, il était aisé de falsifier un écrit de telle manière que les actes non authentiques étaient aussi suspects que les témoignages. On peut comprendre l'ancienne opinion selon laquelle le témoignage des vivants était plus digne de foi que le témoignage mort de l'écrit. » : MOUGENOT, précité, note 32, p. 107.

41. *Ordonnance civile touchant la réformation de la justice* (dite « Ordonnance de Saint-Germain-en-Laye »), 1667, Titre XX « Des faits qui gisent en preuve vocale ou littérale », art. 2, dans ISAMBERT, DECRUSY et TAILLANDIER, *Recueil général des anciennes lois françaises*, t. 18 (Paris, Belin-Leprieur, 1829), p. 137, en ligne : <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k51704j>> (accédé le 31 octobre 2013 ; nos italiques).

42. Máire NÍ SHÚILLEABHÁIN, « Formalities of Contracting: a Costbenefit Analysis of Requirements that Contracts Be Evidenced in Writing », (2005) 27 *Dublin University Law Journal* 113, 115 (référence omise).

La confiance en l'écrit, inspirée par la répression du faux et le développement de connaissances expertes, mais aussi parce qu'il était plus à même de répondre aux besoins d'une société en pleine évolution, justifie et participe de l'affirmation de l'écrit dans la hiérarchisation des moyens de preuve en droit civil. Parce que – une fois la technique maîtrisée – l'écrit permettait un meilleur rapport à la vérité (dans le temps, mais aussi dans l'expression de l'intention des parties), il était normal que soit consacrée sa supériorité dans la hiérarchie des moyens de preuve. Cette situation prévaut encore aujourd'hui.

2. L'INTÉGRATION DE L'ÉCRIT ÉLECTRONIQUE

Il convient maintenant d'étudier les changements que l'écrit électronique a apportés tant dans la façon de concevoir la preuve documentaire que dans l'application des dispositions législatives qui y sont relatives⁴³. Dans le premier cas, les qualités, les fonctions de l'original, auparavant réunies dans un même document, se fractionneront ; dans le second, c'est dans les dispositions du droit de la preuve et dans la procédure que se mettent en place les éléments de la gestion du risque de faux.

2.1 La fragmentation de l'original

Face à la réalité de documents originaux sur support électronique et à la nécessité de leur donner une existence juridique, « une acception nouvelle de l'originalité »⁴⁴ doit être établie⁴⁵. André Prüm pose que, classiquement, l'original d'un acte est celui conservé sur son support initial, alors que la copie est le résultat d'un transfert⁴⁶. Ainsi, à partir de la « vision classique » d'une définition encrée dans la matérialité du papier, un changement de conception est venu redéfinir l'original selon la finalité réelle que l'on lui prête : « l'assurance que le contenu de l'acte signé n'a subi aucune altération depuis son origine »⁴⁷. Il devient donc évident que l'original n'est pas requis pour

43. Voir, de façon générale, Vincent GAUTRAIS et Patrick GINGRAS, *La preuve des documents technologiques*, Congrès du Barreau, 2012, en ligne : <http://www.caij.qc.ca/doctrine/congres_du_barreau/2012/17075/index.html> (accédé le 31 octobre 2013).

44. André PRÜM, « L'acte sous seing privé électronique : Réflexions sur une démarche de reconnaissance », dans *Mélanges Michel Cabrillac* (Paris, Litec, 1999), p. 255, à la p. 266.

45. Pour une étude approfondie de la notion d'original électronique, voir Gilles DE SAINT-EXUPÉRY, *Le document technologique original dans le droit de la preuve au Québec*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2012.

46. Précité, note 44, p. 266.

47. *Ibid.*

le support originel, mais bien parce que celui-ci constitue la passerelle privilégiée⁴⁸ vers la conclusion juridique que le contenu du document n'a pas été altéré. Partant, la non-altération peut être établie par d'autres moyens que la conservation et la présentation du support originel d'un acte. L'intégrité fera l'objet d'une preuve distincte et ne sera plus présumée de la présentation du document sur son support d'origine. Cette fonction d'intégrité, devenue intrinsèque à l'écrit papier, s'en dissocie avec le passage à l'électronique :

Le constat de la disparition ou de l'éclatement des diverses fonctions probatoires réunies dans l'original conduit à s'interroger d'abord sur l'existence de substituts techniques. [...] [I]l n'y a pas d'obstacle majeur [...] à imaginer des parades techniques à chacune des infirmités du document électronique.⁴⁹

Ainsi, l'écrit papier se caractérise par une unité de lieu et de temps et sa conservation est statique. Le document, en lui-même, contient tous les indices relatifs à son intégrité – d'où l'obligation de produire l'original au tribunal. Parce qu'il porte en lui ses « caractères externes », l'original est le meilleur moyen de détection du faux : une atteinte à l'intellectualité implique nécessairement une atteinte à la matérialité du document. C'est ainsi l'original qui constitue la « meilleure preuve ». Cette règle de preuve, voulant que « [l]'acte juridique constaté dans un écrit ou le contenu d'un écrit [soit] prouvé par la production de l'original ou d'une copie qui légalement en tient lieu »⁵⁰ signifie, en fait, que

les parties ont le choix des preuves qu'elles doivent produire, mais elles ne peuvent jamais substituer une preuve d'un genre inférieur ou une preuve dérivée, à la preuve originaires et directe qui leur est accessible.⁵¹

À l'opposé, le document électronique est par nature *fragmenté* et fait appel à une suite d'opérations pour devenir lisible à un humain. Sa conservation est dynamique (pensons à l'obsolescence des logiciels et du matériel informatique) et une « chaîne de titres » supplée à

48. « Privilégiée » et non pas « unique », car la copie peut sous certaines conditions faire foi au même titre qu'un document original.

49. Philippe GAUDRAT, « Droit de la preuve et nouvelles technologies de l'information (rapport-cadre) », dans Françoise GALLOUÉDEC-GENUYS (dir.), *Une société sans papier ? Nouvelles technologies de l'information et droit de la preuve* (Paris, La Documentation française, 1990), p. 169, aux p. 174-175.

50. *Code civil du Québec*, art. 2860.

51. Pierre-Basile MIGNAULT, *Le Droit civil canadien*, t. 6 (Montréal, Théorêt, 1902), p. 10. Il reconnaît toutefois l'existence d'une controverse doctrinale sur ce point (p. 7).

l'original pour revenir au moment de la formation de l'acte. Avec l'électronique, les indices de l'authenticité deviennent externes au document lui-même : l'original n'est qu'un *moyen*.

Cette nouvelle conception de l'originalité est cependant le fruit d'une progression. En effet, de nouvelles techniques documentaires – telle la micrographie – avaient souligné les limites du papier et ainsi pavé la voie à l'écrit électronique.

2.1.1 L'exemple de la micrographie

La micrographie est un exemple où un décalage entre le droit et les pratiques documentaires a dû être comblé par un régime d'exception. Bien que traditionnellement l'écrit se prouve par son original, un régime spécifique à la preuve par reproduction micrographique a été établi. Ainsi, les organismes générant de grandes quantités de documents (banques, compagnies d'assurance, villes, etc.) pourront économiser sur la conservation. Ces documents microfilmés perdent leur caractère original, mais n'en perdent pas pour autant leur valeur probatoire. La difficulté provenait de l'exigence de produire l'original, qui empêchait jusqu'alors la conservation sur microfiches.

Au Québec, la *Loi sur la preuve photographique de documents*⁵², en vigueur jusqu'à son remplacement par des dispositions équivalentes⁵³ dans le Code civil, posait que l'« épreuve [...] tirée d'une pellicule photographique d'un document [...] fait preuve, pour toutes fins, de la *teneur* de ce document, au même titre que son original »⁵⁴. L'original devait être reproduit fidèlement et détruit (autrement il ne serait pas possible de présenter un document dérivé, en vertu de la règle de la meilleure preuve) en présence de deux témoins pour chaque opération. La fidélité de la reproduction se prouvait au moyen de la documentation du processus :

3. Les personnes qui ont assisté à une opération de reproduction ou de destruction de document visée par l'article 2 doivent, immédiatement après, en attester l'accomplissement au moyen d'une *déclaration faite sous serment en duplicata*, signée de leur main, mentionnant l'autorisation reçue de l'institution

52. *Loi sur la preuve photographique de documents*, L.R.Q., c. P-22 (abrogée le 1^{er} janvier 1994 ; ci-après « LPPD »).

53. Il s'agit des articles 2840 à 2842 C.c.Q., qui figuraient à la section VII « De la reproduction de certains documents » avant d'être eux-mêmes remplacés lors de l'entrée en vigueur de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, L.R.Q., c. C-1.1 (ci-après « LCCJTI »).

54. LPPD, précité, note 52, art. 2 (nos italiques).

intéressée et, dans le cas d'une reproduction de document, *certifiant la fidélité* de cette reproduction.⁵⁵ [...]

Signe d'une plus grande confiance, d'une meilleure maîtrise des techniques documentaires et d'une utilisation toujours grandissante de celles-ci, les dispositions du Code civil qui ont remplacé la LPPD ont apporté plusieurs assouplissements au régime de la reproduction de certains documents. Ainsi, notons l'ouverture du régime aux personnes morales de droit privé⁵⁶, la suppression du délai de cinq ans pour la destruction du document original, le fait que désormais une seule personne – qui peut ne pas être employée – ait à signer la déclaration sous serment et enfin que cette déclaration n'ait plus à être conservée en deux exemplaires par deux personnes différentes⁵⁷.

Les dispositions du Code civil marquaient aussi une évolution en ce qu'elles ouvraient la voie à d'autres techniques de reproduction de documents. L'article 2841 C.c.Q., avant sa modification par la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*⁵⁸, parle ainsi de « reproduction » sans préciser le moyen technique utilisé. Il pose plutôt des critères :

[p]our que la reproduction fasse preuve de la teneur du document, au même titre que l'original, elle doit reproduire fidèlement l'original, constituer une image indélébile de celui-ci et permettre de déterminer le lieu et la date de la reproduction. [...]

55. *Ibid.*, art. 3 (nos italiques).

56. Le régime de la micrographie était déjà devenu relativement généralisé. À l'origine, la loi n'était applicable qu'à la Banque du Canada et aux autres banques à charte fédérale (*Loi concernant la preuve de certains documents de banque*, 12 Georges VI, c. 44, entrée en vigueur le 22 mars 1948). Cette loi a été remplacée par la *Loi concernant la preuve photographique de certains documents*, 5-6 Elizabeth II, c. 67, entrée en vigueur le 21 février 1957. L'article 6 de cette loi permettait déjà au Gouvernement de rendre cette loi applicable « à toute association, société ou corporation, publique ou privée ». Ainsi, de 1957 au 31 décembre 1993, pas moins de 95 décrets ont été pris en ce sens, étendant l'utilisation de la preuve photographique de documents à de nombreuses villes, grandes entreprises et autres organismes dont des syndicats et des universités. *Décret d'application de la Loi sur la preuve photographique de documents*, R.R.Q., 1981, c. P-22, r. 1. ; *Décret 1049-9 concernant le remplacement de certains décrets pris en application de la Loi sur la preuve photographique*, (1993) 125 G.O. II, 5747 ; *Tableau des modifications et Index sommaire – Du 31 décembre 1981 au 1^{er} septembre 2007* (Québec, Éditeur officiel du Québec, 2007), p. 386.

57. *Commentaires du Ministre*, v^o « Art. 2840 », « Art. 2841 » et « Art. 2842 », jusqu'en 2001, soit avant le remplacement de ces dispositions par la LCCJTI.

58. Précité, note 53.

Le défaut de rencontrer ces exigences entraîne le rejet des pièces de la preuve. Ainsi, dans la décision *Banque Nationale du Canada c. Simard*, des documents microfilmés ont été déclarés irrecevables car ils « ne port[aient] aucune mention de la nature du document et des lieux et date de leur reproduction et ce tel que prescrit à l'article 2842 »⁵⁹. Outre le défaut de documentation, les reproductions étaient de mauvaise qualité et illisibles.

La comparaison de l'article 2841 C.c.Q. pré-LCCJTI avec la LPPD permet une observation intéressante. Le Code civil ne prescrit pas de moyen technique pour la reproduction du document mais pose la condition d'indélébilité, alors que la LPPD limitait les moyens techniques mais ne pose *pas* la condition d'indélébilité. Nous sommes d'avis que s'il en est ainsi à la LPPD, c'est que la qualité d'indélébilité était, selon le législateur, implicite, inhérente aux pellicules photographiques de la LPPD. Dans le C.c.Q., le critère de validité de la reproduction se trouve détaché de la technique utilisée et substitué à celle-ci dans le texte de la loi. En conséquence, le critère peut être rencontré par d'autres méthodes (au choix), mais en contrepartie, *l'atteinte du critère doit être démontrée, notamment par la documentation de la technique et de la procédure de reproduction.*

Outre la possibilité d'un changement de support sans perte de force probante, l'exemple de la micrographie illustre que *l'original est fragmenté* : il est reconstitué, devant le tribunal, par la preuve de son contenu (l'épreuve) et par la preuve de la fidélité de l'épreuve à l'original (la déclaration)⁶⁰. La conservation de l'intégrité ne sera plus prouvée par un document original inaltéré depuis le moment de sa confection, mais bien par une copie issue d'un procédé à même de garantir l'intégrité de la reproduction *et* par une attestation documentant la reproduction et à l'effet que celle-ci est, dans les faits, fidèle à l'original. Ce constat est d'importance : l'unité de lieu et de temps de l'écrit original sur papier est brisée. Les éléments de l'original dont l'étude permettait de conclure (ou non) à l'authenticité de la pièce sont remplacés par un faisceau d'indices techniques, qualitatifs et juridiques qui devront être à même de convaincre le juge que la falsification est moins probable que l'inverse.

59. J.E. 96-1172 (C. du Qué.). À l'opposé, voir *Banque Royale du Canada c. Minicozzi*, 2013 QCCQ 6566, par. 21.

60. Par exemple, l'article 4, al. 1 LPPD se lit : « La preuve d'un document photographié et détruit conformément à la présente loi se fait au moyen de la déclaration visée à l'article 3 et d'une épreuve tirée de la pellicule contenant la reproduction fidèle du document photographié ».

2.1.2 La documentation du cycle de vie des documents électroniques

Les notions d'intégrité et de cycle de vie de l'information sont intimement liées dans la LCCJTI. D'une part, l'intégrité est édictée comme le critère d'équivalence fonctionnelle que doit rencontrer un document électronique pour avoir la même « valeur juridique »⁶¹ qu'un écrit sur support papier. D'autre part, exiger l'intégrité implique, comme nous l'avons vu précédemment, de pouvoir s'assurer que l'information originelle n'a pas été altérée depuis sa création. La notion de cycle de vie, issue des sciences de l'information et de la gestion documentaire⁶², établit le cadre dans lequel interagissent temps et intégrité.

La LCCJTI identifie quatre événements du cycle de vie d'un document, à savoir le transfert, la conservation, la consultation et la transmission. Plus particulièrement, la conservation d'un écrit de façon à garantir son intégrité permet d'appréhender l'écrit de la création de l'enregistrement informatique jusqu'à sa destruction suite à l'expiration de son délai de conservation. Dès lors, la fonction intrinsèque d'intégrité de l'écrit électronique est assurée pendant tout son cycle de vie⁶³, y compris lors de la survenance des différents événements de celui-ci, par exemple le transfert⁶⁴.

La conservation doit garantir, d'une part, la restitution lisible et intelligible du document⁶⁵ et, d'autre part, son accessibilité pour une consultation ultérieure. Afin d'assurer l'accessibilité et la pérennité d'un document, sa conservation peut impliquer certaines opérations, dont des migrations du document ou des systèmes l'hébergeant. Elle devient donc dynamique et beaucoup plus complexe : il faut être en

61. L'article 5, al. 2 LCCJTI pose que « [l]e document dont l'intégrité est assurée a la même valeur juridique, qu'il soit sur support papier ou sur un autre support, dans la mesure où, s'il s'agit d'un document technologique, il respecte par ailleurs les mêmes règles de droit ».

62. Stéphane CAÏDI, « La preuve et la conservation de l'écrit dans la société de l'information », (2004) 9:1 *Lex Electronica*, 74 et s., en ligne : <http://www.lex-electronica.org/fr/resumes_complets/113.html> (accédé le 31 octobre 2013).

63. Eric A. CAPRIOLI, « Traçabilité et droit de la preuve électronique », (mai 2001) 93 *Droit & Patrimoine* 68, 2, en ligne : <<http://www.caprioli-avocats.com/publications/50-secrite-de-linformation/76-trcabilite-droit-preuve-electronique>> (accédé le 31 octobre 2013). Voir aussi Philippe PEDROT (dir.), *Traçabilité et responsabilité* (Paris, Economica, 2003).

64. Voir Pierre TRUDEL, *Introduction à la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, (Cowansville, Édition Yvon Blais, 2012), p. 69 et s.

65. Voir FORUM DES DROITS SUR L'INTERNET, *Recommandation – Conservation électronique des documents*, décembre 2005, en ligne : <<http://www.foruminternet.org/telechargement/documents/reco-archivage-20051201.pdf>> (accédé le 31 octobre 2013).

mesure de suivre le document « à la trace »⁶⁶. La restitution de la trace probante met donc en relation deux qualités qui étaient auparavant réunies dans le cadre d'un document papier : l'intégrité et la pérennité.

Dans sa recommandation sur la conservation électronique des documents de 2005, le Forum des droits sur l'Internet définit l'intégrité comme la résultante de trois conditions cumulatives : « la lisibilité du document, la stabilité du contenu informationnel [et] la traçabilité des opérations sur le document »⁶⁷.

La lisibilité d'un document se définit par la capacité à avoir accès à toutes les informations qu'il contient au moment de sa restitution⁶⁸. Pour maintenir la lisibilité du document, celui-ci doit lui-même être documenté quant à la façon de lire et d'interpréter les données qui le composent. Ces informations sont des métadonnées⁶⁹. Elles permettent de « redonner un sens à ce que l'on est censé pérenniser »⁷⁰. Ces métadonnées sont de divers ordres et permettent par exemple de déterminer la structure de la base de données dans laquelle les données sont conservées, afin de pouvoir reconstituer leur sens – et le document. Ces métadonnées sont dites « descriptives » ou « de contenu ». Les métadonnées peuvent aussi être « contextuelles » (origine et historique des versions du document), « de gestion » (date de création, date du versement à la base de données, responsables) ou « techniques ». Dans ce dernier cas, les informations permettent d'identifier le formatage des données afin de pouvoir reprogrammer l'interpréteur, et en ce sens servent directement à la pérennisation⁷¹

66. CAPRIOLI, précité, note 63, p. 8.

67. FORUM DES DROITS SUR L'INTERNET, précité, note 65, p. 20.

68. *Ibid.*

69. Le *Grand dictionnaire terminologique* définit une métadonnée comme une « [d]onnée qui renseigne sur la nature de certaines autres données et qui permet ainsi leur utilisation pertinente. » Il note de plus que « Dans la perspective des entrepôts de données, les métadonnées sont un élément primordial et sont destinées à diverses catégories d'utilisateurs. Elles permettent notamment de connaître l'origine et la nature des données stockées dans l'entrepôt, de comprendre comment elles sont structurées, de savoir comment y avoir accès et comment les interpréter, de connaître les différents modèles de données en présence et les règles de gestion de ces données. » ; OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Grand Dictionnaire Terminologique*, en ligne : <<http://www.granddictionnaire.com>>, v° « Métadonnée ».

70. Françoise BANAT-BERGER et Anne CANTEAUT, « Intégrité, signature et processus d'archivage », dans Stéphanie LACOUR (dir.), *La Sécurité aujourd'hui dans la société de l'information*, Actes des séminaires de recherche du programme Asphales ACI Sécurité informatique 2004-2007 (Paris, L'Harmattan, 2007), p. 213, à la p. 222.

71. *Ibid.*, p. 222 et 223, pour tout ce paragraphe.

afin d'éviter que l'information numérique ne devienne en état de simple « potentialité »⁷².

La stabilité du contenu informationnel est la garantie que les informations portées par le document restent les mêmes. « Le contenu informationnel s'entend de l'ensemble des informations, quelle que soit leur nature ou leur origine, issues du document et, le cas échéant, de sa mise en forme »⁷³.

Enfin, « [l]a traçabilité désigne la faculté de présenter et de vérifier l'ensemble des traitements, opérés sur le document lors du processus de conservation »⁷⁴. Les informations de traçabilité doivent permettre la tenue d'un audit du système afin d'en évaluer la sécurité. Elles comprennent les modalités de la convention de services d'archivage, les responsables et responsabilités, la documentation relative aux migrations (« tests, résultats des tests, quel opérateur s'en est occupé, réversibilité des migrations, conservation ou non des documents et données dans le format originel... »)⁷⁵. Ces exigences de natures organisationnelle, fonctionnelle, juridique et technique, permettent de conserver la valeur probante des données⁷⁶. Elles sont, en fait, les indices permettant de démontrer le maintien de l'intégrité des documents.

La traçabilité est donc très près de la notion de cycle de vie de l'information : l'écrit est une « trace probante ». Le droit de la preuve exige qu'il soit possible d'établir à qui un acte juridique est imputable et que cet acte soit « l'exacte restitution du contenu de l'acte à la date à laquelle il a été passé »⁷⁷. Ainsi,

[l]es conditions d'une traçabilité probatoire résident [...] dans la garantie de l'intégrité de l'écrit de son établissement à sa

72. Marie DEMOULIN et Didier GOBERT, « L'archivage dans le commerce électronique : Comment raviver la mémoire ? », dans Marie DEMOULIN, Didier GOBERT et Étienne MONTERO, *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, Cahiers du CRID n° 23 (Bruxelles, Bruylant, 2003), p. 101, aux p. 104 et 105.

73. FORUM DES DROITS SUR L'INTERNET, précité, note 65, p. 20.

74. *Ibid.*

75. BANAT-BERGER et CANTEAUT, précité, note 70, p. 226 et 227.

76. *Ibid.*, p. 227. Elles ont fait l'objet en France d'une étude conjointe dirigée par la Direction centrale de la sécurité des systèmes d'information (DCSSI) : DIRECTION CENTRALE DE LA SÉCURITÉ DES SYSTÈMES D'INFORMATION, ARCHIVES DE FRANCE et DIRECTION GÉNÉRALE DE LA MODERNISATION DE L'ÉTAT, *Archivage électronique sécurisé – Outils méthodologiques pour la sécurité des systèmes d'information*, 2006, en ligne : <<http://www.ssi.gouv.fr/fr/bonnes-pratiques/outils-methodologiques/archivage-electronique-securise.html>> (accédé le 31 octobre 2013), cité dans BANAT-BERGER et CANTEAUT, précité, note 70, p. 227.

77. CAPRIOLI, précité, note 63, p. 2.

restitution. Sous cet angle, la traçabilité doit permettre l'identification des personnes dont l'acte émane, quand et à quel contenu les parties ont consenti.⁷⁸

L'intégrité se conçoit donc dans un rapport au temps. Un retour sur la notion d'original le démontre clairement. Ce qui change est qu'« [a]vec le support papier, la notion de trace intègre était caractérisée par « l'original » »⁷⁹. Ce qui caractérise l'original est avant tout le caractère intact de l'information qu'il contient, depuis sa confection : il est contemporain de l'acte juridique qu'il porte et est à ce titre le témoin privilégié du maintien de l'intégrité du document.

Or les technologies de l'information ne peuvent rendre compte à l'exact de cette notion. Le rapport au temps de l'intégrité est plus saillant du fait des défis et des implications de la conservation des documents électroniques. Contrairement au document papier, qui porte sur lui la preuve de son intégrité, celle du document électronique sera assurée par des éléments de preuve qui lui sont externes. La conservation de l'écrit doit donc, en plus de maintenir la lisibilité et assurer la stabilité de son contenu, démontrer, par la traçabilité des opérations sur le document, qu'aucun événement n'a pu altérer le contenu du document. Ces informations constituent, pour reprendre le mot d'Arnaud Raynouard, « la preuve de la preuve »⁸⁰.

La micrographie a amorcé la fragmentation de l'original. En répondant à des considérations d'ordre pratique – notamment l'encombrement dû aux originaux sur papier, le droit a créé un régime particulier pour la preuve d'un document suite à la destruction volontaire de l'original. L'original se voit reconstitué par différentes informations : la micrographie elle-même et des attestations relatives au déroulement de la reproduction. La reconnaissance de l'écrit électronique suit cette même voie, libéralisant même encore plus les méthodes en les soumettant à la rencontre d'un critère : l'intégrité. L'original y est reconstitué avec des informations relatives à sa conservation, depuis sa confection. Il s'agit de la traçabilité, par laquelle est documenté le cycle de vie du document : ces informations doivent permettre d'établir le maintien de son intégrité. Elles sont, de même,

78. *Ibid.*

79. *Ibid.*, p. 5.

80. Arnaud RAYNOUARD, « Le droit de l'écrit électronique », (2 avril 2001) 65 *Les Petites Affiches* 15. Vincent Gautrais parlera du « phénomène de « double preuve » » ; Vincent GAUTRAIS, *Preuve technologique*, (Montréal, Lexis Nexis) partie 2, chapitre 1, section 3-1 : « Avènement de la notion de documentation » 2013.

là vers où doit se porter l'analyse cherchant à détecter le faux : le contrôle du faux se déplace à l'extérieur du document.

2.2 Les règles de preuve et de procédure et la gestion juridique du risque de faux

L'économie générale de cet ensemble de règles doit tendre vers un équilibre où la mise en preuve d'un document est facilitée, sans pour autant entraver la tenue d'un débat quant à son authenticité lorsqu'il s'avère nécessaire. Ainsi, diverses règles de preuve établiront la force probante de la preuve par écrit – par exemple l'effet d'une signature opposée à celui dont on prétend qu'elle émane, ou créeront des présomptions d'intégrité, alors que des règles de procédure canaliseront les contestations portant sur des éléments de preuve.

L'intégration de l'écrit électronique en droit québécois est le résultat d'une approche particulière. La LCCJTI ne redéfinit pas directement l'écrit – comme le fait par exemple le législateur français. Elle crée plutôt le « document technologique », un intermédiaire qui

[recevra] la qualification correspondant au moyen de preuve dont il accomplit la fonction et auquel il est alors assimilé. On pourra dire du document technologique qu'il est un support « caméléon ». Il prend la couleur et la forme du moyen de preuve auquel il ressemble.⁸¹

Ainsi, le nouvel article 2837 C.c.Q., modifié par cette loi, pose que l'écrit peut être un document technologique. Le premier alinéa établit l'indifférence du support : l'écrit n'est plus lié de façon indissociable au papier. Le second alinéa opère un renvoi à la LCCJTI : les écrits dont le support fait appel aux technologies de l'information sont qualifiés de documents technologiques et les conditions de leur admissibilité en preuve se trouvent dans cette loi :

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

Lorsque le support de l'écrit fait appel aux technologies de l'information, l'écrit est qualifié de document technologique au

81. Claude FABIEN, « La preuve par document technologique », (2004) 38 *Revue Juridique Thémis* 533, 551. Un document technologique peut en effet être un écrit (2837 C.c.Q.), un élément matériel (2855 C.c.Q.), voire un témoignage extrajudiciaire (2869 à 2874 C.c.Q.)

sens de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*.

L'exigence de l'intégrité pour que le document technologique fasse preuve à titre d'écrit se trouve à l'article suivant et vise les actes authentiques, semi-authentiques et sous seing privé. Les « autres écrits » ne sont pas mentionnés – c'est-à-dire les écrits non signés – mais sont soumis à la même exigence, par le truchement d'une autre disposition de la LCCJTI⁸².

Du fait du procédé d'assimilation, il s'ensuit en principe une unicité de régime pour l'écrit, qu'il soit sur support papier ou électronique. Cependant, la fragmentation de la notion d'écrit électronique complexifie aussi sa mise en preuve. Afin d'atteindre des objectifs similaires entre les environnements papier et électronique, des règles différentes, adaptées à leurs particularités, peuvent être nécessaires.

C'est ainsi que pour établir un régime probatoire pour l'écrit électronique qui soit fonctionnellement équivalent à celui de l'écrit papier, le législateur a créé, à l'article 2840 C.c.Q., une présomption d'intégrité et établit la façon de la contester :

2840. Il n'y a pas lieu de prouver que le support du document ou que les procédés, systèmes ou technologies utilisés pour communiquer au moyen d'un document permettent d'assurer son intégrité, à moins que celui qui conteste l'admissibilité du document n'établisse, par prépondérance de preuve, qu'il y a eu atteinte à l'intégrité du document.

Cet article, dont la rédaction est plutôt malaisée, voire « maladroite »⁸³, cause des difficultés d'interprétation tant pour la doctrine que la jurisprudence. Il semble cependant se dégager l'opinion selon laquelle la présomption ne vise que le *support* du document (et ne dispense donc pas de la preuve de l'intégrité du *contenu*)⁸⁴ et, *a fortiori*, qu'il ne s'agit pas d'une présomption d'authenticité. Bref, la présomption de l'article 2840 C.c.Q. ne se rattache qu'à la seconde condition

82. LCCJTI, précité, note 53, art. 5, al. 2.

83. FABIEN, précité, note 81, p. 575.

84. Voir notamment Vincent GAUTRAIS, « Les contrats électroniques au regard de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information », dans Vincent GAUTRAIS (dir.), *Droit du commerce électronique* (Montréal, Thémis, 2002), p. 5, à la p. 23 et Jean-Pierre ROYER, *La preuve civile*, 4^e éd., par Jean-Pierre ROYER et Sophie LAVALLÉE (Cowansville, Édition Yvon Blais, 2008), n° 407, p. 281. Voir également GAUTRAIS, précité, note 80, partie 2, chapitre 2, section 1-3 : « Présomption et intégrité ».

de l'article 2839 C.c.Q., selon lequel l'intégrité d'un document est tributaire de deux conditions : i) l'information n'est pas altérée et ii) le support de celle-ci est à même de lui garantir stabilité et pérennité. La présomption ne dispense pas de prouver que le contenu informationnel n'a pas fait l'objet d'altération. Cette distinction est facilement omise⁸⁵.

Par l'effet de cette présomption, le traitement du document électronique devient donc le même que celui d'un document sur support papier. Il n'y a effectivement pas lieu, pour celui qui entend mettre en preuve un écrit sur support papier, de prouver que le papier est à même de conférer la stabilité et la pérennité voulues (pour reprendre les mots de l'article 2839 C.c.Q.) ou que le support d'un contrat sur papier n'a pas fait l'objet d'altération. Cette présomption d'intégrité du « support papier » est un sous-entendu fondamental de nos lois, mais il est nécessaire de garder à l'esprit que cette confiance dans le papier s'est *construite*.

Selon le premier alinéa de l'article 2828 C.c.Q., « [c]elui qui invoque un acte sous seing privé doit en faire la preuve ». L'article dispose toutefois que « l'acte opposé à celui qui paraît l'avoir signé ou à ses héritiers est tenu pour reconnu s'il n'est pas contesté de la manière prévue au Code de procédure civile ». Il est ici fait référence à l'article 89 du *Code de procédure civile*⁸⁶ :

89. Doivent être expressément alléguées et appuyées d'un affidavit :

1° la contestation de la signature ou d'une partie importante d'un écrit sous seing privé, ou celle de l'accomplissement des formalités requises pour la validité d'un écrit ;

[...]

A défaut de cet affidavit, les écrits sont tenus pour reconnus ou les formalités pour accomplies, selon le cas.⁸⁷

85. Voir *Stefanovic c. ING Assurances inc.*, 2007 QCCQ 10363 (CanLII), par. 66, où il a ainsi été décidé d'une objection à la preuve : « Il n'y a pas eu de preuve d'une atteinte à l'intégrité du document. Par conséquent, ING n'a pas à démontrer que le support du document ou que les procédés utilisés pour communiquer au moyen d'un document permettent d'assurer son intégrité, le tout conformément [à l'article 2840 C.c.Q.] ».

86. L.R.Q., c. C-25 (ci-après « C.p.c. »).

87. Le cas des écrits qui ne sont pas sous seing privé figure au paragraphe 4 de l'article 89 : « 4° la contestation d'un document technologique fondée sur une atteinte

Léo Ducharme a commenté de nombreuses décisions relatives à l'article 89 C.p.c.⁸⁸ et affirme que « [d]énier une partie importante d'un écrit, c'est plaider l'altération de cet écrit en niant le fait que telle ou telle énonciation y apparaissait lors de sa signature, c'est en d'autres termes plaider que l'écrit, dans une partie importante, est un faux »⁸⁹. Il ne s'agit pas d'un plaidoyer contre ou outre l'écrit – ce qui se rapporterait à son intellectualité – mais bien d'une dénégation de l'écrit dans sa matérialité, dans sa confection⁹⁰. Par exemple, dans la décision *Gaudet c. Grimard*, un défendeur soutient qu'un écrit mis en preuve avait été « altéré en raturant le mot « par » précédant sa signature et en coupant le bas du document de façon à supprimer le nom de l'entreprise inscrit en dessous », supprimant par là-même sa qualité de mandataire pour la signature de l'acte⁹¹. Le débat sur l'intégrité du support n'aura été ouvert que dans le cadre d'une contestation de l'intégrité du contenu.

L'article a donc pour effet de formaliser les plaidoyers d'altération ou de dénégation d'un écrit ou d'une partie de celui-ci – bref, il encadre les plaidoyers de faux. Une contestation en vertu de l'article 89 C.p.c. a pour effet que l'écrit ainsi contesté devra voir son intégrité prouvée par la partie qui l'invoque⁹². L'exigence d'un affidavit (déclaration prouvée sous serment) permet d'ouvrir le débat sur l'intégrité ou la fausseté de la pièce. Ainsi alertée, la partie voulant mettre en preuve l'écrit connaîtra la nature de la contestation et sera en mesure d'y répondre, notamment en interrogeant le déclarant.

Les éléments contenus dans l'affidavit doivent être de nature à démontrer *prima facie* qu'il y a eu altération du document depuis sa

à son intégrité. Dans ce cas, l'affidavit doit énoncer de façon précise les faits et les motifs qui rendent probable l'atteinte à l'intégrité du document ». L'absence d'un affidavit a entraîné la reconnaissance de courriels qu'une partie entendait contester dans la cause *Vandal c. Salvas*, 2005 CanLII 40771 (C. Qué.).

88. Voir Léo DUCHARME, « Portée et sanction de l'article 208 de l'ancien Code de procédure civile », (1971) 31:3 *Revue du Barreau* 337 ; Léo DUCHARME, « Dénégation d'une partie importante d'un écrit », (1973) 33:2 *Revue du Barreau* 162 ; Léo DUCHARME, « Du régime de preuve applicable au cas d'altération d'un écrit », (1975) 35:3 *Revue du Barreau* 375.
89. DUCHARME, « Dénégation d'une partie importante d'un écrit », précité, note 88, p. 162.
90. DUCHARME, « Portée et sanction de l'article 208 de l'ancien Code de procédure civile », précité, note 88, p. 337.
91. *Gaudet c. Grimard*, [1967] B.R. 182 (C.A. Qué.), citée dans DUCHARME, « Du régime de preuve applicable au cas d'altération d'un écrit », précité, note 88, p. 377 et 378.
92. Léo DUCHARME, *L'administration de la preuve*, 3^e éd. (Montréal, Wilson & Lafleur, 2001), p. 122 et s.

confection⁹³ (voire que le document est forgé de toutes pièces). L'analyse du document – de ses caractéristiques externes – fournira ces informations. Or comme nous l'avons vu le document électronique est un document fragmenté. Les indices qui permettraient à une partie de s'opposer à un écrit électronique doivent ainsi lui être accessibles, bien qu'ils soient généralement externes au document. D'où l'importance pour quiconque – potentiellement, tout justiciable – d'être en mesure de fournir de telles informations. Dans la décision *Sécurité des Deux-Rives ltée c. Groupe Meridian construction restauration inc.*⁹⁴, où l'on tentait de mettre en preuve un courriel imprimé, l'absence d'éléments tendant à démontrer son authenticité a été fatale à son admission en preuve.

L'absence de ces informations devrait être fatale à la mise en preuve d'un document. Dans la décision *Lefebvre Frères ltée c. Giraldeau*⁹⁵, les données d'un agenda électronique datant de 1995 étaient demeurées inaccessibles jusqu'à l'audience, malgré le recours à des techniciens. Le défendeur avait alors « eu l'idée de procéder d'une nouvelle façon afin de pouvoir en retirer des informations ». Une preuve dont il n'est pas fait mention au jugement permet au juge de conclure « que les copies de relevés d'agendas électroniques [...] sont complètes et reflètent fidèlement le contenu desdits agendas sur support électronique. Leur transfert sur papier reflète de façon adéquate les informations qui y ont été insérées. » Le manque de détail sur la preuve technique ayant permis de retrouver ces infor-

93. Dans le cas d'une dénégation de signature, « [l]a règle est donc qu'un écrit privé signé par une personne lui est opposable, sauf si celle-ci désavoue expressément sa signature au moyen d'allégations accompagnées d'un serment. La preuve à l'appui de la négation de signature doit être sérieuse, cohérente et vraisemblable. Il ne suffit pas pour une personne de tout simplement nier que ce soit sa signature sur l'écrit ; il lui faut dire pourquoi ». Voir *Toronto Dominion Bank c. Kahn*, [1997] R.R.A. 50 (C.A. Qué.).

Dans un dossier où était contesté un document électronique (une page Web), la Cour de cassation française décidait que puisque « rien ne permettait de mettre en cause l'authenticité et l'origine du texte diffamatoire qui lui était soumis, la cour d'appel n'était pas tenue de recourir à la procédure de vérification d'écriture » : Cass. 1^{ère} civ., 27 juin 2006, comm. Éric A. CAPRIOLI, « Vérification d'écriture en matière d'écrit électronique », 2006-10 *Communication Commerce électronique* 51.

94. 2013 QCCQ 1301 (C. du Qué.), par. 67. Cette décision souligne les difficultés d'interprétation de l'article 89(4) C.p.c. et discute également de ses conditions d'application. Il est décidé que l'article ne trouvait pas application puisque la pièce n'avait été communiquée que quelques jours avant l'audience, et que la partie adverse « ne pouvait pas, dans un affidavit, énoncer de façon précise les faits et les motifs qui rendent probable l'atteinte à l'intégrité du support puisque le document qu'on lui proposait ne contenait aucun détail (métadonnées) » (par. 66). Voir à ce sujet GAUTRAIS, précité, note 80, partie 2, chapitre 1, section 3-1 : « Avènement de la notion de documentation ».

95. 2009 QCCS 404 (C. sup. Qué.).

mations affaiblit la décision, en ce sens que l'on omet de mentionner un élément important du raisonnement. Une preuve de traçabilité portant minimalement sur le procédé de récupération des données aurait permis de se prononcer sur l'intégrité des informations mises en preuve.

Le droit de la preuve et l'encadrement procédural de l'écrit électronique et de sa contestation illustrent les difficultés soulevées par son intégration comme moyen de preuve. La période d'incertitude qui accompagne généralement un phénomène nouveau se traduit dans la doctrine, la jurisprudence et peut-être même dans la loi. S'il y a en principe unicité de régime pour l'écrit sur support papier et l'écrit électronique, la pratique de l'un et de l'autre diffère grandement. La notion de traçabilité en est une bonne illustration.

La dématérialisation documentaire va à l'encontre de la logique pluriséculaire qui sous-tend les dispositions en cause. La micrographie s'est toutefois avérée un intéressant précurseur des changements apportés par l'électronique : un document original pouvait désormais se fractionner et se recomposer sans que ne soit affectée sa force probante. Or la micrographie était à l'origine une technique bien maîtrisée et le matériel nécessaire à sa mise en œuvre la limitait *de facto* à un nombre relativement limité d'organisations disposant de suffisamment de ressources. Au contraire, les techniques de l'électronique sont récentes, évoluent sans cesse et sont largement utilisées par la population, mais rarement avec le souci de se ménager une preuve...

CONCLUSION

C'est afin de se maintenir en adéquation avec les pratiques sociales, documentaires et juridiques que l'écrit en est venu à remplacer le témoignage comme moyen de preuve dominant. Pareil changement de paradigme n'aurait pu être justifié sans de solides assises. À l'ère de la documentation électronique, le raisonnement demeure le même : les dispositions relatives à la preuve par document électronique reflètent-elles le niveau de confiance que l'on place en ce type de document ? Plus fondamentalement, cette confiance est-elle éclairée et justifiée ?

Il convient de savoir où placer nos doutes. Les réflexes relatifs au faux ne sont pas encore exactement au point : « l'adolescence de l'usage du médium ne nous permet pas une totale prise de conscience

sur ses carences en terme d'identité ou d'intégrité »⁹⁶. Quelle différence y a-t-il, en effet, entre les chancelleries désorganisées de l'époque et certaines pratiques documentaires d'aujourd'hui, comme par exemple l'utilisation planétaire de protocoles de courriels non sécurisés ?

De multiples considérations sociales, juridiques et techniques, exacerbées par la complexité et la nouveauté de l'électronique, rendent difficile la tâche du législateur : faciliter la preuve des documents électroniques tout en évitant que le faux ne se pare des atours du vrai. Au vu de la place centrale de l'écrit dans notre système de preuve, on ne s'étonnera guère de la vivacité des débats. Et, jamais bien loin de ceux-ci, s'agite imperceptiblement le spectre du faux.

96. Vincent GAUTRAIS, « Faux sms ? », février 2008, en ligne : <<http://www.gautrais.com/Faux-sms>> (accédé le 31 octobre 2013).