

1996 Ottawa, ON

ANNEXE B

Réflexions sur la preuve informatique

Hamish Stewart, Faculté de droit, Université de Toronto

78 Queen's Park, Toronto (Ontario) M5S 2C5

Juin 1996

Cette communication vise à stimuler la discussion sur le sujet de la preuve informatique et a été préparée à l'intention de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada. Je suis très reconnaissant à John Gregory et Ken Chasse d'avoir bien voulu me transmettre leurs commentaires sur les ébauches de ce document.

TABLE DES MATIÈRES

I. Introduction : Pourquoi une autre étude?

II. Trois questions sur la preuve informatique

III. Les limites des règles actuelles

IV. Deux cas hypothétiques

- (i) Une affaire pénale
- (ii) Une affaire civile
- (iii) Résumé

V. Retour sur les trois questions

- (i) Authentification
- (ii) Règle du document original
- (iii) Ouï-dire

VI. Conclusion

I. Introduction : Pourquoi une autre étude?

[1]En 1995, au cours d'une séance conjointe des sections de droit pénal et d'uniformisation des lois, la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada a étudié des avant-projets de loi

uniforme sur la preuve informatique et, après avoir soulevé un certain nombre de questions au sujet de ces avant-projets, a résolu de poursuivre les consultations et de réviser le document de consultation. ¹ Les grandes orientations, le droit actuel et le droit comparé ont déjà fait l'objet d'études descriptives; des options en matière de réforme ont été préparées et les arguments favorables et défavorables aux diverses options (ainsi que les arguments favorables au statu quo) ont été présentés. ² La présente étude n'a pas pour objet de réviser les documents de consultation, ni de proposer une nouvelle série de dispositions législatives. J'espère plutôt stimuler la discussion des questions générales que soulève la preuve informatique en reformulant les problèmes fondamentaux et en présentant deux situations de fait hypothétiques. Il ne s'agit pas ici de défendre une conception particulière de la preuve informatique mais plutôt de faire ressortir les particularités de ce type de preuve par rapport à la preuve documentaire traditionnelle et de montrer l'utilité d'adopter certaines dispositions législatives traitant de la preuve informatique.³

II. Trois questions au sujet de la preuve informatique

[2] L'information fournie à un ordinateur doit être codée sous la forme d'une série de bits, c'est-à-dire d'uns et de zéros. Ces bits peuvent être stockés sur un support magnétique comme un ruban ou un disque, où ils prennent la forme de secteurs magnétisés et démagnétisés, ou sur un support optique comme le CD-ROM, où ils prennent la forme de secteurs lisses ou gravés à la surface du CD-ROM.⁴ Par leur nature, les données de ce type ne peuvent être lues directement par les êtres humains, ni, en particulier, par les personnes chargées de constater judiciairement les faits; ces données doivent être transformées par le système informatique et transférées sur un support déchiffirable par l'oeil humain, que ce soit sur un écran ou sur une feuille de papier.

[3] Par conséquent, si le mot «pièce» a été défini de façon suffisamment large dans certaines lois pour comprendre un ruban, une disquette ou un disque optique, ⁵ notre attention doit se porter sur le transfert de l'information sur un support utilisable. Habituellement, l'information est traitée par un programme et imprimée, ce qui donne ce que j'appellerais un «document informatique» et c'est l'admissibilité de ce document qui est le plus souvent en litige.⁶

[4] La présentation d'un document en preuve soulève habituellement trois questions :

- (i) Authentification : Quelle est la nature du document ? D'où vient-il? Qui l'a créé ?
- (ii) Meilleure preuve : Ce document est-il un original ? Sinon, cette copie est-elle admissible à titre d'exception à la règle du document original ?⁷
- (iii) Ouï-dire : Le document est-il présenté pour démontrer la véracité des mentions qu'il contient? Si c'est le cas, est-il admissible à cette fin à titre d'exception à la règle interdisant le ouï-dire?

Selon le droit actuel, ces questions se posent également à l'égard des documents informatiques; mais les réponses s'inspirent d'une conception de création des documents qui ne convient pas aux documents informatiques. L'application des règles actuelles en matière d'admissibilité aux documents informatiques comporte un double risque: d'un côté, l'application stricte des règles actuelles pourrait avoir pour effet d'exclure des éléments de preuve fiables et probants pour la seule raison que ces éléments ne répondent pas à des critères qui ont été conçus à une époque où l'utilisation des ordinateurs pour entreposer et traiter l'information n'était pas généralisée; de

l'autre, l'application trop peu rigoureuse des règles existantes ne tiendrait peut-être pas suffisamment compte des problèmes d'authentification que soulèvent les documents informatiques. Je vais tenter de faire ressortir ces risques en examinant, dans un premier temps, les règles actuelles et la façon dont elles s'appliqueraient à deux cas hypothétiques, pour ensuite revenir sur ces trois questions.

III. Les limites des règles actuelles

[5] Il est surprenant que les questions liées aux documents informatiques soient si rarement abordées dans les décisions judiciaires puisque, de toute évidence, les documents de ce type sont fréquemment utilisés dans les litiges. Il existe deux affaires traitant de la preuve informatique qui sont fréquemment citées et qui portent sur l'interprétation de l'art.29 de la *Loi sur la preuve au Canada*; bien entendu, le raisonnement qui a été tenu dans ces décisions ne se limite pas nécessairement à cette disposition législative particulière.

[6] Dans l'arrêt *R. v. McMullen*,⁸ l'accusé était inculpé d'avoir obtenu des biens et de l'argent en espèces sous de faux prétextes. La Couronne a tenté de présenter en preuve un imprimé généré par un ordinateur concernant la situation bancaire de l'accusé au moment des faits. Le juge a instruit l'affaire en prenant pour hypothèse que l'imprimé contenait des informations se trouvant dans la mémoire d'un ordinateur central. À l'exception de l'imprimé en question, la succursale bancaire de l'accusé «ne possédait aucun document écrit, registre ou livre qui pouvait être considéré comme le document original contenant l'information relative au compte»⁹. Le juge des poursuites sommaires a déclaré que la mémoire de l'ordinateur ne constituait pas un «registre» au sens de l'article 29 de la *Loi sur la preuve au Canada*; l'imprimé a donc été déclaré non admissible aux termes de l'art.29. Devant la cour d'appel des poursuites sommaires, le juge Linden a donné aux mots «registre» et «copie» un sens large et fonctionnel, en faisant ressortir l'évolution des systèmes d'archivage au cours des siècles et a jugé que l'imprimé généré par ordinateur était «un nouveau type de copie d'un nouveau type de registre.»¹⁰ La Cour d'appel a confirmé l'interprétation qu'avait donnée le juge Linden de l'art.29 et elle a reconnu qu'il fallait donner un sens large au mot «registre», en indiquant toutefois que la personne qui présente un document informatique doit établir un certain nombre de faits préalables pour que le document soit admis:

[TRADUCTION] ... la démonstration de la fiabilité de la preuve informatique fait appel à un processus beaucoup plus complexe que celui qui s'applique aux écrits. ... Le tribunal devrait, en règle générale, examiner soigneusement les faits préalables présentés pour justifier l'admissibilité d'une preuve ... Les éléments de preuve présentés au tribunal doivent porter sur l'ensemble du processus d'archivage -- dans le cas de registres informatisés, sur les méthodes et les processus utilisés pour la saisie, le stockage, l'extraction et la présentation des données ... Si le directeur, le comptable ou l'agent responsable des dossiers n'est pas en mesure de fournir tous ces renseignements ... la condition exigée par le par.29(2) n'est pas remplie et l'imprimé ne peut être admis en preuve.¹¹

La Cour a donc insisté sur la question de l'authentification : elle a ainsi implicitement reconnu que les notions d'«original» et de «copie» n'étaient guère pertinentes dans le cas des documents informatiques mais elle a néanmoins exigé que la personne qui souhaite utiliser un tel imprimé s'acquitte d'un fardeau assez lourd, celui d'établir la façon dont il a été produit.

[7] Il est cependant tout à fait possible de déduire de l'arrêt *McMullen* que la mémoire de l'ordinateur constitue le «registre» et que l'imprimé est une copie de ce «registre». Selon cette interprétation, le fait d'effacer la mémoire de l'ordinateur correspondrait à la destruction d'un «registre». C'est l'argument que présentaient au tribunal les accusés dans l'affaire *R. v. Bell and Bruce*.¹² Les accusés étaient inculpés de fraude et la Couronne souhaitait présenter en preuve leurs états de compte bancaire. D'après les témoignages, les opérations relatives au compte d'un client étaient enregistrées dans un ordinateur central et tous les mois, la banque imprimait deux listes faisant état des opérations effectuées. La trace des opérations originales étaient ensuite effacées de la mémoire de l'ordinateur où n'était alors conservé que le solde de fermeture. Les deux imprimés étaient envoyés à la succursale du client. L'un d'entre eux était remis au client et l'autre conservé par la banque. Ainsi, si l'on considère que la mémoire est le «registre» et l'imprimé la «copie», cette façon de procéder n'est pas conforme aux conditions d'admissibilité qu'impose le par.29(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*.¹³ Le juge de première instance a, par conséquent, jugé que l'imprimé sur lequel figurait l'état de compte mensuel n'était pas admissible et les accusés ont été acquittés.

[8] En appel, la Cour a rejeté l'interprétation de l'arrêt *McMullen* que proposaient les accusés et elle a déclaré que cette dernière affaire indiquait uniquement que «l'information contenue dans un ordinateur est *susceptible* d'être qualifié de «livre ou de registre tenu dans une institution financière» et que l'imprimé généré par l'ordinateur est *susceptible* d'être qualifié de copie d'un tel registre». ¹⁴ Il est donc possible de considérer que l'imprimé constitue lui-même un «registre», dans la mesure où il y a eu transformation ou «transfert» de l'information stockée au départ dans la mémoire de l'ordinateur central: «peu importe que la forme de l'information originale change ou que celle-ci soit fondue dans un registre plus vaste.»¹⁵

[9] Jusque-là, la Cour établissait simplement une distinction plausible avec l'arrêt *McMullen* mais elle a poursuivi en adoptant une attitude très différente à l'égard de l'admissibilité des documents informatiques. Parmi les «propositions générales» concernant ces documents, la Cour a mentionné ce qui suit: le registre «doit avoir été produit pour les fins de la banque à titre de source de référence ou dans le cadre de son système de vérification interne et avoir été conservé à cette fin à l'époque considérée.» La Cour n'a fait aucune référence à la nécessité d'établir la façon dont fonctionne le système informatique.¹⁶ Le raisonnement de la Cour semble indiquer que l'aspect clé de l'admissibilité est le fait que le responsable des registres soit prêt à s'y fier; si le registre satisfait aux besoins de la banque, il satisfait également aux exigences du processus d'établissement des faits.

[10] Les différences qui existent entre les arrêts *McMullen* et *Bell and Bruce* font ressortir la nécessité d'adopter, par voie législative, certaines lignes directrices en matière d'admissibilité des documents informatiques.¹⁷ Dans ces deux arrêts, la Couronne souhaitait présenter des éléments de preuve dans un but identique; la loi applicable à l'admissibilité des preuves était la même; la façon dont les éléments de preuve avaient été produit était très semblable; et le résultat obtenu a

été identique (même si cela ne s'est produit qu'en appel). Cependant, les tribunaux ont utilisé des conceptions différentes des conditions d'admissibilité. Dans l'arrêt *McMullen*, la Cour a envisagé une enquête relativement détaillée sur la façon dont a été enregistrée et traitée l'information à l'origine de l'imprimé alors que dans l'arrêt *Bell and Bruce*, le tribunal s'est apparemment contenté de remplacer cette enquête par le fait que la banque se fiait à son propre système.¹⁸

IV. Deux cas hypothétiques

(i) Une affaire pénale

[11] Les accusés sont inculpés d'infractions découlant de la vente de voitures volées. La poursuite soutient que les accusés commençaient par voler un véhicule, se procuraient ensuite l'épave d'un véhicule de la même marque et vendaient le véhicule volé comme s'il s'agissait d'une épave réparée. Chaque véhicule portait deux numéros: le numéro du bloc-cylindres et le numéro du moteur. On pouvait retirer le numéro du moteur mais pas celui du bloc-cylindres. La poursuite soutient que les accusés ont apposé le numéro du moteur de l'épave sur le moteur du véhicule volé et se proposait d'établir cette affirmation en identifiant les véhicules en question par leur numéro de bloc-cylindres. La poursuite cherche par conséquent à présenter en preuve les registres du fabricant sur lesquels figurent les numéros originaux des véhicules volés.

[12] Voici comment ont été créés ces registres. Chaque composante du véhicule, y compris le moteur et le bloc-cylindres, se voit attribuer un code à barres. Lorsque la voiture est assemblée, les travailleurs lisent les codes à barres avec un crayon laser à mesure que les pièces sont assemblées. L'information concernant les pièces montées ensemble est ensuite stockée dans un ordinateur et peut être imprimée en cas de besoin. Après un certain temps, les imprimés sont lus optiquement à l'aide d'un scanner en vue d'un stockage à long terme et on efface de la mémoire de l'ordinateur les codes à barres.¹⁹ La Couronne pourrait-elle en présenter une copie ou l'imprimé des registres qui ont été scannés ?²⁰

[13] Il est pratiquement certain que ces documents seraient déclarés admissibles, d'une façon ou d'une autre, mais la jurisprudence examinée ci-dessus et les documents de consultation antérieurs indiquent que les principes de l'admissibilité sont encore imprécis. Supposons que la Couronne présente l'imprimé d'une version scannée des registres. La Couronne invoquerait l'art.30 de la *Loi sur la preuve au Canada* pour présenter en preuve cet imprimé. Le par.30(1) se lit: «Lorsqu'une preuve orale concernant une chose serait admissible dans une procédure judiciaire, une pièce établie dans le cours ordinaire des affaires et qui contient des renseignements sur cette chose est, en vertu du présent article, admissible en preuve dans la procédure judiciaire sur production de la pièce.» Lorsqu'il n'est pas raisonnablement commode de produire la pièce, la copie est admissible pourvu qu'elle soit appuyée de documents explicatifs aux termes du par.30(3). Il faut toutefois noter que le mot « pièce » est défini de façon très large dans cet article.²¹ Par contre, la définition de «copie» que l'on retrouve au par.30(12) semble faire référence à la reproduction photographique d'un document sur support papier, même si elle n'exclut pas d'autres formes: «copie» Relativement à une pièce, est assimilée à une copie, une épreuve, agrandie ou non, tirée d'une pellicule photographique représentant cette pièce, et «pellicule photographique» s'entend

notamment d'une plaque photographique, d'une pellicule microphotographique et d'un cliché au photostat ...

Comment doit-on qualifier, selon ces définitions, l'imprimé obtenu à partir du passage d'un scanner sur l'imprimé de la mémoire magnétique où sont stockés des numéros sous forme de codes à barres?

[14] Selon l'arrêt *McMullen*, la mémoire originale de l'ordinateur dans laquelle était entreposée l'information concernant les codes à barres constitue la «pièce» et la définition que donne l'art.30 de «pièce» est certainement suffisamment large pour autoriser cette interprétation. Cette «pièce» a toutefois été détruite et il faut donc voir si l'on peut parler de la «copie». L'imprimé en question est très éloigné de la « pièce » et, ne peut que très difficilement être décrit comme étant une sorte d'enregistrement «photographique» de cette «pièce». Le tribunal pourrait fort bien faire remarquer que la définition de « copie » n'est pas limitative et juger que l'imprimé est bien une «copie», parce qu'il remplit exactement le même rôle par rapport au registre informatique original que celui d'un microfilm par rapport à des pièces écrites. Par contre, le microfilm est déclaré admissible par la loi ²² et non pas parce que le mot «copie» il comprend un «microfilm»; l'application du principe *expressio unius exclusio alterus* pourrait donc entraîner l'exclusion de l'imprimé. De plus, l'arrêt *McMullen* semble indiquer que la Couronne serait tenue d'établir des faits préalables détaillés concernant l'imprimé et de décrire le fonctionnement du système informatique et d'imagerie utilisé par le fabricant de voitures.

[15] Par contre, selon le raisonnement tenu dans l'arrêt *Bell and Bruce*, l'information scannée constitue tout autant une « pièce » que la mémoire originale de l'ordinateur. Comme les états de compte bancaires qui étaient en litige dans l'arrêt *Bell and Bruce*, l'image optique est simplement une autre façon de présenter les mêmes renseignements sous une forme que les êtres humains peuvent lire. De plus, le fait que le fabricant ait utilisé un scanner pour ses propres besoins indique que ce système est suffisamment fiable. Une reproduction de la lecture optique constituerait donc une « copie » aux termes du par.30(3).

[16] Il est certes possible d'étendre les termes utilisés dans l'art.30 à l'information stockée dans les ordinateurs et de leur donner une telle interprétation, mais cela paraît néanmoins quelque peu artificiel. Il faut forcer le sens des mots pour parler de «copie» dans le cas d'une nouvelle version de renseignements numérisés; et pour dire que l'information quel que soit le traitement subi constitue autant une «pièce» que la mémoire originale de l'ordinateur revient pratiquement à vider de sa substance le par.30(3) de la *Loi sur la preuve* lorsqu'on l'applique à l'informatique.²³ Si on ajoute à cela l'incertitude qu'introduisent les différents raisonnements tenus dans les arrêts *McMullen* et *Bell and Bruce*, cette utilisation quelque peu forcée des termes de la loi semble indiquer qu'il serait souhaitable d'adopter un régime législatif spécial pour les données informatiques.

(ii) Une affaire civile

[17] Une entreprise du secteur des services, comme le droit ou l'ingénierie, facture ses clients à la fois pour les services rendus et pour les débours. L'entreprise utilise un système intégré et entièrement informatisé pour l'enregistrement des débours : les photocopieurs, les téléphones, les

télécopieurs, les services d'information en direct sont tous reliés au système informatique de l'entreprise. Chaque fois qu'un employé de l'entreprise fait une photocopie ou un appel téléphonique interurbain, les frais sont inscrits par l'ordinateur dans le compte du client concerné. Supposons maintenant qu'un client refuse de payer son compte de débours, en soutenant qu'il n'est pas possible que les frais de photocopie, de télécopie et de recherche en direct se rapportent à son dossier comme l'entreprise le prétend. Si l'entreprise poursuit son client pour obtenir le paiement du compte de frais, les documents informatiques concernant les débours sont-ils admissibles ?

[18] L'entreprise invoquerait une disposition comme le par.35(2) de la *Loi de la preuve* de l'Ontario pour présenter ces documents en preuve. Cet article soulève les mêmes problèmes d'authentification que l'affaire pénale. Lorsque l'ordinateur central interprète et répartit les signaux électroniques provenant des téléphones, des photocopieurs et autres appareils, on pourrait dire que la mémoire de l'ordinateur constitue la « pièce » et que l'imprimé produit à partir de la mémoire est une « copie ». La loi définit le terme « pièce » de façon suffisamment large pour comprendre la mémoire de l'ordinateur ;²⁴ mais elle ne contient aucune disposition prévoyant l'admissibilité d'une « copie ». Le tribunal pourrait interpréter le mot « pièce » de façon suffisamment large pour comprendre à la fois la mémoire et l'imprimé puisque, comme c'était le cas dans *Bell and Bruce*, l'imprimé représente simplement une autre façon de présenter les mêmes renseignements. Là encore, cette interprétation semble faire violence au sens normal du mot « pièce », et cela tend à démontrer qu'il serait souhaitable de réformer ces règles par voie législative.

[19] De plus, ce cas hypothétique soulève un grave problème de oui-dire. Dans l'affaire pénale, le responsable des dossiers n'avait aucun intérêt à modifier l'information stockée; mais ici, le client soutient en fait que les registres de l'entreprise sont inexacts, et qu'il y a eu négligence ou fraude. Le problème particulier que soulève cette preuve informatique est qu'il est possible que des employés de l'entreprise ait modifié les registres après leur création et que cette modification soit pratiquement impossible à détecter à partir du document informatique présenté au tribunal.²⁵ Le critère de la fiabilité dont s'inspire l'arrêt *Bell and Bruce*, dans lequel les documents étaient produits et conservés par un tiers, ne semble pas convenir à ce type de situation : compte tenu de la position adoptée par le client, il ne suffit pas de dire que l'entreprise se fie, pour ses besoins internes, à son système de gestion des documents. Le tribunal pourrait fort bien demander à l'entreprise d'établir en détail le processus utilisé pour créer, conserver, traiter et protéger les documents. Il est possible que ces éléments concernent davantage la force probante et non pas l'admissibilité des documents de l'entreprise²⁶ mais il serait bien trop généreux de ne rien exiger du tout. Le problème de oui-dire que pose la possibilité pour une partie d'utiliser ses propres documents pour démontrer le bien-fondé de sa position n'est pas résolu du seul fait que les documents en question se présentent sur support informatique.²⁷

(iii) Résumé

[20] Je le répète, il y a là un double danger. D'un côté, il ne faudrait pas exclure ces éléments de preuve pour la seule raison qu'ils se présentent uniquement sous la forme d'un document informatique. Dans le cas pénal, ces documents représentent une preuve fiable et probante qu'il serait bon de soumettre au juge des faits. Si le tribunal interprétait de façon étroite le mot « copie »

de l'art.30, ces éléments de preuve risqueraient d'être malgré tout exclus. Par contre, il existe de nombreuses façons de falsifier, délibérément ou par négligence, des renseignements stockés dans un ordinateur, entre le moment de la saisie de ces renseignements et celui où le document est présenté au tribunal. Dans le cas civil, où c'était la partie qui avait créé et conservé les documents qui souhaitait les présenter en preuve, ce n'est pas parce que le document se présente sur un support informatique qu'il ne mérite pas de faire l'objet d'un examen détaillé. Les dispositions législatives et les règles de la common law actuelles peuvent apporter une réponse à ces questions ; mais pour cela, il faut payer un prix, à savoir accepter que l'on fasse quelque peu violence aux mots et maintenir l'incertitude sur la façon dont ces éléments de preuve pourraient être traités à l'avenir. ²⁸

V. Retour sur les trois questions

(i) L'authentification

[21] Comme c'est le cas pour la preuve documentaire traditionnelle, une bonne partie des questions que soulève la preuve informatique portent sur l'authentification. Pour être admissible, le document traditionnel doit être authentifié par un témoin ; la même règle vaut pour le document informatique. Les documents peuvent être faux ou altéré ; cette possibilité existe également pour les documents informatiques et il est même possible que l'altération ou la fabrication de faux documents informatiques soit encore plus difficile à déceler que les mêmes opérations faites sur des documents traditionnels. C'est en partie pour cette raison que Chasse a recommandé à la Conférence pour l'harmonisation des lois de proposer une liste de facteurs assez détaillés dont les tribunaux devraient tenir compte avant de déclarer admissible un document informatique.²⁹ L'authentification d'un document informatique ne concerne pas uniquement l'origine du morceau de papier sur lequel il est consigné, mais sur la sécurité, la fiabilité et la précision du système qui a permis de placer ces signes sur le papier.

(ii) Règle du document original

[22] À la base des règles de common law et des lois applicables à la preuve documentaire, il y a l'idée qu'il faut présenter au tribunal le document original ou, si cela n'est pas pratique, une copie manuelle, mécanique ou photographique de ce document. La notion de « document original » paraît difficile à appliquer aux documents informatiques. La question de la règle «de la meilleure preuve» n'a été soulevée dans aucune des décisions relatives aux documents informatiques que j'ai examinées. Mais l'ombre de l'idée qu'il existe un document original hante apparemment l'arrêt *McMullen*, puisque la cour a vu dans la mémoire de l'ordinateur une « pièce », et que, dans *Bell and Bruce*, la cour a déclaré qu'il pourrait y avoir plusieurs « pièces » aux fins de l'art.29 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Ces acrobaties sémantiques s'expliquent davantage par les termes utilisés par la loi que par l'image sous-jacente d'un original sur papier mais elles font ressortir la nécessité d'écarter la règle de la « meilleure preuve », telle qu'elle est formulée habituellement, lorsqu'on veut l'appliquer à des documents informatiques.

[23] Une loi adaptée aux documents informatiques intégrerait la règle du « document original » au problème de l'authentification. La règle du document original visait au départ à éviter les

erreurs qui se produisent inévitablement lorsque l'on copie ou transcrit un document, lorsque le document est présenté pour démontrer sa portée juridique ou la véracité des mots qu'il contient.³⁰ Cet objectif s'applique également aux documents informatiques, parce qu'il est possible que des erreurs se glissent au moment de la copie, du traitement ou de la transcription d'un dossier informatique. L'attention devrait toutefois se porter essentiellement sur la sécurité et la fiabilité générales du système informatique qui a produit le document. Sur le plan fonctionnel, cette attention amènerait le tribunal à examiner les mêmes facteurs que s'il s'agissait d'authentifier le document informatique.³¹

(iii) Ouï-dire

[24] la question du ouï-dire est peut-être celle qui suscite le moins de controverse. Selon la règle traditionnelle, la preuve par ouï-dire n'est admissible que lorsque joue une exception législative ou de common law. Les principes énoncés récemment par la Cour suprême font ressortir une tendance à admettre la preuve par ouï-dire lorsqu'il a été démontré qu'elle était nécessaire et fiable.³² La Cour n'a toutefois pas décidé clairement si les principes énoncés devaient englober les exceptions traditionnelles fondées sur la common law ou si ces principes constituaient une catégorie résiduaire à laquelle on peut avoir recours après avoir épuisé les exceptions traditionnelles. L'on ne sait donc pas à l'heure actuelle si les règles de la common law concernant les pièces commerciales vont survivre ou si elles sont englobées dans ces principes. Ces règles partent de l'idée que l'on peut normalement se fier aux pièces établies dans le cours ordinaire des affaires mais elles ne répondent pas expressément aux critères de nécessité et de fiabilité qui est à la base des principes généraux. Il est donc possible qu'en vertu de ces principes, il faille apporter une preuve plus forte de la fiabilité du système informatique que ne l'exige l'exception fondée sur la common law actuelle. Mais tant que cette exception demeurera, les documents commerciaux informatiques produits par un système dont on a démontré qu'il était suffisamment fiable pour ce qui est de l'enregistrement, du traitement, du stockage et de l'impression devaient être admissibles et faire preuve de leur contenu. Ce principe sous-tend déjà les exceptions législatives concernant les pièces commerciales et devrait normalement être conforme à la common law au cas où ce principe ne serait pas repris dans une loi sur la preuve informatique.³³

VI. Conclusion

[25] Ce ne sont pas tant les lacunes du droit actuel dans ce domaine que la crainte de voir le droit évoluer dans des directions imprévisibles et peu souhaitables qui font ressortir tout l'intérêt d'adopter une loi qui régirait l'admissibilité des documents informatiques. Les arrêts que nous avons analysés plus haut ont abouti à des résultats raisonnables concernant l'admissibilité des états de compte bancaires ; ces résultats ont toutefois été atteints en appel, ils se fondent sur des critères complètement différents pour ce qui est des conditions d'admissibilité des preuves et portent sur ce qui constitue peut-être la forme la plus fiable des documents informatiques (les documents bancaires). Si l'arrêt *Bell and Bruce* représente peut-être une interprétation définitive d'une disposition législative particulière, il n'empêche qu'il existe toute une gamme de dossiers informatiques pour lesquels les conditions d'admissibilité n'ont pas été précisées ; cette incertitude touche non seulement la façon dont il faut mener les litiges mais également le genre

de conseil qu'un avocat peut fournir à un client qui s'apprête à mettre sur pied un système de gestion de l'information.³⁴

[26] L'essentiel lorsque l'on réfléchit à la preuve informatique est d'abandonner le modèle du document papier qui est à la base des règles actuelles. Dans le cas d'un document informatique, la grande question n'est pas de savoir si le morceau de papier (ou l'autre support qui contient l'information) constitue un « original » ou une « copie » de l'original ; il s'agit plutôt de savoir si l'information qui est reproduite sur le papier reflète avec exactitude l'intention des personnes qui utilisent le système informatique qui a créé ce document.³⁵ Par conséquent, l'admissibilité d'un document informatique dépend essentiellement de la sécurité et de la fiabilité du système informatique qui produit les documents. Ces règles ne devraient pas restreindre excessivement l'admission des documents informatiques mais ne devraient pas non plus les mettre à l'abri de toute enquête. Dans le même temps, les règles législatives applicables à ce type de preuve ne devraient pas être trop précises de façon à pouvoir s'adapter aux changements que va connaître l'informatique.

[27] Les options en matière de réforme législative qui répondraient à ces critères ont été proposées et discutées ailleurs.³⁶ Plutôt que de formuler une autre option, je vais terminer en énumérant les grandes questions auxquelles devrait répondre la réforme législative envisagée. Ces questions sont tirées des documents de consultation déjà produits et du procès-verbal de la réunion de 1995 de la Conférence pour l'harmonisation des lois.

- (i) La réforme législative devrait-elle englober l'ensemble de la preuve documentaire ou uniquement la preuve informatique ?³⁷
- (ii) La loi devrait-elle obliger la personne qui présente une preuve informatique à démontrer en détail la façon dont fonctionne le système qui l'a produit ou devrait-elle fournir uniquement une brève description des facteurs à considérer ?³⁸ Le fardeau devrait-il incomber à la partie qui s'oppose à la présentation de la preuve informatique ? La loi devrait-elle établir une distinction entre les documents conservés par une partie à l'instance et ceux qui sont conservés par des tiers ?
- (iii) Cette loi devrait-elle contenir des dispositions spéciales concernant l'application du ouï-dire à la preuve informatique ou serait-il préférable de laisser la jurisprudence assouplir la règle du ouï-dire ?
- (iv) L'imagerie optique devrait-elle être traitée à part des autres formes de preuve informatique ? Dans ce cas, devrait-on assimiler cette technique au microfilm ? La loi ou le règlement applicable à l'imagerie optique devrait-elle retenir les normes que l'industrie est en train de mettre au point ?³⁹

J'espère que cette communication va aider à préciser les motifs qui démontrent que ces questions méritent d'être soigneusement examinées.

FOOTNOTES

Footnote: 1 *Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, Compte rendu de 1995*, p.73, 74.

Footnote: 2 E.A. Tollefson, «Admissibilité des éléments de preuve informatiques dans les procédures relevant de la compétence du fédéral», *Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, 1995*; Ken Chasse, «Les pièces établies par ordinateur dans les procédures judiciaires», *Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, juin 1994*. On trouvera une loi abrégée dans John Gregory, «Avant-projet de loi uniforme sur la preuve informatique», *Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, 1995*; et une loi détaillée dans Tollefson, précité, p.21 à 40. On peut avoir accès à ces documents au site Web de la Conférence pour l'harmonisation des lois : <http://www.law.ualberta.ca/alri/ulc>.

Footnote: 3 Il existe un sujet connexe qui est important; à savoir, l'échange électronique de données (EED). Grâce à l'EED, dont le courrier électronique est peut-être l'exemple le plus connu, deux parties (ou davantage) peuvent échanger de l'information entre ordinateurs, en utilisant, au besoin, des lignes téléphoniques. J'ai décidé de ne pas aborder ce sujet, en partie pour des raisons de place mais également parce que j'ai tendance à souscrire à l'opinion exprimée par Chasse, précitée, note 2, p.5, selon laquelle l'EED risque de poser davantage de problèmes sur le plan du droit des contrats que sur celui de la preuve. Par exemple, si l'on achète des biens par EED, il est possible que le bon de commande énonce que le titre de propriété est transféré au moment de la livraison alors que la facture du vendeur précise que le titre est transféré au moment de la commande. Cela constitue une transposition sur le plan de l'informatique de la «bataille des formules» traditionnelle. (Sur la question de la «bataille des formules», voir Stephen M. Waddams, *The Law of Contracts*, 3d ed.

[Toronto: Canada Law Book, 1993], ¶¶65-72.) On trouvera également une discussion détaillée de l'EED dans John D. Gregory, «Electronic Documents in Ontario's Photoradar System» (1995) 6 *J.M.V.L.* 277, p.279 et 280.

Footnote: 4 On utilise également d'autres médias comme les codes à barres et les cartes perforées pour enregistrer des données. Chasse, précité, note 2, p.4, fournit d'autres exemples de consignation électronique de données.

Footnote: 5 P. ex., *Loi sur la preuve au Canada*, par. 30(12) («pièce» Sont assimilés à une pièce l'ensemble ou tout fragment d'un livre, d'un document, d'un écrit, d'une fiche, d'une carte, d'un ruban ou autre chose sur ou dans lesquels des renseignements sont écrits, enregistrés, conservés ou reproduits...); art. 35 de la *Loi sur la preuve de l'Ontario* («document» défini ainsi «renseignement enregistré ou conservé par quelque moyen que ce soit»). Dans les modifications

récentes du Nouveau-Brunswick concernant la preuve informatique, on définit le mot «document» comme étant «tout enregistrement de renseignements, peu importe la façon dont ils sont enregistrés ou conservés, que ce soit sous forme imprimée, sur pellicule, par moyens électroniques ou autrement». Loi sur la preuve, L.R.N.-B. 1973, ch. E-11, mod. par L.N.B. 1996, ch.52, art. 1 (non sanctionné).

Footnote: 6 Il est possible qu'à l'avenir tous les participants qui assistent à un procès dans un palais de justice aient accès à un terminal d'ordinateur et qu'ils pourraient ainsi

consulter les documents informatiques sans avoir à les produire sur papier. Cette possibilité ne modifie pas véritablement les questions fondamentales examinées dans la présente étude.

*Footnote: 7 Il faut considérer la règle du «document original» comme étant un cas particulier de la règle de la meilleure preuve, même si les doutes que la règle de la meilleure preuve ait d'autres applications. Voir S.A. Schiff, *Evidence in the Litigation Process*, 4th Student ed., vol. 2 (Toronto: Carswell, 1993), p. 811, 842.*

Footnote: 8 25 O.R. (2d) 301, 47 C.C.C. (2d) 499 (C.A.), confirmant 42 C.C.C. (2d) 67, 6 C.R. (3d) 218 (H.C. Ont.) [ci-après McMullenest cité dans les O.R.].

Footnote: 9 Ibid., p. 304, extrait de l'exposé de cause cité par le juge de première instance.

Footnote: 10 Ibid., p. 305, le juge Linden.

Footnote: 11 Ibid., p. 309.

Footnote: 12 (1982), 35 O.R. (2d) 164, 65 C.C.C. (3d) 377 (C.A.) [ci-après Bell and Bruce cité dans les O.R.]. Bell and Brucea été confirmé dans des motifs très brefs approuvant la décision de la Cour d'appel: [1985] 2 R.C.S. 287.

Footnote: 13 En effet, pour qu'une «copie» soit admissible aux termes du par.29(2), le «livre» ou le «registre» doit être «sous la garde ou la surveillance» de l'institution financière. Cette condition suppose évidemment que le livre ou le registre n'ait pas été détruit.

Footnote: 14 Ibid., p. 166, italiques du juge.

Footnote: 15 Ibid., p.167.

Footnote: 16 Dans la même veine, la Cour a semblé accorder une grande importance au fait que l'imprimé était «la seule source de référence utilisée par la banque pour ce qui est de l'état d'un compte bancaire, à l'exception de la possibilité d'établir un nouvel état de compte en recherchant les bordereaux de dépôt, les chèques originaux, etc.»; de la même façon, la Cour ne semble pas avoir attaché une grande importance au fait qu'il n'existait aucune preuve directe de la façon dont d'autres états de compte bancaires présentés en preuve dans cette affaire avaient été produits. Ibid., p.167.

Footnote: 17 Chasse, précité, note 2, p. 10, affirme que l'arrêt Bell and Bruce a précisé la portée de l'arrêt McMullen. D'autres estiment que Bell and Bruce a implicitement infirmé l'arrêt McMullen. Tollefson, précité, note 2, p. 5, signale que si Bell and

Bruce a effectivement remplacé McMullen, la question suivante demeure sans réponse: «quel est le registre lorsque l'imprimé est utilisé de façon quotidienne mais que l'information demeure dans la mémoire de l'ordinateur?» Ces deux arrêts ne sont peut-être pas contradictoires sur le plan de la logique mais chacun a donné un sens différent aux mots utilisés dans la loi.

Footnote: 18 Dans d'autres décisions, les tribunaux ont essayé d'appliquer aux documents informatiques les termes utilisés dans la Loi sur la preuve au Canada, sans toutefois procéder à une analyse détaillée, ni même à un examen, de la question de la fiabilité du système à l'origine du document. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a jugé qu'un imprimé était une «pièce» au sens de l'art.30 de la Loi sur la preuve au Canada : R. v. Vanderberghe (1976), 6 C.R. (3d) 222 (C.A. C.-B.) (imprimé correspondant aux registres d'une banque); R. v. Bicknell (1988), 41 C.C.C. (3d) 545 (C.A. C.-B.) (imprimé de registres informatisés concernant des appels téléphoniques). Par contre, en Nouvelle-Écosse, on estime que la mémoire de l'ordinateur constitue un «registre» et que l'imprimé est la «copie»: R. v. Sunila and Solagman (1986), 26 C.C.C. (3d) 331 (C.S. Ire inst. N.-É.) (l'imprimé contenant des renseignements stockés dans un ordinateur au cours d'une enquête effectuée par les forces canadiennes constitue une «copie»

aux termes de l'art.30 de la Loi sur la preuve au Canada); R. v. Hanlon (1985), 69 N.S.R. (2d) 266, 163 A.P.R. 266 (C. Ct.) (l'imprimé où figurent des renseignements entreposés dans les ordinateurs du ministère des Pêcheries constitue une «copie» au sens de l'art.26 et du par.28(1) de la Loi sur la preuve au Canada).

Footnote: 19 Voir Chasse, précité, note 2, p. 5 et annexe D et Tollefson, précité, note 2, p.14, 15, où l'on trouvera une analyse de l'imagerie. Il est peut-être peu plausible qu'une entreprise prenne la peine d'imprimer ces registres et qu'elle les traite ensuite optiquement par imagerie. J'ai parlé d'imagerie non pas par souci de réalisme mais pour compléter le cas hypothétique.

Footnote: 20 Ce cas hypothétique est tiré d'une version des faits simplifiée mais informatisée de l'affaire Myers v. D.P.P., [1965] A.C. 1001, [1964] 2 All E.R. 881 (H.L.). La question en litige dans cette affaire était celle de savoir si des dossiers sur microfilms étaient admissibles malgré la règle du oui-dire. Étant donné l'absence d'exception législative ou fondée sur la common law à la règle du oui-dire dans le cas des documents de ce type, la Chambre des lords a jugé que ces microfilms n'étaient pas admissibles. Au Canada, ils seraient probablement admissibles aux termes de l'art.30 de la Loi sur la preuve au Canada. L'aspect qui est privilégié ici n'est pas le oui-dire mais la notion d'archivage et de registre.

Footnote: 21 Voir la note 5, supra, et Tollefson, supra, note 2, p.5.

Footnote: 22 P.ex. Loi sur la preuve au Canada, par. 30(12); Loi sur la preuve de l'Ontario, al.34(1)b).

Footnote: 23 Tollefson, précité, note 2, p. 6, fait remarquer qu'aux termes de l'art.30, si un imprimé constitue une «pièce», la personne qui souhaite le présenter en preuve a uniquement à démontrer qu'il a été établi dans le cours ordinaire des affaires alors que s'il s'agit d'une «copie», il doit établir des faits préalables. «Le paradoxe est que dans les deux cas c'est le même document qui est présenté en preuve».

Footnote: 24 Le paragraphe 35(1) énonce : «'pièce' L'information enregistrée ou entreposée de quelque manière que ce soit.»

Footnote: 25 Chasse, précité, note 2, p. 16. Il ne s'agit pas ici de la facturation de débours fantaisistes au client, puisque ce cas pourrait se produire quel que soit le système de gestion des documents utilisé par l'entreprise.

Footnote: 26 C'est ce qui semblerait découler de l'application de l'art.35 sous sa forme actuelle: le par.35(4) énonce «Les circonstances dans lesquelles a été faite l'inscription ou a été créé le document, y compris l'absence de connaissance personnelle par leur auteur, peuvent être établies dans le but d'en établir la force probante mais pas l'admissibilité.»

*Footnote: 27 Les lois qui traitent de la preuve documentaire ne font pas habituellement de différence entre les pièces commerciales présentées par une partie à l'action et les pièces commerciales provenant de tiers, voir toutefois l'art.33 de la Loi sur la preuve de l'Ontario. Dans l'arrêt *Tecoglas, Inc. v. Domglas, Inc.* (1985), 51 O.R. (2d) 196 (H.C.), le tribunal a autorisé une partie à présenter en preuve ses propres dossiers informatiques pour établir le préjudice subi, ces documents ayant fait l'objet d'un examen détaillé au moment de la communication de la preuve. Le tribunal a semblé ne pas s'inquiéter de la possibilité qu'on ait pu, de façon délibérée ou par négligence, modifier les documents. Les récents amendements présentés au Nouveau-Brunswick, supra, note 5, ne font pas non plus cette distinction; ils exigent toutefois que l'imprimé d'un dossier créé par imagerie soit une copie conforme (nouvel al.47.1(3)c)), et que l'imprimé d'un document informatique n'ait pas été altéré depuis sa saisie originale (nouvel al.47.2(2)b)).*

Footnote: 28 Voir Tollefson, précité, note 2, p. 3 et 6.

Footnote: 29 Chasse, précité, note 2, p. 25, 26. Les amendements récents présentés au Nouveau-Brunswick ne contiennent pas de liste de ce genre et imposent une condition plus générale celle de démontrer que le document n'a pas été altéré: précité, note 27.

Footnote: 30 Schiff, précité, note 7, p. 842.

Footnote: 31 Chasse, précité, note 2, p. 13; voir également l'avant-projet de loi modèle CNUDCI, précité, p. 52-53, qui n'établit pas de distinction entre «la meilleure preuve» et l'authenticité lorsque la preuve informatique est offerte à titre de substitut de l'«original».

Footnote: 32 R. c. Smith (1992), 75 C.C.C. (3d) 257. Cette tendance est si nette que «l'on peut même soutenir que la preuve par oui-dire n'est désormais plus interdite.» Chasse, précité, note 2, p. 2; voir également Tollefson, précité, note 2, p. 9.

Footnote: 33 Les modifications récentes apportées à la Loi sur la preuve du Nouveau-Brunswick ne font pas expressément référence à la question du oui-dire; l'imprimé d'images numériques et de dossiers informatiques est «admissible en preuve dans tous les cas et pour toutes les fins pour lesquelles le document original eut été admissible.» Loi sur la preuve, L.R.N.-B. 1973, ch. E-11, mod. par L.N.B. 1996, ch. 52, art. 1 (non promulgué).

Footnote: 34 Par exemple, les règles concernant l'utilisation par l'entreprise de la technique du microfilm pour enregistrer des documents sur papier et la possibilité de détruire ensuite les originaux sont relativement claires (voir, p. ex. la Loi sur la preuve de l'Ontario, art. 34) mais personne ne sait dans quelle mesure on pourrait enregistrer les mêmes documents par voie d'imagerie électronique. Les modifications récentes à la Loi sur la preuve du Nouveau-Brunswick visent manifestement à faciliter l'admission d'imprimés de documents ayant été lus optiquement puisqu'elle exige que l'entreposage informatique s'effectue «dans le cours d'une pratique établie afin de garder une preuve permanente du document», que l'original soit détruit et que l'imprimé représente «une copie certifiée conforme du document original»: Loi sur la preuve, L.R.N.-B. 1973, ch.E-11, mod. par L.N.B. 1996, ch. 52, art. 1 (non sanctionné).

Footnote: 35 C'est l'idée sur laquelle insiste Gregory, précité, note 3, p. 278 et 279.

Footnote: 36 Voir note 2, précitée.

Footnote: 37 Tollefson, précité, note 2, annexe A, présente une réforme globale du droit concernant la preuve documentaire. Gregory, précité, note 2, p. B1 à B9, formule une proposition plus modeste qui traiterai uniquement de la preuve informatique. Les amendements récents du Nouveau-Brunswick traitent uniquement des documents informatiques et ne constituent pas une révision complète des règles relatives à la preuve documentaire.

Footnote: 38 Chasse, précité, note 2, p. 24 à 26; Tollefson, précité, note 2, p. 36, 37; Gregory, précité, note 2, p. B4.

Footnote: 39 Chasse, précité, note 2, p. 68 examine rapidement les normes actuelles en matière d'imagerie qui pourraient être appliquées pour déterminer l'admissibilité et la force probante de cette preuve.