

**COMMENTAIRES SUR L'AVANT-PROJET
DE REFORME AU CODE CIVIL
CHAPITRE DE LA PREUVE:
DE L'IMPORTANCE DE NE PAS IMPOSER
LEGISLATIVEMENT UNE FIN DE NON-RECEVOIR
AUX MOYENS TECHNIQUES MODERNES DE
MATERIALIZATION DE L'ACCORD DES VOLONTES**

Pierre Patenaude *

Nous avons déjà proposé que certains enregistrements puissent obtenir le même statut privilégié en matière de *preuve civile* que celui accordé aux écrits¹; dans un même élan, nous nous étions posé la question s'il ne serait pas tout simplement préférable *d'abandonner tout simplement cette exclusivité accordée à l'écrit* au profit d'un système de preuve libre, laissée à l'appréciation du juge². A défaut de ce faire, il nous semblait, à tout le moins, que la qualité probante de certains enregistrements, photographies ou bandes vidéos aurait pu leur permettre de *servir à titre de commencement de preuve par écrit* pour donner ouverture à la preuve par témoins, pourvu que l'existence d'un écrit ne soit plus considéré comme une condition *sine qua non*. Nous écrivions alors:

«Comment pourrait-on logiquement refuser l'utilisation d'un enregistrement à cette fin et accepter dans une autre cause la photocopie d'un texte non signé? Simple respect de la lettre de la loi...! Si tel était le cas, nous n'hésiterions pas à recommander la réforme de ce droit»³.

C'est donc avec un certain degré de satisfaction que nous avons pris connaissance de l'article 3047 de l'avant-projet de *Loi portant réforme au droit civil du droit de la preuve et de la pres-*

*. Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

1. P. Patenaude, «Les nouveaux moyens de reproduction et le droit de la preuve», (1986) 46 R. du B. 773 à la p. 781.

2. *Ibid.* à la p. 784.

3. *Ibid.* à la p. 783.

cription et du droit international privé (1988)⁴ qui, à notre avis, répond partiellement aux vœux que nous avons alors énoncés.

Cette disposition stipule:

«Les parties à un acte juridique ne peuvent en faire la preuve par témoignage lorsque la valeur en litige excède 1,000 \$.

Néanmoins, en l'absence d'une meilleure preuve et quelle que soit la valeur en litige, on peut prouver par témoignage tout acte juridique fait dans le cours des activités d'une entreprise ou tout autre acte juridique s'il y a un commencement de preuve».

Ne serait-il pas préférable de tout simplement libéraliser les règles de recevabilité pour laisser au juge une libre appréciation de la preuve⁵? Alors, la règle de la meilleure preuve suffirait: lors d'écrit sous seing privé reproduisant l'entente, la présentation de l'original de celui-ci constituerait évidemment la meilleure preuve du contenu de cet écrit.

Mais en l'absence d'écrit, il serait tout à fait convenable de prouver l'acte juridique par tout autre moyen fiable.

Nous acquiesçons à la critique que Madame Françoise Chamoux adressait à la règle créant un statut d'exclusivité à la preuve écrite. Dans un ouvrage⁶, aboutissement d'un travail de recherche effectué pour le compte du ministère français de la Justice, elle écrivait:

(...) «Nous proposons justement de laisser la preuve libre lorsqu'il n'y a pas eu rédaction d'un écrit (...) on ne verrait plus de contrat qui, tout en réunissant toutes les conditions de validité demeure sans force juridique pour n'avoir pas été rédigé par écrit. Un tel état de fait a de

-
4. *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit de la preuve et de la prescription et du droit international privé*, avant-projet de loi, 2e sess., 33e Lég., Qué., 1988.
 5. Le droit américain est à cet effet: Voir *American Jurisprudence* (2d) Volume 17, 1964, 406, ss 67.
 6. F. Chamoux, *La preuve dans les affaires - de l'écrit au microfilm*, Paris, Librairies techniques, 1979.

quoi surprendre et on peut se demander comment, au pays de Descartes, une situation juridique aussi illogique a pu subsister pendant tant d'années!»⁷.

En l'absence d'écrit, la preuve d'un acte juridique devrait pouvoir se faire par tout moyen, particulièrement ceux qui ont une grande force probante tels, à titres d'exemples, les enregistrements de la voix ou magnétoscopiques.

Jadis, l'écrit était le seul support matériel pour assurer la permanence des termes de l'entente. Mais aujourd'hui vidéos et enregistrements acquièrent leurs lettres de noblesse et devraient être acceptés en preuve lors d'absence d'écrits.

Il appert que la vérification visuelle de la voix en est rendue à un degré de certitude scientifique très avancé: une méthode semi-automatique de vérification de la voix, à l'aide d'un ordinateur⁸, permet de confirmer l'identité d'un locuteur à la condition d'avoir auparavant versé un échantillon de sa voix dans la mémoire dudit ordinateur: ce dernier vérifie l'adéquation de la voix au spécimen vocal déjà en mémoire. L'armée américaine et de grandes compagnies de ce pays se servent déjà, semble-t-il, de tels moyens de reconnaissance mécanique pour contrôler l'entrée à certains endroits stratégiques⁹. Evidemment, vue la nouveauté de la technique, on l'accompagne actuellement d'autres procédures de vérification, mais on peut penser qu'un jour, il sera courant pour certaines compagnies de monter ainsi une «banque de voix» de leurs principaux acheteurs, ce qui permettra leur identification, au même titre que l'utilisation de cartes individualisées¹⁰. Il semble bien que cette science soit promise à plus de certitude que le simple art de la graphologie: en effet, ne l'oublions pas, l'expertise de signature n'est fondée que sur

7. *Ibid.* à la p. 92.

8. H. Hollien et B. Klepper, «The Speaker Identification Problem» dans R.W. Reiber ed., *Advances in Forensic Psychology and Psychiatry*, New York, Ablex Corp., 1984, 87. H. Hollien, «Voice Recognition» dans M. Leblanc, P. Tremblay & A. Blumstein, éd., *Nouvelles technologies et justice pénale*, Cahiers de recherches criminologiques no 9, Montréal, Centre international de criminologie comparée / Université de Montréal, 1988, 180.

9. H. Hollien, «Forensic Communication: An Emerging Specialty» (1983) 10 *Criminal Defence* 22.

10. H. Hollien et B. Klepper, *supra*, note 8 à la p. 88.

un art et non sur des fondements scientifiques. Donc, l'expertise spectrographique permettra, semble-t-il, dans un avenir rapproché¹¹, de vérifier la voix d'une personne avec autant de certitude, sinon plus, que l'expertise d'écriture! Comment alors justifier que l'enregistrement d'une entente soit automatiquement irrecevable? Quant à la force probante d'une bande magnétoscopique, quelle personne n'accorderait pas plus de crédit à une entente filmée sur vidéo qu'à une autre écrite à la dactylographie et signée par une simple marque? La preuve d'une entente ainsi matérialisée est tellement valable que certains juristes américains se demandent si on ne devrait pas autoriser le testament enregistré sur vidéo¹²! Déjà l'Etat de l'Indiana permet de filmer la rencontre entre le testateur et le juriste pour confirmer le respect des normes et la validité de l'écrit¹³.

Or, il se pourrait que de plus en plus d'ententes «sous seing privé» soient désormais matérialisées au moyen soit de l'enregistrement de la voix ou, encore mieux, de la voix et de l'image, au moyen du vidéo.

Si «la recherche de la vérité et, ultimement la justice, demeure-

-
11. H. Hollien dans M. Leblanc, P. Tremblay & Blumstein, *supra*, note 7 à la p. 204. «... speaker recognition consists of two parts: verification and identification. Of these subparts, nearly 90% of the research has been focused on verification. The work (...) is quite advanced; indeed, it can be considered near State-of-the-Science in its sophistication. Most of the approaches are based on high level signal analysis and there is every indication that some sort of successful (verification) operating system will become available in the near future—probably in less than a decade».
 12. William R. Buckley, «Videotaped Wills: More Than a Testator's curtain call» (1988) 67 Michigan Bar Journal 266; (1987) 126 Trusts and Estates 48(2). R. Buckley and Alfred, «Videotaped Wills» (1984) 89 Case and Comment 3. J. G. Nash, «A Videowill: Safe and Sure» (1984) 27 Advocate (Idaho) 22. W.R. Buckley, «Devising Videotaped Will Statutes: A Primer» (1986) 13 (No 2) Barrister 37. W.R. Buckley, «Indianas's New Videotaped Wills Statute: Launching Probate into the 21st Century» (1985) 20 Valparaiso University Law Rev. 83.
 13. Ind. Code § 29-1-5-3(d) (Supp. 1985).

rent les objectifs fondamentaux de tout système de preuve»¹⁴: comment, à titre d'exemple, pourrait-on logiquement, d'un côté, refuser la présentation d'un enregistrement, d'une bande magnéto-scopique ou même d'un cliché, et de l'autre, accepter la photocopie d'un texte?

Cependant, si, malgré cette recommandation¹⁵, le législateur préfère garder le premier paragraphe de cette disposition tel que rédigé à l'avant-projet de loi, il devrait s'assurer de donner au terme «écrit» une interprétation telle que vidéos et bandes sonores ainsi que rapports d'imprimante soient considérés comme des écrits et que la signature manuscrite puisse être remplacée par de nouvelles formes de signatures telles, à titre d'exemple, les empreintes digitales, sceaux, cartes codées, «signatures» informatiques, cryptosystèmes asymétriques¹⁶ et même empreinte vocale, bref toute marque attestant le consentement. Que le législateur soit vigilant en s'assurant de ne pas bloquer le droit et le rendre imperméable aux développements technologiques: sa définition de la signature ainsi que celle de l'écrit doit être assez libérale pour donner ouverture à de nouvelles techniques de matérialisation de l'entente. En outre, si le premier paragraphe de l'article 3047 du projet demeure, le législateur devrait conserver le second tel quel. En effet, le qualificatif «écrit» jouté à «commencement de preuve» laisse actuellement un doute sérieux sur la réception de preuves matérielles autres que l'écrit au titre de commencement de preuve¹⁷.

Pourtant, déjà, il y a plusieurs décennies, le regretté Henri Capitant avait écrit:

«Les présomptions graves, précises et concordantes de-

-
14. Direction générale des affaires législatives, «Document d'orientation relatif au Livre VI - de la preuve - du Projet de réforme au droit civil, Québec, Ministère de la justice, 1988 à la p. 7 (non publié).
 15. *Ibid.* aux pp. 64-66.
 16. D. Syx, *Vers de nouvelles formes de signature? Le problème de la signature dans les rapports juridiques électroniques* (1986) 3 *Droit de l'informatique* 133.
 17. L. Ducharme, *Précis de la preuve*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1986 aux pp. 168-169. *Matte c. Matte* (1962) B.R. 521; *Borduas c. Ouimet* (1973) C.A. 163; *Malky c. Gauthier* (1978) C.A. 510.

vraient avoir la même valeur que le commencement de preuve par écrit, car, de même que celui-ci, elles rendent vraisemblable le fait allégué, elles consolident et corroborent les affirmations des témoins, et écartent la crainte de la subordination et de l'abus qui peut être fait de la preuve par témoin»¹⁸.

L'Office de révision du Code civil avait déjà, avec justesse à notre avis, recommandé une libéralisation de la notion de commencement de preuve. On peut lire dans son Rapport

(...) «La notion du «commencement de preuve» consacre, comme le fait voir l'article 68, une conception élargie du commencement de preuve par écrit et c'est pourquoi l'on a estimé plus exacte l'expression commencement de preuve. (...) Le premier paragraphe de ce texte pose une règle reconnue, à savoir que l'écrit, de même que le témoignage de la partie contre laquelle est formée la demande, peuvent valoir comme commencement de preuve.

Le second paragraphe de l'article élargit la notion traditionnellement acceptée du commencement de preuve par écrit. L'on a voulu, en effet, aller dans le sens d'une jurisprudence libérale qui tend à admettre qu'un commencement de preuve puisse résulter d'une preuve circonstancielle»¹⁹.

L'article 3047 reproduit cette recommandation.

A notre avis, il serait dangereux de réintroduire l'expression «commencement de preuve *par écrit*» car on risquerait d'empêcher le droit de la preuve de bénéficier des progrès scientifiques et techniques permettant la matérialisation de l'accord des volontés.

Donc, à défaut d'opter pour une libéralisation des règles de recevabilité de la preuve, il importe de conserver au second para-

-
18. H. Capitant, *Etude critique des restrictions apportées par les articles 1341 du Code civil français et du Code civil italien à la recevabilité de la preuve testimoniale*, (1917-18) Bulletin de la société d'études législatives 190 à la p. 225.
 19. Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, t. II, vol. 2, Québec, Editeur officiel, 1977 à la p. 908.

graphe de l'article 3047 de l'avant-projet une définition élargie du concept de commencement de preuve.