

La règle de la meilleure preuve dans le procès civil

par Giacomo MARCHISIO*

Le façonnement du droit de la preuve a été turbulent en raison de l'histoire constitutionnelle québécoise, celle-ci ayant eu le rôle ingrat de concilier les acquis de l'Acte de Québec avec la culture juridique britannique. La common law a ainsi joué un rôle important dans l'élaboration et l'interprétation des règles de preuve, qui ont souvent tiré leur origine de l'exigence qui consiste à protéger et à faciliter la tâche du jury. Or, le procès par jury dans les matières civiles connaît un déclin constant au Canada : il a été aboli au Québec en 1976. De plus, la codification de ces règles de preuve, lesquelles sont très flexibles par leur nature, a eu l'effet de les figer dans le temps, parfois dans des formules rigides mal adaptées à l'esprit même du Code civil du Québec. La règle de la meilleure preuve est un exemple éloquent de ce long processus. Afin d'aider les plaideurs, l'auteur tentera d'en décrire l'origine et la portée, dans l'espoir qu'une interprétation plus large de la règle soit mise en œuvre pour en assurer un juste degré de flexibilité dans le contexte d'un procès civil.

The shaping of the law of evidence has been far from smooth as a result of Quebec's constitutional history in which that branch of law had the thankless task of respecting both the achievements of the Quebec Act and British legal culture. The common law has thus played an important role in the development and interpretation of the rules of evidence, which very often owe their origin to the need to protect and facilitate the jury's task. However, the use of jury trials in civil matters is in steady decline in Canada, and was abolished in Quebec in 1976. Moreover, the codification of these rules of evidence, flexible by their very nature, has had the effect of freezing them in time, sometimes in rigid formulae that are ill-suited to respect the very spirit of the code. The best evidence rule is a prime example of that lengthy process. In order to assist litigants, an attempt will be made to describe the origin and scope of that rule in the hope that a broader interpretation of the rule will be applied to ensure an appropriate level of flexibility in civil trials.

* Docteur en droit civil; chargé de cours, Faculté de droit, Université McGill. L'auteur tient à adresser ses remerciements les plus sincères aux évaluateurs anonymes et au comité de rédaction de la Revue pour leurs suggestions, ainsi qu'à M. Émile Berzghal pour ses précieuses recherches.

Sommaire

I.	La mixité des sources et le droit de la preuve civile.....	6
II.	Un aperçu de la règle de la meilleure preuve	10
III.	La portée de l’article 2860 al. 1 du <i>Code civil du Québec</i>	15
IV.	La preuve de l’écrit instrumentaire et de l’écrit non instrumentaire	18
V.	Les difficultés liées à la preuve du contenu de l’écrit non instrumentaire.....	23
	Conclusion	28

Selon Sylvio Normand, le métissage juridique est le produit d'un phénomène d'acculturation pouvant s'opérer à différents degrés d'intensité. Ainsi, il existe trois formes d'acculturation en droit : par intégration (emprunt ponctuel d'une institution, promptement systématisée au sein du corpus normatif d'adoption), par assimilation (emprunt ponctuel d'une institution, entraînant une modification des notions fondamentales du système récepteur) et par hybridation (emprunt de l'institution intégré au corpus, mais mise à l'écart partielle de certaines catégories fondamentales)¹.

Le droit de la preuve civile québécois constitue un exemple flagrant d'acculturation du droit, et ce, en raison de la particularité de ses sources. Malgré un cadre normatif largement civiliste², le droit de la preuve repose également sur plusieurs catégories fondamentales de common law³. C'est un équilibre délicat, le droit de la preuve oscillant entre une forme d'acculturation par assimilation et une acculturation par hybridation. Dans le présent article, nous nous pencherons sur une règle représentative de ce phénomène d'acculturation, à savoir celle de la « meilleure preuve ». En principe, cette règle se borne à donner préséance à la preuve documentaire sur les autres moyens de preuve (à commencer par la preuve testimoniale). Elle dispose que la preuve de l'acte juridique, ou du contenu d'un écrit, se fait par la production de l'original ou d'une copie qui en tient légalement lieu. Cependant, les autres moyens de preuve sont recevables dans certaines

¹ Sylvio NORMAND, « La culture juridique et l'acculturation du droit : le Québec », (2011) 1 - Special Issue 1, *Legal Culture and Legal Transplants, ISAIDAT Law Review*, article 23.

² À l'exception des dispositions en matière de prépondérance de la preuve et d'exceptions au ouï-dire.

³ En matière de privilèges, il est surprenant de voir que la Cour suprême du Canada ne se gêne pas pour introduire en droit québécois des institutions de common law, mal adaptées au cadre normatif applicable. Parmi les exemples les plus connus, mentionnons le privilège entre journalistes et sources confidentielles, exclu à l'origine de la portée du secret professionnel prévu par la législation applicable, mais protégé par la Cour suprême grâce à l'application du test de Wigmore : voir l'arrêt *Globe and Mail c. Canada (P.G.)*, [2010] 2 R.C.S. 592, par. 65. Le législateur québécois, comme celui du fédéral, est par ailleurs intervenu afin de baliser ce type de privilège. Voir au Québec, la *Loi sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques*, RLRQ, c. P-33.1.

conditions : c'est ici que l'influence de la common law se fait grande et que la conciliation avec le droit civil se complique.

Nous voulons offrir une analyse pour clarifier la portée de la règle, afin que les complexités liées à l'acculturation de ce domaine du droit ne nuisent pas aux plaideurs. Pour ce faire, nous examinerons en premier lieu la mixité du droit québécois, afin d'expliquer l'importance accordée à la common law en matière de droit de la preuve. En deuxième lieu, nous exposerons un aperçu de la règle de la meilleure preuve en droit québécois. Nous passerons, en troisième et dernier lieu, à son application en matière de preuve d'un écrit instrumentaire et d'écrit non instrumentaire.

I. La mixité des sources et le droit de la preuve civile

Il ne fait aucun doute que le droit québécois est un droit mixte. Les historiens ont habilement décrit les passages clés de ce parcours de métissage ayant assuré la survie de la tradition civiliste malgré le changement de régime colonial⁴. Cependant, en quoi cette mixité consiste-t-elle? De manière simpliste, nous pourrions répondre comme suit : dans le caractère dualiste des sources du droit, soit la common law en matière de droit public⁵ et le droit civil en matière de droit privé⁶. Cela dit, deux nuances s'imposent.

Si, d'un côté, le droit public supplétif correspond à la common law, un auteur avisé a souligné que son interprétation et son application au

⁴ Voir généralement : Michel MORIN, « Les débats concernant le droit français et le droit anglais antérieurement à l'adoption de l'Acte de Québec de 1774 », (2014) 44 *R.D.U.S.* 259; David GILLES, « L'arbitrage notarié, instrument idoïne à la conciliation des traditions juridiques après la Conquête britannique ? (1760-1784) », (2011) 57-1 *R.D. McGill* 135; Arnaud DECROIX, « La controverse sur la nature du droit applicable après la conquête », (2011) 56-3 *R.D. McGill* 489; André MOREL, « La réaction des Canadiens devant l'administration de la justice de 1764 à 1774, une forme de résistance passive », (1960) 20 *R. du B.* 52.

⁵ Michel MORIN, « Dualisme, mixité et métissage juridique : Québec, Hong Kong, Macao, Afrique du Sud et Israël », (2012) 57-4 *R.D. McGill* 645, 653.

⁶ *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.U.), art. 92 (13). Voir aussi Adrian POPOVICI, « Aspects de l'intégration juridique au Québec », (2001) 35 *R.J.T.* 777.

Québec peuvent se distancer de celles des provinces de common law⁷. De l'autre côté, le droit privé québécois a également connu de nombreux emprunts à la common law et est devenu à son tour un droit mixte⁸. Certes, l'influence du Code civil français de 1804 a été fondamentale dans la codification de 1866 et la mise en œuvre du *Code civil du Bas Canada*⁹. Toutefois, la codification de 1994 a permis l'émancipation du *Code civil du Québec* de la tradition juridique française, en amorçant une spécificité propre, tout en réaffirmant les caractéristiques typiques d'une tradition civiliste, notamment en plaçant le Code civil au cœur du corpus juridique, en tant que véritable droit supplétif de la province¹⁰. Au-delà du droit substantiel, qu'en est-il du droit processuel?

Le droit du procès civil relèverait, normalement, du droit privé, en raison de la nature des litiges réglés. Si l'on suivait la courte description du paragraphe précédent, nous devrions alors conclure que ce domaine du droit n'a connu que des emprunts limités à la common law et qu'il a puisé une grande partie de ses sources dans le droit civil. Cela n'a pas été le cas, ce qui a fait du droit processuel un domaine qui a subi profondément l'influence de la tradition de common law. André Morel est catégorique sur ce point : « le législateur et les praticiens se sont comportés comme si l'Acte de Québec n'avait pas remis en vigueur dans la province ce véritable code

⁷ Daniel JUTRAS, « Regards sur la common law au Québec : perspectives et cadres », (2008) 10 *R.C.L.F.* 311, 314.

⁸ Nous laisserons ici de côté, faute de temps, les raisons de ce métissage, liées à l'introduction de règles importées de la common law dans le *Code civil du Bas Canada*, ainsi qu'aux pratiques des tribunaux, à commencer par la Cour suprême et ses tentatives d'uniformisation du droit canadien durant la seconde moitié du XIX^e siècle et le début du XX^e siècle. Voir : Pierre-Gabriel JOBIN, « L'influence de la doctrine française sur le droit civil québécois : le rapprochement et l'éloignement de deux continents », (1992) 2 *R.I.D.C.* 381, 390-391; Louis LEBEL et Pierre-Louis LE SAUNIER, « L'interaction du droit civil et de la common law à la Cour suprême du Canada », (2006) 47-2 *C. de D.* 179, 182-186. Voir généralement Patrick GLENN, « Le droit comparé et la Cour suprême du Canada », dans Ernest CAPARROS *et al.*, *Mélanges Louis-Philippe Pigeon*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, p. 200.

⁹ Adrian POPOVICI, « Libres propos sur la culture juridique québécoise dans un monde qui rétrécit », (2009) 54 *R.D. McGill* 223, 226.

¹⁰ Voir Patrick GLENN, « La disposition préliminaire du Code civil du Québec, le droit commun et les principes généraux du droit », (2005) 46 *C. de D.* 339, 349.

de procédure civile qu'était l'Ordonnance française de 1667¹¹ ». Ces propos, qui peuvent paraître sévères, font l'unanimité dans la doctrine, celle-ci ayant constaté à maintes reprises que le droit processuel québécois a subi fortement l'influence, depuis la Conquête, de la tradition britannique et de la common law¹². Ainsi, graduellement, les réformes de 1866, de 1897 et de 1965 auraient amené le législateur à adopter un modèle contradictoire calqué sur le procès civil anglais¹³. Cette tendance, nous semble-t-il, n'a pas été entièrement abandonnée par le *Code de procédure civile* de 2016 : la portée de la communication des moyens de preuve avant l'instance¹⁴, l'interrogatoire préalable¹⁵ ou bien encore l'interrogatoire direct des témoins par les parties¹⁶ témoignent de l'importance persistante de la tradition de common law. Certes, le *Code procédure civile* de 2016 s'est également démarqué en soulignant manifestement le caractère dominant de la tradition civiliste dans le procès civil, mais c'était dans le but de favoriser une acculturation par intégration¹⁷.

¹¹ André MOREL, « La langue et l'acculturation juridique au Québec depuis 1760 », (1990) 24 *R.J.T.* 99, 107.

¹² Pour une étude ponctuelle sur l'exemple fourni par le *Code de procédure civile* de 1867 (premier du genre), voir : Jean-Maurice BRISSON, *L'apport du premier Code de procédure civile au regard de ses sources*, Montréal, mémoire de maîtrise (U. de M.), 1983; Jean-Maurice BRISSON, *La formation d'un droit mixte : l'évolution de la procédure civile de 1774 à 1867*, Montréal, Thémis, 1986.

¹³ Daniel JUTRAS, « Culture et droit processuel : le cas du Québec », (2009) 54 *R.D. McGill* 274, 276-277. Par ailleurs, le procès par jury n'a été aboli qu'en 1976 : Yves-Marie MORISSETTE, « L'influence du droit français sur le droit de la preuve au Québec », dans Patrick GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 426-428. Voir Sylvio NORMAND, « De la difficulté de rendre une justice rapide et peu coûteuse : une perspective historique (1840-1965) », (1999) 40-1 *C. de D.* 13, 30.

¹⁴ *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01, art. 221 (ci-après « C.p.c. »).

¹⁵ C.p.c., art. 246.

¹⁶ C.p.c., art. 280.

¹⁷ Voir le 3^e alinéa de la disposition préliminaire du *Code de procédure civile* : « [L]e Code s'interprète et s'applique comme un ensemble, dans le respect de la tradition civiliste. Les règles qu'il énonce s'interprètent à la lumière de ses dispositions particulières ou de celles de la loi et, dans les matières qui font l'objet de ses dispositions, il supplée au silence des autres lois si le contexte le permet. » Voir également Catherine PICHÉ, « La disposition préliminaire du Code de procédure civile », (2014) 73 *R. du B.* 137, 175.

Au-delà des repères normatifs, il y a également lieu de mentionner, en matière de spécificité du droit processuel québécois, le style discursif des jugements, les opinions dissidentes, la conception du rôle traditionnel des juges en tant qu'arbitres passifs (juges par ailleurs issus du Barreau)¹⁸. Ces données, ainsi que le caractère oral de la procédure, rapprochent davantage ce dernier de la tradition de common law¹⁹. Cela est d'autant plus vrai si l'on considère que le rapport Ferland de 2001²⁰, ayant servi de pierre angulaire à la réforme de 2003 et de 2016, a repris, sur plusieurs points, les réformes Woolf de 1998 en Angleterre (pensons notamment au principe de proportionnalité et aux différentes mesures de gestion de l'instance) et l'intervention accrue du juge en matière d'administration de la preuve²¹. Qu'en est-il du droit de la preuve?

La réponse se révèle complexe. Ce domaine du droit rassemble en effet des règles relevant du Code civil et un grand nombre de dispositions contenues dans le *Code de procédure civile*. Reprenant la distinction mentionnée par Léo Ducharme, nous discernons deux catégories de normes probatoires²² : les règles de fond, qui concernent par exemple le fardeau et le degré de la preuve, ainsi que la régulation des moyens de preuve; et les règles sur l'administration de la preuve, qui portent par exemple sur la divulgation des moyens de preuve, les interrogatoires préalables et l'audition des témoins. D'emblée, la dualité entre normes substantielles et normes

¹⁸ D. JUTRAS, préc., note 13, 286.

¹⁹ Voir toutefois les propos optimistes de Sédjro Axel-Luc HOUNTOHOTGBÈ, « De l'ombre à la lumière : l'hypothèse de la renaissance de la filiation romano-germanique de la procédure civile québécoise », (2015) 60-2 *R.D. McGill* 215, 247-250 : l'auteur souligne, en ce qui concerne la technique législative, l'importance de la disposition préliminaire du nouveau *Code de procédure civile*, en tentant d'harmoniser le droit processuel québécois avec la tradition civiliste.

²⁰ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *La révision de la procédure civile. Une nouvelle culture judiciaire, Rapport du Comité de révision de la procédure civile*, Québec, Les Publications du Québec, 2001, en ligne : <<http://collections.banq.qc.ca/ark:/52327/bs43285>> (ci-après « rapport Ferland »).

²¹ Frédéric BACHAND, « Les principes généraux de la justice civile », (2015) 61-2 *R.D. McGill* 447, 458.

²² Léo DUCHARME, *Précis de la preuve*, 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, n^o 10 : « Les règles de fond regroupent les règles relatives à l'objet de la preuve, à la charge de la preuve, à la nature, à la force probante et à la recevabilité des procédés de preuve. »

processuelles soulève des questionnements. D'un côté, il faudrait s'attendre à un degré de métissage moins important pour la première catégorie, et à un degré accru pour la seconde. La règle de la meilleure preuve ne semble pas confirmer cette hypothèse. Au contraire, elle nous mène plutôt à conclure que certaines règles de fond connaissent une analyse et une catégorisation très teintées par la common law. C'est pour cela qu'un auteur avisé a parlé de « développement anarchique », « au gré des modifications et des agrégations des différents modèles juridiques » du droit de la preuve²³. Regardons maintenant de plus près la règle de la meilleure preuve.

II. Un aperçu de la règle de la meilleure preuve

Selon Simon Greenleaf, grand auteur américain du XIX^e siècle, à qui la Cour d'appel du Québec se réfère déjà en 1917 pour expliquer la portée de la règle de la meilleure preuve²⁴, une partie doit produire la meilleure preuve que la cause, selon sa nature, permet d'offrir. Adroitement, Greenleaf souligne que cela se limite clairement aux éléments de preuve en possession d'une partie²⁵ : en matière de preuve d'un écrit, offrir une preuve testimoniale (preuve secondaire) alors que l'on dispose de l'écrit (preuve primaire) semble être un stratagème pour omettre de l'information qui pourrait nuire à la cause. D'entrée de jeu, la preuve secondaire devrait être exclue.

²³ David GILLES, *Essais d'histoire du droit. De la Nouvelle-France à la province de Québec*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2014, p. 371.

²⁴ *Weiss v. Silverman, and Zudick and others, mis en cause*, 1917 CanLII 355, par. 39 (QC C.A.).

²⁵ Simon GREENLEAF, *A Treatise on the Law of Evidence*, 3^e éd., t. 1, Londres, Maxwell & Son, 1846, p. 157 : « [The best evidence] rule does not demand the greatest amount of evidence, which can possibly be given of any fact; but its design is to prevent the introduction of any, which, from the nature of the case, supposes that better evidence is in possession of the party. It is adopted for the prevention of fraud; for when it is apparent that better evidence is withheld, it is fair to presume that the party had some sinister motive for not producing it, and that, if offered, his design would be frustrated. »

En droit québécois, l'article 2860 al. 1 C.c.Q. dispose ceci : « L'acte juridique constaté dans un écrit ou le contenu d'un écrit doit être prouvé par la production de l'original ou d'une copie qui en tiennent légalement lieu. » Mentionnons de prime abord que ce n'est pas une disposition d'ordre public; elle ne peut donc être soulevée d'office par le juge en l'absence d'objection de la partie intéressée²⁶.

Cette disposition est présentée par le législateur et la doctrine comme expression de la règle de la meilleure preuve²⁷. Ainsi, Jean-Claude Royer écrit dans son traité que l'article 2860 C.c.Q. reproduit la règle de common law de la meilleure preuve (*best evidence rule*), règle ayant pour objet de « prévenir la fraude et le parjure et d'assurer une plus grande certitude de la véracité d'un fait qu'une partie désire établir²⁸ ».

²⁶ *Code civil du Québec*, RLRQ, c. CCQ-1991, art. 2859 (ci-après « C.c.Q. »). Voir aussi : *Lemay c. Orford*, 2013 QCCA 198, par. 13; *Renière c. 9176-4332 Québec inc.*, 2015 QCCA 206, par. 5 : « L'appelant invoque maintenant la règle de la meilleure preuve et prétend qu'au nom de ce principe la juge aurait dû écarter les éléments de preuve sur lesquels elle appuie sa conclusion. La tardiveté avec laquelle l'argument est soulevé suffit à lui être fatale. Il est évidemment trop tard en appel pour soulever un argument de cet ordre; l'eût-il [sic] été au moment opportun, tout indique que les intimés auraient pu établir avec un original une quittance dont l'existence était par ailleurs amplement démontrée par une preuve testimoniale prépondérante. Il n'appartenait pas à la juge de suppléer d'office au défaut de l'appelant de soulever cette règle (qui n'est pas d'ordre public : art. 2859 C.c.Q.) et en omettant de l'invoquer, l'appelant renonçait à son application. »

²⁷ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice, Le Code civil du Québec. Un mouvement de société*, 3 tomes, Québec, Publications du Québec, 1993, art. 2860 : « Le premier alinéa de cet article reprend la règle antérieure de la meilleure preuve, en la modifiant pour tenir compte de l'interprétation restrictive qu'ont donné les tribunaux de l'article 1204 C.C.B.C. En effet, malgré la généralité des termes de cet article, les tribunaux ont retenu qu'il avait essentiellement pour objet d'accorder priorité à la preuve écrite sur tout autre procédé de preuve, lorsqu'il s'agissait de prouver un acte juridique constaté dans un écrit. Par ailleurs, le nouveau code, tout comme le droit antérieur, accorde à une copie la même valeur qu'à l'original dans les cas prévus par la loi, comme dans la section consacrée à la reproduction de document pour fin de conservation de la preuve. »

²⁸ Catherine PICHÉ, *La preuve civile*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2016, n^{os} 425 et 434.

Cette interprétation s'appuie sur la formulation de l'article 1204 C.c.B.C. (« la preuve offerte doit être la meilleure »)²⁹, que l'article 2860 C.c.Q. a voulu remplacer, ainsi que sur la jurisprudence en vertu de l'ancien code, qui subissait l'influence des précédents anglais circulant au Québec jusqu'à l'abolition de l'appel au Conseil privé³⁰. Cette situation a amené les tribunaux à appliquer « indifféremment les règles britanniques, et notamment la règle de la meilleure preuve, aux affaires civiles et commerciales³¹ », processus facilité par l'article 1206, al. 2 C.c.B.C. disposant que le droit anglais revêtait un caractère supplétif en matière de preuve dans les affaires commerciales³².

À l'origine, en common law, la règle de la meilleure preuve était définie comme une règle d'exclusion, imposant au plaideur de produire la meilleure preuve dont il dispose, soit, dans le cas d'un écrit, de l'original³³.

²⁹ *Code civil du Bas Canada*, art. 1204 (ci-après « C.c.B.C. ») : « La preuve offerte doit être la meilleure dont le cas, par sa nature, soit susceptible. Une preuve secondaire ou inférieure ne peut être reçue, à moins qu'au préalable il n'apparaisse que la preuve originaire ou la meilleure ne peut être fournie. » Voir Léo DUCHARME, « La règle de la meilleure preuve », (1962) 5-1 *C. de D.* 25, 27, qui voit l'origine de la règle dans l'ordonnance de Carleton de 1777, qui substitue en matière commerciale les règles en vigueur sous le régime français par les lois d'Angleterre et qui souligne l'interprétation extensive donnée par la jurisprudence afin d'élargir son champ d'application aux affaires civiles.

³⁰ DIRECTION DES SERVICES LÉGISLATIFS, *La Cour suprême du Canada et son impact sur l'articulation du bijuridisme*, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2001, p. 11-12.

³¹ D. GILLES, préc., note 23, p. 401.

³² C.c.B.C., art. 1206 : « Les règles contenues dans ce chapitre s'appliquent aux matières commerciales comme aux autres, à moins qu'elles ne soient restreintes expressément ou par leur nature. En l'absence de dispositions dans ce Code quant à la preuve de matières commerciales, on doit avoir recours aux règles sur la preuve prescrites par les lois d'Angleterre. »

³³ Kenneth BROUN *et al.*, *McCormick on Evidence*, 6^e éd., St. Paul, West Publishing, 2006, p. 404; Thomas P. GALLANIS, « La preuve en common law : Wigmore aujourd'hui », (1996) 23 *Droits* 79, 84 : « [Wigmore] met au crédit de [Geoffrey] Gilbert l'établissement de la règle de la meilleure preuve possible (*best evidence rule*). Cette doctrine, reposant sur la philosophie de Locke, exigeait que les plaideurs adoptent la preuve dotée de la plus grande valeur probante possible; rien de moins ne pourrait valoir preuve. Comme le dit Gilbert : "la première, et la plus insigne des règles relatives à la preuve, est qu'un homme doit apporter la meilleure

La règle visait également l'exclusion de la preuve par ouï-dire³⁴. De nos jours, toutefois, cette règle n'est plus conçue comme une règle d'exclusion³⁵ : la meilleure preuve bénéficiera tout simplement d'une plus grande force probante par rapport à une preuve inférieure (en l'occurrence, une preuve secondaire)³⁶. À remarquer que cette conclusion a été acceptée également en droit anglais. Dans l'affaire *Masquerade Music Ltd. & Ors v. Springsteen*, la Cour d'appel d'Angleterre et du pays de Galles s'est prononcée ainsi³⁷ :

Le temps est venu d'affirmer avec confiance que la règle de la meilleure preuve, pendant longtemps entre la vie et la mort, n'est plus de ce monde. Lorsqu'une partie souhaite offrir une preuve secondaire du contenu d'un écrit, c'est au tribunal de décider, à la lumière des circonstances de l'espèce, quelle force probante on devrait y accorder [...] Par conséquent, l'admissibilité d'une preuve secondaire du contenu d'un écrit dépend entièrement [...] de sa valeur probante. (Traduction de l'auteur)

De plus, les auteurs s'entendent sur le fait que la règle de la meilleure preuve en common law était davantage l'expression d'une préférence

preuve dont la nature des faits est susceptible". Gilbert utilise cette règle comme un principe organisateur sous lequel sont sublimées les autres règles de preuve. »
³⁴ L. DUCHARME, préc., note 29, 32; *contra* : *Royal Victoria Hospital et al. c. Morrow*, [1974] R.C.S. 501. Voir toutefois Th. P. GALLANIS, préc., note 33, 84, expliquant que la règle de la meilleure preuve avait été utilisée tout au long du XVIII^e siècle, comme un principe organisateur du droit de la preuve.

³⁵ *Garton v. Hunter*, [1969] 1 All E.R. 451.

³⁶ *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, 1999 CanLII 7756, par. 9 (C.F.) : « Today, the best evidence rule deals primarily with the weight to be given to evidence, not with exclusion, or with production of a document at any particular time. » Voir aussi l'affaire *Masquerade Music Ltd. & Ors v. Springsteen*, [2001] EWCA Civ 513, par. 77 (ci-après « affaire *Masquerade Music* ») : « [B]y the mid-nineteenth century, if not earlier, the so-called "best evidence rule" was recognised by the courts as no more than a rule of practice to the effect that the court would attach no weight to secondary evidence of the contents of a document unless the party seeking to adduce such evidence had first accounted to the satisfaction of the court for the nonproduction of the document itself. »

³⁷ *Masquerade Music*, préc., note 36, par. 85.

envers la preuve documentaire d'un écrit, plus fiable, qu'un autre moyen de preuve³⁸.

Si la formulation proposée dans l'affaire *Masquerade Music* manque de rigueur, car elle semble faire dépendre l'admissibilité de la preuve de sa force probante, alors qu'il est question de deux concepts distincts, elle a l'avantage de montrer que la preuve secondaire de l'écrit n'est pas en soi inadmissible et que le plaideur ne doit pas faire la preuve de l'impossibilité de produire l'original. En d'autres mots, la partie qui veut offrir une preuve secondaire le fait à ses risques et périls : si d'autres éléments de preuve offerts par son adversaire ou d'autres preuves au dossier devaient indiquer qu'elle dispose d'un original, le tribunal pourra décider, sur le constat implicite de la mauvaise foi du plaideur, de n'accorder aucun poids à la preuve secondaire.

Pour revenir au droit québécois, si nous nous tournons vers la doctrine en matière de droit des obligations, il est aisé de remarquer que l'article 2860 C.c.Q. est à rapprocher de l'article 2862 C.c.Q.³⁹, qui prévoit que « la preuve d'un acte juridique ne peut, entre les parties, se faire par témoignage lorsque la valeur du litige excède 1 500 \$ ». Autrement dit, si la forme pour conclure un contrat est en principe libre, la forme écrite peut s'imposer néanmoins pour en faire la preuve. Sur ce point, le Code civil reprend en effet une distinction classique en droit civil entre l'écrit *ad validitatem* (requis pour la validité de l'acte) et l'écrit *ad probationem* (nécessaire pour en faire la preuve dans le procès). D'autres dispositions viennent compléter celle qui, sans conteste, est la manifestation d'une préférence pour la preuve documentaire⁴⁰. Citons notamment l'article 2863 C.c.Q. qui dispose que

³⁸ K. BROUN *et al.*, préc., note 33, p. 404.

³⁹ Pierre Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, 7^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, n° 374.

⁴⁰ Voir, en ce qui concerne le droit français, Michel GONDINET, *La preuve par témoins en droit romain et en droit français*, thèse de doctorat, Poitiers, Faculté de droit de Poitiers, 1876, p. 85 : « [L]'ordonnance de 1566] renversa fort heureusement le principe : *témoins passent lettres*, pour lui substituer la règle contraire : *lettres passent témoins*. L'ordonnance de 1667 reproduisit presque textuellement les dispositions de celle de Moulins, ou plutôt renchérit encore sur elle [...] Quelque modique que soit la valeur de l'objet en litige, dès qu'un écrit est produit, le témoignage doit se taire. » Cette préférence pour l'écrit est d'ailleurs partagée

« [I]es parties à un acte juridique constaté par un écrit ne peuvent, par témoignage, le contredire ou en changer les termes, à moins qu'il n'y ait un commencement de preuve ». Regardons maintenant de plus près la portée de l'article 2860 al. 1 C.c.Q.

III. La portée de l'article 2860 al. 1 du *Code civil du Québec*

Commençons par une observation fort simple : l'article 2860 C.c.Q. est un corollaire de l'article 2862 C.c.Q. Si ce dernier impose un véritable moyen d'irrecevabilité de la preuve par témoins⁴¹, en vue de hiérarchiser les moyens de preuve, l'article 2860 C.c.Q. ne fait qu'affirmer l'évidence : l'écrit est un moyen de preuve, et n'est admissible que s'il fournit certaines garanties quant à l'intégrité de l'élément de preuve. L'original procure certainement cette intégrité. Toutefois, la copie qui en tient lieu (c'est-à-dire celle qui est certifiée conforme au sens de l'article 2841 C.c.Q.)⁴² et l'extrait de l'acte authentique sont également en mesure d'assurer l'intégrité⁴³. Exceptionnellement, en l'absence de l'original (ou d'une copie qui en tient lieu), parce que l'écrit a été perdu ou détruit, malgré la bonne foi et diligence de la partie⁴⁴, la preuve peut être faite par les autres moyens prévus par le Code civil. Il en est de même quand l'écrit n'a jamais existé si, pour une raison valable, la partie n'a pas été en mesure de se ménager une preuve écrite⁴⁵. Notons au passage que, si ces exceptions ont été présentées comme la codification de règles élaborées par la common law⁴⁶, l'ancien article

à certains égards avec la tradition de common law. Voir D. GILLES, préc., note 23, p. 399.

⁴¹ La preuve testimoniale est admissible lorsque la valeur du contrat n'excède 1 500 \$. Voir C.c.Q., art. 2862 al. 1.

⁴² Cela inclut la copie du document technologique : C.c.Q., art. 2841 al. 2.

⁴³ Pour une application des règles concernant les exigences d'une copie certifiée, voir l'affaire *Gestion Immo-Concept inc. (Financière HFC) c. Caron*, 2015 QCCQ 3874, par. 35-41.

⁴⁴ C.c.Q., art. 2860 al. 2. Voir, sur ce point, l'affaire *Syndic de Gestion Frédéric Prévost inc.*, 2019 QCCS 3677, par. 13 : une ordonnance déclarant une partie forclosée de produire une preuve écrite en raison de son manque de diligence et de ses stratégies dilatoires, empêche cette dernière d'invoquer l'exception prévue à l'article 2860 al. 2 C.c.Q.

⁴⁵ C.c.Q., art. 2861. Voir *Lefrançois c. Lefebvre*, 2014 QCCS 41, par. 22.

⁴⁶ C. PICHÉ, préc., note 28, n° 444.

1348 al. 1 du Code civil français et l'article 2724 du Code civil italien contiennent des exceptions similaires⁴⁷. Ainsi, la thèse de la généalogie issue de la common law ne semble pas entièrement exacte, ce qui nous permet de préciser que ces exceptions devraient bénéficier d'une interprétation large et évolutive, propre au rôle central du Code civil⁴⁸. Cependant, notre position ne fait pas l'unanimité⁴⁹.

À la lumière de ces considérations, l'emploi de l'adjectif « meilleure », pour décrire la nature de la preuve requise par l'article 2860 C.c.Q. soulève des questionnements : la disposition considère désormais comme équivalents l'original, la copie qui en tient lieu⁵⁰ et, pour les actes authentiques, l'extrait⁵¹. Cela est d'autant plus vrai si nous tenons compte des

⁴⁷ L'article 1348 al. 1 du Code civil français se lisait comme suit (l'italique est de nous) : « Les règles [concernant l'inadmissibilité de la preuve testimoniale] reçoivent encore exception lorsque l'obligation est née d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit, *ou lorsque l'une des parties, soit n'a pas eu la possibilité matérielle ou morale de se procurer une preuve littérale de l'acte juridique, soit a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit ou d'une force majeure.* » La réforme du droit des obligations de 2016 a remplacé la disposition avec l'article 1360 (l'italique est de nous) : « Les règles [concernant la preuve de l'acte juridique] reçoivent *exception en cas d'impossibilité matérielle ou morale de se procurer un écrit, s'il est d'usage de ne pas établir un écrit, ou lorsque l'écrit a été perdu par force majeure.* » Voir aussi l'article 2724 du Code civil italien (l'italique est de nous) : « La preuve testimoniale [de l'écrit] est admissible si : 1) il y a commencement de preuve [...]; 2) *la partie était dans l'impossibilité morale ou matérielle de se ménager une preuve écrite*; 3) *la partie a perdu la preuve écrite, et la perte de l'écrit ne peut être lui être reprochée.* »

⁴⁸ Cela découle dans tous les cas de la disposition préliminaire du Code civil : « Le Code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet des dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. » Cette disposition énonce que le Code civil se suffit à lui-même, ce qui exclut que l'interprète ait besoin de s'appuyer sur des dispositions et des sources autres que ce dernier. Voir également Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2009, n^{os} 103 et 1040.

⁴⁹ C. PICHÉ, préc., note 28, n^o 424 : « pour déterminer le fondement, le sens, l'étendue et les exceptions de cette limitation à la preuve », le droit anglais aurait un rôle supplétif.

⁵⁰ C.c.Q., art. 2860 al. 1 : « une copie qui légalement en tient lieu ».

⁵¹ C.c.Q., art. 2820.

dispositions concernant la reproduction de documents technologiques où « tout est original ou tout est copie⁵² ». Sans vouloir nous attarder sur cet élément, nous tenons à mentionner que le régime applicable à ces documents est contenu dans le Code civil, ainsi que dans la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*⁵³, où la neutralité technologique est la principale assise : l'écrit demeure un écrit, quel que soit le support du document⁵⁴. Cependant, si le support fait appel aux technologies de l'information, le principe de neutralité ne s'appliquera que si l'intégrité de l'écrit informatique est assurée⁵⁵. L'intégrité est présumée : la partie adverse peut toutefois prouver l'inverse par prépondérance de preuve⁵⁶. De plus, les dispositions en matière de copie et de reproduction réitèrent que la

⁵² Vincent GAUTRAIS, « Preuve », (2014) 4 *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 301, 303.

⁵³ *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, RLRQ, c. C-1.1. Voir généralement sur le régime applicable à la preuve technologique : Léo DUCHARME, « De l'incohérence et de l'impossibilité d'application du régime dérogatoire en matière de preuve des documents technologiques », (2016) 75 *R. du B.* 321.

⁵⁴ C.c.Q., art. 2837 al. 1.

⁵⁵ C.c.Q., art. 2838.

⁵⁶ C.c.Q., art. 2840. Voir, sur ce point, les propos critiques de L. DUCHARME, préc., note 53, par. 15 : « Ce qui est inconcevable, [...] c'est que la loi, au lieu de mettre à la charge de celui qui invoque un document technologique de prouver qu'il n'a pas été altéré, présume, au contraire, qu'il ne l'a pas été et impose à celui à qui un tel document est opposé, de prouver, par prépondérance de preuve, qu'il a été altéré. De plus, ce qui est encore plus inconcevable, c'est que l'article 2840 C.c.Q. prévoit qu'une fois qu'il aura été établi par prépondérance de preuve qu'il y a eu atteinte à l'intégrité d'un document technologique, celui qui l'invoque pourra démontrer qu'il était inaltérable. C'est méconnaître que l'établissement d'un fait par prépondérance de preuve présuppose qu'un jugement a été rendu à ce sujet à la suite d'un débat contradictoire. » Par ailleurs, la Cour d'appel du Québec a offert une interprétation plus nuancée : il n'y aurait pas un véritable principe de présomption de la fiabilité. En effet, il s'agirait plutôt d'une présomption d'intégrité technologique : les métadonnées d'un document technologique fournissent une documentation inhérente relative à l'auteur, la date de confection ou la présence de modifications, ce qui mène le législateur à dispenser la partie intéressée de faire une preuve distincte de l'intégrité dudit document. Si, par ailleurs, une preuve *prima facie* était en mesure de renverser cette présomption, ou encore en l'absence de métadonnées, la partie souhaitant produire le document se verrait contrainte de fournir une preuve distincte sur l'intégrité du document. Voir *Benisty c. Kloda*, 2018 QCCA 608, par. 99 et 101.

copie tient lieu d'original si elle est certifiée, tandis que la reproduction d'un document technologique tient légalement lieu d'original si elle est documentée⁵⁷. Voilà qui diminue grandement l'importance conceptuelle et pratique de l'original de l'écrit en matière de preuve.

D'un point de vue théorique, l'article 2862 C.c.Q. figure par conséquent comme principale disposition du chapitre où il apparaît, ce dernier étant consacré avant tout aux cas d'ouverture de la preuve testimoniale. L'article 2860 C.c.Q., qui vient en second lieu, est bancal dans son premier alinéa : celui-ci énonce que l'écrit est un moyen de preuve, mais il est interdit de prouver un moyen de preuve par un autre moyen de preuve⁵⁸. C'est dans ce sens que l'adjectif « meilleure » mérite d'être conservé : si le choix existe entre la preuve documentaire et la preuve testimoniale, la première a préséance, car elle s'avère plus fiable que la seconde. En d'autres mots, on devrait peut-être parler de « règle des meilleurs moyens de preuve » plutôt que de « règle de la meilleure preuve ».

En conclusion, la copie ou l'extrait qui tiennent lieu d'original ne sont aucunement inférieurs ou secondaires par rapport à l'original de l'écrit. Le droit ici suit le bon sens : la preuve documentaire peut être faite non seulement à travers l'original, mais aussi avec d'autres éléments de preuve reproduisant ou relatant l'écrit quand ils sont fiables en raison de leur intégrité.

IV. La preuve de l'écrit instrumentaire et de l'écrit non instrumentaire

Reprenons la lettre de l'article 2860 al. 1 C.c.Q. : « L'acte juridique constaté dans un écrit ou le contenu d'un écrit doit être prouvé par la production de l'original ou d'une copie qui en tient légalement lieu. » L'application de la disposition se révèle simple quand il est question de prouver un

⁵⁷ C.c.Q., art. 2841.

⁵⁸ Une exception à ce principe se trouve en matière d'éléments matériels de preuve, dans la mesure où la partie doit en établir l'authenticité par une preuve distincte (C.c.Q., art. 2855); toutefois, il ne s'agit pas d'en prouver le contenu mais l'authenticité.

acte juridique. On ne parle pas d'offrir une preuve meilleure qu'une autre⁵⁹ : on exprime tout simplement la primauté de l'écrit sur le témoignage⁶⁰. Le même principe se trouve à l'article 2862 al. 1 C.c.Q. qui, compte tenu de son champ d'application, réduit de manière draconienne la place du témoignage pour prouver un acte juridique.

Notons que l'écrit est le premier moyen de preuve réglementé par le législateur dans le Code civil, ce qui ne peut passer pour un hasard, et qu'au sein de ce moyen s'impose également une hiérarchie basée sur la force probante de chaque type d'écrit. Ainsi, au sommet apparaît l'acte authentique, suivi par l'acte semi-authentique et celui qui est sous seing privé. En tout dernier figure la catégorie résiduelle « des autres écrits ». Les problèmes surgissent principalement quand il est question de prouver le contenu d'un de ces « autres écrits », à savoir un fait qui y est constaté. En principe, la preuve du fait est libre, à moins que ce dernier ne soit constaté dans un écrit, et c'est alors à la partie qui souhaite soulever l'objection de prouver que c'est bien le cas⁶¹. Bien entendu, quand le fait est constaté dans un acte authentique ou semi-authentique, il est logique de lui accorder préséance sur un témoignage. La situation devient moins claire lorsqu'il faut déterminer la raison pour laquelle la même préséance devrait être accordée à un fait constaté dans un écrit visé par la catégorie « des autres écrits ». Cette dernière est composée de trois types d'écrits. Ceux-ci sont définis par la doctrine et la jurisprudence comme des écrits non instrumentaires, par opposition aux écrits instrumentaires (ceux qui constatent un acte juridique)⁶².

⁵⁹ Par exemple, le témoignage peut être la meilleure preuve, quand l'acte juridique consigné dans un écrit est ambigu ou contient des lacunes. Voir, sur ce point, l'article 2864 C.c.Q.

⁶⁰ *Pourslo International Development Inc. c. Saint-Amour*, 2016 QCCS 611, par. 43 : dans cette cause, la demanderesse essayait de prouver l'existence d'un contrat de financement qu'elle aurait obtenu d'une société new-yorkaise en s'appuyant sur un témoignage, en violation manifeste de l'article 2862 C.c.Q.; le tribunal accueillait l'objection basée sur la règle de la meilleure preuve.

⁶¹ *Agropur coopérative c. Cegerco Constructeur Inc.*, 2005 CanLII 32078 (QC C.S.) (ci-après « affaire *Agropur* »), par. 110 : « le plaideur qui soulève une objection à la preuve pour ce motif doit donc démontrer qu'un écrit existe ».

⁶² C. PICHÉ, préc., note 28, n^{os} 438 et 439. Voir aussi l'affaire *Agropur*, préc., note 61, par. 109 : « Puisque l'article 2860 C.c.Q. traite de "l'acte juridique constaté dans un écrit où le contenu d'un écrit", la règle de la meilleure preuve s'applique

Pour obtenir une réponse précise, il faut se tourner vers le livre 7 du Code civil, au titre 2 (« Des moyens de preuve »), plus exactement au chapitre 1 (« L'écrit »), à la section V (« Des autres écrits »). Excluons tout de suite de notre analyse l'article 2831 C.c.Q., au sens duquel l'écrit constatant un acte juridique fait preuve de son contenu même s'il n'est pas signé, pourvu qu'il soit habituellement utilisé dans le cours des activités d'une entreprise. Cette disposition n'opère que comme exception à l'article 2826 C.c.Q., qui dispose que l'acte sous seing privé qui constate un acte juridique ne fait preuve que s'il est signé par les parties, à moins qu'il n'y ait de contestation de la part de la partie qui paraît l'avoir signé et qui se voit opposer cet acte⁶³. Ainsi, nous serions bel et bien aux prises ici avec un écrit instrumentaire.

Nous disions donc qu'il y a trois types d'écrits non instrumentaires :

- 1) les papiers domestiques, qui énoncent un paiement reçu ou qui constatent l'existence d'une obligation en faveur d'un tiers même en l'absence d'un autre titre⁶⁴;
- 2) la mention libératoire, qui est apposée par le créancier sur le titre ou une copie de celui-ci⁶⁵; et
- 3) l'acte ni authentique ni semi-authentique, qui rapporte un fait.

autant à l'écrit instrumentaire, tel un contrat, qu'à l'écrit non instrumentaire, tel un registre ou autre papier privé. » Voir aussi L. DUCHARME, préc., note 22, par. 153 : « Dans le Code civil du Bas Canada, les règles de preuve concernant l'écrit reposaient sur la distinction entre les écrits instrumentaires et les écrits non instrumentaires. Il est de l'essence d'un écrit instrumentaire d'avoir été rédigé en vue de constater certains faits et plus particulièrement un acte juridique. Tout autre écrit constitue un écrit non instrumentaire. »

⁶³ C.c.Q., art. 2828 al. 2. Il y a lieu d'ailleurs de se questionner à savoir si la disposition n'aurait, 7^e éd., p. 154.] pas dû être incluse dans la section IV (« Des actes sous seing privé ») du chapitre I (« De l'écrit »).

⁶⁴ C.c.Q., art. 2833.

⁶⁵ C.c.Q., art. 2834; *contra* : L. DUCHARME, préc., note 22, par. 433, selon qui l'article 2832 C.c.Q. introduit un régime général, auquel on déroge par les règles particulières concernant les papiers domestiques et les mentions libératoires. Voir aussi C. PICHÉ, préc., note 28, n° 392.

Remarquons premièrement que les papiers domestiques et la mention libératoire ne font preuve que contre leur auteur et que, si l'écrit n'est pas signé, la preuve doit être faite qu'il émane de celui qui prétend en être l'auteur⁶⁶. Cela peut poser problème, dans la mesure où, souvent, l'auteur sera également en possession de l'écrit. Exceptionnellement, l'écrit ni authentique ni semi-authentique qui rapporte un fait peut être admis à titre de témoignage en faveur de l'auteur⁶⁷, selon les règles prévues au chapitre III (« De certaines déclarations ») qui réglementent les exceptions au ouï-dire (en l'occurrence l'article 2872 al. 1 C.c.Q., renvoyant à l'article 2860 C.c.Q.)⁶⁸. Il peut également être admis à titre d'aveu contre son auteur.

La jurisprudence ne semble pas être toujours rigoureuse quant à la terminologie employée⁶⁹. En raison de l'ancien article 1277 C.c.B.C., l'article 2832 C.c.Q. (se référant à l'écrit ni authentique ni semi-authentique) est parfois interprété comme catégorie générale de « papiers domestiques ». Cela ne devrait pas être le cas : les papiers domestiques sont exclusivement ceux qui sont prévus dans l'article 2833 C.c.Q. et ils font preuve automatiquement et uniquement contre leur auteur. L'article 2832 C.c.Q., quant à lui, prévoit que l'écrit ni authentique ni semi-authentique qui rapporte un fait *peut* faire preuve contre l'auteur à titre d'aveu extrajudiciaire ou à titre de témoignage en faveur de l'auteur.

Enfin, en ce qui concerne les papiers domestiques et la mention libératoire, la seule règle qui s'applique pour établir la recevabilité est celle qui est prévue par l'article 2860 C.c.Q. : la production de l'original ou de la copie qui en tient lieu. Une fois encore, l'article 2860 al. 2 C.c.Q. admettra

⁶⁶ C.c.Q., art. 2835.

⁶⁷ C.c.Q., art. 2832.

⁶⁸ *Gatti c. Barbosa Rodrigues*, 2011 QCCS 6734, par. 173 et 175 : « La déclaration qui a été faite par écrit doit être prouvée par la production de l'écrit (art. 2872 C.c.Q.), c'est-à-dire par la production de l'original ou d'une copie qui légalement en tient lieu (art. 2860 al. 1 C.c.Q.) [...] Le document [déposé] est incomplet : la télécopie indique que le service de police de Maui a envoyé un document de seize pages aux Demandeurs alors que ceux-ci n'en produisent que neuf. »

⁶⁹ *Strina c. Syndicat des copropriétaires des Berges de l'Anse III*, 2017 QCCS 645, par. 119 et 120 : « Un procès-verbal d'assemblée est un papier domestique [...] cet écrit est considéré comme équivalent à un témoignage sur l'existence ou non des faits qu'il rapporte, sans toutefois faire preuve de leur véracité. »

la preuve testimoniale seulement si l'écrit a été perdu ou détruit malgré la bonne foi et la diligence de la partie. De plus, ces écrits peuvent être contredits par tous moyens⁷⁰.

Qu'en est-il alors si le fait est constaté également dans un de ces écrits ? Dans bien des cas, le fait a une existence autonome. Citons, à titre d'exemple, l'existence d'une réunion d'un conseil d'administration et imaginons qu'une des parties doive en faire la preuve. Devrions-nous conclure que la preuve de la réunion (et non de son contenu) doit être faite par la production de l'original du procès-verbal dressé pour l'occasion, la preuve testimoniale étant inadmissible en raison de sa nature secondaire ? Si le témoin a eu personnellement connaissance de l'existence de la réunion, il serait impossible de s'opposer à l'admission de ce type de preuve. Si, en revanche, une partie souhaite faire la preuve du fait rapporté dans l'écrit (par exemple, des sujets qui ont été discutés lors de ladite réunion du conseil d'administration), la preuve testimoniale sera-t-elle admissible⁷¹ ? En principe, il faudrait donner une réponse négative, car l'article 2860 al. 1 C.c.Q. exige la production de l'écrit quand la partie souhaite en prouver le contenu. Cette conclusion nous paraît toutefois insatisfaisante. Un écrit visé par l'article 2832 C.c.Q. ne devrait être soumis à la règle de la meilleure preuve que lorsqu'une partie veut faire la preuve d'un aveu. Quand la partie produit un écrit visé par l'article 2832 C.c.Q. en sa faveur pour qu'il soit admis à titre de témoignage, la règle de la meilleure preuve cesse de s'appliquer : le régime applicable devient celui du témoignage, et l'écrit n'est admis qu'à la discrétion du tribunal en tant qu'exception au ouï-dire. À noter que l'application par la jurisprudence de ces dispositions n'est pas toujours constante. Nous examinerons ci-dessous quelques exemples, en distinguant selon le type d'écrit invoqué. N'oublions pas que ces exemples ne concernent que l'écrit non instrumentaire, c'est-à-dire celui qui ne constate pas un acte juridique.

⁷⁰ C.c.Q., art. 2836.

⁷¹ Le contenu d'un écrit peut difficilement être prouvé par un moyen de preuve autre que le témoignage, à moins qu'il n'y ait un aveu judiciaire de la partie opposée.

V. Les difficultés liées à la preuve du contenu de l'écrit non instrumentaire

La recevabilité d'un écrit non instrumentaire n'est généralement pas problématique lorsque cet élément de preuve n'est pas apporté par son auteur. Ce n'est pas le cas quand l'écrit non instrumentaire est offert par son auteur pour faire preuve en sa faveur. On ne peut procéder ainsi que si l'écrit est visé par l'article 2832 C.c.Q., et ce dernier peut tout au plus être admis à titre de témoignage. En principe, le véritable papier domestique, celui qui est prévu dans l'article 2833 C.c.Q., ne fait jamais preuve en faveur de son auteur : il peut tout au plus renforcer ou encore corroborer le témoignage ou une autre preuve produite par l'auteur de l'écrit⁷². De plus, les écrits prévus dans les articles 2832 C.c.Q. et suivants ne peuvent constituer un commencement de preuve en faveur de leurs auteurs⁷³.

Dans ce cas de figure, soit celui qui concerne l'écrit non instrumentaire visé par l'article 2832 C.c.Q. et produit comme élément de preuve en faveur de son auteur, nous sortons bien évidemment du domaine de la preuve documentaire pour entrer dans celui de la preuve testimoniale⁷⁴ : l'écrit non instrumentaire produit par son auteur est assimilé à une forme de

⁷² *Desmarteau c. Ontario Lottery and Gaming Corporation*, 2013 QCCA 2090, par. 49; *Scaffidi Argentina c. Constructions GSS Gauthier 2000 Inc.*, 2012 QCCS 5417, par. 14; C. PICHÉ, préc., note 28, n° 405 : « Le papier domestique invoqué par son auteur a la même valeur probante que l'écrit visé à l'article 2832 C.c.Q. Il peut servir à corroborer ou [à] renforcer une preuve. Toutefois, la seule production d'un papier domestique par son auteur n'est pas suffisante pour faire preuve de son contenu. » Voir aussi : *George c. Garneau*, 2016 QCCS 2234, par. 146; *Mireault c. Mireault*, 2012 QCCS 5778, par. 90 : « Les papiers domestiques et les écrits non signés ne font preuve que contre leur auteur en vertu des articles 2832 et 2833 du Code civil du Québec. Cette règle énonce le principe élémentaire qu'une personne ne peut se constituer elle-même un titre contre un tiers. Toutefois, cet écrit peut néanmoins servir à renforcer ou corroborer une preuve produite par la partie qui a rédigé le document en question. »

⁷³ *Airoldi c. Giard*, 2005 CanLII 26281, par. 43 (QC C.S.).

⁷⁴ Voir l'affaire *Piciacchia c. Azani*, 2014 QCCS 331, par. 45 : « Sans retenir nécessairement le détail des informations colligées dans le calepin, cela permet à tout le moins de confirmer qu'il y a bel et bien eu des rencontres qui ont précédé la signature de l'Entente lors desquelles les sujets abordés dans ladite convention ont été discutés. »

témoignage, et ce dernier n'est admis que comme exception au ouï-dire, soit uniquement s'il fournit des garanties suffisamment sérieuses pour pouvoir s'y fier.

Dans l'affaire *Loto Québec c. Poker Trail Management inc.*⁷⁵, la défenderesse souhaitait prouver la perte de profits correspondant à l'argent investi dans une société par un des deux actionnaires. Les états financiers non vérifiés offerts par la demanderesse ont été exclus parce qu'ils constituaient du ouï-dire⁷⁶. Le tribunal observait de surcroît que, si la partie avait soumis des états financiers vérifiés, ces derniers auraient pu être admis, car ils constituent de véritables écrits visés par l'article 2832 C.c.Q. Cependant, nous avons du mal à justifier le fait que seuls les états financiers vérifiés puissent constituer un écrit visé par l'article 2832 C.c.Q. : dans cette affaire, l'exclusion des états financiers non vérifiés se fonde plutôt sur le fait que ces derniers ne fournissent pas de garanties suffisamment sérieuses pour pouvoir s'y fier (art. 2870 et 2871 C.c.Q.). Nous sommes effectivement en présence d'un écrit non instrumentaire, mais ce dernier est exclu s'il ne satisfait pas les conditions prévues pour introduire des éléments de preuve autrement mis de côté en raison de leur nature de ouï-dire⁷⁷. Fait ironique :

⁷⁵ *Loto Québec c. Poker Trail Management inc.*, 2016 QCCS 474 (ci-après « affaire *Loto Québec* »). Les états financiers peuvent être admis à titre de témoignage grâce à l'article 2832 C.c.Q. Voir, sur ce dernier point, l'affaire *Circuit Québec Ste Croix (1985) Inc. c. 155707 Canada inc.*, 2012 QCCS 3570 (CanLII), par. 43.

⁷⁶ *Loto Québec*, préc., note 75, par. 168. Voir également dans ce sens l'affaire *CHSLD juif de Montréal c. Entreprises Francer Inc.*, 2008 QCCA 2402, par. 46 : « [C]ontrairement aux documents établis dans le cours des activités d'une entreprise qui constitue une exception au ouï-dire, des états financiers non vérifiés n'échappent pas à la règle générale et [ils] sont moins fiables que des états financiers vérifiés, puisqu'ils sont sommaires, moins fouillés et l'opinion qui en résulte n'a pas le même poids. Il y a un certain risque qu'ils soient mal fondés malgré un examen bien conduit. »

⁷⁷ Soulignons que la jurisprudence arrive à admettre des états financiers non vérifiés si, selon les circonstances, il est possible de conclure qu'ils offrent des garanties suffisamment sérieuses pour pouvoir s'y fier. Récemment, dans l'affaire *Capmatic Ltd. c. American Brands*, l'appelante contestait la qualité et la fiabilité de la preuve documentaire fournie par l'intimée (en l'occurrence, des états financiers non vérifiés générés par un système informatique de l'entreprise). Ces éléments de preuve avaient été introduits afin de quantifier les pertes subies par l'intimée. L'appel fut rejeté sur la base du fait que d'autres éléments de preuve

dans la même affaire, le tribunal repoussait une objection basée sur la règle de la meilleure preuve en admettant le témoignage de l'actionnaire pour faire la preuve de l'argent investi dans la société (1 250 000\$), sans se questionner à savoir si cette démarche était possible en raison des articles 2860, 2861 ou 2862 C.c.Q. Certes, l'investissement est parfois fait sans que la partie se procure une preuve écrite : il demeure bien, par contre, un acte juridique (soit si l'argent est injecté, implicitement, à titre de prêt, soit s'il est versé comme augmentation en capital), qui doit être prouvé par un écrit, à moins que l'on ne soit en présence d'une raison valable au sens de l'article 2861 C.c.Q.

La doctrine et une partie de la jurisprudence considèrent que les documents comptables et les états financiers sont soumis à l'article 2832 C.c.Q. et que non seulement ils font preuve contre leur auteur (à titre d'aveu), mais qu'ils *peuvent* également faire preuve en faveur de l'auteur à titre de témoignage⁷⁸. Il faut en revanche se méfier de la terminologie employée, car ces écrits sont souvent qualifiés de papiers domestiques⁷⁹. N'oublions pas que le papier domestique n'est que celui qui est prévu par l'article 2833 C.c.Q., et qu'il fait preuve uniquement contre son auteur, sa recevabilité étant soumise exclusivement à l'article 2860 C.c.Q. Cela suppose que l'auteur même du papier peut prouver le contenu par tous moyens lorsque ce dernier est offert par son adversaire⁸⁰. Celui-ci peut toujours produire l'écrit en question, soit s'il en détient une copie qui en tient légalement lieu, soit s'il a obtenu l'original de son adversaire. En revanche, dans ce cas de figure, les moyens de preuve (le témoignage de l'auteur et le papier domestique) sont tous les deux recevables : le juge devra décider de la valeur probante de ces derniers⁸¹.

venaient confirmer leur fiabilité, notamment, le témoignage du Président de l'intimée et les conclusions de l'expert. Voir *Capmatic Ltd. c. American Brands*, 2019 QCCA 1150, par. 47.

⁷⁸ L. DUCHARME, préc., note 22, par. 435.

⁷⁹ C.c.Q., art. 2833. Voir aussi l'affaire *Agropur Coopérative c. Cegerco Constructeur inc.*, 2004 CanLII 40403, par. 12 (QC C.S.) : « [les] états financiers (ou des documents de même nature) sont des papiers domestiques ».

⁸⁰ C.c.Q., art. 2857 : « La preuve de tout fait pertinent au litige est recevable et peut être faite par tous moyens. »

⁸¹ Affaire *Agropur*, préc., note 61, par. 13.

Un autre problème se pose lorsqu'une partie souhaite appeler un témoin pour établir la véracité d'un fait également rapporté dans un écrit non instrumentaire. Dans ce cas, les tribunaux souhaitent parfois appliquer l'article 2860 al. 1 C.c.Q., mais ils mettent en œuvre une application trop restrictive de la disposition⁸².

Dans l'affaire *Automobiles Jalbert inc. c. BMW Canada*, qui portait sur l'inexécution d'un contrat, la demanderesse souhaitait témoigner sur les démarches effectuées pour obtenir une pièce d'équipement exigée par la défenderesse afin de se conformer à certaines exigences contractuelles⁸³. Le témoignage de la demanderesse était offert en vue de prouver le contenu d'une lettre qui aurait été envoyée à la défenderesse, lettre détruite à la suite de la fermeture d'un des sièges de la demanderesse. Dans cette affaire, il était donc question d'un écrit au sens de l'article 2832 C.c.Q. qui ne peut être admis en faveur de son auteur qu'à titre de témoignage! Et pourtant, le véritable témoignage de la partie, lui, a été déclaré irrecevable. En l'espèce, le tribunal reprochait à l'auteur de la lettre de ne l'avoir pas conservée, alors que de toute manière ce qui aurait pu être gardé n'aurait été qu'une simple copie, probablement une copie ne tenant pas lieu d'original, et que la défenderesse aurait pu produire l'original spontanément. Certes, une partie peut sommer un témoin de comparaître « pour produire un document ou un autre élément de preuve⁸⁴ ». Le témoignage doit-il être déclaré irrecevable pour autant? À notre avis, l'article 2860 C.c.Q. serait inapplicable dans un tel scénario : l'admissibilité de la preuve du contenu de l'écrit visé par l'article 2832 C.c.Q. est soumise au régime général en matière de témoignage. Si l'écrit existe, et si c'est la partie qui l'a rédigé qui souhaite le produire, il peut tout au plus être admis à titre de témoignage en tant qu'exception au *ouï-dire*. Toutefois, il serait impossible d'exclure le témoignage sous prétexte qu'un écrit rédigé par la partie même aurait préséance : en matière de

⁸² Voir l'affaire *Intégration de réseaux M.I.R. Inc. (Faillite de)*, 2001 CanLII 24879, par. 9 (QC C.S.) : « [L]'avènement du nouveau code civil en 1994 a instauré des conditions *moins rigoureuses* pour la recevabilité d'une preuve secondaire. Ainsi alors que sous l'ancien code on exigeait pratiquement au préalable la preuve de la perte de l'original par cas imprévu avant de pouvoir en faire la preuve secondaire; avec le nouveau code, la rigueur de cette règle a disparu. »

⁸³ *Automobiles Jalbert inc. c. BMW Canada*, 2011 QCCS 2499, par. 135.

⁸⁴ C.p.c., art. 270 al. 1.

preuve testimoniale, la règle est d'entendre tous les témoignages pertinents qui permettront par la suite au tribunal d'apprécier leur force probante (art. 2845 C.c.Q.). Même si cette interprétation était écartée, l'article 2860 al. 2 C.c.Q. ne mentionne pas l'exigence de sommer la partie adverse, mais tout simplement la bonne foi et la diligence de la partie qui ne peut produire l'écrit et qui souhaite avoir recours à un autre moyen de preuve⁸⁵. De plus, si le témoignage avait été admis, sa valeur probante aurait pu être contrée par le témoignage de la partie adverse⁸⁶, de sorte que, sous peine d'un reproche de parjure, cette dernière aurait eu l'occasion de contredire le témoignage ou d'admettre le contenu de la lettre.

Il est intéressant de relever que la doctrine et la jurisprudence justifient cette conclusion (l'admissibilité du témoignage de la partie qui aurait rédigé un écrit visé par l'article 2832 C.c.Q.) sur la base de questions d'efficacité⁸⁷ et l'appliquent en particulier aux cas qui requièrent l'examen de documents volumineux⁸⁸. D'un point de vue strictement normatif, cette

⁸⁵ *Contra* : L. DUCHARME, préc., note 22, par. 1237, où l'auteur mentionne une troisième condition : l'impossibilité de produire l'écrit. Cette condition, toutefois, devrait s'interpréter comme la perte ou la destruction de l'écrit, et non comme également le refus de la partie qui détient la preuve.

⁸⁶ Cette conclusion a par ailleurs été atteinte en matière de dossiers médicaux. La Cour suprême a peut-être eu plus de facilité dans ce cas de figure parce que ces écrits sont considérés comme une exception au ouï-dire : *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, par. 50-51 : « [L]es appelants soutiennent que la règle de la meilleure preuve – prévue à l'art. 1204 C.c.B.C. (maintenant l'art. 2860 C.c.Q.) – n'a pas été respectée puisque le juge du procès n'a pas consulté les dossiers médicaux de chaque bénéficiaire [...] le dossier médical n'est pas, comme le prétend l'appelant, la meilleure preuve. En fait, c'est par exception à la règle de l'exclusion de la preuve par ouï-dire que ces documents sont admissibles. »

⁸⁷ L. DUCHARME, préc., note 22, par. 1166.

⁸⁸ Voir l'opinion dissidente du juge Tyndale dans l'affaire *Centre commercial Lachute inc. c. Assaly*, 1984 CanLII 2839, par. 45 et 46 (QC C.A.) : « In the modern business world, the best evidence rule must be, and has been, adapted in the matter of proof of the result of voluminous accounting documents. It is simply impracticable – that is, “impossible in practice” – to bring truckloads of documents to court for the judge (or jury) to study, analyse, and interpret. Secondary proof can be received if it is first shown that the primary proof cannot be produced – 1204 C.C. This interpretation has been adopted consistently by our doctrine and jurisprudence. To make proof in such a case one produces a witness, skilled in

justification n'est pas nécessaire : c'est bien le résultat produit par les dispositions visées. L'argument élaboré par la doctrine et la jurisprudence semble plutôt s'appuyer une exception à la règle de la meilleure preuve en common law⁸⁹.

Conclusion

Comme nous l'avons démontré dans notre article, l'application de la règle de la meilleure preuve n'est pas aisée en droit québécois. Cette situation nous semble être la conséquence de l'acculturation du droit de la preuve civile. Au-delà des origines de la règle, et afin d'en assurer une application plus moderne, mieux adaptée aux exigences des plaideurs, essayons d'en résumer la portée : l'article 2860 al. 1 C.c.Q. établit qu'un original (ou une copie obtenue dans certaines circonstances pouvant en garantir l'intégrité), constitue la façon de prouver un acte juridique et le contenu d'un écrit. Il en est de même pour l'extrait d'un acte authentique. Cela revient à dire que la preuve de l'acte juridique ou le contenu d'un écrit ne peut, en principe, se faire par un moyen autre que l'écrit même. La copie, si elle présente des garanties suffisantes quant à sa fiabilité, est parfaitement équivalente à l'original, de sorte qu'il n'existe pas de hiérarchie entre les deux, ni de qualification de preuve primaire ou secondaire entre l'original et la copie.

En ce qui concerne l'épineuse question de la preuve secondaire d'un acte juridique, une approche pragmatique devrait être privilégiée. Ainsi, la preuve secondaire (en l'espèce, celle qui est testimoniale) n'est admise que :

- 1) si la valeur du litige n'excède 1 500 \$ (art. 2862 al. 1 C.c.Q.); ou

accounting, who has made a thorough study and analysis of the underlying documents, and his testimony and exhibits are admissible and, if credible and persuasive, sufficient; fairness requires a proviso that the documents themselves be made available to the other party if he wishes to make his own study. »

⁸⁹ Kenneth BROWN *et al.*, préc., note 33, p. 415 : « It has long been held that records too voluminous to be conveniently produced and examined in court may be summarized and their import testified to by a witness, usually an expert, who has reviewed the entirety. »

- 2) s'il n'y a jamais eu – pour une raison valable – d'écrit (art. 2861 C.c.Q.); ou
- 3) si, malgré la bonne foi et la diligence de la partie, il est impossible de produire l'écrit (art. 2860 al. 2 C.c.Q.) parce qu'il a été perdu ou détruit; ou encore
- 4) lorsqu'il y a un commencement de preuve (art. 2865 C.c.Q.) qui rend vraisemblable la conclusion d'un acte juridique⁹⁰.

Nous croyons que ces dispositions devraient être interprétées de façon large, afin d'admettre plus aisément le témoignage pour la preuve de l'acte juridique. La même logique s'impose d'ailleurs pour la preuve d'un fait rapporté dans un écrit. Dans bien des cas, la question ne se posera pas quand les faits sont relatés dans un acte authentique ou semi-authentique. La preuve du contenu (le fait), constatée par un écrit émanant d'un officier public, s'avère hautement fiable : la seule façon de remettre en question le fait constaté est donc l'inscription de faux. Cela dit, il nous semble difficile, voire contradictoire, d'appliquer la même approche aux faits rapportés dans un écrit non instrumentaire⁹¹. En effet, la fiabilité de l'écrit non instrumentaire se révèle basse; c'est d'ailleurs pour cela que le papier domestique ou la mention libératoire ne font preuve que contre leur auteur. Quant à la catégorie résiduelle de l'écrit ni authentique ni semi-authentique qui rapporte un fait, elle est encore moins fiable : cet écrit peut tout au plus être admis à titre de témoignage ou d'aveu contre son auteur (art. 2832 C.c.Q.). Pour ce dernier écrit, la règle de la meilleure preuve ne devrait pas s'appliquer : le témoignage sera retenu à titre d'exception au ouï-dire. De façon générale, pourquoi devrait-on déclarer irrecevable la preuve testimoniale sur le contenu d'un écrit non instrumentaire, si le Code civil lui accorde une faible force probante ? Ici, la raison d'être de l'interdiction de la preuve secondaire se trouve absente : nous estimons fort probable qu'un témoin soit plus fiable qu'un écrit de ce genre, dans la mesure où il est question de prouver un simple fait. La justice a donc tout intérêt à entendre un ou plusieurs témoins sur des faits qu'un écrit instrumentaire prétend être vrais (ou faux).

⁹⁰ Cependant, l'acte juridique passé dans le cours des activités d'une entreprise peut être prouvé, contre la personne qui l'a passé, à travers la preuve par témoins. Voir C.c.Q., art. 2862 al. 2 *in fine*.

⁹¹ C.c.Q., art. 2832, 2833 et 2834.

En conclusion, nous croyons que l'interprétation des règles en matière de preuve civile devrait avoir pour objet de faciliter l'instruction de l'instance. Interpréter la règle de la meilleure preuve en insistant sur une logique d'admissibilité versus une logique d'inadmissibilité nous semble aller dans la mauvaise direction. À notre avis, cette approche est désormais obsolète même dans les ressorts de common law, où l'on préfère plutôt appliquer un système d'évaluation de la preuve lié à la force probante des éléments offerts par les parties. Nous pensons qu'assouplir la rigueur de l'article 2860 C.c.Q. en favorisant une interprétation large permettra de mieux servir les intérêts de la justice.