

Droit de la preuve appliqué au commerce électronique au Canada, droit civil / common law.

Irina DINU

Lex Electronica, vol. 11 n°1 (Printemps / Spring 2006)

<http://www.lex-electronica.org/articles/v11-1/dinu.htm>

<http://www.lex-electronica.org/articles/v11-1/dinu.pdf>

INTRODUCTION.....	3
I. LE DROIT DE LA PREUVE EN DROIT CANADIEN ET SA RÉÉVALUATION FACE À L'AVÈNEMENT DE L'IMMATÉRIEL.	5
A. LE DROIT DE LA PREUVE.....	5
B. LE DROIT DE LA PREUVE FACE À L'AVÈNEMENT DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE, BREF SURVOL.	6
1. <i>Les principes directeurs des lois sur le commerce électronique</i>	6
2. <i>L'obligation d'avoir un écrit sur support papier existe-t-elle?</i>	7
a. L'interchangeabilité des supports en droit québécois.	7
b. L'importance de l'écrit en common law.....	8
i. L'obligation d'avoir un écrit existe-elle?.....	8
ii. Le contrat électronique constitue-t-il un écrit?.....	9
II. L'ADMISSIBILITÉ DES DOCUMENTS ÉLECTRONIQUES EN PREUVE.....	10
A. LA RÈGLE DE LA MEILLEURE PREUVE.	10
1. <i>La règle de la meilleure preuve en droit civil</i>	10
a. Le choix du législateur.	11
b. La notion d'intégrité en droit civil québécois.....	11
i. L'intégrité et l'authenticité.	12
ii. La réalisation de l'intégrité d'un document.....	12
iii. La liberté de la preuve électronique, un concept qui doit être réaménagé.	13
iv. La présomption d'intégrité.	14
2. <i>La règle de la meilleure preuve en common law</i>	15
a. La notion d'original.	16
b. L'authentification.	17
c. La règle de la meilleure preuve.	18
d. Les présomptions.....	18
B. L'EXCEPTION À LA RÈGLE DU OUI-DIRE.....	19
1. <i>La règle du oui-dire en droit civil</i>	19
2. <i>La règle du oui-dire en common law</i>	20
III. LA FORCE PROBANTE ET LES DOCUMENTS ÉLECTRONIQUES.	21
A. LA FORCE PROBANTE, PRINCIPES GÉNÉRAUX.....	21
B. LA FORCE PROBANTE DES DOCUMENTS SUR SUPPORT ÉLECTRONIQUE.....	21
1. <i>La force probante en droit civil</i>	22
2. <i>La force probante en common law</i>	23

IV. UNE APPLICATION PRATIQUE : LA SIGNATURE.....	23
A. DÉFINITION D'UNE SIGNATURE ÉLECTRONIQUE.....	23
B. LA SIGNATURE ÉLECTRONIQUE EN DROIT CIVIL.....	24
C. LA SIGNATURE ÉLECTRONIQUE EN COMMON LAW.....	24
D. LA SITUATION EN EUROPE.....	25
CONCLUSION.....	25
TABLES BIBLIOGRAPHIQUES	27
LÉGISLATION.....	27
<i>Textes internationaux</i>	27
<i>Textes fédéraux</i>	27
<i>Textes provinciaux</i>	27
<i>Textes étrangers</i>	28
JURISPRUDENCE	28
<i>Jurisprudence canadienne</i>	28
<i>Jurisprudence étrangère</i>	30
DOCTRINE	30
MONOGRAPHIES ET RECUEILS.....	30
ARTICLES DE REVUE	31
AUTRES DOCUMENTS.....	32

« *People were formally frightened out of their wits about admitting evidence lest juries go wrong. In modern times we admit the evidence and discuss its weight.* », R. c. Birmingham Overseers (1861) 1 B. & S. 767.

Introduction

Face à l'immatériel, le droit a dû s'adapter et encadrer le commerce électronique. Selon le ministère des Finances du Gouvernement du Québec, le commerce électronique constitue :

« l'ensemble des transactions où la relation avec le client (échange d'informations, contrats, choix de produits et services, appels d'offres, soumissions, etc.) s'établit par voie électronique, sauf habituellement la livraison physique d'un produit ou d'un service.(...) De façon simple, on peut ainsi définir le commerce électronique comme l'ensemble des opérations réalisées par voie électronique»¹.

Dans le contexte électronique, les contrats de vente d'un bien matériel, de services et de licence d'utilisation² peuvent faire l'objet d'une preuve dans une instance. De plus, à cause des questions de sécurité inhérentes au droit, la sécurité informatique est devenue essentielle et a opérée des changements importants, notamment en ce qui a trait aux régimes de preuve. La sécurité exige alors que l'environnement soit fiable et que le document soit intègre³. L'ère Internet nous a emmené à réévaluer les principes traditionnels du droit afin de nous adapter à cette révolution technologique. C'est pourquoi, en 1996, la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI), proposait à ses membres une loi qui allait servir de cadre juridique au commerce électronique : *Loi modèle sur le commerce électronique (Loi modèle)*⁴. Cette dernière a servi de modèle pour plusieurs pays⁵ dont le Canada, qui, par la Conférence d'harmonisation des lois adoptait deux lois miroir de la *Loi modèle*, la *Loi uniforme sur le commerce électronique (Loi uniforme)* et la *Loi uniforme sur la preuve électronique*⁶ qui confirmait que l'information électronique était présentable en preuve. Vu que ces deux lois uniformes ne constituent pas des lois au sens législatif, plusieurs provinces ont adopté leurs propres législations.⁷ Puisque la preuve peut être plus difficile à faire dans un contexte

¹ Ministère des finances, Gouvernement du Québec. [Pour une société branchée, favoriser l'utilisation d'Internet et le développement du commerce électronique](#), 2000, p. 7. ; Gouvernement du Québec, [La politique québécoise de l'autoroute de l'information. Agir autrement](#), 1998, p. 54 ; Cette définition n'est pas unique car de nombreux auteurs ont défini le commerce électronique : Nicolas VERMEYS, Karim BENYEKHFLEF et Vincent GAUTRAIS, « Réflexions juridiques autour de la terminologie associée aux places d'affaires électroniques », (2004) 38 [Revue juridique Thémis](#), Montréal, 643-710, disponible à l'adresse : <http://www.themis.umontreal.ca/pdf/rjtvol38num3/vermeys.pdf>.

² Vincent GAUTRAIS., Guy LEFEBVRE, Karim. BENYEKHFLEF, « Droit du Commerce Electronique et normes applicables : la notions de lex electronica », (1997) [Revue de droit des affaires internationales](#) p. 40.

³ Vincent GAUTRAIS, <http://www2.droit.umontreal.ca/cours/ecommerce/DRT6903.htm>.

⁴ UN.Doc./A/51/17(1996).

⁵ Michael GEIST, [Internet Law in Canada](#), Captus Press, Ottawa, 2000, p.496.

⁶ Disponible à l'adresse :

<http://www.law.ualberta.ca/alri/ulc/current/fueca99a.htm>; <http://www.ulcc.ca/fr/us/index.cfm?sec=1&sub=1u2>.

⁷ Michel GAGNÉ, « La preuve dans le contexte électronique », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 160, [Développements récents en droit de l'Internet](#), Cowansville, Editions Yvon Blais, 2001, p. 60.

électronique⁸, les documents faisant la preuve de la transaction, deviennent primordiaux⁹. Voilà pourquoi, les législateurs provinciaux canadiens, plutôt que de refondre leur droit en entier¹⁰ ont décidé d'adapter et d'élargir les concepts déjà existants. Les politiques canadiennes concernant les transactions dans le cadre du commerce électronique exigent maintenant que l'intégrité et la confidentialité soient maintenues en tout temps¹¹. Ainsi, les questions de confiance et de sécurité des transactions sont devenues essentielles¹². Plusieurs règles telles que les règles classiques du droit des contrats, les règles particulières au commerce électronique, les lois sur la protection du consommateur¹³ ainsi que les ententes entre les parties, sont susceptibles de déterminer le droit applicable entre les parties. Comment peut-on parler d'original face à des documents électroniques? Plus vulnérables et plus susceptibles d'altérations, il est en effet plus difficile de s'assurer de la fiabilité des documents électroniques¹⁴. C'est pourquoi, en droit de la preuve, les règles traditionnelles de l'authentification, de la meilleure preuve et de la prohibition du oui-dire ont été réévaluées. En plus des moyens traditionnels du droit de la preuve, un « clic » peut établir le consentement d'une personne à un contrat électronique¹⁵. Les solutions adoptées par les provinces de common law n'ont pas toujours été les mêmes que celles adoptées par le droit civil, et ce sont ces deux systèmes que nous allons comparer dans le développement qui suit. Les différences sont dues en partie au pragmatisme du droit d'origine anglo-saxon¹⁶.

Dans la première partie de notre développement, nous allons présenter certains principes généraux, ainsi qu'un bref survol du droit de la preuve face à l'avènement de l'immatériel. L'admissibilité en preuve des documents électroniques sera analysée dans une deuxième partie. La troisième partie portera sur la valeur probante des documents électroniques et finalement, la quatrième partie portera sur une application pratique, soit la signature électronique.

⁸ Lucie BELANGER, « Le transfert d'intangibles et les transactions électroniques : les écueils fiscaux », Développements récents en droit de la propriété intellectuelle (2002), Service de la formation permanente du Barreau du Québec, 2002, EYB2002DEV581.

⁹ M. CHISSICK et Alistair KELMAN, Electronic commerce, Law and Practice, 3eme edition, Sweet & Maxwell, Londres, 2002, p.198.

¹⁰ John GREGORY., « The Uniform Electronic Act », (2000) vol.6 no. 1, Lex Electronica, p. 1, disponible à l'adresse:

<http://www.lex-electronica.org/articles/v6-1/gregory.htm>.

¹¹ Jean-Pierre VAN CUTSEM, Arnaud VIGGRIA et Oliver GÜTH, E-Commerce in the World, Aspects of Comparative Law, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 165.

¹² Christiane FERAL-SCHUHL, Cyberdroit, Le droit à l'épreuve de l'Internet, 2^e édition Dalloz, p.181.

¹³ Stephan KINSELLA et Andrew F. SIMPSON, Online Contract Formation, 1ere édition, New York, Oceana Publications, Inc., 2004, p. 43.

¹⁴ Uniform Electronic Evidence Act, Consultation Paper, March 1997, §11, disponible à l'adresse:

<http://www.ulcc.ca/en/poam2/index.cfm?sec=1997&sub=1997hka>.

¹⁵ Michel GAGNÉ, op. cit., note 7, p.60 ; Ce n'est pas nécessairement toujours le cas, voir à titre d'exemple les affaires suivantes : Dell Computer Corporation c. Union des consommateurs, 2005 QCCA 570 (IJCCan) et Aspender1.com Inc. c. Payscale Corp., 2005 IJCCan 6494 (QC C.Q.)

¹⁶ Vincent GAUTRAIS, Guy LEFEBVRE, Karim BENYEKHEF, loc. cit., note 2, p.16.

I. Le droit de la preuve en droit canadien et sa réévaluation face à l'avènement de l'immatériel.

A. Le droit de la preuve.

Le droit de la preuve se compose de deux volets, soit celui de la recevabilité de la preuve où l'authentification, la règle de la meilleure preuve ainsi que l'interdiction du oui-dire doivent être débattues, et celui de la force probante qui peut être résumé de la façon suivante : quoi prouver, qui doit prouver et comment le prouver?¹⁷ Celui qui veut faire valoir un droit, ou qui prétend qu'un droit est éteint, doit le prouver¹⁸. Pour faire la preuve d'un acte juridique ou d'un fait, un écrit, un témoignage, une présomption, un aveu ou la présentation d'un élément matériel peuvent suffire¹⁹. La règle veut que la personne qui veut introduire en preuve un document doit établir son authenticité pour être admissible.²⁰ En ce qui a trait au témoignage, il est parfois nécessaire d'avoir un commencement de preuve pour qu'il soit admissible.²¹ De plus, cette preuve doit englober certaines qualités considérées comme essentielles. Lorsqu'on parle de preuve, «il s'agit essentiellement de fiabilité et de suffisance (...) en autant qu'elle soit légale et fiable, la preuve doit être suffisante pour atteindre la qualité requise»²². Elle doit aussi répondre à la règle de la meilleure preuve²³, être pertinente²⁴ et recevable²⁵. De plus, en droit civil, les faits doivent être prouvés de façon au moins vraisemblable²⁶.

Les règles traditionnelles applicables aux documents papiers devront gouverner l'admissibilité en preuve des documents électroniques²⁷ et en ce qui a trait à leur admissibilité, la common law, est à l'effet que:

- « i) if the electronic document is offered for the truth of its contents, it must be admissible under one of the exception to the hearsay rule;
- ii) if the electronic document is not an original, it must be a copy that is admissible under an exception to the best evidence or "original document" rule; and
- iii) the electronic document must be authenticated in terms of what it is, where it has originated and who created it²⁸. »

¹⁷ Vincent GAUTRAIS, Conférence du 25 janvier 2006, « Preuve électronique : état des lieux », CERDI, Paris, disponible à l'adresse : <http://www2.droit.umontreal.ca/cours/ecommerce/Ppt/cerdi012006.ppt>.

¹⁸ Code civil du Québec, S.O. 1991, C. 64, art. 2803 (ci-après cité « C.c.Q. »)

¹⁹ Id., art. 2811.

²⁰ R. c. Peterson (1983), 45 N.B.R. (2d) 271.

²¹ C.c.Q., art.2862.

²² Garage Pierre Allard Inc. c. Sous-ministre du revenu du Québec, [1995]R.D.J. 453, 455 (C.A.), j. Delisle.

²³ C.c.Q. art. 2872.

²⁴ C.c.Q. art. 2857; R. c. Mohan, [1994] 2 R.C.S. 9, 37, j. Sopinka; R. c. Seaboyer, [1991] 2 R.C.S. 577; Gagnon c. Ludger Harvey et Fils Ltée, [1968] B.R. 939; Morris c. La Reine, [1983] 2 R.C.S. 190.

²⁵ C.c.Q. art. 2811; Gauthier c. Cie d'imprimerie et de publication de la Rive Sud Ltée, [1985] R.D.J. 476 (C.A.).

²⁶ C.c.Q. art 2804; Pierre TESSIER et Monique DUPUIS, « Les qualités de la preuve » dans Preuve et procédure, Collection de droit 2004-2005, Volume 2, p. 206; Chapter 9, Electronic Records and Evidence, p.1, disponible à l'adresse : <http://www.justice.gc.ca/en/ps/ec/chap/ch09.doc>.

²⁷ Mark J. FECENKO et Anita M. HUNTLEY, E-Commerce Corporate-Commercial Aspects, LexisNexis, Butterworths, 2003.p. 124; Ken CHASSE, « Computer-Produced Records in Courts Proceedings», dans Uniform Law Conference of Canada, Proceedings of the 1994 annual Meeting, Appendix J., <http://www.law.ualberta.ca/alri/ulc/94pro/94e.ht.m>; J. Douglas EWART, Documentary evidence in Canada, Toronto, Carswell, 1984, p.16-18.

²⁸ Mark J. FECENKO et Anita M. HUNTLEY, op.cit., note 27, p. 124.

B. Le droit de la preuve face à l'avènement du commerce électronique, bref survol.

Les législateurs des provinces de common law ainsi que le législateur québécois ont adopté des lois pour faire face au commerce électronique. La législation québécoise va beaucoup plus loin et ne se contente pas d'une approche minimaliste qui prédomine dans les autres provinces canadiennes²⁹. Malgré des différences, elles se basent souvent sur les mêmes principes. Leur objectif est d'établir le cadre auquel doit répondre un document électronique pour être admissible en preuve. Précisons qu'un document électronique utilisé lors d'une transaction électronique, est un exemple de document technologique qui « suppose un lien étroit à un type de support et à un système informatique³⁰ ». Il se caractérise par « l'utilisation d'un langage binaire, l'absence de support matériel, la présence de métadonnées et enfin un détachement à une structure permanente³¹ ». Les documents électroniques, essentiels pour prouver la formation d'un contrat électronique dans une instance, peuvent être sous forme imprimé ou conservés en format papier ou électronique³², sous réserve d'en établir l'intégrité et/ou l'équivalence fonctionnelle. Il a déjà été considéré que l'utilisation en preuve de documents en provenance de l'Internet avait de nombreux avantages³³.

1. Les principes directeurs des lois sur le commerce électronique.

Au Québec, pour résoudre un litige mettant en cause des documents électroniques, il faut se référer pour l'instant au *Code civil du Québec*³⁴ (C.c.Q.) et à la *Loi concernant le cadre des technologies de l'information*³⁵ (Loi). Le système qu'introduit la Loi, se base sur deux principes essentiels, soient l'équivalence fonctionnelle³⁶ et la neutralité technologique³⁷. La Loi adopte une approche originale et met de l'avant un cadre juridique complet puisqu'elle traite de l'identification, l'authenticité des documents et l'harmonisation des lois³⁸ et se distingue de l'approche minimaliste pour laquelle ont opté plusieurs États³⁹ et provinces canadiennes de common law⁴⁰ qui ont suivi plus fidèlement la Loi Uniforme⁴¹. Malgré tout, les lois des provinces

²⁹ George S. TAKACH, *Computer Law*, Second edition (2003), p.535.

³⁰ Stéphane CAIDI, « La preuve et la conservation de l'écrit dans la société de l'information », (2004) *Lex-Electronica*, vol.9, no.1, p. 63, disponible à l'adresse : <http://www.lex-electronica.org/articles/v9-1/caidi.htm>.

³¹ *Id.*, p.64.

³² Mark J. FECENKO et Anita M. HUNTLEY, *op.cit.*, note 27, p. 123.

³³ *ITV Technologies Inc. c. WIC Television Ltd.*, 2003 FC 1056; Barry B. SOOKMAN, *Computer and Internet Law: A Year in Review*, 31 Mai 2004, Toronto Computer Lawyers Group, disponible à l'adresse: <http://www.mccarthy.ca/pubs/computerlawreview.pdf>.

³⁴ C.c.Q., art. 2837 à 2842.

³⁵ L.R.Q., C-1.1, (ci-après citée « Loi »).

³⁶ *Id.*, art.1.

³⁷ *Id.*, art. 1, 2, 5 et 9; Vincent GAUTRAIS, «Le contrat électronique au regard de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information », dans Vincent Gautrais (dir.), *Droit du Commerce Electronique*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p.3 et p.7.

³⁸ A Special Edition of the Blakes Report, e-Contracting, November 2000, Blake, Cassels & Graydon LLP, p. 1, disponible à l'adresse: http://www.blakes.com/english/publications/focus/article.asp?A_ID=184&DB=BlakesReport; Mark SELICK, «E-Contract Issues and Opportunities for the Commercial Lawyer », (2000-2001) 16 *B.F.L.R.* 1-3.

³⁹ Claude FABIEN, « La preuve par Document Technologique », (2004) 38 *Revue Juridique Thémis*, 533-539; M. M. FONTAINE, « Technologies de l'information au Québec : une technique législative inappropriée », dans Jacques Beaulne (dir.), *Mélanges Ernest Caparros*, Montréal, Wilson&Lafleur, 2002, p.110.

⁴⁰ *Loi sur le commerce électronique*, S.O. 2000, c.17.

de common law différent entres-elles⁴². Tout comme la législation québécoise, les autres lois canadiennes se basent sur le principe de l'équivalence fonctionnelle⁴³.

Pour des questions constitutionnelles, l'approche minimaliste a aussi été suivie au fédéral qui a adopté une loi ne traitant pas directement des contrats, soit la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*⁴⁴.

2. L'obligation d'avoir un écrit sur support papier existe-t-elle?

Selon la *Loi Uniforme*, il ne peut y avoir discrimination sur la base du médium⁴⁵. Même si le principe de l'équivalence fonctionnelle gouverne les lois du commerce électronique et facilite le passage à l'ère numérique des documents électroniques en leur accordant une valeur juridique⁴⁶, il existe malgré tout des situations où la loi exige que l'écrit soit sur un support papier. Souvent, pour des raisons de sécurité et de preuve, les parties peuvent préférer le support papier même si la loi ne l'imposait pas⁴⁷. De plus, l'écrit constitue un moyen de preuve privilégié devant une cour de justice⁴⁸.

a. L'interchangeabilité des supports en droit québécois.

Le *C.c.Q.*, introduit le principe de l'indépendance de l'écrit par rapport au support⁴⁹. Donc l'information devient indissociable⁵⁰ et l'écrit devient, « un moyen de preuve peu importe le support sur lequel il est consigné »⁵¹. Vu le principe de l'interchangeabilité des supports, et sous réserve du droit de la consommation qui impose un support papier dans certains cas, toute personne a droit de conclure des actes juridiques sur le support de son choix. L'écrit demeure un moyen de preuve quelque soit le support sur lequel il se trouve, à moins que la loi n'exige un support spécifique⁵². Le libre choix du support comporte ses limites dans certains domaines où, l'écrit sur support papier demeure la règle et c'est cet original qui devra être mis en preuve. C'est notamment la règle des contrats conclus entre un consommateur et un commerçant⁵³, ou d'un acte notarié en minute⁵⁴. Donc en principe un juge ne pourra pas refuser qu'un document soit déposé

⁴¹ John GREGORY, *Technology Neutrality and the Canadian Uniform Acts*, p.1, disponible à l'adresse: <http://www.lexum.umontreal.ca/conf/conf2002/actes/gregory.html>.

⁴² Le Manitoba a opté pour l'approche « opt-in », *The Electronic Commerce and Information Act*, S.M. 2000 c. E55, alors que l'Ontario a adopté une approche « opt-out », *Loi sur le Commerce Electronique*, S.O. 2000, c. 17.

⁴³ Mark SELICK, *loc. cit.*, note 38, p.6.

⁴⁴ L.C. 2000, ch.5; *Id.*, p.4.

⁴⁵ *Loi Uniforme*, art.5; John GREGORY, *Technology Neutrality and the Canadian Uniform Acts*, *loc. cit.*, note 41.

⁴⁶ Stéphane CAIDI, *loc. cit.*, note 30, p. 23.

⁴⁷ John GREGORY, «Canadian Electronic Commerce Legislation», (2001-2002)17 *Banking & Finance Law Review*, 277-278.

⁴⁸ David G. MASSE, «Le cadre juridique en droit civil québécois des transactions sur l'infoute», 42 *McGill L.J.* 403-422.

⁴⁹ *C.c.Q.*, art.2837; Stéphane CAIDI, *loc. cit.*, note 30, p.103.

⁵⁰ P. GAUTRAT, *Une société sans papier ? Nouvelles technologiques de l'information et droit de la preuve*, « Droit de la preuve et nouvelles technologies de l'information », Paris, Notes et Etudes documentaires, La Documentation Française, 1990, p.169.

⁵¹ Stéphane CAIDI, *loc. cit.*, note 30, p.103-104.

⁵² *C.c.Q.* art. 2837.

⁵³ *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1, art. 25 à 30.

⁵⁴ *C.c.Q.* art. 2693 ; *Loi sur le notariat*, L.R.Q. c. N-2, art. 35(1).

en preuve pour le seul motif qu'il ne se trouve pas sur un support traditionnel tel que le papier⁵⁵. Si le support de l'écrit qui doit être déposé en preuve fait appel aux technologies de l'information, ce document sera qualifié de document technologique au sens de la *Loi*⁵⁶, et devra répondre à certaines conditions pour être admissible en preuve.

Avant l'entrée en vigueur de la *Loi*, il « n'y avait rien de tellement révolutionnaire à considérer l'inscription de données sur medium informatique comme de l'écriture »⁵⁷. Cela est encore plus clair aujourd'hui vu le champ d'application très large de la *Loi* québécoise actuelle qui contient une définition très généreuse de ce que constitue un document⁵⁸. La *Loi* « assimile totalement écrit et document électronique⁵⁹ ». A titre d'exemple, dans une très récente décision, une plainte en vertu de l'article 124 de la *Loi sur les normes du travail*⁶⁰, déposée par courriel auprès de la Commission des Normes du Travail, a été jugée valide et faite par écrit⁶¹.

En Europe, la situation est similaire puisque le Parlement européen a adopté de nombreuses directives concernant le commerce électronique et qui garantissent la validité des contrats électroniques⁶².

b. L'importance de l'écrit en common law.

i. L'obligation d'avoir un écrit existe-elle?

En common law, il n'y a pas d'obligation d'avoir un contrat écrit⁶³. Si elle existe, c'est qu'elle vient des règles statutaires ou réglementaires en place et non de la common law⁶⁴. Donc, vu le principe de l'équivalence fonctionnelle⁶⁵, « le seul fait qu'un document soit sous forme électronique ne suffit pas à le rendre invalide ou sans force exécutoire du point de vue juridique »⁶⁶. Donc le principe de la non-discrimination quant au support a été repris dans les lois des provinces de common law⁶⁷. Comme en droit civil québécois, il y a des exceptions où l'écrit sur support papier est une condition de validité de l'acte. Cette exception, tire son origine d'une loi anglaise, *Statute of Frauds* de 1677⁶⁸ qui trouve toujours écho dans les lois canadiennes⁶⁹. Les

⁵⁵ *Loi*, art.5.

⁵⁶ Claude FABIEN, *loc. cit.*, note 39, p. 551.

⁵⁷ David G. MASSE, *loc. cit.*, note 48, p.427.

⁵⁸ *Loi*, art. 69.

⁵⁹ Vincent GAUTRAIS, disponible à l'adresse : <http://www2.droit.umontreal.ca/cours/ecommerce/DRT6903.htm>, cours 3.

⁶⁰ L.R.Q., c. N-1.1.

⁶¹ *Bélanger c. Future Electronique inc.*, 2005 QCCRT 0570. « La présente Commission considère que la plaignante satisfait aux exigences de l'article 124. Elle soumet par écrit sa plainte à la Commission en utilisant un nouveau mode de transmission de documents, le courriel. »

⁶² Mark SELICK, *loc. cit.*, note 38, p.8.

⁶³ *Big Sky Marketing Co. Ltd. c. Glengor International Pty Ltd.*, [2003] B.C.J. No. 2242; J. BEARDWOOD, *Pratique informatique? Evolution récente de la situation en matière de commerce électronique.* p. 1, disponible à l'adresse : www.coto.org/media/document/pratique_informatique.pdf.

⁶⁴ John GREGORY, «Canadian Electronic Commerce Legislation», *loc. cit.*, note 47, p.279.

⁶⁵ *Loi sur le commerce électronique*, 2000, L.O. 2000, ch.17, art. 4 et suivants; *Loi sur la protection des renseignements personnelles et les documents électroniques*, L.C. 2000, ch.5.

⁶⁶ J. BEARDWOOD, *loc. cit.*, note 63, p.4.

⁶⁷ *Loi sur le commerce électronique (Ontario)*, précitée note 64, art.4.

⁶⁸ *An Act for the Prevention of Frauds and Perjuries*, 29 Charles IIC.3; D. STOLLERY, "Statutes of Frauds" (1976) 14 *Alberta Law Review* 222; Shawn POMPIAN, "Is the Statute of Frauds Ready for Electronic Contracting?", (1999) 85, *Va. L. Rev.* 1447.

tribunaux des provinces de common law, tout en encourageant et promouvant l'existence de l'écrit⁷⁰ dans certains contextes, ont eu une approche jurisprudentielle qui a encouragé le développement⁷¹. Comme en droit civil québécois, l'exigence de l'écrit demeure pour les ventes aux consommateurs⁷² et la législation de common law est à l'effet que le support électronique ne peut être imposé et utilisé sans consentement⁷³. Finalement, comme au Québec, et contrairement au Nouveau Brunswick⁷⁴, un support électronique ne peut être utilisé pour certains documents tels que les testaments⁷⁵. Nous pouvons aussi mentionner dès maintenant, qu'autant en droit civil qu'en common law, il existe aussi des obligations de préservation de la preuve⁷⁶.

ii. Le contrat électronique constitue-t-il un écrit?

Les lois qui traitent du commerce électronique adoptées par les provinces de common law ne donnent pas une réponse claire à cette question. La *Loi sur l'interprétation* de l'Ontario donne plus d'indices car elle définit l'écrit comme incluant « words printed, painted, engraved, lithographed, photographed, or represented or reproduced by any other mode in visible form.⁷⁷ » Un tribunal peut difficilement rejeter un document électronique sur la base qu'il ne constitue pas un écrit et ce même si certains pensent que les lois sur l'interprétation suggèrent un élément de permanence⁷⁸, étant donné les dispositions des lois sur l'interprétation et des nouvelles lois sur le commerce électronique⁷⁹. Toutefois, les lois sur la protection du consommateur exigent des étapes additionnelles pour que le contrat soit valide⁸⁰.

⁶⁹ Statute of Frauds, R.S.O. 1990, c. art. 19; Ontario's Insurance Act, c.I.8, art 139; The cost of Borrowing (Banks) Regulations (under the Federal Bank Act) S.O.R./2001-101; Ontario's Consumer Protection Act, R.S.O. 1990, c.C.31, art. 19, 36(2); Alberta's Sale of goods Act, R.S.A. 1980, c. S-2, art. 7; Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, art. 13(4); Education Act, R.S.O.1990, c. E.2; Environmental Protection Act, R.S.O.1990, c. E.19.

⁷⁰ Ben-Israel c. Vitacare Medical Products Inc., [1997] O.J. No. 2272 (Ont.C.A.). Pour la position anglaise qui elle aussi est similaire voir McBlain c. Cross (1871), 25 L.T. 804 et E.G.M. Carmichael, The Law Relating to the Telegraph, the Telephone and the Submarine Cable, London Knight & Co., 1904; Pour une analyse de la situation américaine qui est similaire sur le sujet voir William JONES, A Treaties on the Law of Telegraph and Telephone Companies, 2d ed., Kansas City: Vernon Law Book Company, 1916.

⁷¹ Les messages télégraphiques (Kinghorne c. The Montréal Telegraph Co. (1859), 18 U.C.Q.B.R. 60.), les fax (Beatty c. First Explor. Found 1987 & Co. (1988), 25 B.C.L.R. (2d) 377 (S.C.); Rolling c. Willann Investments Ltd. (1989), 70 O.R. (2d) 578-581 (C.A.)) et les messages électroniques (Newbridge Networks Corp. (Re) (2000), 48 O.R. (3d) 47 (Ont. Sup. Ct.) ; Re RealNetworks Inc., Privacy Litigation, 2000 U.S. Dist. Lexis 6584 (N.D. 111. 2000)), ont été considérées comme des écrits répondant aux définitions d'écrit des lois des provinces de common law (Interpretation Act (Ontario), R.S.O. 1990 c. I.11 , art. 29(1); Federal Interpretation Act, R.C.S. 1985, c. I-21).

⁷² Consumer Protection Act, R.S.O. 1990, c. C. 31, art. 13.

⁷³ Loi sur le commerce électronique, précitée note 64, art. 3(1).

⁷⁴ Electronic Transaction Act, S.B.N. 2001, c. E-5.5; Takach p.535.

⁷⁵ Loi sur le commerce électronique, précitée note 64, art. 31.

⁷⁶ Loi sur les Archives, L.R.Q., chapitre A-21.1; Loi sur les Compagnies, L.R.Q., c. C-38, art. 123.111 ss ; Canada Business Corporation Act, R.S.C. 1985, c. C-44. art. 20; Ontario Business Corporation Act, R.S.O. 1990, c. B.16, art.140; Income Tax Act, R.C.S. 1985, c.1, art. 230; Ontario Limitation Act, R.S.O. 1990, c. L.15, art. 45; Institute of Chartered Accountants of Ontario (ICAO) Rules of Professional Conduct, art. 218, disponible à l'adresse: <http://www.icao.on.ca/>; Mark J. FECENKO et Anita M. HUNTLEY, op.cit., note 27, p.137.

⁷⁷ R.S.O. 1990, c. I.11., art. 29(1).

⁷⁸ Mark SELICK, loc. cit., note 38, p.18.

⁷⁹ Loi sur le commerce électronique de l'Ontario, art. 5 : « A legal requirement that information or a document be in writing is satisfied by information or a document that is in electronic form if it is accessible so as to be usable for subsequent reference » et l'article 4 : «Information or a document to which this Act applies is not invalid or unenforceable by reason only of being in electronic form»; Electronic Commerce Act, S.N.S. 2000, c. 32; David

La *Loi Uniforme sur la Preuve*⁸¹ énonçait à son article 2 que « la présente loi n'a pas pour effet de modifier les règles de common law ou d'origine législative applicables à l'admissibilité en preuve de documents, à l'exception des règles régissant l'authentification et la meilleure preuve. » Les règles traditionnelles concernant l'admissibilité en preuve ont été remises en question suite à l'avènement de l'immatériel et à l'adoption des nouvelles lois. Voilà ce qui retiendra notre attention dans la prochaine partie.

II. L'admissibilité des documents électroniques en preuve.

Rares sont les cas où les tribunaux ont refusé d'admettre en preuve les documents électroniques⁸². Les juges ont accepté assez facilement que les gouvernements ou les entreprises conservaient leurs données sur des supports informatiques⁸³.

A. La règle de la meilleure preuve.

La règle de la meilleure preuve veut que la preuve soit la meilleure possible. En pratique cela équivaut à déposer en preuve l'original. Comment un document électronique peut-il répondre à cette règle? Le droit de la preuve a-t-il été réévalué? Souvent les tribunaux ont qualifié les documents électroniques d'originaux, de duplicata ou de copies fiables⁸⁴. Dans un contexte électronique la notion d'original est problématique, c'est pourquoi la *Loi Uniforme sur la Preuve* était à l'effet que pour satisfaire la règle de la meilleure preuve, il fallait prouver que le document a été « enregistré ou mis en mémoire par un système d'archivage électronique dont la fiabilité est démontrée⁸⁵ ».

De plus, nous traiterons dans cette partie de l'exigence de l'authenticité dans cette partie même si elle constitue une condition d'admissibilité distincte.

1. La règle de la meilleure preuve en droit civil.

Vieux principe de common law introduit dans la législation québécoise⁸⁶, la règle de la meilleure preuve contient des exceptions jurisprudentielles et législatives⁸⁷ qui atténuent ses effets. Face à l'avènement de l'immatériel, la règle de la meilleure preuve a subi un relâchement et est devenue moins exigeante afin de s'adapter au changement⁸⁸. Dans le contexte électronique, la notion d'original demeure importante et « the best evidence rule works towards integrity, but does not ensure it⁸⁹ ». Pour faciliter la procédure et diminuer les litiges, la *Loi Uniforme sur la preuve* a introduit des présomptions de fiabilité du système d'archivage⁹⁰.

JOHNSTON, Sunny HANDA et Charles MORGAN, *Cyberlaw - What you need to know about doing business online*, (Toronto: Soddart, 1997), p. 192.

⁸⁰ *Consumer Protection Act*, R.S.O. 1990, c. C.31, art. 6(1), 8, 10(1), 19, 22(4).

⁸¹ Disponible à l'adresse: <http://www.ulcc.ca/fr/us/index.cfm?sec=1&sub=1u2>.

⁸² *R. c. Sheppard* (1992), 97 Nfld. & P.E.I.R. 144.

⁸³ John GREGORY, «Canadian Electronic Commerce Legislation», *loc. cit.*, note 47, p.327.

⁸⁴ *R. c. McMullen* (1978), 42 C.C.C. (2d) 67; *R. c. Vanlerberghe* (1976), 6 C.R. (3d) 222; Consultation Paper, *loc. cit.*, note 14, p.1.

⁸⁵ *Loi Uniforme sur la Preuve Electronique*, précitée note 6, art. 4(1).

⁸⁶ Vincent GAUTRAIS, disponible à l'adresse : <http://www2.droit.umontreal.ca/cours/ecommerce/DRT6903.htm>.

⁸⁷ *C.c.Q.*, art.2860 al2, 2861, 2840.

⁸⁸ *R. c. Hall*, [1998] B.C.J. No.2515 (B.C.S.C.).

⁸⁹ John GREGORY, «Canadian Electronic Commerce Legislation», *loc. cit.*, note 47, p.333.

⁹⁰ Précitée note 6, art.5.

a. Le choix du législateur.

Le législateur québécois, en adoptant la *Loi*, et les nouveaux articles du *C.c.Q.*, n'a pas choisi de créer un nouveau moyen de preuve pour les documents électroniques. Par conséquent, le document électronique, doit emprunter l'un des moyens de preuve déjà existants⁹¹. Malgré ceci le législateur a choisi d'intégrer un nouveau critère dominant, celui de l'intégrité⁹². Donc même s'il n'a pas introduit une nouvelle forme de moyen de preuve pour cet écrit, il a introduit un régime de preuve distinct⁹³. Nous pouvons mentionner que face à une transaction électronique, la preuve sera plus complexe car de nombreux éléments tels que l'adresse du contractant, les éléments de sécurité mis en place pour assurer que l'information n'est pas altérée ainsi que la preuve que le service ou le produit a été envoyé devront être établis⁹⁴. La règle de la meilleure preuve se trouve bouleversée car les mêmes critères applicables aux documents sur support papier pour permettre aux tribunaux d'apprécier leur force probante, sont maintenant applicables aux documents technologiques⁹⁵. Un document numérique qui remplit les mêmes fonctions qu'un document papier sera qualifié d'écrit et les règles de preuve du *C.c.Q.* applicables à l'écrit lui seront applicables. La règle de la meilleure preuve applicable à un document écrit est à l'effet que l'acte juridique constaté par écrit doit être prouvé par la production de l'original ou une copie qui en tient lieu⁹⁶. Une copie au sens des articles 2815 et 2816 *C.c.Q.* peut tenir lieu d'original. Le *C.c.Q.* permet deux formes de reproduction des documents électroniques: la copie et le transfert⁹⁷. Le document, s'il répond aux exigences législatives⁹⁸ aura la même valeur qu'un original. Un document technologique peut remplir la fonction d'original⁹⁹ si son intégrité est assurée et si ses fonctions sont d'établir que le document est la source première de reproduction, qu'il présente un caractère unique et qu'il est la forme première d'un document relié à une personne¹⁰⁰. Toutefois, en droit québécois la règle de la meilleure preuve comporte aussi certaines exceptions¹⁰¹.

b. La notion d'intégrité en droit civil québécois.

Très présent dans la *Loi*, ce critère constitue une condition légale de recevabilité. Ainsi, pour qu'un écrit instrumentaire sous sein privé électronique fasse preuve au même titre qu'un document de même nature établi sur un support papier, son intégrité doit être assurée¹⁰².

⁹¹ Claude FABIEN, *loc. cit.*, note 39, p.545.

⁹² Vincent GAUTRAIS, *loc. cit.*, note 37, p.21.

⁹³ Vincent GAUTRAIS, disponible à l'adresse : <http://www2.droit.umontreal.ca/cours/ecommerce/DRT6903.htm>, cours 9.

⁹⁴ *Guide juridique du commerçant électronique. version préliminaire*, p.96, disponible à l'adresse : <http://132.204.136.33/pob/05/fr/guidefinal.pdf>.

⁹⁵ Pierre TESSIER et Monique DUPUIS, *op. cit.*, note 26, p. 203.

⁹⁶ *C.c.Q.* art. 2860.

⁹⁷ *C.c.Q.* art. 2841 et 2842.

⁹⁸ *Loi*, art.6.

⁹⁹ *Loi*, art.12; *C.c.Q.* art.2860.

¹⁰⁰ *Loi*, art. 12; Il s'agit ici des procédés reliés à la signature ; *C.c.Q.*, art. 2826-2827 ; *Loi*, art. 39, 75 ; Claude FABIEN, *loc.cit.*, note 39, p.562 ; Vincent GAUTRAIS, « La couleur du consentement électronique », (2003) *CPI* 69, p.28.

¹⁰¹ La preuve pourra se faire par tout moyens si la partie, malgré sa bonne foi et sa diligence, ne peut pas produire un original ou une copie (*C.c.Q.* art. 2860 al.2.), ou s'il y a impossibilité de produire l'écrit car un tiers le détient, ou la perte du document ou tout simplement le consentement des parties.

¹⁰² *C.c.Q.* art. 2838.

i. L'intégrité et l'authenticité.

Selon une règle de preuve bien établie dans notre droit, « pour qu'un écrit instrumentaire fasse preuve de son contenu, il faut que son authenticité soit établie¹⁰³ ». Peut-on concilier les deux critères? Alors que l'authenticité fait appel à l'auteur et que l'intégrité fait plutôt appel à un contenu complet, leur cumul est possible¹⁰⁴. Là où les deux sont traités ensemble c'est dans la partie qui traite de la contestation d'un tel écrit qui requerra une allégation ainsi qu'un affidavit¹⁰⁵. Ce dernier doit « rendre probable l'atteinte à l'intégrité du document »¹⁰⁶. En conclusion :

« ce changement de critère nous paraît convainquant dans la mesure où il assure une répartition des tâches entre l'écrit et la signature qui semble en rapport tant avec la réalité, la perception commune et l'état du droit. Le critère de l'intégrité nous paraît donc plus approprié que celui de l'authenticité, légèrement plus étroit [...]»¹⁰⁷.

ii. La réalisation de l'intégrité d'un document.

Pour que l'intégrité d'un document électronique soit prouvée, une simple constatation ne suffit pas. L'intégrité est assurée lorsque l'information n'a pas été altérée, qu'elle est maintenue dans son intégralité et que le support sur lequel l'information se trouve lui apporte une stabilité et une pérennité¹⁰⁸. La qualité de l'information et le support sont les deux aspects importants¹⁰⁹. Cependant, « il est encore difficile de deviner comment se concrétiseront en pratique les concepts de « non-altération » et d' « intégralité » [...] »¹¹⁰. Pour la qualité de l'information la situation est un peu similaire à celle du document papier, cependant la situation du support et des critères de stabilité et pérennité est plus complexe. Selon la *Loi*, l'intégrité d'un document doit être maintenue au cours de son cycle de vie. De plus, les mesures de sécurité mises en place pour protéger le document seront prises en compte dans l'évaluation de l'intégrité¹¹¹. Ces règles introduisent l'obligation de faire preuve de diligence et prendre des mesures nécessaires à la conservation et la non altération de l'information afin qu'elle soit crédible devant un tribunal¹¹². Nous pouvons aussi mentionner brièvement qu'en ce qui a trait aux modalités de conservation, les exigences sont parfois limitées et n'établissent pas nécessairement des méthodes prédéterminées¹¹³. Alors que certaines lois¹¹⁴ comme celle des États-Unis sont réellement plus

¹⁰³ Léo DUCHARME, *L'administration de la preuve*, Coll. « Bleue », 2^e ed., Montreal, Wilson & Lafleur, 1995, p.195.

¹⁰⁴ Vincent GAUTRAIS, *loc. cit.*, note 37, p.23.

¹⁰⁵ *Code de procédure civile*, L.R.Q., 1977, c. C-25, (ci-après cité « *C.p.c.* »), art. 89 al.1, « La contestation de la signature ou d'une partie importante d'un écrit sous sein privé »; Daniel POULIN et Pierre TRUDEL, (dir.), *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* annotée et glossaire, Centre de recherche en droit public (CRDP), Université de Montréal, Septembre 2001, disponible à l'adresse :

http://www.autoroute.gouv.qc.ca/loi_enligne/index.html.

¹⁰⁶ Stéphane CAIDI, *loc. cit.*, note 30, p.108.

¹⁰⁷ Vincent GAUTRAIS, *loc. cit.*, note 37, p.25.

¹⁰⁸ *C.c.Q.* art. 2839 al. 1.

¹⁰⁹ Vincent GAUTRAIS, *loc. cit.*, note 37, p.28.

¹¹⁰ *Id.*, p.11.

¹¹¹ *Loi*, art. 6.

¹¹² Vincent GAUTRAIS, *loc. cit.*, note 35, p.29.

¹¹³ *Loi Uniforme sur le Commerce Electronique*, précitée note 6, art. 12-13, *Loi type*, précitée note 4, art.10.

¹¹⁴ *Loi*, art. 19 ; La loi ontarienne stipule que les conditions légales de conservation d'un document électronique sont remplies si : « a) Le document électronique est conservé à la même disposition que le document écrit ou une

audacieuses, et proposent des pistes¹¹⁵, nous pouvons nous demander si d'autres comme celles du Québec, le sont vraiment.¹¹⁶

Plusieurs mesures sont susceptibles d'assurer l'intégrité d'un document comme les systèmes de documentation suite à une opération ainsi que des procédés de transmission fiables¹¹⁷. Si le support ne satisfait pas la condition d'intégrité, « le document perd son statut d'écrit et ne peut être reçu qu'à titre de témoignage ou d'élément matériel et de servir de commencement de preuve »¹¹⁸.

iii. La liberté de la preuve électronique, un concept qui doit être réaménagé.

En principe, si l'écrit constate un acte juridique, les parties ne peuvent pas le contredire par un simple témoignage à moins qu'il y ait un commencement de preuve¹¹⁹. Malgré la rigidité dont le *C.c.Q.* semble faire preuve à l'effet que si la valeur en litige excède 1 500\$, la preuve de l'acte juridique en question ne peut se faire par témoignage, une certaine souplesse existe puisque la preuve serait permise s'il y a absence de preuve écrite, commencement de preuve ou bien si l'acte juridique a été passé par une personne dans le cadre de ses activités d'entreprise¹²⁰. Donc, un document électronique doit être intègre et pour qu'il le soit, la preuve des mesures de sécurité mises en place pour le conserver doit être aussi apportée. Par conséquent plusieurs éléments tels que les faisceaux d'indices devront être prouvés et démontreront la diligence¹²¹. Ils pourront éventuellement constituer un commencement de preuve¹²². Les éléments qui ont trait à l'intégrité pourront être mis en preuve par le biais du témoignage, mais la contradiction ne pourra pas être faite en utilisant le même moyen de preuve. Pour conclure, un document électronique aura besoin de plusieurs éléments secondaires pour prouver « tant son existence que son contenu qui dépendent, nous l'avons vu, de son intégrité¹²³. » Ainsi, la liberté probatoire n'est pas vraiment établie en droit québécois et il n'y a pas une façon d'archiver des données importantes

disposition qui représente avec précision les renseignements que contient celui-ci; b) les renseignements contenus dans les document électronique seront accessibles de manière que quiconque a un droit d'accès au document écrit ou est autorisé à exiger sa production puisse les utiliser pour consultation ultérieure. », Loi sur le commerce électronique, 2000, L.O. 2000, ch.17, art.12.

¹¹⁵ U-S Federal Rules of Evidence, art. 803 (6), disponible à l'adresse: <http://www.law.cornell.edu/rules/fre/>.

¹¹⁶ Loi, art.17; Vincent GAUTRAIS, <http://www2.droit.umontreal.ca/cours/ecommerce/DRT6903.htm>, acétate 28-29

¹¹⁷ Loi, art. 17, 30; Stéphane CAIDI, loc. cit., note 30, p.79.

¹¹⁸ C.c.Q. 2839 et 2865; Stéphane CAIDI, loc. cit., note 30, p.106.

¹¹⁹ C.c.Q. art. 2863.

¹²⁰ C.c.Q. art. 2862.

¹²¹ Selon le professeur Gautrais, une partie « ne se retrouve pas avec un seul document papier comme c'était le cas avec les écrits traditionnels, mais avec un faisceau d'indices dont il va pouvoir alléguer afin de montrer sa diligence et défendre sa position. (...) Nous sommes donc face à une multiplication des modes de preuve qui relèvent du témoignage afin de démontrer l'intégrité d'un document technologique. Certes, il s'agit de la preuve de l'intégrité du document et non de sa contradiction, mais nous croyons qu'il est difficile de séparer les deux », Vincent GAUTRAIS, loc. cit., note 37, p.32.

¹²² C.c.Q. art.2865 ; Il a été jugé récemment qu'un courrier pouvait constituer un commencement de preuve qui donnait l'ouverture à une preuve testimoniale. Voir à cet effet la décision récente Vandal c. Salvas [2005] IJCan 40771 QC. C.Q.

¹²³ Vincent GAUTRAIS, loc. cit., note 37, p.33.

devant un tribunal de justice sauf quand la loi l'impose. Il faudra donc faire la preuve du : qui, quoi et comment¹²⁴.

iv. La présomption d'intégrité.

L'intégrité constitue un critère très exigeant et rigoureux et sa vérification tout au long du cycle de vie d'un document peut s'avérer très difficile à vérifier. Voilà pourquoi, conscient de ce problème, le législateur a rédigé la règle de l'article 7 de la *Loi* qui crée une présomption quant à l'intégrité du support¹²⁵. Donc, le *C.c.Q.* crée une présomption d'intégrité à l'effet que la partie qui invoque un document technologique n'aura pas à prouver l'intégrité du document sauf si la partie qui conteste l'admissibilité du document technologique établit selon la balance des probabilités qu'il y a eu une atteinte à l'intégrité du document¹²⁶. Comme le *C.c.Q.*, la *Loi* facilite la mise en preuve des documents technologiques en édictant la règle suivante :

« 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 permettant d'assurer son intégrité, à moins que celui qui conteste l'admission du document n'établisse par prépondérance de preuve, qu'il y a eu atteinte à l'intégrité du document.¹²⁷ »

Des règles concernant la conservation, le transfert, la consultation ou bien le maintien d'un document technologique ont été édictées dans la *Loi* afin de donner des garanties pour s'assurer de l'intégrité des documents. Ces règles faciliteront le travail des experts qui seront appelés à prouver l'intégrité d'un document en cas de contestation. Il est généralement reconnu que cette présomption d'intégrité ne vaut que pour le support et elle ne joue que s'il n'y a pas de contestation¹²⁸. Ce qui veut dire que la preuve de l'intégrité de l'information contenue dans le document devra être apportée. Cette règle vient du fait qu'« on a sans doute voulu calquer la situation qui prévaut dans le domaine des contrats papier où celui qui l'invoque doit présenter le document, mais pas l'ensemble du processus d'archivage qui la caractérisait¹²⁹. »

Les tribunaux québécois semblent associer l'authenticité et l'intégrité de façon systématique¹³⁰. Même si l'intégrité du support n'est pas négligeable pour établir l'authenticité, elle ne constitue qu'une étape. Les juges québécois doivent appliquer les conditions que la *Loi* met de l'avant en ce qui concerne un original et la copie d'un original¹³¹ et ne doivent pas s'arrêter à cette seule étape. Cela permettrait d'établir si le document est réellement authentique.

¹²⁴ Vincent GAUTRAIS, Les aspects relatifs à la sécurité, Le guide juridique du commerçant électronique, disponible à l'adresse : <http://132.204.136.33/pob/05/fr/guidfinal.pdf>.

¹²⁵ Sunny HANDA, Claude MARSEILLE, Martin SHEEHAN, E-Commerce Legislation and Materials in Canada, LexisNexis Butterworths, 2005-2006, p. 258.

¹²⁶ *C.c.Q.*, art.2840; Michel GAGNÉ, loc. cit., note 7, p. 98.

¹²⁷ *Loi*, art.7.

¹²⁸ *C.p.c.* art. 89(4), les contestations des documents technologiques doivent être alléguées et appuyées d'un affidavit et la personne qui conteste doit apporter par prépondérance de preuve qu'il y a eu une atteinte à l'intégrité.

¹²⁹ Vincent GAUTRAIS, loc. cit., note 37, p.36.

¹³⁰ Il semble que les tribunaux québécois ont une certaine difficulté à saisir et interpréter l'article 7 de la *Loi* : Vandal c. Salvas [2005] IIJCan 40771 QC. C.Q.; Citadelle, Cie d'assurance générale c. Montréal (Ville), 2005 IIJCan 24709 (QC C.S.).

¹³¹ *Loi*, art. 12 et 16.

La présomption pourra poser dans l'avenir de problèmes d'ordre pratique puisque les deux éléments tels que l'information et le support sont liés, il sera plus prudent d'alléguer dès le départ les documents qui justifient la diligence pour ne pas voir son document traité d'irrecevable suite à une contestation réussie¹³².

Il existe une autre présomption d'intégrité dans la *Loi*, en faveur des documents d'une entreprise¹³³.

En ce qui a trait à l'archivage, nous allons simplement nous contenter de mentionner que la conservation n'équivaut pas à l'archivage¹³⁴ puisque « le terme conservation confère une dimension juridique au fait d'archiver »¹³⁵.

Pour conclure sur cette partie, nous pouvons souligner que la règle de la meilleure preuve adoptée par le Québec diffère de ce que la *Loi Uniforme sur la Preuve* proposait. Cette dernière établissait une distinction : si la gestion était faite par soi-même, l'intégrité devait être prouvée, le fardeau devenait donc plus lourd, et si l'archivage était fait par un tiers, il bénéficierait d'une présomption, le fardeau devenant alors moins lourd¹³⁶. Au Québec, la présomption ne joue qu'en faveur du système. De plus, malgré le système d'assimilation mis en place par le législateur dans le *C.c.Q.*, le régime de preuve applicable à un document électronique demeure distinct¹³⁷.

Nous pouvons aussi mentionner qu'en droit européen il existe des recommandations¹³⁸ qui permettent un renversement du fardeau de la preuve. Ainsi « c'est l'émetteur qui supporte la charge de prouver que l'opération a été correctement enregistrée et comptabilisée; n'a pas été affectée par un incident technique ou une autre défaillance.¹³⁹ »

2. La règle de la meilleure preuve en common law.

En common law, les documents électroniques ne sont pas rejetés par un tribunal pour seul motif qu'ils ne sont pas fiables à cause de leur nature. Les documents en provenance d'un ordinateur sont presque toujours admissibles¹⁴⁰. Les provinces de common law ainsi que la loi fédérale se sont inspirées de la *Loi Uniforme*. Selon le professeur Takach, la *Loi Uniforme* a pour objectif : « to provide that the best evidence rule is satisfied in respect of electronic records by proof of the

¹³² Vincent GAUTRAIS, *loc. cit.*, note 35, p.36.

¹³³ *Loi*, art. 33; Selon le professeur Fabien, cette disposition pose des problèmes d'interprétation pour certains auteurs car ils se demandent si cette présomption couvre l'original en plus des copies, dans cette situation il sera difficile de déterminer comment échapper à la présomption en prouvant le contraire ou en appliquant le mécanisme de contestation de 2839 *C.c.Q.*, Claude FABIEN, *loc. cit.*, note 39, p.574.

¹³⁴ Groupe de Coordination des collections Électroniques, Politiques et directives relatives aux publications électroniques diffusées en réseau, Bibliothèque Nationale du Canada, 1998.

¹³⁵ Stéphane CAIDI, *loc. cit.*, note 30, p.112; Éric CAPRIOLI, *Les incertitudes du droit, Montréal*, « Les tiers de confiance dans l'archivage électronique : une institution juridique en voie de formation », Montréal, Les Editions Thémis, 1999.

¹³⁶ Vincent GAUTRAIS, <http://www2.droit.umontreal.ca/cours/ecommerce/DRT6903.htm>, acétate 19.

¹³⁷ *Id.*, acétate 20.

¹³⁸ Recommandation 97/489, « relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de paiement électronique, en particulier la relation entre émetteur et titulaire »; Etienne WERY, Facture, monnaie et paiement électroniques. Aspects Juridiques, Jurisclasseur, Litec Groupe LexisNexis, Paris 2003, p. 78, 101.

¹³⁹ Etienne WERY, *op.cit.*, note 138, p. 101.

¹⁴⁰ *R. c. Bell and Bruce*, (1982), 65 C.C.C. (2d) 377 (Ont. C.A. aff'd SCC); John GREGORY, «Solving Legal Issues in Electronic Government: Authority and Authentication», (2002) 1 issue 2, Canadian Journal of Law & Technology, p.10.

integrity of the electronic records system by which the data was recorded and preserved¹⁴¹ ». Cet objectif a été repris dans la *Loi sur la Preuve au Canada*¹⁴². De plus, l'authentification, la règle de la meilleure preuve et les présomptions d'intégrité sont des principes de la *Loi Uniforme* adoptées autant par les provinces de common law que par le gouvernement fédéral.

a. La notion d'original.

Il a déjà été considéré que l'original qui se trouve sur Internet est une meilleure preuve qu'une copie imprimée¹⁴³, mais il demeure plus facile pour la cour d'avoir une copie papier. Selon la Cour fédérale canadienne, « l'exactitude des copies que permet la technologie contemporaine a diminué l'importance de la règle de la meilleure preuve.¹⁴⁴ » En effet, « [...] à l'ère des photocopies, des sorties imprimantes et des vidéocassettes, la question de savoir quel document est l'original n'a pas nécessairement de réponse évidente. En outre, les règles de la preuve devraient refléter les pratiques de la société contemporaine. Lord Lloyd formulait à ce sujet les observations suivantes dans l'arrêt *R. c. Governor of Pentonville Prison, ex Parte Osman* : notre Cour ne demanderait pas mieux que de dire adieu à la règle de la meilleure preuve¹⁴⁵ ».

En principe selon les lois de common law, les contrats électroniques sont équivalents à un original si :

« reliable assurance exists as to the integrity of the information contained in the e-contract from the time it was first created in its final form ; and the e-contract is accessible by the appropriate person so as to be usable for subsequent reference and is capable of being retained by that person.¹⁴⁶ »

Au fédéral l'accent est parfois mis sur l'existence d'une signature électronique sécurisée¹⁴⁷, alors qu'au Québec, «the originality test varies depending on whether the need to establish originality is to assure that the document: (i) is the first form from which copies are made; (ii) is unique; or (iii) is the first form of a document associated with a person. »¹⁴⁸ L'intégrité qui doit être assurée dans tous les cas, constitue le point commun¹⁴⁹. De plus, la *Loi sur la preuve au Canada* a donc préféré une approche différente de celle envisagée par le droit civil puisque la règle de la meilleure preuve est satisfaite si la fiabilité du système d'archivage est démontrée ou présumée¹⁵⁰. Le professeur Fabien soutient que :

« malgré le paragraphe (1), (et) sauf preuve contraire, le document électronique sous forme de sortie imprimée satisfait à la règle de la meilleure preuve si la sortie imprimée a de toute évidence ou régulièrement été utilisée comme document relatant l'information enregistrée ou mise en mémoire¹⁵¹. »

¹⁴¹ Georges S. TAKACH, *loc. cit.*, note 29, p. 606.

¹⁴² L.R.C.(1985), c. C-5, art. 31.2(1).

¹⁴³ *ITV Technologies Inc. c. WIC Television Ltd.*, précitée note 33.

¹⁴⁴ *Id.*, p. 1056.

¹⁴⁵ John SOPINKA, Sidney N. LEDERMAN, et Alan W. BRYANT, *The Law of Evidence in Canada*, 2^e édition, 1999, p.1013-1014.

¹⁴⁶ Blakes Report, *loc. cit.*, note 38, p.5.

¹⁴⁷ *Loi sur la protection des renseignements personnels et des documents électroniques*, précitée note 44, art.42.

¹⁴⁸ Blakes Report, *loc. cit.*, note 38, p.5.

¹⁴⁹ *Id.*, p.5.

¹⁵⁰ *Loi sur la preuve au Canada*, précitée note 142, art. 31.2, 31.4.

¹⁵¹ Claude FABIEN, *loc. cit.*, note 39, p. 601-602.

Pour conclure sur la notion d'original, même si les critères de la *Loi Uniforme* ou des autres lois canadiennes¹⁵² sont différents de ceux retenus par la loi québécoise¹⁵³, il n'en demeure pas moins que l'intégrité doit être assurée dans les deux cas¹⁵⁴.

b. L'authentification.

En common law la preuve de l'authentification est remplie si elle est « sufficient to support a finding that the document is what it purports to be¹⁵⁵ ». La *Loi Uniforme sur la Preuve Electronique* « simply codifies the common law requirement (...), that the foundation evidence be capable of supporting a finding of authenticity¹⁵⁶. »

Il a déjà été soutenu que l'authentification, qui est une question d'identité plutôt que d'intégrité¹⁵⁷, était normalement prouvée si :

« the computer equipment is accepted in the field as standard and competent and was in good working order, qualified computer operators were employed, proper procedures were followed in connection with the input and output of information, a reliable software program was utilized, the equipment was programmed and operated correctly, the exhibit is properly identified as the output in question¹⁵⁸. »

Selon le professeur Fabien, les dispositions de la *Loi sur la Preuve au Canada*¹⁵⁹, ne semblent pas faire de distinction entre l'authenticité du document électronique et l'authenticité du document papier qui le représente. Pour lui, accepter le document papier comme preuve de document électronique est une solution qui a pour avantage d'être plus simple et fonctionnelle¹⁶⁰. Cependant, la règle de common law qui traite de l'authentification demeure¹⁶¹ et les documents électroniques sont traités de la même façon que les documents papier. L'authenticité d'un document électronique¹⁶² devra être démontrée oralement et elle pourra être attaquée, l'intégrité ne faisant pas partie du test¹⁶³. En common law, la signature ne suffit pas pour établir l'authentification¹⁶⁴ car « a signature in itself is inadmissible hearsay¹⁶⁵ ».

¹⁵² *Loi Uniforme*, précitée note 6, art. 11; *Electronic Commerce Act*, S.N.S. 2000, c. 32, art.12.

¹⁵³ *Loi*, art. 12.

¹⁵⁴ Stephan KINSELLA et Andrew F. SIMPSON, *op.cit.*, note 13, p. 57.

¹⁵⁵ Stanley SCHIFF, *Evidence in the Litigation Process*, 3rd ed. (Toronto: Carswell, 1988), p. 728; John GREGORY, «Canadian Electronic Commerce Legislation», *loc. cit.*, note 47. p.331.

¹⁵⁶ John GREGORY, « Canadian Electronic Commerce Legislation », *loc. cit.*, note 47, p.331; *Loi Uniforme sur la Preuve*, précitée note 6, art.3.

¹⁵⁷ Consultation paper, *loc. cit.*, note 14, p.1.

¹⁵⁸ *State of Connecticut c. Swinton*, SC 16548, May 11, 2004.

¹⁵⁹ Précitée note 142, art. 31.1.

¹⁶⁰ Claude FABIEN, *loc. cit.*, note 39, p.601.

¹⁶¹ Mark J. FECENKO et Anita M. HUNTLEY, *op.cit.*, note 27, p. 133; John GREGORY, «Authentication Rules and Electronic Records», (2002) 81 *Can. Bar Rev.* 529.

¹⁶² *Loi sur la Preuve au Canada*, précitée note 142, art.31.1 et 31.5; *Loi sur la Preuve en Ontario*, L.R.Q. 1990, ch. E.23, art. 34.1(4).

¹⁶³ Mark J. FECENKO et Anita M. HUNTLEY, *op.cit.*, note 27, p.134.

¹⁶⁴ *Id.*, p.133.

¹⁶⁵ *Id.*, p.134; *Slough Estates Canada Ltd. c. Federal Pioneer Ltd.* (1994), 20 O.R. (3d) 429 Gen. Div. ; Pour vérifier l'identité des documents, le témoignage sous serment de la personne qui l'a vu signer et qui peut être contre interrogé est envisageable, Mark J. FECENKO et Anita M. HUNTLEY, *op.cit.*, note 27, p.134.

c. La règle de la meilleure preuve.

En common law, la règle de la meilleure preuve est satisfaite si l'intégrité du système qui a servi à enregistrer ou mettre en mémoire le document est démontrée¹⁶⁶. Le législateur fédéral a adopté une solution plutôt différente de la solution québécoise dans *Loi sur la preuve au Canada*¹⁶⁷, en édictant que tout document électronique satisfait à la règle de la meilleure preuve si :

- « (i) The integrity of the electronic document system by or in which the document was recorded or stored is proven;
- (ii) if a printout has been manifestly or consistently acted on, relied on or used as a record of the formation recorded in the printout;
- (iii) at all material times the computer system or similar device used by the electronic documents system was operating properly or, if not, did not affect the integrity of the document and there are no other reasonable grounds to doubt the system;
- (iv) it was recorded stored by a party who is adverse in interest to the party seeking to introduce it; or
- (v) it was recorded or stored in the usual and ordinary course of business by a person who is not a party and who did not record or store it under the control of the party seeking to submit it¹⁶⁸. »

Les mêmes articles adoptent une solution plus facile et qui semble mieux fonctionner que la solution québécoise car il est mentionné que sauf en cas de preuve contraire et malgré ce qui a été mentionné plus haut, le document électronique sous forme de sortie imprimée satisfait à la règle de la meilleure preuve si cette sortie imprimée a été régulièrement utilisée.

d. Les présomptions.

La *Loi sur la preuve*¹⁶⁹ canadienne crée des présomptions de fiabilité et d'exactitude pour les registres des institutions financières et une d'exactitude pour les documents commerciaux¹⁷⁰. Les présomptions visent aussi les documents en provenance des ordinateurs¹⁷¹. Si nous sommes confrontés à « une reproduction d'un document sur support informatique, l'article 31.2 (1) a) ajoute qu'il est nécessaire de faire la preuve de la fiabilité d'un système d'archivage pour qu'un document électronique satisfasse à la règle de la meilleure preuve. Le second alinéa de cet article atténue la portée de cette exigence en précisant que le document électronique satisfait à la règle de la meilleure preuve, en l'absence de preuve contraire, si le document imprimé paraît avoir été utilisé comme un document représentant l'information emmagasinée en mémoire¹⁷². » Le système d'archivage est présumé fiable si « (i) si l'intégrité du document n'a pas été compromise par le système d'archivage, (ii) si le document électronique a été enregistré par la partie adverse et enfin, (iii) si le document électronique a été «mis en mémoire par une personne dans le cours ordinaire des affaires qui n'est pas partie à l'instance» et qui n'agissait pas sous l'autorité de la partie

¹⁶⁶ *Loi sur la preuve au Canada*, précitée note 142, 31.2 ; *Loi sur la preuve en Ontario*, précitée note 162, art. 34.1 (5) ; *Loi sur la preuve au Manitoba*, C.P.L.M. ch. E150, art. 51.3.

¹⁶⁷ Précitée note 142, art. 31.2, 31.4.

¹⁶⁸ Stephan KINSELLA et Andrew F. SIMPSON, *loc. cit.*, note 13, p. 58.

¹⁶⁹ Précitée note 142, ch. 5.

¹⁷⁰ *Loi sur la preuve*, précitée note 142, art. 29-30.

¹⁷¹ *R. c. Vanlerberghe*, précitée note 84; *R. c. Sanghi*, (1971) 6 C.C.C. 123 (C.A.N.-É.); *R. c. Mullen*, (1979) 47 C.C.C. (2d) 499 (C.A. Ont.).

¹⁷² Michel GAGNÉ, *loc. cit.*, note 7, p. 12.

demandant son admission en preuve »¹⁷³. Un tel document satisfait à la règle de la meilleure preuve¹⁷⁴. Il faut aussi noter que contrairement au Québec ou en Ontario, au fédéral, le Gouverneur en Conseil peut adopter d'autres présomptions¹⁷⁵.

De plus, dans les lois des provinces de common law et au Québec dans certains cas¹⁷⁶, il existe aussi la possibilité de faire une preuve par affidavit¹⁷⁷, évidemment celui qui le rédige, s'expose au contre-interrogatoire.¹⁷⁸

B. L'exception à la règle du ouï-dire.

En plus de répondre à la règle de la meilleure preuve, les documents technologiques ne doivent pas constituer du ouï-dire. Le principe veut que « nul ne peut témoigner de ce sur quoi il n'a pas été personnellement témoin¹⁷⁹. » Le ouï-dire est une déclaration hors instance qui veut être mise en preuve pour la véracité de son contenu. L'exception du ouï-dire existe dans notre droit pour s'assurer de la véracité de ce qui doit être admis en preuve¹⁸⁰, c'est pourquoi le témoignage de la personne qui a eu une connaissance personnelle des faits sera préféré puisque la crédibilité pourra être jugée. Une application rigide de cette règle face aux documents électroniques rendrait leur amissibilité très difficile et problématique, c'est pourquoi des exceptions¹⁸¹ comme celles des actes juridiques passés dans le cours normal des activités d'une entreprise sur un support numérique ont été développées afin de faciliter la preuve. Les tribunaux, pour juger de l'admissibilité de ces documents se sont basés sur la législation¹⁸² ou sur l'exception jurisprudentielle¹⁸³.

Plutôt qu'un témoignage direct de la personne qui en a eu personnellement connaissance¹⁸⁴, les documents électroniques selon l'auteur Brazell L., « are still hearsay and may be subject to procedural requirements on that basis in some jurisdictions »¹⁸⁵.

1. La règle du ouï-dire en droit civil.

Cette prohibition contient des exceptions où le témoignage sera néanmoins admis en preuve¹⁸⁶. Nous pouvons comprendre comment cette règle a été bouleversée car il est possible de faire, par témoignage, la preuve des documents du commerce électronique de façon indirecte. Malgré la tendance civiliste qui veut qu'en droit de la preuve, l'écrit soit généralement préféré, des

¹⁷³ Loi sur la preuve au Canada, précitée note 142, art 31.3; Id., p.12.

¹⁷⁴ Id., art.31.2(1)b.

¹⁷⁵ Id., art. 31.3.

¹⁷⁶ C.p.c., art.93.1; 151.1; 515.9; 196.

¹⁷⁷ Loi sur la preuve en Ontario, précitée note 162, art. 34.1(9) ; Loi sur la preuve au Canada, précitée note 142, art. 31.6(1); Loi sur la preuve au Saskatchewan, R.S.S. 1978, c. S-16, art. 29.6.

¹⁷⁸ C.p.c., art.93.

¹⁷⁹ Vincent GAUTRAIS, <http://www2.droit.umontreal.ca/cours/ecommerce/DRT6903.htm>, acétate 21.

¹⁸⁰ R. c. Abbey, [1982] 2 S.C.R. 24, p.41.

¹⁸¹ Palter Cap Co. c. Great West Life Assurance Co., [1936] O.R. 341 (C.A.).

¹⁸² R. c. Vanlerberghe, précitée note 84; R. c. Sanghi, précitée note 17.

¹⁸³ R. c. Sunila et Solayman (1986), 26 C.C.C. (3d) 331 (N.S.S.C.).

¹⁸⁴ John GREGORY, « Canadian Electronic Commerce Legislation », loc. cit., note 47, p. 328.

¹⁸⁵ Lorna BRAZELL, Electronic Signatures, Law and Regulations, Bird & Bird, Thomson Sweet & Maxwell, 2004, p.200.

¹⁸⁶ C.p.c., art. 294 ; C.c.Q. art. 2869 à 2874 et 2831 ou si les parties consentent.

accommodements ont été mis en place. Ainsi, la preuve indirecte a déjà été admise en preuve par les tribunaux¹⁸⁷.

2. La règle du oui-dire en common law.

Contrairement au droit civil qui préfère l'écrit, en common law, traditionnellement, le témoignage oral d'un témoin présent en cour et qui témoigne des faits dont il a eu personnellement connaissance, est beaucoup plus central, pour des raisons de vérification de sa crédibilité et de la possibilité du contre-interrogatoire¹⁸⁸. La règle du oui-dire¹⁸⁹ était au départ plutôt stricte en common law voulant même que l'auteur d'un document soit obligé de venir témoigner devant la cour. Tout comme en droit civil, la prohibition est devenue avec le temps plus permissive¹⁹⁰. Cette exception au oui-dire n'est plus seulement jurisprudentielle mais trouve aussi appui dans la loi¹⁹¹. Elle existe dans plusieurs législations des provinces de common law mais elle est traitée différemment de celle que l'on trouve dans la loi fédérale puisque dans les provinces, « not only must the record have been made in the usual and ordinary course of business, but it must also have been in the usual and ordinary course of that business to make such record¹⁹² ».

La décision la plus importante sur le sujet a été *Ares c. Vanner*¹⁹³. Les principes mis de l'avant dans cette décision peuvent s'appliquer autant aux documents sur support papier que ceux sur support électronique¹⁹⁴. Cette décision a été par la suite interprétée largement par les tribunaux¹⁹⁵. L'exception des actes juridiques passés dans le cours normal des activités d'une entreprise sur un support numérique des provinces de common law diffère de ce que l'on trouve à l'article 2831 du C.c.Q, à l'effet que l'écrit non signé, habituellement utilisé dans le cours des activités d'une entreprise pour constater un acte juridique, fait preuve de son contenu. Malgré tout, puisque de nombreux principes concernant l'exception du oui-dire proviennent de la Cour Suprême du Canada, ils devront être observés par les plaideurs québécois, à moins qu'ils ne découlent de la législation d'une autre province. Ces deux exceptions facilitent l'admissibilité en preuve ainsi que la force probante des documents électroniques¹⁹⁶. Les lois ont codifié:

« the business records rule that defines « record » this way : « includes any information that is recorded or stored by means of any device¹⁹⁷ ». This kind of making led the Uniform law Conference of Canada to omit rules on hearsay from the *Uniform Electronic Evidence Act*¹⁹⁸. »

¹⁸⁷ *Deslongchamps c. Deslongchamps*, [1994] R.J.Q. 1930.

¹⁸⁸ Georges S. TAKACH, *loc. cit.* note 29, p. 588.

¹⁸⁹ *R. c. O'Brien*, [1987], 1 S.C.R. 591.

¹⁹⁰ *R. c. Monkhouse* [1988], 1 W.W.R. 725 (Alta.C.A.).

¹⁹¹ *Loi sur la preuve au Canada*, précitée note 142, art. 29; Georges S. TAKACH, *loc. cit.* note 29, p. 589, 590.

¹⁹² *Loi Ontarienne sur la preuve*, précitée note 162, art. 35(2); Mark J. FECENKO et Anita M. HUNTLEY, *op.cit.*, note 27, p.128.

¹⁹³ *Ares c. Vanner*, [1970] S.C.R. 608.

¹⁹⁴ John GEGORY, «Canadian Electronic Commerce Legislation », *loc. cit.*, note 47, p.329.

¹⁹⁵ *Cargil Grain Ltd. c. Davie Shipbuilding Ltd.*, [1977] 1 R.C.S. 659; *Tecoglas inc. c. Domglas General Hospital*, [1985], 51 O.R. (2d) 196 (Ont. H.C.).

¹⁹⁶ Mark J. FECENKO et Anita M. HUNTLEY, *op.cit.*, note 27, p.129.

¹⁹⁷ *Loi sur la preuve en Ontario*, précitée note 162, art. 35.

¹⁹⁸ John GEGORY, «Canadian Electronic Commerce Legislation », *loc. cit.*, note 47, p.329.

Tout comme la *Loi* québécoise qui contient une large définition de ce que constitue un document¹⁹⁹, les lois de common law ont élargi leur champ d'application quant aux documents admis en preuve pour les propos de l'exception du ouï-dire²⁰⁰. La Cour Suprême du Canada ne retient plus une vision stricte mais nous enseigne que le ouï-dire est permis si la preuve est « necessary and reliable²⁰¹ ». Ce dernier terme pose problème car il est souvent employé, et il ne veut pas dire toujours la même chose²⁰².

Une fois que le document électronique a été jugé admissible en preuve, il faudra décider du poids que le juge doit lui accorder. Quelle est la force probante d'un élément de preuve ? L'avènement de l'immatériel est-il venu changer les règles déjà existantes en ce qui concerne la force probante ? C'est ce que nous allons tenter d'établir dans la prochaine partie.

III. La force probante et les documents électroniques.

A. La force probante, principes généraux.

Dès que le document est jugé admissible en preuve, l'évaluation de sa force probante constitue la seconde étape. Ainsi, la force probante, critère final évalué par le juge, va aussi dépendre de la diligence dont les parties ont fait preuve²⁰³.

«Le décideur fait appel à son expérience pratique, qu'il a accumulée au fil des ans, et aux règles du raisonnement juridique afin de départager les prétentions qui se rapprochent plus de la vérité de celles qui s'en éloignent. Ces conclusions sur les faits matériels du litige constituent des reconstructions des récits des parties qui sont jugées équitables parce que les conditions de recherche de la vérité emportent l'adhésion des acteurs impliqués dans le processus décisionnel.²⁰⁴ »

Il est toutefois difficile de systématiser des principes quant à la force probante d'une preuve puisqu'elle découle nécessairement des faits en litige. C'est aussi la raison pour laquelle les juristes y ont porté moins d'intérêt²⁰⁵. Il a été suggéré que les lois ne devraient pas donner des critères en ce qui a trait à la force probante des éléments de preuve et que les principes jurisprudentiels ainsi que la doctrine devraient servir de guide²⁰⁶.

B. La force probante des documents sur support électronique.

« Once the record is admitted, it may of course be challenged on a number of grounds, including its lack of integrity, lack of truthfulness and lack of relevance to the issue. Has it

¹⁹⁹ *Loi*, art.3, 71.

²⁰⁰ *Loi sur la preuve au Canada*, précitée note 142, art. 30(12); *Loi sur la preuve en Ontario*, précitée note 162, art. 35(1).

²⁰¹ *R. c. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. c. Smith* [1992] 2 S.C.R. 915; John GEGORY, «Canadian Electronic Commerce Legislation », *loc. cit.*, note 47, p.329.

²⁰² John GEGORY, «Canadian Electronic Commerce Legislation », *loc. cit.* note 47, p.330.

²⁰³ Vincent GAUTRAIS, « Les Principes d'UNIDROIT Face au Contrat Electronique », (2002) 36 *R.J.T.* 481.- 490.

²⁰⁴ France HOULE, « Le fonctionnement du régime de preuve libre dans un système non expert : le traitement symptomatique des preuves par la Section de la protection des réfugiés », (2004) 38 *R.J.T.* 263-267.

²⁰⁵ *Id.*, p.341.

²⁰⁶ Consultation Paper, *loc.cit.*, note 14, §65.

been tampered with? How is the security to be demonstrated? Have the data degraded over time?²⁰⁷ »

Voilà des questions auxquelles nous pouvons être confrontés. Les documents sur support informatique, s'ils sont intelligibles et présentent des garanties suffisantes pour qu'on puisse s'y fier, feront preuve de l'acte juridique qu'ils renferment²⁰⁸.

Même si les auteurs soutiennent que la force probante doit être une « affaire » qui appartient aux décideurs, à cause des faits propres à chaque cause, la *Loi modèle* de la CNUDCI, à son article 9(2) énonçait :

« Information in the form of a data message shall be given due evidential weight. In assessing the evidential weight of a data message, regard shall be had to the reliability of the manner in which the data message was generated, stored or communicated, to the reliability of the manner in which the integrity of the information was maintained, to the manner in which its originator was identified, and to any other relevant factor.²⁰⁹ »

Il est important de mentionner que dans un contexte électronique, les parties n'ont pas toujours le contrôle de la situation²¹⁰, à cause du risque d'altérations, voilà pourquoi les tribunaux doivent rester vigilants et prendre ce facteur en considération.

1. La force probante en droit civil.

En droit civil, la décision du législateur de ne pas créer un nouveau moyen de preuve pour ce type de document a eu des conséquences au niveau de la force probante puisque c'est le moyen de preuve choisi qui déterminera sa force probante. D'après l'article 5 de la *Loi*, la valeur juridique d'un document technologique n'est ni augmentée ni diminuée du seul fait qu'un support ou une technologie spécifique ont été choisis²¹¹. L'article 5 de la *Loi* traduit le principe de la neutralité juridique sur laquelle se base la *Loi*. En ce qui a trait à la force probante il a déjà été soutenu que :

« le document technologique n'est pas moins probant; mais sa preuve demande une organisation plus éclatée, le papier ayant l'avantage de centraliser sur la matière qui le supporte les traces de son authenticité ainsi qu'une certaine valeur intrinsèque à sa matière²¹². »

A cause du mécanisme d'assimilation mis en place en droit québécois, la règle veut que les dispositions applicables pour déterminer la force probante seront celles du moyen de preuve choisit comme véhicule²¹³. A titre d'exemple, dans le cas où c'est un écrit instrumentaire sous sein privé numérique, il fera preuve, à l'égard de ceux contre qui il est prouvé, de l'acte juridique qu'il renferme et des déclarations des parties qui s'y rapportent directement²¹⁴. Pour l'écrit instrumentaire non signé, il fera preuve de son contenu s'il est habituellement utilisé dans le

²⁰⁷ *Id.*, §59.

²⁰⁸ *Le guide juridique du commerçant électronique*, *loc. cit.*, note 94, p.154.

²⁰⁹ Précitée note 4 ; Cela est aussi vrai dans le contexte de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*.

²¹⁰ *Robet c. Versus Brokerage Services Inc.*, 14 B.L.R. (3D) 72.

²¹¹ *C.c.Q.*, art.5.

²¹² Vincent GAUTRAIS, *loc. cit.*, note 37, p.33.

²¹³ Claude FABIEN, *loc. cit.*, note 39, p.566.

²¹⁴ *C.c.Q.*, art. 2829.

cours des activités d'une entreprise pour constater un acte juridique²¹⁵. En ce qui a trait à la conservation des documents technologiques, il existe des prescriptions minimales dans la *Loi*, qui garantissent une valeur probante. Peu importe la technologie utilisée pour conserver des documents, elle «doit permettre une reproduction indélébile et fidèle du document et doit permettre de déterminer la date et le lieu de reproduction²¹⁶ ». Finalement elle doit être effectuée par une personne compétente²¹⁷.

2. La force probante en common law.

En common law, la force probante des documents électroniques a été laissée à l'appréciation des juges et rares sont les cas où les lois en traitent expressément²¹⁸. Les auteurs suggèrent que pour juger de la force probante des documents électroniques:

« a court may require supporting evidence in order to assess how reliable they are. Furthermore, the courts unfamiliarity with the technology involved in signing and recording electronically may also lead to limited weight being placed upon electronic documents in general until their authenticity and integrity have been thoroughly established. Both these requirements can be satisfied by the same evidence.²¹⁹ »

Ce que nous pouvons constater suite à ces propos c'est que toutes ces conditions forment un tout.

La force probante ne joue pas toujours en faveur des documents électroniques et ce à cause du risque d'altération²²⁰.

« If the court thinks that the record may have been altered, for example by unauthorized access in storage or as a side effect of a routine migration to a new medium, it will attack little or no weight to with. This is a question of providing the adequacy and correct operation of the record management system which has been implemented and the credibility of the evidence adduced in support of a particular record integrity. [...] Compliance with recognized technical standards for information security and electronic record management systems is likely to assist in reasoning the Court [...].²²¹»

Nous venons de voir les règles concernant la force probante des documents électroniques et le fait que les critères sont difficilement déterminables puisque chaque cas est un cas d'espèce. Dans la partie qui suit nous allons exposer brièvement les règles concernant les signatures électroniques et leur validité.

IV. Une application pratique : la signature.

A. Définition d'une signature électronique.

Un autre sujet d'actualité est la signature électronique, dont nous allons présenter quelques brèves remarques. Cette partie trouve sa pertinence dans le fait que devant un tribunal il faut aussi

²¹⁵ C.c.Q. art. 2831.

²¹⁶ Stéphane CAIDI, *loc. cit.*, note 30, p. 117.

²¹⁷ *Id.*, p.117.

²¹⁸ John GREGORY, «Canadian Electronic Commerce Legislation», *loc. cit.*, note 47 p.326.

²¹⁹ Lorna BRAZELL, *loc. cit.*, note 185, p. 199.

²²⁰ H. A. CANNEL, « The convergence of technology and the law », 1999, 48 *U.N.B.L.J.* 301-305.

²²¹ Lorna BRAZELL L., *loc. cit.*, note 185, p.200.

prouver l'identité de la personne partie à une transaction électronique. Actuellement cela peut se faire avec la signature électronique qui est légalement reconnue. La signature électronique est:

« created by an identifier that is attached to, or logically associated with an electronic document. [...] and has functions similar to those of an original signature. From the theoretical aspect, a digital signature is a cryptographic transformation of data which, when a data unit (such as an electronic file), provides the services of origin authentication, data integrity, and signer non-repudiation.²²² »

B. La signature électronique en droit civil.

Selon le C.c.Q., une signature est l'apposition qu'une personne fait de son nom ou d'une marque qui lui est propre et qu'elle utilise pour manifester son consentement²²³. La signature électronique est possible²²⁴. Elle peut y être apposée sur le document au moyen de tout procédé, la seule exigence étant de satisfaire à l'article 2827 du *Code civil*. Dès que l'intégrité du document est assurée et que le lien entre la personne et la signature est maintenu, la signature lui sera opposable. Mais quelles sont ces formes qu'une signature de ce type peut prendre? La *Loi* permet que la signature puisse prendre n'importe quelle forme autre que la façon conventionnelle manuscrite²²⁵ telles qu'un NIP, un click ou tout simplement l'apposition du nom dactylographié à la fin du document à l'endroit habituel d'une signature²²⁶. De plus, une succession de messages électroniques peut aussi constituer une manifestation de consentement²²⁷. Le fait que la signature soit apposée change les moyens de contestation de cette preuve devant un tribunal car un document sous sein privé signé ne peut normalement être contredit par témoignage²²⁸, alors que le non signé peut être contredit par tout moyen²²⁹. Contrairement aux autres lois canadiennes sur le commerce électronique, la *Loi*, ne pas limitée à seule une définition de l'équivalence des procédés de signature. Elle érige plusieurs règles²³⁰ spécifiques, qui encadrent la « signature électronique de la certification jusqu'à la prestation des services de certification²³¹».

C. La signature électronique en common law.

Il est important de mentionner que le loi fédérale canadienne²³² « inserts the possibility of establishing evidentiary presumptions of integrity and source, where electronic records have been

²²² Q17. What is a digital signature?, disponible à l'adresse: http://canada.justice.gc.ca/en/ps/rs/rep/qa/qa02-1_017.html.

²²³ C.c.Q. art. 2827.

²²⁴ Le C.c.Q. parle maintenant de l'apposition faite « à un acte » C.c.Q. art. 2827 ; La signature, quelque soit le support sur lequel elle se trouve permet de faire le lien entre elle et le document, *Loi* art.39.

²²⁵ *Loi* art. 75.

²²⁶ Claude FABIEN, *loc. cit.*, note 39, p.562.

²²⁷ *Big Sky Marketing Co. Ltd. c. Glengor International Pty Ltd*, précitée note 63; Association Canadienne du droit des Technologies de l'Information, IT.Can NewsLetter, 16 Octobre 2003, p.2, disponible à l'adresse : www.it-can.ca.; Vincent GAUTRAIS, « La couleur du consentement électronique », *loc. cit.*, note 100, p.28.

²²⁸ C.c.Q., art. 2863.

²²⁹ C.c.Q., art. 2836.

²³⁰ *Loi*, art.38-29; C.c.Q., art. 2827.

²³¹ Michel GAGNÉ, *loc. cit.*, note 7, p. 21.

²³² *Loi sur la protection des renseignements personnelle et les documents électroniques*, précitée note 44.

signed with a secure electronic signature²³³ ». La loi du Manitoba contient aussi des dispositions similaires²³⁴. De plus, la loi canadienne accorde un pouvoir décisionnel à plusieurs organismes en ce qui a trait à la détermination des exigences qu'une signature électronique doit rencontrer pour avoir la même valeur qu'une signature sur support papier²³⁵.

Selon Klander L. et K. Jamsa, « in an electronic message, a digital signature carries the same weight as a handwritten signature in printed correspondence. However, unlike handwritten signatures, digital signatures are virtually impossible to forge. »²³⁶

D. La situation en Europe.

Puisque nombreux sont les pays qui se sont inspiré de la *Loi Type*²³⁷, la reconnaissance de la signature électronique se trouve dans plusieurs pays de droit civil²³⁸ et de common law²³⁹. En Europe les documents électroniques ne peuvent souffrir de discrimination par rapport au papier pour la seule raison qu'ils contiennent une signature électronique. Des distinctions sont faites en droit européen entre les signatures électroniques simples, avancées et parfaites. Il faut se rappeler toutefois que la signature électronique permet « de satisfaire le critère de fiabilité »²⁴⁰. Dans un autre ordre d'idées, mais toujours en rapport avec les signatures électroniques, la récente directive européenne²⁴¹ concernant l'obligation qu'une facture électronique soit signée semble avoir un contenu incohérent, et seul le temps qui déterminera une réponse à cette épineuse incohérence²⁴².

Conclusion

Les transactions électroniques constituent un grand avancement et font preuve dans bien des cas de plus de sécurité technique qu'un contrat papier car ces derniers sont plus susceptibles de falsification que les contrats électroniques signés avec des clefs privées de chiffrement adéquatement certifiées²⁴³. Cependant, certaines dispositions législatives portent à confusion et

²³³ John GREGORY, « Canadian Electronic Commerce Legislation », *loc. cit.* note 47, p.337; Loi sur la protection des renseignements personnelle et les documents électroniques, précitée note 44, Partie 3; Loi sur la Preuve au Canada, précitée note 142, art. 31.4.

²³⁴ John GREGORY, « Canadian Electronic Commerce Legislation », *loc. cit.*, note 47, p.337.

²³⁵ Q17. What is a digital signature?, *loc. cit.*, note 222.

²³⁶ Lars KLANDER et Kris JAMSA, Hacker Proof. The ultimate guide to Network Security, Second Edition, Thomson, Delmar Learning, 2002, p. 156.

²³⁷ Vincent GAUTRAIS, *loc. cit.*, note 37, p.3 et p.7.

²³⁸ Argentine et Italie, Jean-Pierre VAN CUTSEM, Arnaud VIGGRIA et Oliver GÜTH, *op. cit.*, note 11, p. 39, 41.

²³⁹ Angleterre, Goodman c. JEban Limited [1954] 1 All ER 763; Jean-Pierre VAN CUTSEM, Arnaud VIGGRIA et Oliver GÜTH, *loc. cit.*, note 11, p. 41; États-Unis, E-Sign 15 U.S.C. 3 7001 (e) (2000).

²⁴⁰ Etienne WERY, *loc. cit.*, note 139, p. 37.

²⁴¹ COM(2000) 650 final, 17 nov. 2000, Proposition de directive du Conseil modifiant la directive 77/388/CEE en vue de simplifier, moderniser et harmoniser les conditions imposées à la facturation en matière de TVA.

²⁴² Etienne WERY, *loc. cit.*, note 139, p. 37-38; Voir aussi Didier GOBERT, Vers une discrimination de traitement entre la facture papier et la facture électronique?, <http://droit-technologie.org>, rubrique « Dossiers », 1^{er} février 2002 : « d'une part, elle interdit expressément aux États membres de prévoir une obligation de signature de la facture (V. no. 82), mais d'autre part elle prévoit qu'une des possibilités de rencontrer l'exigence de la fiabilité consiste à utiliser une signature électronique! (V. no. 88) Cette apparente contradiction a soulevé de vifs débats, certains dénonçant le manque de clarté et une possible discrimination dont l'électronique serait victime. »

²⁴³ Éric LABBÉ, « La multiplicité des normes encadrant le contrat électronique: l'influence de la technologie sur la production de normes, Le contrat électronique », Conférence organisée par le Programme international de coopération scientifique (CRDP/CECOJI), Montréal, 19 décembre 2003, www.lex-electronica.org/articles/v9-2/labbe2.pdf p.14.

sont souvent en marge du système utilisé par les acteurs du commerce électronique. Comme M. Labbé le disait durant une conférence :

« l'inadéquation de la pratique contractuelle du commerce électronique sur Internet avec l'architecture technique et juridique du contrat électronique est plutôt déconcertante. (...) Conçue ainsi en marge de l'expérience actuelle du commerce électronique, l'œuvre législative qui régit le contrat électronique trouve forcément ses rationalités ailleurs, dans une réalité d'anticipation²⁴⁴. »

Pour ceux ne se trouvant pas au Québec ou au Nouveau Brunswick, où la preuve de documents technologiques est traitée expressément, il serait important d'envisager de conclure des ententes de sécurité qui visent à résoudre certains conflits potentiels tels que l'admissibilité de ces documents en preuve dans un éventuel conflit²⁴⁵. Le législateur s'est limité à changer ce qui était incompatible, mais les critères visant à encadrer de manière sécuritaire le commerce électronique font parfois défaut. Il faudra attendre dans un premier temps que les tribunaux se prononcent et interprètent ces nouvelles dispositions et dans un second l'éventuelle entrée en vigueur du projet de loi concernant l'application de la *Loi*²⁴⁶. Finalement, le législateur québécois, dans son souci de suivre la démarche civiliste, en adoptant les nouvelles dispositions traitant de la preuve a adopté une approche moderniste en voulant donner un cadre complet aux acteurs du commerce électronique. Les provinces de common law quant à elles, ont adopté une approche minimaliste qui laisse bien entendu plus de latitude aux décideurs. Malgré le fait que la loi québécoise est plus vaste et plus détaillée, elle ne diffère pas de façon considérable de la législation des provinces de common law puisque dans les deux systèmes nous retrouvons les objectifs principaux de la *Loi Uniforme*²⁴⁷. Comme le principal frein au commerce électronique est le manque de confiance²⁴⁸, il faudra que l'interprétation des dispositions concernant la preuve soit faite en conséquence. Nous pouvons conclure en soulignant que malheureusement, souvent la preuve des documents électroniques est une question de coûts:

« as individuals and corporations increasingly do business electronically, using computers to create and store documents, make deals, and exchange e-mails – the universe of discoverable material has expanded exponentially. The more information there is to discover, the more expensive it is to discover all the relevant information until, in the end, discovery is not just about uncovering the truth, but also how much of the truth the parties can afford to disinter²⁴⁹. »

²⁴⁴ *Id.*, p.9.

²⁴⁵ Georges S. TAKACH, *loc. cit.*, note 29, p.608.

²⁴⁶ Conférence de Me. Jeanne PROULX, avocate légiste de la Justice du Québec, 12 Septembre 2005, Université de Montréal, <http://www.chairewilson.ca/activites/index.html#anterieures>.

²⁴⁷ Stephan KINSELLA et Andrew F. SIMPSON, *op. cit.*, note 13, p. 47.

²⁴⁸ Karim BENYEKHLEF et Fabien GELINAS, *Le règlement en ligne des conflits. Enjeux de la cyberjustice*, Collection Droit et Technologies, Romillat, Paris, 2003, p.55.

²⁴⁹ *Zubulake c. USB Warburg LLC*, 2003 U.S. Dist. LEXIS 7939 (S.D.N.Y. May 13, 2003).

Tables Bibliographiques

Législation

Textes internationaux

- Loi modèle sur le commerce électronique UN.Doc./A/51/17 (1996).

Textes fédéraux

- Canada Business Corporation Act, R.S.C. 1985, c. C-44.
- Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42.
- Federal Interpretation Act, R.C.S. 1985, c. I-21.
- Income Tax Act, R.C.S. 1985, c.1.
- Loi sur les normes du travail, L.R.Q., c. N-1.1.
- Loi sur la preuve au Canada, L.R.C.(1985), c. C-5.
- Loi sur la protection des renseignements personnelle et les documents électroniques, L.C. 2000, ch.5.
- Loi uniforme sur la preuve électronique,
<http://www.ulcc.ca/fr/us/index.cfm?sec=1&sub=1u2>.
- Loi uniforme sur le commerce électronique,
<http://www.law.ualberta.ca/alri/ulc/current fueca99a.htm>.

Textes provinciaux

- Alberta's Sale of goods Act, R.S.A. 1980, c. S-2.
- Code civil du Québec L.Q. 1991, c.64.
- Code de procédure civile, L.R.Q., 1977, c. C-25.
- Consumer Protection Act, R.S.O. 1990, c. C. 31.
- Education Act, R.S.O.1990, c. E.2.
- Electronic Transaction Act, S.B.N. 2001, c. E-5.5.
- Electronic Commerce Act, S.N.S. 2000, c. 32.
- Environmental Protection Act, R.S.O.1990, c. E.19.
- Interpretation Act (Ontario), R.S.O. 1990 c. I.11.
- Loi concernant le cadre des technologies de l'information, L.R.Q., C-1.1.
- Loi sur la preuve au Manitoba, C.P.L.M. ch. E150.
- Loi sur la preuve en Ontario, L.R.Q. 1990, ch. E.23.
- Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., c. P-40.1.

- Loi sur le commerce électronique (Ontario) L.O. 2000, c.17.
- Loi sur le notariat, L.R.Q. c. N-2.
- Loi sur les archives, L.R.Q., c. A-21.1.
- Loi sur les Compagnies, L.R.Q., c. C-38.
- Ontario Business Corporation Act, R.S.O. 1990, c. B.16.
- Ontario Interpretation Act, R.S.O. 1990, c. I.11.
- Ontario's Insurance Act, c.I.8.
- Ontario's Limitation Act, R.S.O. 1990, c. L.15.
 - Rules of Professional Conduct (Institute of Chartered Accountants of Ontario, ICAO), <http://www.icao.on.ca/>.
- Statute of Frauds, R.S.O. 1990.
 - The cost of Borrowing (Banks) Regulations (under the Federal Bank Act) S.O.R./2001-101.
- The Electronic Commerce and Information Act, (Manitoba) S.M. 2000 c. E55.
- The Saskatchewan Evidence Amendment Act, 2000 R.S.S. 1978, c. S-16.

Textes étrangers

- An Act for the Prevention of Frauds and Perjuries, 29 Charles IIC.3.
- COM(2000) 650 final, 17 nov. 2000.
- E-Sign 15 U.S.C. § 7001.
- Federal Rules of Evidence (E-U), disponible à l'adresse:
<http://judiciary.house.gov/media/pdfs/printers/108th/evid2004.pdf>.
- Recommandation 97/489, « relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de paiement électronique, en particulier la relation entre émetteur et titulaire ».

Jurisprudence

Jurisprudence canadienne

- Ares c. Vanner, [1970] R.C.S. 608.
- Aspender1.com Inc. c. Paysystems Corp., 2005 IIJCan 6494 (QC C.Q.).
- Beatty c. First Explor. Found 1987 & Co. (1988), 25 B.C.L.R. (2d) 377 (S.C.).
- Bélanger c. Future Electronique inc., 2005 QCCRT 0570.
- Ben-Israel c. Vitacare Medical Products Inc., [1997] O.J. No. 2272 (Ont.C.A.).
- Big Sky Marketing Co. Ltd. c. Glengor International Pty Ltd., [2003] B.C.J. No. 2242.
- Cargil Grain Ltd. c. Davie Shipbuilding Ltd., [1977] 1 R.C.S. 659.

- Citadelle, Cie d'assurance générale c. Montréal (Ville), 2005 IIJCan 24709 (QC C.S.).
- Dell Computer Corporation c. Union des consommateurs, 2005 QCCA 570 (IIJCan).
- Deslongchamps c. Deslongchamps, [1994] R.J.Q. 1930.
- Gagnon c. Ludger Harvey et Fils Ltée, [1968] B.R. 939.
- Garage Pierre Allard Inc. c. Sous-ministre du revenu du Québec, [1995] R.D.J. 453 (C.A.).
- Gauthier c. Cie d'imprimerie et de publication de la Rive Sud Ltée, [1985] R.D.J. 476 (C.A.).
- ITV Technologies Inc. c. Wic Television Ltd., 2003 FC 1056.
- Kinghorne c. The Montréal Telegraph Co. (1859), 18 U.C.Q.B.R. 60.
- Morris c. La Reine, [1983] 2 R.C.S. 190.
- Newbridge Networks Corp. (Re) (2000), 48 O.R. (3d) 47 (Ont. Sup. Ct.).
- Palter Cap Co. c. Great West Life Assurance Co., [1936] O.R. 341 (C.A.).
- R. c. Abbey, [1982] 2 S.C.R. 24.
- R. c. Bell and Bruce, (1982), 65 C.C.C. (2d) 377 (Ont. C.A. aff'd SCC).
- R. c. Hall, [1998] B.C.J. No.2515 (B.C.S.C.).
- R. c. Khan, [1990] 2 S.C.R. 531.
- R. c. McMullen (1978), 42 C.C.C. (2d) 67.
- R. c. Mohan, [1994] 2 R.C.S. 9, 37, j. Sopinka.
- R. c. Monkhouse, [1988], 1W.W.R.725 (Alta.C.A.).
- R. c. Mullen, (1979) 47 C.C.C. (2d) 499 (C.A. Ont.).
- R. c. O'Brien, [1987], 1 S.C.R. 591.
- R. c. Peterson (1983), 45 N.B.R. (2d) 271.
- R. c. Sanghi, (1971) 6, C.C.C. (2d) 123 (N.S.C.A.).
- R. c. Seaboyer, [1991] 2 R.C.S. 577.
- R. c. Sheppard (1992), 97 Nfld. & P.E.I.R. 144.
- R. c. Smith [1992] 2 S.C.R. 915.
- R. c. Sunila et Solayman, (1986), 26 C.C.C. (3d) 331 (N.S.S.C.).
- R. c. Vanlerberghe, (1976), 6 C.R. (3d) 222 (B.C.C.A.).
- Robet c. Versus Brokerage Services Inc., 14 B.L.R. (3D) 72.
- Rolling c. Willann Investments Ltd., (1989), 70 O.R. (2d) 578-581 (C.A.).
- Slough Estates Canada Ltd. c. Federal Pioneer Ltd. (1994), 20 O.R. (3d) 429 Gen. Div.
- Tecoglas inc. c. Domglas General Hospital, [1985], 51 O.R. (2d) 196 (Ont. H.C.).

- Vandal c. Salvas [2005] IJCan 40771 QC. C.Q.

Jurisprudence étrangère

- Goodman c. J.Eban Limited [1954] 1 All ER 763.
- McBlain c. Cross (1871), 25 L.T. 804.
- Re RealNetworks Inc. Privacy Litigation, 2000 U.S. Dist. Lexis 6584 (N.D. Ill. 2000).
- R. c. Birmingham Overseers (1861) 1 B. & S. 767.
- State of Connecticut c. Swinton, SC 16548, May 11, 2004.
- Zubulake c. USB Warburg LLC, 2003 U.S. Dist. LEXIS 7939 (S.D.N.Y. May 13, 2003).

Doctrine

Monographies et recueils

- Lucie BELANGER, « Le transfert d'intangibles et les transactions électroniques : les écueils fiscaux », Développements récents en droit de la propriété intellectuelle (2002), *Service de la formation permanente du Barreau du Québec*, 2002, EYB2002DEV581.
- Karim BENYEKHFLEF et Fabien GELINAS, Le règlement en ligne des conflits, Enjeux de la cyberjustice, Collection Droit et Technologies, Romillat, Paris, 2003.
- Lorna BRAZELL, Electronic Signatures, Law and Regulations, Bird & Bird, Thomson Sweet & Maxwell, 2004.
- Éric CAPRIOLI, *Les incertitudes du droit, Montréal*, « Les tiers de confiance dans l'archivage électronique : une institution juridique en voie de formation », Montréal, Les Editions Thémis, 1999.
- E.G.M. CARAMICHAEL, The Law Relating to the Telegraph, the Telephone and the Submarine Cable, London: Knight & Co., 1904.
- M. CHISSICK et Alistair KELMAN, Electronic commerce, Law and Practice, 3eme edition, Sweet & Maxwell, Londres, 2002.
- Léo DUCHARME, L'administration de la preuve, Coll. « Bleue », 2^e ed., Montreal, Wilson & Lafleur, 1995.
- J. Douglas EWART, Documentary evidence in Canada, Toronto, Carswell, 1984.
- Mark J. FECENKO et Anita M. HUNTLEY, E-Commerce Corporate-Commercial Aspects, LexisNexis, Butterworths, 2003.
- Christiane FERAL-SCHUHL, Cyberdroit, Le droit à l'épreuve de l'Internet, 2^e édition Dalloz, 2000.
- M. FONTAINE, « Technologies de l'information au Québec : une technique législative inappropriée », dans Beaulne J. (dir.), Mélanges Ernest Caparros, Montréal, Wilson&Lafleur, 2002.

- Michel GAGNÉ, «La preuve dans le contexte électronique», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 160, Développements récents en droit de l'Internet, Cowansville, Editions Yvon Blais, 2001.
- Vincent GAUTRAIS, «Le contrat électronique au regard de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information », dans Vincent Gautrais (dir.), Droit du Commerce Electronique, Montréal, Editions Thémis, 2002.
- Michael GEIST, Internet Law in Canada, Captus Press, Ottawa, 2000.
- Gouvernement du Québec. La politique québécoise de l'autoroute de l'information, Agir autrement, 1998.
- Sunny HANDA, Claude MARSEILLE, Martin SHEEHAN, E-Commerce Legislation and Materials in Canada, LexisNexis Butterworths, 2005-2006.
- JOHNSTON, Sunny HANDA et Charles MORGAN, Cyberlaw - What you need to know about doing business online, (Toronto: Soddart, 1997), p. 192.
- William JONES, A Treaties on the Law of Telegraph and Telephone Companies, 2d ed., Kansas City, Vernon Law Book Company, 1916.
- Stephan KINSELLA et Andrew F. SIMPSON, Online Contract Formation, 1ere édition, New York, Oceana Publications, Inc., 2004.
- Lars KLANDER et Kris JAMSA, Hacker Proof, The ultimate guide to Network Security, Second Edition, Thomson, Delmar Learning, 2002.
- Ministère des finances, Gouvernement du Québec. Pour une société branchée, favoriser l'utilisation d'Internet et le développement du commerce électronique, 2000.
- John SOPINKA, Sidney N. LEDERMAN, et Alan W. BRYANT, The Law of Evidence in Canada, 2e édition, 1999.
- Stanley SCHIFF, Evidence in the Litigation Process, 3rd ed. (Toronto: Carswell, 1988).
- Georges S. TAKACH, Computer Law, Second edition (2003).
- Pierre TESSIER et Monique DUPUIS, Preuve et procédure « Les qualités de la preuve », Collection de droit, Volume 2., 2004-2005.
- Jean-Pierre VAN CUTSEM, Arnaud VIGGRIA et Oliver GÜTH, E-Commerce in the World, Aspects of Comparative Law, Bruylant, Bruxelles 2003.
- Etienne WERY, Facture, monnaie et paiement électroniques, Aspects Juridiques, Jurisclasseur, Litec Groupe LexisNexis, Paris 2003.

Articles de revue

- Stéphane CAIDI, « La preuve et la conservation de l'écrit dans la société de l'information », (2004) Lex-Electronica, vol.9, no.1, disponible à l'adresse : <http://www.lex-electronica.org/articles/v9-1/caidi.htm>.
- H. A. CANNEL, « The convergence of technology and the law », (1999) 48 U.N.B.L.J. 301.

- Claude FABIEN, « La preuve par Document Technologique », (2004) 38 Revue Juridique Thémis, 533.
- Vincent GAUTRAIS, Guy LEFEBVRE, et Karim BENYEKHFLEF, « Droit du Commerce Electronique et normes applicables : la notions de lex electronica », (1997) Revue de droit des affaires internationales 547-585.
- Vincent GAUTRAIS, « La couleur du consentement électronique », (2003) CPI 69.
- Vincent GAUTRAIS, « Les Principes d'UNIDROIT Face au Contrat Electronique », (2002) 36 R.J.T. 481.
- John GREGORY, «Authentication Rules and Electronic Records», (2002) 81 Can. Bar Rev. 529.
- John GREGORY, «Canadian Electronic Commerce Legislation», (2001-2002) 17 Banking & Finance Law Review, 277-339.
- John GREGORY, « The Uniform Electronic Act », (2000) Lex-Electronica, vol.6 no.1, disponible à l'adresse: <http://www.lex-electronica.org/articles/v6-1/gregory.htm>.
- John GREGORY, « Solving Legal Issues in Electronic Government: Authority and Authentication», (2002) 1 issue 2, Canadian Journal of Law & Technology.
- France HOULE, « Le fonctionnement du régime de preuve libre dans un système non expert : le traitement symptomatique des preuves par la Section de la protection des réfugiés », (2004) 38 R.J.T. 263.
- David G. MASSE, «Le cadre juridique en droit civil québécois des transactions sur l'inforoute», 42 McGill L.J. 403.
- Mark SELICK, «E-Contract Issues and Opportunities for the Commercial Lawyer », (2000-2001) 16 B.F.L.R. 1.
- D. STOLLERY, « Statutes of Frauds » (1976) 14 Alberta Law Review 222.
- Shawn POMPIAN, « Is the Statute of Frauds Ready for Electronic Contracting? », (1999) 85 Va. L. Rev. 1447.
- Nicolas VERMEYS, Karim BENYEKHFLEF et Vincent GAUTRAIS, « Réflexions juridiques autour de la terminologie associée aux places d'affaires électroniques », (2004) 38 Revue juridique Thémis, Montréal, 643-710, disponible à l'adresse : <http://www.themis.umontreal.ca/pdf/rjtvol38num3/vermeys.pdf>.

Autres documents

- A Special Edition of the Blakes Report, e-Contracting, November 2000, Blake, Cassels & Graydon LLP, p. 1, disponible à l'adresse: http://www.blakes.com/english/publications/focus/article.asp?A_ID=184&DB=BlakesReport.
- Association Canadienne du droit des Technologies de l'Information, IT.Can NewsLetter, 16 Octobre 2003, disponible à l'adresse www.it-can.ca.

- J. BEARDWOOD , Pratique informatique? Evolution récente de la situation en matière de commerce électronique, disponible à l'adresse :
www.coto.org/media/document/pratique_informatique.pdf.
- Chapter 9, Electronic Records and Evidence, p.1, disponible à l'adresse :
<http://www.justice.gc.ca/en/ps/ec/chap/ch09.doc>.
- Ken CHASSE, « Computer-Produced Records in Courts Proceedings», dans Uniform Law Conference of Canada, Proceedings of the 1994 annual Meeting, Appendix J., disponible à l'adresse: <http://www.law.ualberta.ca/alri/ulc/94pro/94e.htm>.
- Conférence de Me. Jeanne PROULX, avocate légiste de la Justice du Québec, 12 Septembre 2005, Université de Montréal, disponible à l'adresse <http://www.cairewilson.ca/activites/index.html#anterieures>.
- Vincent GAUTRAIS, Conférence du 25 janvier 2006, « Preuve électronique : état des lieux », CERDI, Paris, disponible à l'adresse :
<http://www2.droit.umontreal.ca/cours/ecommerce/Ppt/cerdi012006.ppt>.
- Vincent GAUTRAIS, <http://www2.droit.umontreal.ca/cours/ecommerce/DRT6903.htm>.
- P. GAUDRAT, Une société sans papier ? Nouvelles technologiques de l'information et droit de la preuve, « Droit de la preuve et nouvelles technologies de l'information », Paris, Notes et Etudes documentaires, La Documentation Française, 1990, p.169.
- Didier GOBERT, Vers une discrimination de traitement entre la facture papier et la facture électronique?, disponible à l'adresse : <http://droit-technologie.org>, rubrique « Dossiers », 1^{er} février 2002.
- Groupe de Coordination des collections Électroniques, Politiques et directives relatives aux publications électroniques diffusées en réseau, Bibliothèque Nationale du Canada, 1998.
- John GREGORY, Technology Neutrality and the Canadian Uniform Acts, disponible à l'adresse: <http://www.lexum.umontreal.ca/conf/conf2002/actes/gregory.html>.
- Guide juridique du commerçant électronique, version préliminaire, disponible à l'adresse <http://132.204.136.33/pob/05/fr/guidefinal.pdf>.
- Éric LABBÉ, « La multiplicité des normes encadrant le contrat électronique: l'influence de la technologie sur la production de normes, Le contrat électronique », Conférence organisée par le Programme international de coopération scientifique (CRDP/CECOJI), Montréal, 19 décembre 2003, disponible à l'adresse :
www.lex-electronica.org/articles/v9-2/labbe2.pdf.
- Daniel POULIN et Pierre TRUDEL, (dir.), Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information annotée et glossaire, Centre de recherche en droit public (CRDP), Université de Montréal, Septembre 2001, disponible à l'adresse :
http://www.autoroute.gouv.qc.ca/loi_enligne/index.html.
- Q17. What is a digital signature?, disponible à l'adresse:
http://canada.justice.gc.ca/en/ps/rs/rep/qa/qa02-1_017.html.

- Barry B. SOOKMAN, Computer and Internet Law: A Year in Review, 31 Mai 2004, Toronto Computer Lawyers Group, à l'adresse: <http://www.mccarthy.ca/pubs/computerlawreview.pdf>.
- Uniform Electronic Evidence Act, Consultation Paper, March 1997, §11 disponible à l'adresse: <http://www.ulcc.ca/en/poam2/index.cfm?sec=1997&sub=1997hka>.