

Le nouveau droit de la preuve en matières civiles selon le *Code civil du Québec*

Léo Ducharme

Volume 23, Number 1, March 1992

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1057476ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1057476ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Ducharme, L. (1992). Le nouveau droit de la preuve en matières civiles selon le *Code civil du Québec*. *Revue générale de droit*, 23(1), 5–80.
<https://doi.org/10.7202/1057476ar>

Article abstract

The following article carries out a detailed analysis of the sections of the Book of Evidence in the *Québec Civil Code*. It is divided into three parts: the first part deals with the general rules of the new law of evidence; the second with the means of proof; and the third, with the admissibility of evidence and proof. Regarding the general rules of evidence, this article focuses mainly on the sections dealing with judicial notice. It criticizes the power given to the Courts, under section 2810, to take judicial notice of the law of a foreign state, once it has been pleaded. It also questions the basis of the power given to the Courts to “take judicial notice of the facts in dispute in presence of the parties or where the parties have been duly called”. In the second part, which deals with the means of proof, the article first reviews the new provisions regarding the traditional means of proof and then elaborates on the sections dealing with a new means of proof entitled “Production of material things”. The comments concerning the traditional means of proof focus on the following: the new rules governing authentic acts; the new requirements as to the form of a power of attorney made under private signature outside Québec; the new system concerning so-called “other writings”; the object of the provisions dealing with computerized records, with a view to demonstrating that only those records which are used to set forth a juridical act are governed by these provisions; and the reform of the probative value of an extra-judicial admission. The study of the new means of proof, entitled “Production of material things” criticizes the Code for giving to this new means the same probative value as a writing for the proof of a juridical act and the same probative value as testimony for the proof of a material fact. The third part of this article devoted to the admissibility of evidence and proof, analyzes each of the reforms. A special emphasis is placed on the new provisions concerning the proof of an “act of enterprise”, a new concept which is to replace, in the new *Civil Code of Québec*, the existing notion of “commercial matters” in the present Code.

Le nouveau droit de la preuve en matières civiles selon le *Code civil du Québec*

LÉO DUCHARME

Professeur à la Faculté de droit
de l'Université d'Ottawa

RÉSUMÉ

L'article procède à une analyse détaillée des dispositions du Livre de la preuve dans le Code civil du Québec. Il comporte trois parties : la première consacrée aux principes directeurs du nouveau droit de la preuve, la seconde aux procédés de preuve et la troisième à la recevabilité des moyens de preuve. Au niveau des principes directeurs, l'article traite notamment des nouveaux pouvoirs que le Code attribue au tribunal tant en ce qui concerne la recherche du droit étranger que la connaissance des faits en litige. Sur ce dernier point, l'auteur s'interroge sur le bien-fondé de la règle énoncée à l'article 2810 qui entend conférer au tribunal le pouvoir de prendre connaissance des faits litigieux. Dans la deuxième partie, consacrée aux procédés de preuve, l'article passe d'abord en revue les nouvelles règles proposées en ce qui concerne les procédés traditionnels et aborde ensuite l'étude de la réglementation du nouveau procédé de preuve que le Code consacre sous le nom de « la présentation d'un élément matériel ». Les commentaires concernant les procédés traditionnels portent notamment sur la nouvelle réglementation des actes

ABSTRACT

The following article carries out a detailed analysis of the sections of the Book of Evidence in the Québec Civil Code. It is divided into three parts : the first part deals with the general rules of the new law of evidence; the second with the means of proof; and the third, with the admissibility of evidence and proof. Regarding the general rules of evidence, this articles focuses mainly on the sections dealing with judicial notice. It criticizes the power given to the Courts, under section 2810, to take judicial notice of the law of a foreign state, once it has been pleaded. It also questions the basis of the power given to the Courts to "take judicial notice of the facts in dispute in presence of the parties or where the parties have been duly called". In the second part, which deals with the means of proof, the article first reviews the new provisions regarding the traditional means of proof and then elaborates on the sections dealing with a new means of proof entitled "Production of material things". The comments concerning the traditional means of proof focus on the following : the new rules governing authentic acts; the new requirements as to the form of a

authentiques; sur les nouvelles exigences très formalistes que le Code impose aux procurations sous seing privé faites à l'étranger; sur le nouveau régime des écrits non instrumentaires; sur l'objet de la réglementation projetée concernant les inscriptions informatisées en vue de démontrer que cette réglementation ne vise que les cas dans lesquels le support électronique a été substitué au support papier pour exprimer un consentement à un acte juridique; et sur la réforme portant sur la force probante de l'aveu extrajudiciaire. L'étude consacrée au nouveau procédé de preuve désigné sous le nom de « présentation d'un élément matériel » vise notamment à contester l'attribution par le Code, à ce nouveau moyen, d'un statut égal à l'écrit, pour la preuve d'un acte juridique et d'un statut égal à la preuve testimoniale, pour la démonstration d'un fait matériel. Dans la troisième partie consacrée à la recevabilité des moyens de preuve, l'article s'emploie à analyser chacune des réformes proposée. Une attention particulière a été apportée à l'étude du régime de preuve des actes d'entreprise, notion nouvelle qui est destinée à remplacer la notion d'acte de commerce du droit actuel.

power of attorney made under private signature outside Québec; the new system concerning so-called "other writings"; the object of the provisions dealing with computerized records, with a view to demonstrating that only those records which are used to set forth a juridical act are governed by these provisions; and the reform of the probative value of an extra-judicial admission. The study of the new means of proof, entitled "Production of material things" criticizes the Code for giving to this new means the same probative value as a writing for the proof of a juridical act and the same probative value as testimony for the proof of a material fact. The third part of this article devoted to the admissibility of evidence and proof, analyzes each of the reforms. A special emphasis is placed on the new provisions concerning the proof of an "act of enterprise", a new concept which is to replace, in the new Civil Code of Québec, the existing notion of "commercial matters" in the present Code.

SOMMAIRE

Introduction	9
PARTIE I. LES PRINCIPES DIRECTEURS DU DROIT DE LA PREUVE SELON LE CODE CIVIL DU QUÉBEC	10
Chapitre I. L'objet de la preuve et la connaissance d'office	10
Section I — La règle de droit et l'objet de la preuve	10
Par. 1. Le Code civil du Québec et la connaissance d'office du droit interne ...	10
Par. 2. Le Code civil du Québec et le statut du droit étranger	11

Section II — Le droit individuel et l'objet de la preuve	12
Par. 1. La distinction entre les actes juridiques et les faits matériels	12
Par. 2. La connaissance d'office des faits notoires	13
Chapitre II. Le fardeau de la preuve	17
Section I — Le principe de la neutralité du juge	17
Section II — Les plaideurs et la charge de la preuve	20
PARTIE II. LES PROCÉDÉS DE PREUVE SELON LE CODE CIVIL DU QUÉBEC	20
Chapitre I. La preuve écrite	21
Section I — Les actes authentiques	22
Par. 1. L'état du droit actuel en ce qui concerne le faux matériel	22
Par. 2. De l'impossibilité de créer un régime spécial pour la correction d'erreurs matérielles	25
Section II — Les actes semi-authentiques	26
Par. 1. Le nouveau régime des documents publics étrangers	26
Par. 2. Le régime des procurations faites hors du Québec	27
Section III — Les actes sous seing privé	29
Section IV — Les autres écrits	29
Par. 1. Les écrits instrumentaires non signés	30
A. L'écrit instrumentaire non signé émanant d'une entreprise	30
I - Les conditions requises de l'écrit instrumentaire non signé émanant d'une entreprise	30
II - La force probante de l'écrit instrumentaire non signé émanant d'une entreprise	31
a) <i>Nécessité de prouver le consentement</i>	31
b) <i>Force probante du contenu de l'écrit instrumentaire non signé</i> ...	31
B. Le régime général de l'écrit instrumentaire non signé	32
Par. 2. Les écrits non instrumentaires	32
A. Le régime de base de l'écrit non instrumentaire	32
I - Notions générales	32
II - Force probante de l'écrit non instrumentaire	33
a) <i>Force probante de l'écrit non instrumentaire contre son auteur</i> ...	33
b) <i>Force probante de l'écrit non instrumentaire contre les tiers</i> ...	33
B. Les règles spéciales concernant les papiers domestiques et les mentions libératoires	35
I - Le régime spécial des papiers domestiques	35
II - Les règles spéciales concernant les mentions libératoires	35
Section V — Les inscriptions informatisées	37
Par. 1. Les inscriptions informatisées visées par les articles 2837 à 2839	37
Par. 2. Les conditions de l'inscription informatisée comme moyen de preuve d'un acte juridique	38
A. Les conditions quant aux données de l'inscription informatisée	38
B. Les conditions quant à la qualité du document reproduisant une inscription informatisée	39
I - Il doit s'agir d'une reproduction intelligible	39
II - Il doit s'agir d'une reproduction présentant de sérieuses garanties de fiabilité	40

a) L'analyse des conditions de fiabilité de la reproduction	40
1) La condition de fiabilité de l'inscription	40
2) La condition de fiabilité de la conservation des données	40
3) La condition de fiabilité de la reproduction	40
b) La preuve préalable requise à la recevabilité en preuve d'une reproduction de données inscrites sur support informatique	41
Par. 3. La force probante du contenu d'un document reproduisant les données d'un acte juridique inscrit sur support informatique	42
Chapitre II. La preuve testimoniale	42
Chapitre III. La preuve par présomption	44
Chapitre IV. L'aveu	46
Chapitre V. La preuve par présentation d'un élément matériel	47
Section I — La preuve par présentation d'un élément matériel ne doit pas avoir la même valeur que la preuve littérale	48
Section II — La preuve par présentation d'un élément matériel ne doit pas avoir la même valeur que la preuve testimoniale	50
PARTIE III. LE RÉGIME DE LA RECEVABILITÉ DES ÉLÉMENTS ET DES MOYENS DE PREUVE SELON LE CODE CIVIL DU QUÉBEC...	53
Sous-partie I — Les règles concernant la recevabilité des éléments de preuve	53
Sous-partie II — Le nouveau régime de la recevabilité des moyens de preuve	55
Chapitre I. Le régime de la recevabilité des moyens de preuve pour prouver un fait matériel	55
Chapitre II. Le régime de la recevabilité des moyens de preuve pour prouver un acte juridique	56
Section I — Le régime de la recevabilité des moyens de preuve des actes juridiques ordinaires	56
Par. 1. La prohibition de principe de la preuve testimoniale	56
Par. 2. Les exceptions à la prohibition de la preuve testimoniale	57
A. L'exception à la preuve testimoniale fondée sur un critère monétaire...	57
B. L'exception fondée sur l'impossibilité de se procurer une preuve écrite	58
C. L'exception fondée sur la perte de l'écrit	59
D. L'exception du commencement de preuve	59
Section II — Le régime applicable aux actes d'entreprise	61
Par. 1. Conditions d'application du régime applicable aux actes d'entreprise...	61
A. Première condition : l'acte doit se rapporter à une entreprise	61
B. Deuxième condition : il doit s'agir d'un acte passé dans le cours des activités d'une entreprise	62
C. Troisième condition : la preuve doit être faite à l'encontre de l'exploitant de l'entreprise	64
Par. 2. Le régime applicable à la preuve d'un acte d'entreprise	65
Chapitre III. La recevabilité des moyens de preuve lorsqu'il s'agit de contredire les termes d'un écrit constatant un acte juridique	65
Chapitre IV. Le régime de la règle de la meilleure preuve	66
Section I — Le régime des copies de reproduction de documents	67
Par. 1. Les bénéficiaires	67

Par. 2. Les documents qui peuvent être reproduits	68
Par. 3. Les règles quant à la reproduction des documents	69
Par. 4. Du mode de preuve des documents reproduits	69
Section II — Des conditions d'ouverture à la preuve secondaire	70
Chapitre V. La prohibition de la preuve par ouï-dire et ses exceptions	70
Section I — La prohibition de principe de la preuve par ouï-dire sous le droit actuel et selon le <i>Code civil du Québec</i>	70
Section II — Le régime des exceptions à la prohibition de la preuve par ouï-dire	71
Par. 1. Le régime des exceptions selon le droit actuel	71
— La liste des exceptions à l'interdiction de principe de la preuve par ouï-dire a-t-elle un caractère limitatif?	71
Par. 2. Le régime des exceptions à la prohibition du ouï-dire selon le <i>Code civil du Québec</i>	72
A. Le régime des déclarations d'une personne qui ne comparait par comme témoin	73
I - Conditions de fond	73
a) <i>Condition de nécessité</i>	73
b) <i>Condition de fiabilité</i>	73
1) Cas dans lesquels une déclaration est présumée fiable	74
i - Les documents d'entreprise	74
ii - Les documents insérés dans un registre dont la tenue est exigée par la loi	74
iii - Les déclarations spontanées et contemporaines de la survenance des faits	74
2) Les déclarations admissibles sur preuve de leur fiabilité	75
II - Conditions de procédure	76
B. L'exception relative aux déclarations antérieures d'une personne qui comparaît comme témoin	76
C. La preuve d'une déclaration extrajudiciaire offerte à titre de témoignage	77
I - La preuve d'une déclaration extrajudiciaire écrite	77
II - La preuve d'une déclaration orale offerte à titre de témoignage	77
a) <i>Le principe</i>	77
b) <i>Les exceptions</i>	78
Chapitre VI. La sanction des règles de preuve	78
Conclusion	79

INTRODUCTION

Les dispositions concernant le droit de la preuve forment le livre septième du *Code civil du Québec* qui a été adopté et sanctionné le 18 décembre 1991. Elles sont contenues aux articles 2803 à 2874. Ces articles correspondent aux articles 2790 à 2873 du Projet de Code civil et aux articles 2981 à 3054 de l'*Avant-projet portant réforme du droit de la preuve et de la prescription et du droit international privé*. Le Code, en consacrant un livre spécial aux règles de preuve, manifeste que ces règles ont vocation à s'appliquer dans toutes les instances à caractère civil, par opposition aux instances à caractère pénal ou administratif.

Il y a lieu de souligner que les règles contenues dans ce livre spécial, intitulé « De la preuve », se veulent une réglementation complète et exhaustive du droit de la preuve dans les matières civiles. C'est dire que lors de la mise en vigueur du *Code civil du Québec*, l'ancien droit français et le droit anglais vont perdre leur fonction de droit supplétif en matière de preuve. Il convient de rappeler qu'en vertu du Code actuel, l'ancien droit français fait office de droit supplétif en ce qui concerne la preuve dans les matières civiles par l'effet de l'article 2712 C.c.B.-C et que le droit anglais remplit le même rôle dans les matières commerciales par l'effet du 2^e alinéa de l'article 1206 C.c.B.-C. Comme dans le Code, les articles 2712 et 1206 C.c.B.-C., n'ont pas été conservés, il faut voir là une volonté d'abroger l'ancien droit français et le droit anglais en tant que droits supplétifs en matière de preuve. Malgré cette abrogation, nous croyons que ces deux droits vont demeurer des modèles de référence et que leur influence va continuer de s'exercer.

Le Livre de la preuve comporte trois grands titres. Le premier énonce les principes directeurs du droit de la preuve. Le second traite des moyens de preuve et le troisième de la recevabilité des éléments de preuve et des moyens de preuve. Ce plan nous paraît excellent vu qu'il permet de regrouper les règles selon leur finalité. Quant au fond, le Livre de la preuve propose de très nombreuses réformes dont plusieurs trouvent leur inspiration dans une volonté de moderniser et de libéraliser le plus possible notre droit de la preuve. Toutefois, si certaines des modifications proposées paraissent pleinement justifiées, d'autres, par contre, paraissent contestables. Nous adopterons pour notre analyse, le plan même du Livre de la preuve.

PARTIE I. LES PRINCIPES DIRECTEURS DU DROIT DE LA PREUVE SELON LE *CODE CIVIL DU QUÉBEC*

CHAPITRE I. L'OBJET DE LA PREUVE ET LA CONNAISSANCE D'OFFICE

SECTION I — LA RÈGLE DE DROIT ET L'OBJET DE LA PREUVE

Par. 1. Le *Code civil du Québec* et la connaissance d'office du droit interne

L'article 2807 consacre la règle que le tribunal doit prendre connaissance d'office du droit en vigueur au Québec. Si pendant très longtemps une incertitude a entouré la question de savoir si la connaissance d'office s'étendait aux règlements, la *Loi sur les règlements*, adoptée en 1986¹, est venue clarifier la situation en imposant l'obligation à toute personne de prendre connaissance des règlements publiés à la *Gazette officielle du Québec*². Le deuxième alinéa de l'article 2807 vient préciser toutefois que, dans le cas des textes d'application non publiés, il suffira de les alléguer pour que le tribunal soit tenu d'en prendre connaissance d'office. C'est cette même règle qui s'appliquera dans le cas des traités et accords internationaux s'appliquant au Québec ainsi qu'au droit international coutumier.

1. L.R.Q., chap. R-18.1.

2. *Id.*, art. 20.

Par. 2. Le Code civil du Québec et le statut du droit étranger

Dans le droit actuel, le statut du droit étranger par rapport à l'objet de la preuve est clair : le droit étranger constitue un fait dont la preuve doit être rapportée par celui qui l'invoque. S'il fait défaut de rapporter la preuve de ce droit, le tribunal, au lieu de rejeter l'action, applique son propre droit. Devant les tribunaux du Québec, ce qui comprend la Cour du Québec, la Cour supérieure et la Cour d'appel, le droit des autres provinces est considéré comme un droit étranger qui doit être prouvé comme un fait. Toutefois, la Cour suprême, en tant que Cour d'appel pour l'ensemble du pays, considère qu'elle peut prendre connaissance d'office du droit des autres provinces pourvu que ce droit ait été allégué en première instance³.

L'article 2809 entend porter réforme du droit actuel en conférant au droit étranger un statut hybride, participant à la fois du statut réservé au droit interne et à celui reconnu au simple fait. L'article 2809 énonce ainsi le régime du droit étranger :

Le tribunal peut prendre connaissance d'office du droit des autres provinces ou territoires du Canada et du droit d'un État étranger, pourvu qu'il ait été allégué. Il peut aussi demander que la preuve en soit faite, laquelle peut l'être, entre autres, par le témoignage d'un expert ou par la production d'un certificat établi par un jurisconsulte.

Lorsque que ce droit n'a pas été allégué ou que sa teneur n'a pas été établie, il applique le droit en vigueur au Québec.

En affirmant que le tribunal peut prendre connaissance d'office du droit étranger, l'article 2809 fait sortir ce droit du domaine de l'objet de la preuve, mais en ajoutant que le tribunal peut néanmoins demander que la preuve en soit faite, il l'y fait réintégrer. La confusion s'accroît à la lecture du deuxième alinéa de ce même article qui traite des conséquences résultant du défaut d'alléguer le droit étranger ou d'en faire la preuve. Selon cet alinéa, lorsque le droit étranger n'a pas été allégué ou que sa teneur n'a pas été établie, le tribunal doit appliquer le droit en vigueur au Québec. Suivant cette disposition, si le tribunal prend connaissance d'office du droit étranger, il ne pourrait pas juger en fonction des règles qu'il aurait alors dégagées, mais devrait appliquer le droit en vigueur au Québec. Un droit qui « n'a pas été établi » signifie un droit qui n'a pas été « prouvé ». Ce qui est connu d'office, n'est pas quelque chose qui a été établi, mais quelque chose qu'une partie a été dispensée de prouver tel que l'affirme l'article 2806.

À notre avis, l'article 2809 veut faire en sorte que le droit étranger, sur le plan du droit de la preuve, soit à la fois une chose et son contraire. Cet article vise à faire du droit étranger à la fois un fait dont la preuve doit être rapportée, et une règle de droit que le tribunal doit connaître d'office et dont la preuve en conséquence est dispensée.

Le Code pense pouvoir réconcilier ces positions contraires, en faisant dépendre le statut du droit étranger de la discrétion du tribunal. Encore faudrait-il aménager l'exercice de cette discrétion. D'ailleurs, en l'état actuel des textes, que faut-il entendre par « le tribunal » ? Faut-il entendre aussi bien le tribunal de première instance que la Cour d'appel et la Cour suprême ? Qu'arrivera-t-il si le tribunal de première instance demande que la preuve de loi étrangère soit faite ? Cette décision empêchera-t-elle ce même tribunal de prendre connaissance d'office

3. *Canadian National Steamship Co. c. Watson*, [1939] R.C.S. 11.

du droit étranger? Et si oui, en sera-t-il de même pour la Cour d'appel et pour la Cour suprême? Autant de questions pour lesquelles il n'existe pas de réponses.

De plus, l'application du droit québécois, au lieu du droit étranger, dans le cas où ce droit a été allégué, ne peut être que la sanction d'une obligation de prouver. Présentement, il s'agit d'une sanction qui est propre à la charge de la preuve du droit étranger. Dans les autres cas, si une partie fait défaut de prouver un fait, ce fait doit être tenu pour non existant avec comme conséquence nécessaire, la perte du droit d'action ou le rejet du moyen de défense selon le cas. Une sanction différente s'applique toutefois lorsque le fait à prouver est le droit étranger. Dans ce cas, le tribunal, au lieu de conclure à l'inexistence du droit étranger et au rejet de la demande ou du moyen invoqué, se limite à écarter l'application du droit étranger, pour soumettre le litige au droit interne. Une telle substitution du droit interne au droit étranger n'est possible que dans l'hypothèse où le fardeau de prouver ce droit étranger repose sur une partie. Lorsque c'est le tribunal qui assume l'obligation de rechercher l'état du droit étranger, il devrait normalement lui incomber de décider selon ce droit, sans pouvoir se soustraire à cette obligation sous prétexte du silence ou de l'obscurité de ce droit.

Au niveau des principes, on peut s'interroger sur la sagesse d'assimiler, pour les fins du droit de la preuve, le droit étranger au droit interne. Si le droit interne et le droit étranger ont ceci en commun qu'ils participent d'une même science, la science juridique, sur le plan de la preuve ce n'est pas en tant que science que le droit interne relève de la connaissance d'office du tribunal. Ce statut découle de la fonction première du tribunal qui est de dire le droit. C'est pourquoi, tel que l'affirme si bien l'article 11 C.c.B.-C., le juge ne peut refuser de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi. Tout tribunal, quel que soit son ordre hiérarchique, contribue par l'interprétation de la loi à son élaboration. L'organisation hiérarchique des tribunaux fait qu'une erreur commise en première instance peut être corrigée par un premier tribunal d'appel et que la Cour suprême est souveraine en matière d'interprétation de la loi.

Tout autre est la situation d'un tribunal québécois vis-à-vis du droit d'un autre pays. Si ce tribunal peut être amené à appliquer le droit d'un autre pays, c'est parce que le droit interne lui en fait obligation pour régler un conflit relevant du droit international privé. Lorsqu'une telle situation se présente, notre tribunal n'assume nullement la fonction de « dire le droit étranger ». Notre tribunal ne peut exercer dans l'évolution de ce droit aucun rôle créateur. Aucune décision rendue au Québec portant sur l'application d'une règle du droit étranger ne peut faire autorité dans le pays concerné. Faute par nos tribunaux de pouvoir participer activement à l'élaboration des droits étrangers qu'il lui revient d'appliquer, il paraît illusoire de les investir de l'obligation de se prononcer d'office sur l'état de ce droit. À la limite, une telle orientation aboutirait à créer une jurisprudence à consommation interne sur l'état du droit des autres pays par une sorte d'appropriation du droit de ces pays.

SECTION II — LE DROIT INDIVIDUEL ET L'OBJET DE LA PREUVE

Par. 1. La distinction entre les actes juridiques et les faits matériels

À la différence de la règle de droit que le juge est tenu de connaître d'office, c'est aux plaideurs qu'il incombe de rapporter la preuve des faits donnant lieu à l'application de cette règle de droit. Lorsqu'un fait générateur de droit

consiste en un acte de volonté ayant pour objet de créer, de modifier ou d'éteindre un droit, on le qualifie d'acte juridique. Le Code retient cette terminologie. L'expression acte juridique se retrouve dans 13 articles au Livre de la preuve⁴. Par opposition à l'acte juridique, tout événement autre qu'un acte de volonté, reçoit l'appellation de « fait matériel ». Le Code ne retient toutefois pas cette expression, se contentant de désigner par le mot « fait », à la fois les faits matériels et les actes juridiques. Il existe 19 articles où l'expression « fait » est employé⁵. Il convient de souligner que dans la définition que donne l'article 2865 du commencement de preuve, le mot « fait » est pris dans le sens « d'acte juridique ».

L'obligation pour une partie de prouver les faits générateurs de droit est exprimée à l'article 2803. Quant à l'article 2811, il énumère quels sont les procédés de preuve qui peuvent servir à les établir. Il convient toutefois de relever que dans l'article 2811, le mot « fait » n'est pas pris dans son sens générique, mais dans le sens de « fait matériel », vu qu'il est opposé au mot « acte juridique ». Pour des raisons d'uniformité, toute référence à l'acte juridique aurait dû être supprimée de l'article 2811.

Par. 2. La connaissance d'office des faits notoires

Même en l'absence de tout texte analogue à l'article 2808, les tribunaux ont toujours considéré qu'ils devaient prendre connaissance d'office des faits de connaissance courante. L'article 2808 en affirmant que le tribunal doit prendre connaissance d'office de tout fait dont la notoriété rend l'existence raisonnablement incontestable vient donc confirmer une règle bien établie⁶. Même s'il peut être intellectuellement tentant de chercher une justification commune tant à la règle de la connaissance d'office du droit interne qu'à celle de la connaissance des faits notoires, ces deux règles n'ont pas de fondement commun. L'obligation faite au tribunal de prendre connaissance d'office du droit interne procède de la nature même de la fonction judiciaire qui est de dire le droit. Il en découle que le tribunal a pour mission de prendre les mesures nécessaires pour connaître le droit afin de pouvoir l'exprimer.

Dans l'exercice de sa fonction de dire le droit, le tribunal compte évidemment sur la collaboration des plaideurs. Toutefois, à la différence de ce qui se passe au sujet des faits générateurs de droit, toute information concernant l'état du droit ne lui est pas transmise selon les règles de preuve. Bien plus, il est même interdit de soumettre une preuve concernant le droit interne et notamment de faire entendre des témoins experts⁷. Un auteur, toutefois, a revendiqué le droit pour les parties de faire une preuve concernant le droit interne. À ce sujet, il a affirmé notamment ce qui suit :

Une partie devrait avoir la liberté de prouver que la loi que le juge s'apprête à appliquer a été modifiée ou abrogée la veille, ou que le règlement auquel se réfère

4. Il s'agit des articles, 2811, 2819, 2826, 2829, 2831, 2837, 2838, 2839, 2860, 2861, 2862, 2863, 2864.

5. Il s'agit des articles 2803, 2804, 2808, 2810, 2811, 2818, 2821, 2832, 2843, 2844, 2846, 2847, 2850, 2854, 2857, 2865, 2868, 2870, 2871.

6. C. FABIEN, « L'utilisation par le juge de ses connaissances personnelles, dans le procès civil », (1987) 66 *R. du B. can.* 433, pp. 452 et ss.

7. *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374, p. 431.

le juge a été modifié, ou encore quel était l'état de la loi à l'époque des faits en litige.⁸

Or, selon nous, aucun des faits auxquels cet auteur fait allusion, ne nécessite d'être prouvé pour que le tribunal en soit informé. Il suffit simplement que l'information lui soit transmise directement par la partie concernée selon les règles gouvernant les échanges entre le tribunal et les parties concernant les questions de droit pour que le tribunal soit tenu d'agir en conséquence. Par exemple, après la prise de la cause en délibéré, une information de ce genre pourrait être transmise au tribunal, par simple lettre, avec copie à la partie adverse.

Bien plus, si après jugement, une partie constate que le tribunal a donné effet à une loi abrogée ou a fait défaut d'appliquer une loi récemment sanctionnée, le recours approprié est l'appel et non pas la rétractation de jugement fondée sur la découverte d'une nouvelle preuve.

Si la connaissance d'office du droit interne se fonde sur la fonction du tribunal de dire le droit, sa connaissance d'office des faits notoires se rattache à sa fonction d'appréciation de la preuve. Un juge ne peut exercer cette fonction qu'à partir d'un fonds de connaissances qu'il possède déjà. Ce fonds de connaissances, l'article 2808 entend le circonscrire aux faits dont la notoriété rend l'existence raisonnablement incontestable. C'est dire que tout fait de connaissance courante tant dans le milieu judiciaire que dans la communauté dont le juge fait partie ne saurait être ignoré du tribunal.

C'est dire que le domaine de la connaissance judiciaire est fort étendu. Il va, tel que l'a démontré le professeur Fabien dans une étude détaillée de la jurisprudence sur le sujet⁹, de la connaissance de la langue et aux faits qui relèvent de l'expérience quotidienne, et s'étend jusqu'aux faits qui relèvent de l'histoire, de la géographie, de l'économie, etc. La connaissance d'office recouvre comme il se doit l'étendue des connaissances humaines. À titre d'exemple, il y a lieu de mentionner que nos tribunaux ont pris connaissance d'office des faits suivants :

- qu'au moment où s'instruit une cause, le pays traverse une récession économique¹⁰;
- du jour de la semaine auquel correspond une date donnée¹¹;
- que le mot « haschisch » et « résine de cannabis » sont des termes désignant la même substance selon la définition du mot haschisch offerte par différents dictionnaires¹²;
- et que des investissements à long terme pouvaient facilement produire des revenus de 9 % par année¹³.

Pour qu'un fait devienne de connaissance judiciaire, il faut qu'il soit notoire, c'est-à-dire que sa connaissance soit très répandue. Les faits de connaissance spécialisée, qui relèvent d'une science ou d'un art ne peuvent, en principe, en faire partie. Cette règle souffre exception en ce qui concerne les faits reliés à l'exercice de la profession d'avocat vu qu'il s'agit de faits dont un juge est pleinement informé en sa qualité d'ancien membre du Barreau¹⁴.

8. C. FABIEN, *loc. cit.*, note 6, p. 467.

9. *Id.*, pp. 452 et ss.

10. C.U.M. c. *Les Propriétés Guenter Kaussen*, [1987] R.J.Q. 2641 (C.P.).

11. *Process Piping Specialties Inc. c. Banque canadienne impériale de Commerce*, [1986] R.J.Q. 2429 (C.S.).

12. *O'Brien c. R.*, J.E. 87-1202 (C.A.).

13. *Daoust c. Bérubé*, [1978] C.S. 618.

14. C. FABIEN, *loc. cit.*, note 6, p. 454.

Sauf ce cas particulier, tout fait de connaissance spécialisée devra être prouvé. Dans une affaire particulière, un arbitre de griefs avait ordonné la réintégration dans ses fonctions d'un enseignant d'une école catholique qui avait été congédié pour avoir fait du nudisme au motif que l'employeur n'avait pas fait la preuve que cette pratique dérogeait aux principes de la religion catholique. L'employeur s'est pourvu par voie d'évocation contre cette décision en invoquant que l'arbitre aurait dû prendre connaissance d'office que la conduite de l'enseignant était contraire aux préceptes du catholicisme, mais son recours a été rejeté¹⁵.

Il y a lieu de mentionner également que la connaissance d'office ne peut jamais porter sur un événement en particulier. C'est ainsi que la Chambre des lords a affirmé que, même si un tribunal pouvait prendre connaissance d'office de l'existence d'un état de guerre entre l'Angleterre et un autre pays, il ne pouvait pas prendre connaissance d'office d'un événement particulier qui se serait produit durant le cours des hostilités¹⁶. Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer si la perte d'un navire pouvait être attribuée à un risque de guerre. En Cour d'appel, deux juges avaient émis l'avis que, pour décider de cette question, le tribunal pouvait prendre connaissance d'office que la perte du navire avait coïncidé avec une opération d'évacuation de l'armée britannique dans la région où le navire avait sombré et qu'il y avait lieu de présumer en conséquence que la perte était reliée à cette manœuvre. La Chambre des lords a jugé excessive cette extension donnée à la connaissance d'office.

La connaissance d'office ne peut donc jamais porter sur les faits précis générateurs de droit dans un litige donné et ce, peu importe la notoriété dont ces faits pourraient jouir¹⁷. La notoriété, en effet ne suffit pas à faire entrer un fait dans le domaine de la connaissance judiciaire, il faut de plus que le fait apparaisse comme raisonnablement incontestable. Le fait doit donc s'imposer avec un tel degré de certitude que toute preuve contraire paraisse futile.

Contrairement à ce qu'un auteur a affirmé, la connaissance d'office n'est pas un substitut à la preuve fondée sur des faits extérieurs et son effet essentiel ne consiste pas à libérer le juge des contraintes de la preuve pour tenir compte dans son appréciation des connaissances acquises par ses propres moyens¹⁸. La connaissance d'office porte essentiellement sur les faits qui font partie du fonds commun des connaissances dans la communauté. C'est ce corps de connaissance qui permet au tribunal de comprendre la preuve et de l'apprécier. Au premier rang de ces connaissances, vient évidemment la connaissance de la langue. Comment serait-il possible de présenter une preuve à un tribunal, si celui-ci n'était pas censé connaître la langue dans laquelle les débats se déroulent. Ce qui est vrai en ce qui concerne la langue, l'est également pour les autres domaines de connaissance.

Un fait peut être de connaissance judiciaire bien qu'un tribunal n'en ait pas réellement connaissance. D'ailleurs, si l'on prend seulement l'exemple de la langue, il est évident qu'il n'y a aucun juge qui connaisse le sens de tous les mots de la langue française. Aussi, dès qu'il s'agit d'un fait de connaissance judiciaire, faut-il reconnaître au tribunal, non seulement le droit, mais également l'obligation de parfaire, par lui-même, ses propres connaissances à son sujet et de

15. *Commission scolaire Chomedey de Laval c. Sylvestre*, J.E. 83-488 (C.S.).

16. *Commonwealth Shipping Representative c. P. & O. Branch Service*, [1923] A.C. 191.

17. C. FABIEN, *loc. cit.*, note 6, p. 458.

18. *Id.*, p. 468.

recourir à cette fin aux sources appropriées. Ainsi, si un juge ignore le sens d'un mot, non seulement peut-il, mais a-t-il l'obligation de consulter les dictionnaires¹⁹.

La connaissance d'office relève donc du domaine des connaissances acquises, et s'oppose aux faits qui sont objets de preuve et qui relèvent du domaine des connaissances transmises. La transmission de connaissances au tribunal par le moyen de la preuve n'est possible que grâce aux connaissances que le tribunal est censé déjà avoir acquises. Ce sont ces connaissances acquises qui permettent au tribunal de recueillir la preuve et de l'apprécier et dans certain cas, d'y combler une lacune. Par exemple, si dans une affaire particulière, un tribunal a pris connaissance d'office que des investissements à long terme pouvaient facilement produire des revenus de 9 % par année, c'est qu'il avait besoin de ce facteur pour calculer le montant d'une indemnité pour pertes futures et que la preuve était silencieuse à ce sujet²⁰.

Parce que la connaissance d'office représente les connaissances acquises dont un tribunal a besoin pour exercer sa fonction de réception et d'appréciation de la preuve, la question de savoir si les parties peuvent contredire un fait connu d'office ne se pose pas. Il répugne qu'un fait, par nature incontestable, puisse être contesté²¹. Aussi, est-ce une erreur, selon nous, de concevoir la connaissance d'office comme une simple dispense de preuve et d'en déduire, sur la base qu'une dispense n'est pas une prohibition, qu'un plaideur a toujours le droit de prouver un fait connu d'office ou de chercher à le contester²².

Si la connaissance d'office constitue une dispense de preuve, c'est parce qu'elle porte sur des faits de nature incontestable dont le tribunal est censé avoir une connaissance acquise. Mais entre les faits de connaissance acquise et les faits de connaissance transmise un certain chevauchement est possible.

En effet, à la frontière de ces deux domaines de connaissance, il existe une zone grise formée de faits qui bien que relevant de la connaissance judiciaire peuvent quand même faire l'objet d'une preuve. Par exemple, ce n'est pas parce qu'un tribunal, en période d'inflation, est censé connaître d'office les taux approximatifs de rendement des obligations à long terme, que toute preuve à ce sujet devient prohibée. De même, on voit mal un tribunal empêcher un témoin de préciser à quel jour de la semaine un événement donné se serait produit, sous prétexte qu'il pourrait le découvrir lui-même en consultant un calendrier. Mais dans l'un et l'autre cas, la connaissance d'office qu'il possède de ces faits va lui permettre d'apprécier la preuve faite à leur sujet à sa juste valeur et éventuellement, de suppléer à une absence de preuve.

Il est vrai que la plupart des décisions qui traitent de la connaissance d'office concernent des faits qui font partie de cette zone grise entre les faits de connaissance acquise et les faits de connaissance à être transmise. Ce facteur peut contribuer à accréditer l'idée que la connaissance d'office a pour principale fonction de permettre au tribunal de combler une lacune dans la preuve. À notre avis, la principale fonction de la connaissance d'office c'est de permettre au tribunal de recueillir la preuve et de l'apprécier. C'est pourquoi, il nous apparaît impensable qu'un juge puisse être tenu d'informer les parties avant de prendre connaissance d'un fait. Cela ne veut pas dire que, lorsqu'il s'agit pour un juge de se servir de

19. *Supra*, note 12.

20. *Supra*, note 13.

21. Les arguments en sens contraire proposés par le professeur Fabien ne nous paraissent pas convaincants : C. FABIEN, *loc. cit.*, note 6, pp. 464 et 465.

22. *Id.*, p. 467.

sa connaissance judiciaire pour combler une lacune apparente dans la preuve, il ne serait pas bien avisé d'en informer les parties, en s'autorisant du pouvoir que lui confère à cet égard, l'article 292 C.p.c.²³

CHAPITRE II. LE FARDEAU DE LA PREUVE

SECTION I — LE PRINCIPE DE LA NEUTRALITÉ DU JUGE

Dans le droit actuel, tout fait qui ne fait pas partie de ce fonds commun des connaissances, dont le tribunal est censé avoir une connaissance acquise, doit être prouvé. De plus, selon le *Code de procédure civile*, la fonction de produire en justice les éléments de preuve à cette fin incombe exclusivement aux parties, la fonction du juge se limitant essentiellement à apprécier la preuve qui lui est soumise. Notre système de type accusatoire, inspiré du droit anglais, impose au tribunal un strict devoir de neutralité et l'empêche de participer activement à la recherche de la vérité. L'article 2810 entend-il porter réforme de notre droit sur ce point? Cet article, en effet, affirme ce qui suit :

Le tribunal peut, en toute matière, prendre connaissance des faits litigieux, en présence des parties ou lorsque celles-ci ont été dûment appelées. Il peut procéder aux constatations qu'il estime nécessaires, et se transporter, au besoin, sur les lieux.

Cet article reprend avec une légère modification l'article 2989 de l'Avant-projet de loi. Cette modification tient à la suppression de l'adverbe « personnellement » qui, dans l'article 2989 de l'Avant-projet, venait préciser comment le tribunal pouvait prendre connaissance des faits litigieux. L'article 2810 se contente maintenant d'affirmer que le tribunal peut en prendre connaissance, sans plus. Malgré cette légère modification, cet article demeure une énigme.

Tout d'abord, constatons qu'il s'agit d'une disposition de droit nouveau qui ne se trouvait pas dans le projet de l'Office de révision du Code civil. Les rédacteurs de l'Avant-projet de loi en ont trouvé l'inspiration dans l'article 179 du nouveau Code de procédure civile français qui s'énonce ainsi :

Le juge peut, afin de les vérifier lui-même, prendre en toute matière une connaissance personnelle des faits litigieux, les parties présentes ou appelées. Il procède aux constatations, évaluations, appréciations ou reconstitutions qu'il estime nécessaires, en se transportant si besoin est sur les lieux.

D'où évidemment la question de savoir pourquoi a-t-on introduit parmi les règles de fond de notre droit de la preuve, une règle d'administration de la preuve du droit français? Si en la transposant dans notre droit, les rédacteurs de l'Avant-projet voulaient lui conserver la même finalité qu'en droit français, la conclusion qui s'impose est que cette disposition devrait se trouver au *Code de procédure civile* et non au Code civil. En effet, si l'objet de cette disposition est simplement d'étendre le domaine des vérifications personnelles du tribunal à d'autres situations que celle de la visite des lieux dont il est question à l'article 290 C.p.c., c'est au *Code de procédure civile* que cette disposition aurait dû être intégrée. D'ailleurs, le professeur Claude Fabien, qui est le seul, à notre connaissance, à avoir déploré l'absence dans notre droit d'une disposition semblable à l'article 179 du Code de procédure civile français, visait par ses propos

23. Voir en ce sens, *id.*, p. 471.

à dénoncer une carence, non pas de notre Code civil, mais de notre *Code de procédure civile*. Voici comment s'exprime à ce sujet cet auteur :

En raison de son devoir de neutralité, le juge canadien doit, en principe, faire abstraction de ses connaissances personnelles acquises en dehors du procès et s'efforcer de juger selon la preuve. Il peut, exceptionnellement, tenir compte de ses connaissances personnelles dans le cadre étroit et contrôlé de la connaissance d'office que nous venons d'étudier. En revanche, la connaissance personnelle acquise dans le cadre procédural de l'instance judiciaire paraît éminemment souhaitable. On peut y voir un moyen de contrebalancer l'effet pervers de la procédure contradictoire.

L'expression « connaissance personnelle » doit être entendue ici dans le sens que lui donne l'article 179 du Code de procédure civile français :

Le juge peut, afin de les vérifier lui-même, prendre en toute matière une connaissance personnelle des faits litigieux, les parties présentes ou appelées. Il procède aux constatations, évaluations, appréciations ou reconstitutions qu'il estime nécessaires, en se portant si besoin est sur les lieux.

L'expression désigne donc l'accès direct à la réalité que le juge peut avoir en l'observant avec ses propres sens, par opposition à l'accès indirect que donnent au juge les témoins des faits, en lui faisant voir la réalité à travers leur récit par personne interposée. Le procès civil au Québec est régi par un Code de procédure civile d'influence mixte. Dans le cas qui nous occupe, l'influence anglaise domine l'influence française, de sorte que le procès civil au Québec ressemble beaucoup plus à celui des juridictions de common law qu'au procès civil en France. Le degré d'initiative du juge y est moindre. Les modes d'accès direct à la réalité offerts au juge y sont peu nombreux et modestes : *on ne trouve pas dans le Code de procédure civile du Québec une disposition équivalente à celle de l'article 179 du Code français*. Même si elle est minime, la part que la procédure québécoise fait à la connaissance personnelle du juge est d'autant plus précieuse. Elle mérite d'être bien comprise à sa pleine capacité.²⁴

Si, par l'article 2810, le Code vise à accroître les cas dans lesquels un tribunal peut procéder à des vérifications personnelles, c'est au *Code de procédure civile* et non au Code civil que cet article aurait dû être inséré.

Comme deuxième hypothèse, on peut penser que l'article 2810 vise à reconnaître au tribunal la possibilité « d'accéder directement à la réalité ». Dans le passage précité du professeur Fabien, celui-ci cite avec approbation l'article 179 du Code de procédure civile français comme une illustration des cas dans lesquels un juge peut avoir un accès direct à la réalité par opposition aux cas dans lesquels le juge en acquiert une connaissance de façon indirecte par des témoignages. Si l'article 2810 a été conçu dans cette perspective, il ferait de toute évidence double emploi avec les nouvelles dispositions concernant le nouveau moyen de preuve désigné sous le nom de présentation d'un élément matériel, contenues aux articles 2854 à 2856.

Enfin, troisième hypothèse, et c'est là notre inquiétude, l'article 2810 viserait-il à infléchir notre système de preuve qui revêt présentement un caractère accusatoire vers un système de type inquisitoire? Dans un système accusatoire, c'est aux parties qu'il incombe de rechercher les moyens de preuve et de les soumettre au tribunal. Le caractère accusatoire de notre système d'administration des preuves ne fait présentement aucun doute. En effet, c'est aux parties qu'il incombe de circonscrire l'objet du débat judiciaire par leurs pièces de plaidoirie;

24. *Id.*, p. 473 (les italiques sont les nôtres).

de réunir les pièces littérales à l'appui de leurs prétentions; de choisir leurs témoins et de voir à les assigner. Lors de l'enquête, c'est aux parties qu'il revient, en principe, de déterminer l'ordre de présentation de leur preuve, de citer les témoins qu'elles veulent faire entendre et de procéder à leur interrogatoire. Il revient également à chaque partie de procéder au contre-interrogatoire des témoins cités par son adversaire. Quant au tribunal, il se voit conférer essentiellement un pouvoir de contrôle sur le déroulement de la preuve avec toutefois la possibilité de prendre certaines initiatives dans l'intérêt de la justice. Or, l'article 2810 semble vouloir modifier complètement le rôle respectif du juge et des parties en conférant au tribunal l'initiative première en matière de preuve. Il y est affirmé en effet que le tribunal peut, en toute matière, prendre connaissance des faits litigieux, en présence des parties ou lorsque celles-ci ont été dûment appelées. Le même article ajoute qu'il peut procéder aux constatations qu'il estime nécessaires, et se transporter, au besoin, sur les lieux.

L'article 2810 vise-t-il à remplacer, comme principe fondamental de notre régime d'administration des preuves, le droit des parties de transmettre au tribunal une information pleine et entière, par le droit du tribunal à une information pleine et entière? Tel est, à notre avis, le problème fondamental que soulève cet article. Déclarer que le tribunal peut, en toute matière, prendre connaissance des faits litigieux, en présence des parties ou lorsque celles-ci ont été dûment appelées, n'est-ce pas affirmer le droit de savoir du tribunal avec toutes les conséquences que cela comporte? L'emploi du mot « peut » au lieu de « doit » dans cet article n'en modifie pas le sens. En effet, tel que l'ont affirmé nos tribunaux supérieurs, le pouvoir discrétionnaire conféré à un tribunal comporte le devoir de l'exercer lorsque les conditions de cet exercice sont réunies²⁵.

Il faut constater de plus que c'est le tribunal qui se voit conférer ce droit de connaître des faits. Comme le terme « tribunal » désigne aussi bien les tribunaux de première instance que les tribunaux d'appel, c'est dire que le droit de savoir serait conféré aussi bien aux tribunaux de première instance qu'aux tribunaux d'appel. Or, pour ce qui est des tribunaux d'appel, cette règle viendrait directement en conflit avec l'article 523 C.p.c. selon lequel la présentation d'une preuve nouvelle en appel, n'est permise que dans des circonstances exceptionnelles et que si les fins de la justice le requièrent. Il s'agit d'un autre point sur lequel le droit français diffère du nôtre. En droit français, tant les tribunaux de première instance que les cours d'appel peuvent procéder à des mesures d'instruction et peuvent donc, en conséquence, lorsque les circonstances l'exigent, procéder à des vérifications personnelles. En droit français, il est possible d'affirmer que le tribunal peut, en toute matière, prendre connaissance des faits litigieux en respectant le principe du contradictoire parce que cela correspond au système de preuve de type inquisitoire qui a été adopté en France et que, en ce pays, la recherche des faits incombe tant aux tribunaux de première instance qu'aux tribunaux d'appel. Il en va différemment en droit québécois vu que notre système de preuve est de type accusatoire et que nos tribunaux d'appel ne doivent pas s'immiscer en principe dans l'administration des preuves.

Pour bien souligner comment la fonction du juge français par rapport à la connaissance des faits diffère de celle dévolue à nos juges, nous croyons utile

25. *Hamel c. Brunelle*, [1977] 1 R.C.S. 147; *Montana c. Les Développements du Saguenay Ltée*, [1977] 1 R.C.S. 32; *Girard c. Gariépy*, [1975] C.A. 706.

de citer les commentaires suivants du doyen Cornu concernant l'article 179 du nouveau Code de procédure civile français :

Le juge a, dans la connaissance du fait, *un pouvoir primordial et un titre originaire*. Sa vocation l'appelle d'abord à connaître lui-même le fait. À la maxime : « *jura novit curia* »; il faudrait joindre la réplique : « *facta novit curia* » : le juge — je ne parle pas ici de la Cour de cassation, hors série — est d'abord un juge de fait, un juge de la preuve. Le juge a une vocation directe et personnelle à connaître le fait. Si les vérifications personnelles du juge viennent en tête des mesures d'instruction dans le décret du 17 décembre 1973, cette présentation symbolique recèle une ambiguïté intentionnelle, laquelle réside non pas exclusivement dans le rang que lui donne cet ordre, mais dans la notion même. Car la vérification personnelle ne correspond pas seulement à un ensemble de mesures d'instruction (parmi lesquelles le transport sur les lieux, ou la vue d'un objet litigieux). La vérification personnelle est en vérité, d'abord, d'une façon générique et dans tout litige, la mission première du juge. Constater le fait, le vérifier, l'apprécier, en dehors même de toute mesure d'instruction : la fonction juridictionnelle est d'abord là.²⁶

Dans notre système d'administration de la preuve de type accusatoire, le juge n'a pas une vocation directe et personnelle à connaître le fait. Sa fonction primaire est d'agir en qualité d'arbitre et, par voie de conséquence, d'apprécier la preuve soumise par les plaideurs. Il y a donc danger que par le biais de l'article 2810 on introduise un principe qui va à l'encontre de notre système d'administration de la preuve. Au delà des choix législatifs, une première chose que les justiciables peuvent exiger du législateur, c'est qu'il soit cohérent. Aussi est-il inadmissible que le Code civil affirme un principe que le *Code de procédure civile* dénie.

Au mieux, l'article 2810 est inutile en ce qu'il ferait double emploi soit avec les règles concernant les vérifications personnelles autorisées par le *Code de procédure civile*, soit avec la réglementation du procédé de preuve de la présentation d'un élément matériel. Au pis, il est pernicieux en ce qu'il affirme un principe qui est en contradiction avec nos règles d'administration de la preuve. C'est pourquoi nous souhaitons vivement que cet article soit supprimé.

SECTION II — LES PLAIDEURS ET LA CHARGE DE LA PREUVE

Il est question de la répartition du fardeau de la preuve entre le demandeur et le défendeur aux articles 2803 à 2805. Ces articles dans leur nouvelle version sont le reflet du droit existant. Rappelons que l'article 2981 de l'Avant-projet de loi (maintenant l'article 2803) énonçait que celui qui oppose à un droit invoqué qu'il n'existe pas, doit prouver les faits sur lesquels sa contestation est fondée. Il s'agissait là d'une erreur qui a fort heureusement été corrigée.

PARTIE II . LES PROCÉDÉS DE PREUVE SELON LE *CODE CIVIL DU QUÉBEC*

L'article 2811 énumère cinq procédés de preuve : les écrits, le témoignage, les présomptions, l'aveu et la présentation d'un élément matériel. Déjà on peut constater que le Code accorde une reconnaissance officielle à ce qu'il était convenu d'appeler auparavant « la preuve matérielle ». En effet, dans le droit

26. G. CORNU, « Rapport de synthèse », dans *Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve*, Paris, P.U.F., 1976, p. 111.

actuel, c'est seulement par le biais du *Code de procédure civile* que la présentation d'un élément matériel est réglementée. Nous aurons donc l'occasion de nous interroger plus loin sur les implications de cette promotion de la preuve matérielle au rang de procédé de preuve autonome et distinct.

CHAPITRE I. LA PREUVE ÉCRITE

Le chapitre que consacre le *Code civil du Québec* à l'écrit en tant que procédé de preuve comporte sept sections, lesquelles traitent successivement des sujets suivants : (1) des copies de lois, (2) des actes authentiques, (3) des actes semi-authentiques, (4) des actes sous seing privé, (5) des autres écrits, (6) des inscriptions informatisées et (7) de la reproduction de certains documents. Dans le *Code civil du Bas-Canada*, les règles de preuve concernant l'écrit reposent 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. Pour pouvoir constater un fait matériel, l'écrit doit émaner d'un officier public du Québec et il s'agit alors d'un acte authentique, ou doit émaner d'un officier public étranger et il s'agit alors d'un acte semi-authentique. Pour pouvoir constater un acte juridique, l'écrit doit être signé devant un officier public et a alors valeur d'acte authentique ou il doit porter uniquement la signature des parties en guise de consentement et il s'agit alors d'un acte sous seing privé. Quant à l'écrit non instrumentaire, il s'agit de tout écrit par lequel une personne exprime sa connaissance d'un fait matériel ou d'un acte juridique. La distinction fondamentale entre ces deux catégories d'écrits tient à ce que les écrits instrumentaires font preuve tant à l'égard des parties que vis-à-vis des tiers, alors que les écrits non instrumentaires ne font preuve qu'à l'égard de leur auteur. Cette dernière règle se trouve exprimée aux articles 1227 à 1229 du C.c.B.-C.

Dans le Code civil, la distinction entre les écrits instrumentaires et les écrits non instrumentaires a été retenue, mais de façon moins apparente. En effet, si le Code a retenu les trois grandes classes d'écrits instrumentaires du droit actuel, en consacrant une section particulière aux actes authentiques (section II), aux actes semi-authentiques (section III) et aux actes sous seing privé (section IV), il n'a pas retenu la règle selon laquelle les registres et papiers domestiques ne font point foi en faveur de celui qui les a rédigés, énoncée à l'article 1227 C.c.B.-C. Au sujet des écrits non instrumentaires, l'article 2832, inséré à la section V consacrée aux autres écrits affirme au contraire que l'écrit non instrumentaire peut, sous réserve des règles contenues au livre de la preuve, être admis en preuve à titre de témoignage ou à titre d'aveu contre son auteur.

Par ailleurs, le Code innove, en ce qui concerne les écrits, en traitant dans la section V relative aux autres écrits, de l'écrit instrumentaire non signé émanant d'une entreprise (art. 2831) et en consacrant une section particulière aux inscriptions informatisées (section VI) et à la reproduction de certains documents (section VII).

On aura noté que le chapitre consacré aux écrits s'ouvre par une première section intitulée « des copies de lois ». Les copies de lois entrent selon nous dans la catégorie des actes authentiques. Il convient de souligner que le Code n'a pas conservé les dispositions du *Code civil du Bas-Canada* concernant l'acte réconfortif (art. 1213 C.c.B.-C.) et l'acte confirmatif (art. 1214 C.c.B.-C.) et a

déplacé au livre des obligations la réglementation de la contre-lettre (voir art. 1451 et 1452 C.c.Q.).

SECTION I — LES ACTES AUTHENTIQUES

Les dispositions concernant les actes authentiques nous paraissent excellentes. L'objet de la procédure de l'inscription de faux y est notamment très bien exprimé. L'article 2821 précise bien que cette procédure n'est nécessaire que pour contredire les énonciations dans l'acte authentique des faits que l'officier public avait mission de constater. La distinction entre les faits que l'officier public a mission de constater et les faits qu'il a mission d'inscrire a sa raison d'être. Elle permet de bien distinguer les cas dans lesquels le recours à l'inscription de faux s'impose pour contredire les énonciations d'un acte notarié, des cas dans lesquels le régime de droit commun va s'appliquer. Le régime d'exception s'applique dans le premier cas et le régime ordinaire dans le second.

Dans sa version initiale, l'article 2821 entendait permettre la rectification des erreurs matérielles dans un acte authentique sans qu'il soit nécessaire de recourir à l'inscription de faux. En effet, l'article 2808 du Projet, auquel correspond maintenant l'article 2821 s'énonçait ainsi :

L'inscription de faux n'est nécessaire que pour contredire les énonciations dans l'acte authentique des faits que l'officier public a mission de constater.

Elle n'est pas requise ni pour obtenir la rectification d'erreurs matérielles, ni pour contester la qualité de l'officier public et des témoins ou la signature de l'officier public.

Il est fort heureux, selon nous, et pour les raisons que nous allons exposer que le *Code civil du Québec* n'ait pas créé un régime spécial en ce qui concerne la rectification des erreurs matérielles dans un acte authentique. Il faut tout d'abord relever que la notion d'erreur matérielle en ce qui concerne les actes authentiques était nouvelle. Ce que le droit actuel reconnaît, c'est la notion de faux matériel. Pour bien comprendre la distinction entre ces deux notions, il est nécessaire d'exposer l'état du droit en ce qui concerne le faux matériel.

Par. 1. L'état du droit actuel en ce qui concerne le faux matériel

Selon la doctrine²⁷, une inscription de faux n'est pas nécessaire lorsque le faux matériel est reconnaissable à première vue et qu'il est tellement manifeste qu'il ne saurait être sérieusement contesté. En effet, la présomption d'authenticité qui s'attache à l'acte authentique est suffisamment forte pour garantir en quelque sorte l'intégrité de l'acte, c'est-à-dire pour garantir que postérieurement à son exécution, l'acte n'a pas été modifié. Toutefois, dans le cas où l'altération de l'acte est apparente et manifeste, il a paru excessif d'exiger qu'on doive se pourvoir par inscription de faux pour faire déclarer l'acte nul en totalité ou en partie. D'où l'exception de faux manifeste et reconnaissable à première vue.

27. A. NADEAU et L. DUCHARME, « La preuve en matières civiles et commerciales », dans *Traité de droit civil du Québec*, t. 9, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1965, note 25, n° 334, p. 255; J.-C. ROYER, *La preuve civile*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1987, n° 291, p. 144; P.-Y. MARQUIS, « L'acte notarié et l'inscription de faux », (1980-81) 15 R.J.T. 81, p. 91.

Le juge St-Germain, dans l'affaire *Baltazar c. Émond*²⁸, cite avec approbation les définitions que donnent Carré et Chauveau²⁹ du faux matériel et du faux intellectuel :

Le faux matériel consiste, soit dans la fabrication d'un acte par contrefaçon d'écriture : c'est le faux que plusieurs de nos anciens auteurs appelaient formel; soit l'altération d'un acte véritable au moyen d'addition ou d'intercalation d'écriture, de changement ou de suppression de lettres, de syllabes ou de mots, par des ratures, des surcharges, des grattages, des lacerations, etc.

Le faux intellectuel est celui qui sans qu'il y ait contrefaçon ou altération de l'écriture ou de la pièce, dénature la substance de l'acte, en ce que l'écrit se trouve à contenir le contraire de ce qu'il devrait présenter : par exemple, lorsqu'un officier public aurait inséré des conventions autres que celles qui lui auraient été déclarées ou dictées; [...]

Selon ces définitions, le faux matériel consiste dans la fabrication d'un acte par contrefaçon d'écriture ou dans l'altération d'un acte véritable et le faux intellectuel, dans un manquement de l'officier public à son obligation de rendre compte avec exactitude dans son acte des faits qu'il avait mission de constater. Dès qu'un faux matériel est apparent, l'acte ne satisfait pas à la condition de régularité apparente énoncée à l'article 2813 pour être présumé authentique et doit donc être déclaré irrecevable sans qu'il y ait lieu de recourir à l'inscription de faux. De plus, il y a lieu de rappeler qu'en vertu de l'article 2821 le faux matériel qui consiste dans la contrefaçon de la signature de l'officier public ne nécessite pas le recours à l'inscription de faux, que cette contrefaçon soit apparente ou non.

Si l'exception concernant le faux matériel manifeste doit être approuvée, il n'en va pas de même de tout le courant jurisprudentiel et doctrinal auquel cette règle a donné lieu et ce, sur la base de la décision rendue dans l'affaire *Provencher c. Dame Dubreuil*³⁰. En effet, dans cette affaire, le tribunal a commis l'erreur de qualifier de faux matériel ce qui était en fait un faux intellectuel et de s'autoriser de l'exception concernant le faux matériel manifeste, pour ordonner la correction d'un numéro de lot dans un acte de donation. Le donataire, en effet, prétendait que la donation portait sur le lot 11A et que le notaire, par erreur, avait inscrit le lot 12B. La donation était intervenue entre un père et son fils. Le père, qui était un illettré, avait remis ses contrats au notaire afin que le notaire instrumentant puisse avoir la désignation exacte de la ferme faisant l'objet de la donation. Le notaire s'est trompé quant à sa désignation et l'erreur n'a été découverte que plusieurs années plus tard et alors que le donateur ainsi que le notaire étaient décédés. L'héritière du donateur, au lieu de collaborer pour corriger l'erreur, s'est empressée de demander au donataire une forte somme avant de signer quoi que ce soit. Le donataire a pris une action tendant à faire corriger l'erreur dans la désignation du contrat. À l'enquête, la défenderesse s'est opposée à la preuve en invoquant que le demandeur aurait dû procéder par inscription de faux. Le juge a disposé de cette objection par les motifs suivants :

Considérant que l'on admet généralement maintenant que l'inscription de faux n'est pas nécessaire même contre un acte authentique, lorsque le faux allégué est matériel, reconnaissable à simple vue et est tellement manifeste qu'il ne saurait être sérieusement contesté.³¹

28. [1948] B.R. 596, p. 601.

29. *Loi de la procédure civile*, (1880), 5^e éd., tome 2, p. 364.

30. *Provencher c. Dubreuil*, [1947] C.S. 172.

Il est clair que dans cette affaire, le tribunal s'est trompé en qualifiant de faux matériel, l'erreur commise par le notaire. Le notaire instrumentant, en l'espèce, avait commis un faux intellectuel en changeant l'objet de la donation, en la faisant porter sur le lot 11A au lieu du lot 12B.

Le problème auquel était confronté le tribunal ne différait pas de celui qui avait été soulevé dans l'affaire *Vallée c. Corriveau*³². Dans cette dernière affaire, le demandeur se plaignait que le notaire avait omis d'insérer dans un acte de vente, une réserve au sujet d'un droit de coupe de bois qu'il avait antérieurement consenti à une autre personne. Le demandeur ayant omis de s'inscrire en faux, le défendeur, à l'enquête, s'est opposé à la preuve de l'erreur du notaire au motif que cette preuve ne pouvait être faite que dans le cadre d'une inscription de faux. Le tribunal de première instance a rejeté cette objection et a conclu à la nullité du contrat pour cause d'erreur. Ce jugement a été infirmé en appel sur la base de l'objection formulée par le défendeur. La Cour d'appel, en effet, a jugé qu'en vue de prouver l'erreur du notaire, le demandeur se devait de s'inscrire en faux contre l'acte.

D'où l'on voit que le dispositif dans l'affaire *Provencher c. Dubreuil* est directement contraire à l'arrêt *Vallée c. Corriveau* de la Cour d'appel. Il est également contraire à l'ensemble de la jurisprudence. De l'ensemble de la jurisprudence, il résulte clairement, selon nous, que lorsqu'un notaire commet une erreur dans la désignation ou dans la description du lot faisant l'objet d'un transfert de propriété, il y a lieu de recourir à l'inscription de faux pour en faire la preuve³³.

L'erreur commise par le tribunal dans l'affaire *Provencher c. Dubreuil*, erreur qui a consisté à qualifier de faux matériel, un faux intellectuel, est apparemment passée inaperçue. En effet, tant la doctrine³⁴ que la jurisprudence³⁵ n'ont retenu de cette décision que la règle selon laquelle l'inscription de faux n'est pas nécessaire lorsqu'il s'agit d'un faux manifeste reconnaissable à simple vue et n'ont porté aucune attention au fait qu'en l'espèce cette règle ne s'appliquait pas. Aussi, afin d'éviter toute méprise, convient-il de bien se rendre compte qu'en ce qui concerne son dispositif, la décision dans *Provencher c. Dubreuil* n'est pas conforme au droit actuel. En effet, selon le droit actuel et contrairement à ce qui a été décidé dans cette affaire, le recours à l'inscription de faux s'impose même lorsque le notaire, de bonne foi et par erreur, a commis un faux intellectuel. Évidemment, si c'est suite à une erreur commise par les parties qu'un acte notarié ne reflète pas exactement leur volonté, l'acte ne sera alors entaché d'aucun faux intellectuel et il ne sera pas nécessaire de recourir à l'inscription de faux pour le faire rectifier³⁶.

31. *Id.*, p. 173.

32. [1947] B.R. 674.

33. *Simard c. Brassard*, [1990] R.D.J. 213 (C.A.); *Gagné c. Gagné*, (1923) 61 C.S. 460; *Smith c. Davidson*, (1916) 50 C.S. 77 (C. de Rev.); *Cambell c. Cambell*, [1948] C.S. 391, p. 394; *J. Antoine Larouche c. Hector Lemieux*, C.S. Chicoutimi, n° 39070, 4 janvier 1967 (le juge McNICHOLL), arrêt commenté favorablement par R. COMTOIS, « Inscription en faux. Contestation d'authenticité d'un acte », (1968-69) 71 R. du N. 197.

34. A. NADEAU et L. DUCHARME, *op. cit.*, note 27, n° 334, p. 255; J.C. ROYER, *op. cit.*, note 27; P.-Y. MARQUIS, *op. cit.*, note 27.

35. *Lemay c. Fradet*, [1984] C.S. 280; *Le Prêt Hypothécaire c. Les Habitations du Futur Inc.*, [1981] C.S. 1092; *Colerette c. Paquin*, J.E. 79-390 (C.P.).

36. *Corporation municipale du village de St-Stanislas-de-Kostka c. Dumouchel*, [1988] R.J.D. 2860 (C.S.); *Simard c. Tremblay*, (1929) 46 B.R. 158.

Par exemple, si les parties soumettent au notaire des documents qui décrivent incorrectement les lots faisant l'objet d'une vente, le notaire ne commettrait aucun faux en recopiant dans son acte la désignation qui se trouve dans ces documents et il n'y aurait pas lieu de recourir à l'inscription de faux pour faire corriger cet acte³⁷. Si bien que l'état du droit en vertu du *Code civil du Bas-Canada* peut être résumé ainsi :

1 - Si un notaire de bonne foi commet une erreur en exprimant dans son acte la volonté des parties, il est nécessaire de s'inscrire en faux tant pour faire annuler l'acte que pour le faire rectifier.

2 - Si les parties induisent le notaire en erreur sur l'objet de leur contrat et que, de ce fait, l'acte notarié ne reflète pas correctement leur convention, la correction de l'acte ne nécessite pas le recours à l'inscription de faux.

3 - Un faux matériel reconnaissable à simple vue ne nécessite pas le recours à l'inscription de faux.

Ces solutions demeurent encore valables. Il en eut été différemment si le nouveau Code avait permis qu'on puisse faire rectifier les erreurs matérielles dans un acte authentique sans qu'il soit nécessaire de s'inscrire en faux, tel que le prévoyait l'article 2808 du Projet.

Par. 2. De l'impossibilité de créer un régime spécial pour la correction d'erreurs matérielles

Selon nous l'introduction de la notion d'erreur matérielle portait en germe une modification radicale du régime concernant l'inscription de faux³⁸. En effet, le mot matériel, tel que défini par le dictionnaire *Petit Robert*, signifie : « qui s'exprime, se manifeste dans la matière ou par la matière; qui concerne les aspects extérieurs, visibles, des êtres ou des choses; qui est constitué par la matière même d'un fait, d'une chose, indépendamment de l'intention dont il résulte ». Comme exemple de ce dernier sens, l'on cite l'expression erreur matérielle en comptabilité, en typographie. Selon le sens ordinaire des mots, serait une erreur matérielle, toute erreur qui se manifeste en la matière et ce indépendamment de l'intention dont elle résulte. Or cette notion appliquée à l'acte notarié conduit à considérer que tout faux, qu'il soit intellectuel ou matériel, se manifeste par une erreur matérielle. Il en est de même de toute inexactitude dans un acte notarié qui a sa source dans une erreur des parties.

Considérée objectivement, toute énonciation dans un acte notarié qui n'est pas conforme à la réalité, est une erreur matérielle. Dans l'Avant-projet de loi, c'est seulement dans le cas d'erreurs matérielles involontaires qu'il y avait dispense de recourir à l'inscription de faux pour en obtenir la correction. Une distinction était alors établie entre le faux intentionnel et le faux involontaire, l'inscription de faux étant réservée exclusivement au cas de faux intentionnel. Comme en vertu du deuxième alinéa de l'article 2808 du Projet de Code civil, il n'y avait plus lieu de tenir compte de l'intention de l'officier public, auteur de l'erreur matérielle, la conclusion qui s'imposait est que toute fausse énonciation par un officier public dans un acte authentique pouvait être rectifiée sans recourir à l'inscription de faux. Selon cette nouvelle disposition, l'action en rectification

37. Voir les arrêts cités à la note précédente.

38. Cette notion n'apparaissait pas dans OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, Projet de Code civil, Livre de la preuve, art. 3.

d'un acte authentique, et tout spécialement d'un acte notarié, n'aurait jamais nécessité le recours à l'inscription de faux et ce, même dans les cas où il se fut agi de faire corriger une erreur de l'officier public concernant les faits qu'il avait mission de constater. D'où l'on voit que le régime spécial que l'on voulait créer à propos de la rectification des erreurs matérielles dans un acte authentique aurait conduit, à toutes fins pratiques, à l'abolition de la procédure de l'inscription de faux et il est donc heureux que le *Code civil du Québec* ne se soit pas engagé dans cette voie.

SECTION II — LES ACTES SEMI-AUTHENTIQUES

Selon le droit actuel, la catégorie des actes semi-authentiques comprend deux sortes d'écrits : les documents publics étrangers et les procurations faites hors du Québec et authentiquées par un officier public. Le *Code civil du Québec*, tout en conservant ces deux sortes d'actes semi-authentiques, leur apporte certaines modifications. Il réforme le régime des documents publics étrangers en étendant la présomption d'authenticité, qui présentement ne profite qu'à certains documents, à tous les documents publics étrangers. Quant aux procurations faites à l'étranger, il vient préciser en quoi consiste la formalité de l'attestation.

Par. 1. Le nouveau régime des documents publics étrangers

L'article 1220 C.c.B.-C. ne confère la qualité d'acte semi-authentique qu'à un nombre très restreint de documents publics étrangers. Il s'agit des documents suivants, lorsqu'ils respectent les conditions de forme qui y sont prescrites : le certificat du secrétaire d'un État étranger ou du gouvernement exécutif de cet État; la copie d'un jugement ou d'une procédure judiciaire d'une cour hors du Québec; la copie d'un jugement de vérification d'un testament émanant d'une cour étrangère; les certificats de mariage, de naissance, de baptême et de sépulture de personnes hors du Bas-Canada; et, en matière d'adoption, la copie d'une loi étrangère certifiée par le secrétaire ou le gouvernement exécutif de cet État étranger.

L'article 2822 C.c.Q. innove en attribuant à tous les documents publics étrangers la qualité d'acte semi-authentique. Selon cet article, pour que la présomption d'authenticité s'applique, il va suffire que l'acte ait l'apparence d'un original émanant d'un officier public étranger compétent ou qu'il ait l'apparence d'une copie d'un document public étranger dûment certifiée par un officier public qui en est le dépositaire légal. L'article 2822 C.c.Q. va avoir pour effet, notamment, de rendre admissible en preuve, à titre de document semi-authentique, tout document public étranger qui n'est pas présentement mentionné à l'article 1220 C.c.B.-C., sans qu'il soit nécessaire de le faire attester par le secrétaire ou par le gouvernement exécutif de l'État concerné.

La réforme n'affectera pas les documents publics étrangers qui bénéficient présentement d'un régime spécial en vertu de l'article 1220 C.c.B.-C. Ces documents vont conserver sous le *Code civil du Québec* leur caractère de document semi-authentique. Notamment, sous le nouveau Code, un jugement étranger ou une procédure judiciaire devant un tribunal étranger vont pouvoir se prouver de la même manière que sous le droit actuel. Vont également conserver leur caractère de document semi-authentique, les copies et extraits dûment certifiés des actes de l'état civil des pays étrangers.

Présentement, aux termes du paragraphe (7) de l'article 1220 C.c.B.-C., toute personne en possession d'un document visé par cet article, peut en confier la garde à un notaire pour qu'il en délivre des copies. Il en sera de même sous le nouveau Code par l'effet de l'article 2824 C.c.Q. Ce même article précise que lorsqu'un tel dépôt sera effectué, la copie délivrée par le notaire va faire preuve de sa conformité au document déposé et va suppléer à celui-ci. Le dépôt d'un document entre les mains d'un notaire apparaît donc comme un moyen commode de pouvoir en obtenir, au Québec, des copies qui ont la même valeur que le document lui-même.

Au niveau de la force probante, le régime va demeurer le même. Le document public étranger qui paraît tel à sa face même, va faire preuve à l'égard de tous de son contenu sans qu'il soit nécessaire de prouver la qualité ni la signature de l'officier public de qui il émane. Il ne pourra être contesté qu'en suivant la procédure prescrite aux articles 89 et 90 C.p.c. Pour ce qui est du fardeau de la preuve, l'article 2825 C.c.Q. énonce clairement que lorsqu'un document semi-authentique est régulièrement contesté, il incombe à celui qui l'invoque de faire la preuve de son authenticité. Tout comme en vertu du droit actuel, si la procédure des articles 89 et 90 C.p.c. n'est pas suivie, l'acte semi-authentique va conserver toute sa valeur.

Par. 2. Le régime des procurations faites hors du Québec

Afin de faciliter la preuve d'une procuration faite hors du Québec, le paragraphe (5) de l'article 1220 C.c.B.-C. crée un régime d'exception. Une telle procuration est présumée authentique si elle satisfait aux deux conditions suivantes : avoir été signée en présence d'au moins un témoin et avoir été dûment authentiquée. Les personnes habilitées à authentifier une procuration sont les suivantes : un ambassadeur, un ministre plénipotentiaire, un haut commissaire, un chargé d'affaires ou un consul du Canada ou de Sa Majesté, un agent de la province, le maire du lieu ou un notaire ou autre officier public du lieu où elle est datée.

Le paragraphe 5a) du même article prévoit que la procuration d'un militaire peut être attestée devant un major ou un autre officier d'un rang équivalent ou supérieur.

Ce régime d'exception tire son origine d'une loi du 4 mai 1859 (22 Vict. c. 50, art. 1). Il existe au sujet de l'état du droit antérieurement à l'adoption de cette loi spéciale, une décision du Conseil privé. Elle a été rendue dans l'affaire *Nye c. Macdonald*³⁹, à propos d'une action pétitoire intentée vers l'année 1849. Dans cette affaire, le Conseil privé a statué qu'un notaire public dans la province du Haut-Canada, une province régie par le droit anglais, n'a aucun pouvoir, par la loi anglaise, d'attester de l'exécution d'un acte de façon à ce que cette attestation suffise à en établir l'authenticité. Le Conseil privé a confirmé en conséquence le jugement de la Cour d'appel du Bas-Canada qui avait jugé insuffisante comme preuve d'une procuration apparemment faite au Haut-Canada, le certificat d'un notaire public qui en attestait l'exécution en sa présence. Voici comment cet arrêt s'exprime à ce sujet :

A Notary public in the Province of *Upper Canada*, a Province regulated by English law, has no power, by English law, to certify to the execution of a deed in such a way as to make his certificate evidence, without more, that the deed was executed, and that it was attested in the manner in which the deed professes to be attested.

39. *Nye c. MacDonald*, [1870] L.R. 3 P.C. 331.

According to the law of *England*, the mere production of the certificate of a Notary public stating that a Deed had been executed before him would not in any way dispense with the proper evidence of the execution of the Deed.^{39.1}

Appréciée à la lumière de l'arrêt *Nye*, la Loi de 1859 concernant les procurations faites hors du Bas-Canada et authentiquées ainsi qu'il y était pourvu, s'est trouvée à conférer à ces procurations une force probante dont elles ne bénéficiaient pas dans le pays où elles avaient été rédigées.

L'article 2823 C.c.Q. entend modifier le régime des procurations faites hors du Québec sur deux points. Tout d'abord, au lieu d'énumérer les personnes habilitées à authentifier une procuration, cet article exige seulement qu'elle soit certifiée par un officier public compétent. De plus, cet article précise en quoi va consister la certification qui est exigée de cet officier public. Cet article s'énonce ainsi :

2823. Fait également preuve, à l'égard de tous, la procuration sous seing privé faite hors du Québec lorsqu'elle est certifiée par un officier public compétent qui a vérifié l'identité et la signature du mandant.

La première question qu'il convient de se poser, c'est celle de savoir ce qu'il faut entendre par un officier public compétent. Cette expression vise, à notre avis, principalement, sinon exclusivement, le notaire public de common law. Dans les pays de droit civil qui connaissent l'institution du notariat, les procurations qui sont revêtues de la forme notariée, vont se qualifier en tant que documents semi-authentiques par le seul effet de la présomption posée à l'article 2822 C.c.Q. En effet, comme dans ces pays, les notaires sont des officiers publics qui ont pour fonction de conférer un caractère authentique aux actes qu'ils reçoivent, toutes les conditions sont réunies pour que ces actes soient considérés comme des actes semi-authentiques en vertu de l'article 2822 C.c.Q. Il en sera de même des copies de ces actes qui paraissent émaner de l'officier public qui en est le dépositaire.

Quant aux notaires publics de common law, bien qu'ils soient compétents pour recevoir des contrats, les actes qu'ils reçoivent, tel que nous l'avons vu précédemment, ne peuvent faire preuve par eux-même de leur exécution et doivent être prouvés. L'article 2823 C.c.Q. va avoir pour effet de conférer aux procurations dûment certifiées par un notaire public de common law, une présomption d'authenticité.

Il y a lieu de souligner que pour ce qui est de la province d'Ontario, la fonction de notaire public est régie par une loi intitulée *Loi sur les notaires*⁴⁰. Aux termes de l'article 1 de cette Loi, les notaires sont nommés par le lieutenant-gouverneur, à la recommandation du procureur général au moyen d'un mandat. Tout avocat de cette province, à la condition d'en faire la demande^{40.1}, peut recevoir un tel mandat qui demeure valable tant qu'il demeure membre de son ordre et qu'il satisfait autrement à la Loi et au règlement y afférent.

39.1 *Id.*, p. 343.

40. L.R.O. 1990, c. N.6. Voir concernant les pouvoirs d'un notaire de common law : B. W. RUSSELL, *Office and Practice of a Notary of Canada (Excepting Province of Quebec)*, 2^e éd., Toronto, The Carswell Co., Ltd., 1927, pp. 18-32.

40.1 Selon les informations que nous avons obtenues, les futurs avocats de cette province, quelques semaines avant leur admission au Barreau, reçoivent un formulaire que ceux qui désirent pouvoir agir comme notaire de common law doivent compléter. Il semble que la plupart retournent le dit formulaire avec les frais requis et ainsi obtiennent le mandat qui leur permet d'agir en cette qualité.

L'article 2823 C.c.Q. précise ce que doit contenir le certificat exigé de l'officier public qui reçoit une procuration. Cet officier doit y attester, sous sa signature et avec indication de sa qualité, qu'il a vérifié l'identité et la signature du mandant. Bien qu'il ne soit pas exigé que l'officier public reçoive la signature du mandant, il pourra certes le faire et attester de ce fait dans son certificat. Dans ce dernier cas, et selon une formule suggérée par un auteur^{40.2}, l'attestation notariée pourrait se lire ainsi :

Je, [...], notaire dans la province de _____, dûment nommé par lettres patentes et assermenté, exerçant [...] à _____ dans cette province, atteste par la présente que j'ai assisté à la signature, le _____ [...], de [la procuration ci-jointe] à _____, par [...], à titre de [mandant], [et] par [...], à titre de témoin et par moi-même; je connais personnellement l'un et l'autre et les signatures qui figurent sur cet écrit sont bien de leurs écritures respectives. Je reconnais également ma propre signature.

EN FOI DE QUOI, j'ai signé et apposé mon sceau officiel le _____, à [...]

[Signature]
Notaire dans la province
de _____^{40.3}

Bien que dans la formule que nous venons de citer, il est fait mention de la présence d'un témoin, en vertu de l'article 2823 C.c.Q., il ne sera plus exigé d'une procuration faite hors du Québec, qu'elle soit signée en présence d'un témoin. De plus, alors que selon le droit actuel, une procuration peut être authentiquée au moyen d'une déclaration assermentée d'un témoin qui a assisté à la signature d'une procuration^{40.4}, cela ne sera plus possible selon le *Code civil du Québec*, vu que c'est l'officier public lui-même qui doit attester de l'identité du mandant et de l'authenticité de sa signature.

SECTION III — LES ACTES SOUS SEING PRIVÉ

Les articles concernant les actes sous seing privé n'appellent pas de commentaires particuliers. Ces articles, dans l'ensemble, reproduisent le droit actuel, sauf sur un point : la force probante de la date d'un acte sous seing privé contre les tiers. En vertu de l'article 2830, il sera désormais possible de recourir à la preuve testimoniale pour prouver contre un tiers la date d'un écrit sous seing privé. De plus, la notion d'écrit de nature commerciale a été remplacée par celle « d'actes passés dans le cours des activités d'une entreprise ». Nous aurons l'occasion d'analyser cette notion plus loin.

SECTION IV — LES AUTRES ÉCRITS

Sous la Section V intitulée « Des autres écrits », le Code traite essentiellement de deux catégories d'écrits : les écrits instrumentaires non signés délivrés par une entreprise pour constater un acte juridique et les écrits non instrumentaires.

40.2 Association des juristes d'expression française de l'Ontario et Centre de traduction et de documentation juridiques, *Guide du praticien*, t. III, Ottawa, A.J.E.F.O., 1983, pp. comm 5-12 et comm 5-13, qui consiste surtout en une traduction des formules que l'on retrouve aux tomes 1 et 2 de la collection O'Brien's publiée par Canada Law Book.

40.3 *Ibid.*

40.4 *Canadian Car c. Dumdaze*, (1992) 34 B.R. 281. A. NADEAU et L. DUCHARME, *op. cit.*, note 27, n° 345, p. 268.

Par. 1. Les écrits instrumentaires non signés

À la différence de l'écrit instrumentaire qui, comme son nom l'indique, a été l'instrument ou le moyen par lequel une ou des parties ont exprimé leur consentement à un acte juridique, l'écrit non instrumentaire est un moyen par lequel une personne a exprimé sa connaissance d'un fait matériel ou d'un acte juridique déjà réalisé. Le premier exprime un consentement, le second, une connaissance. Lorsque l'écrit instrumentaire porte la signature des parties, il satisfait alors aux conditions de l'acte sous seing privé et son régime obéit alors aux règles énumérées aux articles 2826 à 2830. Mais il peut arriver, surtout dans le cas des actes unilatéraux, qu'un écrit, bien que non signé, exprime quand même un acte juridique. Il en sera ainsi notamment lorsque le consentement, au lieu de s'extérioriser par la signature, se sera exprimé par la délivrance de l'écrit. Tout d'abord, il y a lieu ici d'étudier le régime particulier des écrits non signés utilisés dans le cours des activités d'une entreprise dont il est question à l'article 2831 et de s'interroger ensuite sur le régime applicable aux autres écrits instrumentaires non signés.

A. L'écrit instrumentaire non signé émanant d'une entreprise

Au sujet de l'écrit non signé émanant d'une entreprise, l'article 2831 énonce ce qui suit : « L'écrit non signé, habituellement utilisé dans le cours des activités d'une entreprise pour constater un acte juridique, fait preuve de son contenu ». Notre étude portera tout d'abord sur les conditions requises de l'écrit dont il est question à cet article et ensuite sur la force probante qui en résulte.

I - Les conditions requises de l'écrit instrumentaire non signé émanant d'une entreprise

L'article 2831 pose quatre conditions pour qu'un écrit non signé puisse faire preuve. Il faut tout d'abord qu'il s'agisse d'un écrit qui soit utilisé pour constater un acte juridique. À quoi peut-on reconnaître qu'un écrit est utilisé pour constater un acte juridique? À notre avis, il faut que l'écrit soit destiné à servir de titre à la personne à laquelle il est remis. On peut penser, par exemple, au coupon de caisse ou à la facture remise à un client pour attester un achat, aux billets émis par des entreprises théâtrales ou par des entreprises de transport. On peut citer comme exemples également les bordereaux de paye qu'une entreprise remet à ses employés pour leur communiquer les détails pertinents concernant le salaire payé ainsi que les retenues effectuées.

Il faut, en deuxième lieu, qu'il s'agisse d'un écrit habituellement utilisé par l'entreprise pour constater un acte juridique. Seuls paraissent visés les écrits imprimés ou, à tout le moins, ceux qui peuvent être reproduits tels quels d'après un modèle type. Les billets de transport et les billets de spectacle satisfont très bien à cette condition. Il faut, en troisième lieu, que l'écrit soit utilisé dans le cours des activités d'une entreprise. Cette condition vient préciser que l'acte juridique constaté par l'écrit doit avoir un rapport direct et immédiat avec les activités de l'entreprise qui l'a émis, tel que nous le verrons plus loin lorsque nous étudierons cette nouvelle notion des actes posés « dans le cours des activités d'une entreprise ».

Enfin, quatrième condition, il faut que l'écrit soit en la possession d'une personne à qui il a été délivré pour constater un acte juridique. Cette condition

résulte de l'article 2835 qui déclare que celui qui invoque un écrit non signé doit prouver que cet écrit émane de celui qu'il prétend en être l'auteur. La délivrance ici tient lieu de signature. La preuve de la délivrance faisant présumer le consentement.

II - La force probante de l'écrit instrumentaire non signé émanant d'une entreprise

Pour qu'un écrit instrumentaire non signé puisse faire preuve de son contenu, il est nécessaire, tel que nous venons de le mentionner, de prouver qu'il a été délivré pour valoir consentement à l'acte juridique qu'il constate.

a) Nécessité de prouver le consentement

Dans l'acte sous seing privé, l'expression de consentement prend la forme d'une signature. Aussi, la preuve de l'authenticité d'une signature équivaut à la preuve de l'existence d'un consentement. Mais la signature n'est pas la seule façon d'acquiescer au contenu d'un écrit. Cet acquiescement peut résulter du simple dessaisissement d'un écrit au profit d'un tiers. C'est ce qui se produit chaque fois qu'une entreprise délivre à une personne un écrit non signé qu'elle utilise de façon habituelle pour constater un acte juridique. Ces faits une fois établis, l'écrit va faire preuve contre elle. Même si l'article 2835 paraît envisager uniquement l'hypothèse dans laquelle un écrit non signé est opposé à l'entreprise qui l'a émis, la situation inverse peut se présenter. Dans ce cas, l'entreprise pour pouvoir opposer à un client une clause de l'écrit qu'elle lui a émis, devra prouver que ce client y a acquiescé. Elle devra démontrer, par exemple, qu'il a accepté la délivrance de l'écrit en toute connaissance de cause; ce qui manifestait de sa part une volonté d'être lié par les termes de l'écrit en question.

Lorsqu'il s'agit d'établir le caractère d'acte instrumentaire d'un écrit non signé à l'égard de l'entreprise qui l'a émis, la preuve peut être faite par tous moyens. De même l'entreprise qui veut prouver qu'un client a accepté d'être lié par un écrit qu'elle lui a émis peut également prouver par tous moyens qu'il y a eu réception par ce client de l'écrit en toute connaissance de son contenu. C'est dire que la preuve du consentement à l'égard de l'entreprise émettrice résulte de la preuve de la délivrance de l'écrit et, à l'égard du client, de la preuve de sa réception alors qu'il avait connaissance de son contenu.

b) Force probante du contenu de l'écrit instrumentaire non signé

Selon l'article 2831, l'écrit instrumentaire non signé fait preuve de son contenu. C'est dire que cet acte, tout comme l'écrit sous seing privé, fait preuve de l'acte juridique qui y est constaté et de toutes les énonciations qui s'y rapportent directement.

Toutefois, à la différence de l'écrit sous seing privé, cet écrit peut, tel que l'affirme l'article 2836, être contredit par tous moyens. À ce sujet, il convient de souligner qu'il ne s'agit pas d'une solution vraiment nouvelle. Il convient de rappeler, en effet, que dans une affaire particulière⁴¹ la Cour d'appel a permis à un producteur de lait de prouver par témoins qu'il avait expédié ses bidons de lait

41. *New York Central System c. Sparrow*, [1957] B.R. 808.

d'un endroit autre que celui indiqué sur les tickets qui lui avaient été délivrés contre paiement des frais de transport.

Jusqu'à présent, nous n'avons traité que de l'écrit instrumentaire non signé émanant d'une entreprise dont traite l'article 2831. Il y a lieu maintenant de s'interroger sur le régime général applicable aux autres écrits instrumentaires non signés.

B. Le régime général de l'écrit instrumentaire non signé

Il n'y a pas que les entreprises qui, dans le cours de leurs activités, peuvent recourir à un écrit non signé pour exprimer un consentement à un acte juridique, toute personne peut agir de même. En effet, lorsqu'il s'agit d'un acte juridique unilatéral, tels une offre, une autorisation, une renonciation, une mise en demeure ou tout autre acte qui, pour sa validité, ne requiert qu'une seule volonté, rien n'empêche que cette volonté, au lieu de s'exprimer par l'apposition d'une signature au bas d'un écrit, se manifeste par la délivrance d'un écrit ou par tout autre geste qui implique nécessairement un acquiescement aux termes de cet écrit. Il n'y a aucune raison, par exemple, qu'une offre de contracter publiée dans un journal, bien que non signée, ne produise pas les mêmes conséquences juridiques qu'une offre contenue dans un écrit dûment signé. De même, il n'y a aucune raison de ne pas donner effet à un consentement exprimé au moyen de l'expédition d'un télégramme, ou d'un fax, écrits qui par leur nature sont non signés, vu que leur émission implique comme telle un consentement. Aussi, selon nous, les articles 2831, 2835 et 2836 doivent-ils recevoir application dans tous les cas où un écrit non signé est utilisé pour constater un acte juridique.

Par. 2. Les écrits non instrumentaires

La catégorie des écrits non instrumentaires comprend tous les écrits privés qui ont été rédigés en vue de « rapporter un fait » et s'opposent aux actes instrumentaires dont l'objet est de « constater un acte juridique ». Ce qui caractérise l'acte instrumentaire, c'est qu'il est le moyen, l'instrument qui permet à une personne de manifester un consentement, c'est-à-dire, d'exprimer un acte de volonté. L'écrit instrumentaire procède de la volonté tandis que l'écrit non instrumentaire procède de la connaissance. Il est le moyen par lequel une personne exprime sa connaissance au sujet d'un fait donné. L'article 2832 entend traduire cette réalité en définissant l'acte non instrumentaire comme l'écrit, ni authentique, ni semi-authentique, qui rapporte un fait.

Il convient d'étudier le régime de base de l'écrit non instrumentaire avant d'aborder l'étude du régime propre aux papiers domestiques et aux mentions libératoires.

A. Le régime de base de l'écrit non instrumentaire

I - Notions générales

De la définition de l'écrit non instrumentaire contenue à l'article 2832 il ressort, tout d'abord, que cette catégorie d'écrits ne comprend que les écrits de nature privée et qu'en sont exclus les écrits qui nécessitent l'intervention d'un officier public, à savoir les écrits authentiques et les écrits semi-authentiques. Ces

derniers écrits, même lorsqu'ils rapportent des faits matériels, constituent par la volonté du législateur, des moyens de preuve privilégiés et revêtent toujours de ce fait le caractère d'acte instrumentaire.

Quant à l'écrit privé, il suffit qu'il rapporte un fait, pour être un écrit non instrumentaire. Un écrit rapporte un fait lorsque, comme nous l'avons déjà mentionné, il est le moyen par lequel une personne exprime sa connaissance au sujet d'un fait donné, que ce fait soit un acte juridique ou un fait matériel.

II - Force probante de l'écrit non instrumentaire

Au sujet de la force probante de l'écrit qui rapporte un fait, l'article 2819 du Projet se contentait d'affirmer que cet écrit peut servir à établir ce fait. L'article 2832 du Code est venu fort heureusement préciser que cet écrit peut être admis en preuve à titre de témoignage ou à titre d'aveu contre son auteur, sous réserve des règles contenues dans le Livre de la preuve. Pour qu'un écrit non instrumentaire soit admis à titre d'aveu, il faut qu'il contienne la reconnaissance d'un fait contraire aux intérêts de celui qui l'a rédigé. Pour qu'il soit admis à titre de témoignage, il faut qu'il satisfasse aux conditions des articles 2869 à 2874 qui traitent des exceptions à la prohibition du ouï-dire.

a) Force probante de l'écrit non instrumentaire contre son auteur

L'article 2850 définit l'aveu comme la reconnaissance d'un fait de nature à produire des conséquences juridiques contre son auteur. Il suffit donc qu'un écrit rapporte un fait de cette nature pour qu'il ait valeur d'aveu extrajudiciaire contre son auteur. On trouve des applications particulières de cette règle à l'article 2834 à propos des mentions libératoires et à l'article 2833 à propos des papiers domestiques qui énoncent un paiement reçu ou qui contiennent la mention que la note supplée au défaut de titre en faveur de celui au profit duquel ils énoncent une obligation.

Dans tous les cas, cependant, avant qu'un écrit puisse faire foi contre son auteur, il faut, au préalable, en établir l'authenticité. Il faut, en d'autres termes, démontrer que cet écrit émane bien de la personne à qui on l'oppose. À cette fin, le réclamant pourra recourir à la procédure de l'article 403 C.p.c. pour la mettre en demeure d'en reconnaître l'authenticité. Si cette procédure ne produit pas le résultat escompté, cette authenticité devra être démontrée et cette preuve pourra se faire par tous moyens.

L'écrit non instrumentaire, reconnu ou prouvé, fait foi contre son auteur mais celui-ci peut le contredire par tous moyens tel que l'affirme l'article 2836. Sous le droit actuel, il en est de même également. On considère en effet que les registres et papiers domestiques, parce qu'ils ne sont pas des écrits valablement faits⁴², échappent à l'application de l'article 1234 C.c.B.-C.

b) Force probante de l'écrit non instrumentaire contre les tiers

À propos de la force probante des écrits non instrumentaires contre les tiers, le *Code civil du Bas-Canada* affirme nettement, par l'article 1227, que ces

42. *Office de la Construction du Québec c. Entreprises E. Lachance Inc.*, [1979] C.P. 206.

écrits ne font point foi contre eux. Le *Code civil du Québec*, sans le dire expressément, affirme le contraire. C'est ce qui résulte de l'article 2832 selon lequel l'écrit qui rapporte un fait, peut être admis en preuve à titre de témoignage, sous réserve toutefois des règles contenues au Livre de la preuve.

L'écrit non instrumentaire, par son contenu, participe de la nature du témoignage. En effet, l'article 2843 définit le témoignage comme la déclaration par laquelle une personne relate les faits dont elle a eu personnellement connaissance ou par laquelle un expert donne son avis. Or, tel que nous l'avons vu, ce qui caractérise l'écrit non instrumentaire, c'est qu'il sert à exprimer la connaissance d'un fait. Par ailleurs comme un témoignage, pour faire preuve, doit être contenu dans une déposition faite à l'instance, il en résulte que les déclarations contenues dans un écrit non instrumentaire ne peuvent, en principe, faire preuve contre les tiers.

L'article 2869 prévoit cependant que la déclaration d'une personne qui ne témoigne pas à l'instance ou celle d'un témoin faite antérieurement à l'instance peut être admise à titre de témoignage si les parties y consentent ou si cette déclaration respecte les exigences prévues par les articles 2870 à 2874 ou par la loi. Par l'effet de cette disposition, un écrit non instrumentaire devient, par exception, recevable en preuve à titre de témoignage si les parties y consentent ou si les déclarations qu'il contient respectent les exigences des articles 2870 à 2874. De l'analyse de ces articles, il résulte qu'un écrit instrumentaire devient recevable en preuve dans deux cas, soit dans les cas prévus aux articles 2870 et 2871.

L'écrit non instrumentaire devient, tout d'abord, recevable en preuve à titre de témoignage lorsqu'il est impossible d'obtenir la comparution comme témoin de celui qui a fait la déclaration qui y est consignée, ou déraisonnable de l'exiger et que les circonstances entourant la déclaration donnent à celle-ci des garanties suffisamment sérieuses pour pouvoir s'y fier. L'article 2870 précise que les documents élaborés dans le cours des activités d'une entreprise ainsi que les documents insérés dans un registre dont la tenue est exigée par la loi sont présumés présenter des garanties suffisamment sérieuses pour pouvoir s'y fier. En deuxième lieu, un écrit non instrumentaire devient recevable en preuve lorsqu'il contient les déclarations antérieures d'une personne qui comparait comme témoin et que les déclarations portent sur des faits au sujet desquels elle peut également déposer et qu'elles présentent des garanties suffisamment sérieuses pour pouvoir s'y fier.

Même si nous n'entendons pas procéder ici à l'étude détaillée de ces deux cas d'exception à la prohibition du ouï-dire, vu que ce sujet sera traité plus loin, il convient de constater dès maintenant que ces deux cas d'exception vont grandement faciliter l'utilisation en preuve des écrits non instrumentaires et notamment, des registres de commerce. Les tribunaux devront revoir la jurisprudence qu'ils ont élaborée, sur la base de l'article 1227 C.c.B.-C., concernant la force probante des registres et papiers domestiques. En effet, il n'est plus possible, par exemple, d'affirmer comme on l'a fait dans l'affaire *Savard c. Tremblay*⁴³, que les livres de comptes d'un médecin décédé, ne peuvent prouver à eux seuls que des services médicaux ont été rendus, que des remèdes ont été fournis et que les montants chargés sont exacts; qu'un légataire universel ne peut se servir des papiers domestiques de son auteur pour faire la preuve des prêts qui y sont rapportés⁴⁴; et qu'un assureur ne peut, en vue d'établir que l'assuré n'a pas donné d'avis de

43. *Savard c. Tremblay*, [1960] C.S. 693; *Malo c. Dalpé*, [1948] C.S. 145.

44. *Roy c. Chartier*, [1958] B.R. 406.

sinistre, démontrer l'absence d'entrée à ce sujet dans ses dossiers⁴⁵. Il va falloir dans chacun de ces cas vérifier si, eu égard au nouveau régime de la prohibition du oui-dire, ces documents ne sont pas désormais recevables.

B. Les règles spéciales concernant les papiers domestiques et les mentions libératoires

I - Le régime spécial des papiers domestiques

En vertu de l'article 2833, les papiers domestiques qui énoncent un paiement reçu ou qui contiennent la mention que la note supplée au défaut de titre de celui au profit duquel ils énoncent une obligation, font preuve contre leur auteur. L'article 1227 C.c.B.-C., contenait une règle identique, sauf que, dans cet article, il était également question des registres, pas uniquement des papiers domestiques comme dans l'article 2833. Par ailleurs, sur la base que l'expression « papiers domestiques » désigne des documents conservés à la maison, en famille, on pourrait en déduire que la règle énoncée à l'article 2833 a une portée fort restreinte. Ce serait une erreur, car il n'y a aucune raison de ne pas étendre cette règle à tous les écrits non instrumentaires. D'ailleurs, tel que nous l'avons vu précédemment, cette règle n'est qu'une application particulière de la théorie de l'aveu extrajudiciaire. Aussi faut-il considérer que toute mention de paiement dans un écrit quelconque, qu'il s'agisse d'un papier domestique ou non, va faire foi contre son auteur. Il en est de même de tout écrit qui contient la mention que la note supplée au défaut de titre en faveur de celui au profit duquel il énonce une obligation. Il faut se rendre compte toutefois que des mentions de ce genre ne sont guère courantes. Quel débiteur, en effet, inscrirait dans ses registres une mention comme celle-ci : « Le 1^{er} mai 1991, j'ai reçu ce jour 2 500 \$ de B, à titre de prêt et j'en fais ici la mention pour qu'elle lui serve de titre vu que je ne lui ai donné aucune reconnaissance »?

Les papiers domestiques, tout comme les autres écrits non instrumentaires, pour pouvoir faire preuve contre leur auteur, doivent au préalable, faire l'objet d'une preuve distincte qui en établisse l'authenticité.

De plus, aux conditions prévues aux articles 2869 à 2874, les papiers domestiques peuvent faire preuve contre les tiers, sous réserve toutefois de la règle énoncée au deuxième alinéa de l'article 2834 selon laquelle une mention libératoire n'est pas admise comme preuve de paiement si elle a pour effet de soustraire la dette aux règles relatives à la prescription. Cette règle a-t-elle pour effet de prohiber, en toutes hypothèses, le recours à une mention de paiement dans un écrit non instrumentaire, pour prouver contre un tiers une interruption de prescription? Comme ce problème n'est pas propre aux mentions de paiement, mais se pose également à propos des mentions libératoires dont nous abordons maintenant l'étude, nous nous proposons d'en traiter dans le cadre de cette étude.

II - Les règles spéciales concernant les mentions libératoires

Il est question des mentions libératoires à l'article 2834. Cet article reprend, en les fusionnant, certaines règles qui, dans le *Code civil du Bas-Canada*,

45. *Bercovici c. Guardian Insurance Co.*, (1941) 71 B.R. 267, p. 276.

sont énoncées aux articles 1228 et 1229. Il convient de souligner que l'article 1228 C.c.B.-C. prévoit deux hypothèses en ce qui concerne les mentions libératoires soit celle de la mention que le créancier appose sur son propre titre et celle de la mention qu'il appose sur le titre de son débiteur. L'article 2834 a laissé tomber cette seconde hypothèse pour ne retenir que la première.

Ce choix se justifie car la mention de paiement que le créancier appose sur le titre du débiteur, a valeur d'acte instrumentaire vu qu'elle a pour objet de constater ce paiement. Si elle est signée, elle constitue un acte sous seing privé, si elle ne l'est pas, elle constitue un écrit instrumentaire non signé. Dans ce dernier cas, en effet, la délivrance du titre par le créancier au débiteur, manifeste sa volonté d'être lié par la mention qui s'y trouve.

La situation est tout autre lorsque c'est sur son propre titre que le créancier indique pour mémoire le paiement qu'il a reçu. Il s'agit alors d'un document qui « rapporte » simplement le fait du paiement et non d'un document qui exprime sa volonté de libérer le débiteur. Il s'agit bien alors d'un écrit non instrumentaire.

Aux termes du premier alinéa de l'article 2834, la mention d'un paiement apposée par le créancier sur un titre, ou une copie de celui-ci qui est toujours restée en sa possession, bien que non signée ni datée, fait preuve contre lui. Tout comme l'article 1228 C.c.B.-C., le premier alinéa de l'article 2834 exige que la mention soit apposée sur un titre ou une copie de celui-ci qui est toujours restée en sa possession. Pourquoi cette exigence? C'est que, tel que nous venons de le voir, une mention libératoire peut également être apposée par un créancier sur le titre de son débiteur. Il peut donc arriver qu'en prévision d'un paiement qu'il compte effectuer, un débiteur remette son titre au créancier et que celui-ci, par anticipation, y inscrive une attestation de paiement. Tant que ce titre va demeurer en la possession du créancier, il ne pourra faire preuve du paiement. Il ne produira cet effet que lorsqu'il aura été remis au débiteur.

Lorsque la mention libératoire est apposée par le créancier sur son titre elle constitue en tant que telle une reconnaissance de paiement et il suffit d'établir qu'elle émane bien du créancier, pour qu'elle fasse preuve contre lui. Celui-ci peut toutefois apporter une preuve contraire, par tous moyens, conformément à l'article 2836.

Reste le problème de savoir, tel que nous l'évoquions précédemment, si une mention libératoire peut faire preuve contre les tiers. La difficulté vient de ce que le deuxième alinéa de l'article 2834 déclare, tout comme le fait l'article 1229 C.c.B.-C., qu'une mention libératoire n'est pas admise comme preuve de paiement, si elle a pour effet de soustraire une dette aux règles relatives à la prescription. Dans le *Code civil du Bas-Canada*, cette règle se justifie pleinement puisqu'elle découle logiquement du principe affirmé à l'article 1227 selon lequel les registres et papiers domestiques ne font point foi en faveur de celui qui les a écrits⁴⁶.

Même si le Code reconnaît maintenant, tel que nous l'avons démontré précédemment, qu'un écrit non instrumentaire peut, s'il satisfait aux conditions énoncées aux articles 2869 à 2874, être admissible en preuve contre les tiers, l'article 2834 empêche en toutes circonstances qu'une mention libératoire puisse servir à établir un paiement interruptif de prescription.

46. *Arnold Farms c. Déziel*, [1962] R.L.n.s. 427 (C.S.); *Fortin c. Robert*, [1975] C.S. 1192.

SECTION V — LES INSCRIPTIONS INFORMATISÉES

La section VI du chapitre premier du Livre sur la preuve consacrée aux inscriptions informatisées est de droit nouveau⁴⁷. Il y a lieu tout d'abord de s'interroger sur la nature des inscriptions visées par cette section et de voir ensuite quelles sont les conditions et la force probante des inscriptions en question.

Par. I. Les inscriptions informatisées visées par les articles 2837 à 2839

Tel que nous venons de le voir, un écrit peut servir à exprimer soit un acte de volonté, soit un acte de connaissance. Dans le premier cas, l'écrit se trouve à constater un acte juridique et se dénomme acte instrumentaire. Dans le second cas, l'écrit ne fait que rapporter un fait et on le qualifie alors d'acte non instrumentaire. Grâce aux développements de la technologie, le support informatique peut remplir les mêmes fonctions que le support papier. Il peut servir à exprimer un acte de volonté et se substituer ainsi à un écrit instrumentaire. Il peut servir également à stocker des informations et jouer ainsi le rôle d'un acte non instrumentaire. La première question qu'il convient de résoudre est celle de savoir si les articles 2837 à 2839 visent à réglementer les inscriptions informatisées dans cette double perspective. Selon nous, cette réglementation vise exclusivement les cas dans lesquels une partie a eu recours au support informatique pour exprimer un consentement à un acte juridique et ne s'applique pas au stockage d'information sur support informatique. Cette interprétation s'appuie tout d'abord sur un argument de texte. En effet, la portée de l'article 2839 est limitée aux cas dans lesquels les données d'un acte juridique sont inscrites sur support informatique. Cette expression laisse entendre qu'il doit y avoir simultanéité entre l'expression de la volonté et son inscription sur support informatique. Lorsque c'est oralement ou par un écrit que la volonté des parties s'est d'abord exprimée et que l'inscription sur support informatique n'est intervenue qu'après coup, il est difficile de prétendre que ce sont alors les données de l'acte juridique qui ont été inscrites. Si l'acte s'est accompli par écrit, l'inscription portera sur les données de cet écrit et s'il a eu lieu oralement, sur les données du témoignage de celui qui en est l'auteur.

Un autre argument, fondé cette fois sur l'économie générale des règles de la preuve, vient appuyer l'argument de texte ci-dessus énoncé. En effet, tant la règle de la meilleure preuve énoncée à l'article 2860 que la règle de la prohibition du oui-dire énoncée à l'article 2843 s'opposent à ce que de simples informations conservées sur support informatique soient traitées différemment des mêmes informations consignées par écrit. Peut-on concevoir, par exemple, que si les données d'un acte notarié sont transcrites sur support informatique, le document reproduisant ces données fasse preuve du contenu de l'acte? L'article 2860, en exigeant que l'acte juridique constaté dans un écrit soit prouvé par la production de l'original ou d'une copie qui légalement en tient lieu s'oppose évidemment à ce qu'on puisse prouver un acte notarié par le moyen d'un document reproduisant les données de cet acte transcrites sur support informatique. De même, la prohibition de la preuve par oui-dire exprimée à l'article 2843 s'oppose à ce que des déclarations concernant l'accomplissement d'un acte juridique servent à établir l'existence de cet acte, du

47. Sur les difficultés de preuve que soulèvent les inscriptions informatiques en regard du droit actuel, voir : F. CHAMPIGNY, *Informatique et preuve en droit civil québécois*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1988.

seul fait qu'elles ont été enregistrées sur support informatique au lieu d'être simplement mises par écrit.

Pour les deux raisons que nous venons d'invoquer, il appert donc que la portée des articles 2837 à 2839 doit être limitée au seul cas dans lequel le support informatique a été substitué au support papier pour l'expression d'un acte juridique. Nous allons maintenant considérer quelles sont les conditions exigées pour qu'une inscription informatisée de cette nature soit recevable en preuve et quelle est la force probante qui s'y attache.

Par. 2. Les conditions de l'inscription informatisée comme moyen de preuve d'un acte juridique

Pour qu'une inscription informatisée serve en tant que telle comme moyen de preuve, elle doit satisfaire à des conditions qui se rapportent, d'une part, aux données qui sont inscrites et, d'autre part, à la qualité du document qui les reproduit.

A. Les conditions quant aux données de l'inscription informatisée

Pour les raisons que nous avons déjà énoncées, l'inscription informatisée, pour pouvoir servir comme moyen de preuve, doit avoir eu pour objet de constater un acte juridique et de remplir à l'égard de cet acte la même fonction que la rédaction d'un acte sous seing privé. Les opérations juridiques effectuées par l'intermédiaire d'un guichet automatique donnent lieu à des inscriptions de ce genre⁴⁸. Dans le cas des opérations bancaires effectuées à un guichet automatique, il est facile d'établir une analogie entre l'inscription informatisée des données de ces opérations et l'exécution d'un écrit sous seing privé portant sur les mêmes opérations. Prenons, par exemple, le cas d'un retrait. Lorsque cette opération s'effectue à la succursale bancaire, le client doit remplir un récépissé comportant la date de l'opération, le montant du retrait, le numéro du compte visé et y apposer sa signature. Sur réception de ce document, le caissier remet au client la somme demandée après l'avoir comptée en sa présence.

La même opération à un guichet automatique suppose que le client est en possession d'une carte informatisée et détient en rapport avec cette carte, un numéro personnel d'accès aux services informatisés de sa banque. Le client doit introduire la carte dans l'appareil et entrer son numéro d'identification personnel. Si le numéro inscrit correspond bien au numéro de la carte, il peut sélectionner, à partir des opérations proposées, celle qu'il désire effectuer. Si l'option retrait est retenue, il doit désigner le compte ainsi que le montant du retrait. Si tout est régulier, l'appareil va délivrer au client des billets de banque totalisant la somme demandée et débiter en conséquence le compte concerné. L'appareil va également délivrer un relevé comportant tous les détails de l'opération : numéro de la carte, nature de l'opération, montant, numéro du compte, heure, date et lieu.

D'où l'on voit que, dans le cas d'un retrait par guichet automatique, le client, au lieu de donner par écrit et sous sa signature les détails de l'opération,

48. Pour une analyse des problèmes juridiques soulevés par les opérations effectuées au moyen d'une carte de paiement, voir : N. L'HEUREUX et L. LANGEVIN, « La pratique des cartes de paiement au Québec : l'apport du droit comparé », (1990) 50 *R. du B.* 237, N. L'HEUREUX et L. LANGEVIN, *Les cartes de paiement, aspects juridiques*, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1991.

utilise en guise de signature, sa carte magnétique et son numéro d'identification personnel et fournit des instructions en inscrivant lui-même à l'aide d'un clavier, les données de l'opération.

Dans les opérations à un guichet automatique, il est évident que le consentement ne peut pas s'exprimer par une signature ordinaire, mais par ce que certains qualifient de « signature informatique ». Dans une note de jurisprudence publiée à la *Semaine juridique*, Martine Boizard écrit ce qui suit au sujet de la signature informatique :

À la signature manuscrite intrinsèquement liée à l'apprentissage de l'écriture doit pouvoir être substituée la « signature informatique » apparue avec le développement de la monnaie électronique et de l'informatisation des relations financières. Par signature informatique, il faut entendre « le cumul entre la présentation de la carte, le recours régulier au programme de la machine, la composition du code secret ».⁴⁹

Les paiements effectués chez des marchands par l'intermédiaire de cartes bancaires donnent également lieu à des inscriptions sur support informatique d'actes juridiques. Les documents reproduisant ces inscriptions, pourvu qu'ils soient de la qualité exigée par les articles 2837 et 2838 seront admissibles en preuve.

Même si la signature informatique n'offre pas la même sécurité que la signature classique, tel que le soulignent Nicole L'Heureux et Louise Langevin dans leur étude sur les cartes de paiement⁵⁰, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit là d'une nouvelle forme d'expression de la volonté que le droit doit traiter comme telle.

B. Les conditions quant à la qualité du document reproduisant une inscription informatisée

Deux conditions sont exigées du document reproduisant une inscription informatisée : elle doit être une reproduction intelligible et elle doit présenter de sérieuses garanties de fiabilité.

I - Il doit s'agir d'une reproduction intelligible

Pour être intelligible, il faut que la reproduction consiste en un écrit dans lequel les données informatisées sont transcrites en langage usuel. L'adjectif « intelligible » doit être pris ici dans le sens d'un document qui peut être lu directement, c'est-à-dire dans le sens d'un document qui peut être compris, qui est accessible, clair et limpide⁵¹. Une reproduction d'une inscription en langage d'ordinateur, par le moyen d'une disquette ou d'une bande magnétique, n'aurait pas, selon nous, le caractère d'intelligibilité exigé par l'article 2837. Mais il ne suffit pas que le document soit lisible, encore faut-il qu'il présente de sérieuses garanties de fiabilité.

49. *La Semaine juridique*, 1988, II. J. 20984.

50. N. L'HEUREUX et L. LANGEVIN, *op. cit.*, note 48, p. 59.

51. *Le Petit Robert*, au mot « Intelligible ».

II - Il doit s'agir d'une reproduction présentant de sérieuses garanties de fiabilité

La condition de fiabilité est expressément exigée par l'article 2837. En effet, cet article affirme que le document reproduisant les données inscrites sur support informatique fait preuve du contenu de l'acte, s'il est intelligible et s'il présente des garanties suffisamment sérieuses pour qu'on puisse s'y fier. Pour que le document présente ce caractère, les articles 2837 et 2838 posent trois conditions dont la première a trait à l'inscription des données, la deuxième à leur conservation et la troisième à la reproduction elle-même. Après avoir analysé brièvement chacune de ces conditions, nous nous interrogerons sur la question de savoir si la recevabilité en preuve d'un document reproduisant les données d'un acte juridique inscrites sur un support informatique est toujours subordonnée à la preuve que la reproduction satisfait bien à ces trois conditions.

a) L'analyse des conditions de fiabilité de la reproduction

1) La condition de fiabilité de l'inscription

La première condition concerne la fiabilité de l'inscription elle-même. Pour qu'une inscription soit fiable, il faut qu'elle ait été effectuée dans des conditions qui en garantissent l'exactitude. À ce sujet l'article 2838 établit une présomption de fiabilité au profit des inscriptions qui sont effectuées de façon systématique et sans lacune. Comme l'une des données essentielles d'un acte juridique concerne l'identité de son auteur une inscription informatisée pour être jugée fiable devra offrir sur ce rapport de sérieuses garanties d'exactitude.

2) La condition de fiabilité de la conservation des données

La deuxième condition concerne la fiabilité de la conservation des données. Il est évident que le problème de la conservation des données ne se pose que dans le cas où un délai s'est écoulé entre le moment de l'inscription des données et celui de leur reproduction. Il ne se pose pas à propos d'une transcription qui a été effectuée au moment même où les données ont été inscrites, comme dans le cas du relevé émis à l'occasion d'une opération bancaire effectuée à un guichet automatique.

Dans le cas d'une transcription effectuée à partir des données conservées sur support informatique, il est évident que la fiabilité de cette transcription ne dépend pas uniquement des circonstances dans lesquelles les données ont été inscrites mais également des conditions dans lesquelles, elles ont été préservées de toute altération. Cette règle se trouve affirmée à l'article 2838.

3) La condition de fiabilité de la reproduction

En troisième lieu, la fiabilité du document reproduisant des données informatiques dépend de l'exactitude de la reproduction en langage courant des données qui ont été inscrites en langage informatique. Cette condition résulte de l'article 2837.

b) La preuve préalable requise à la recevabilité en preuve d'une reproduction de données inscrites sur support informatique

Pour qu'il y ait inscription des données d'un acte juridique sur support informatique, il faut qu'il existe un système informatique capable de recueillir ces données et de les conserver. L'existence d'un système implique qu'il y ait une personne qui en ait la responsabilité. D'ailleurs l'article 2838 reconnaît implicitement ce fait puisqu'il énonce les conditions que doit respecter le système informatique pour que la reproduction des données qui y sont inscrites puisse être considérée comme fiable.

Vu sous l'angle de la preuve, deux situations peuvent donc se présenter : celle où le gestionnaire du système veut utiliser à son profit les données qui y sont inscrites et celle où le gestionnaire se voit opposer ces mêmes données.

Lorsque le gestionnaire veut utiliser à son profit un document reproduisant des inscriptions informatisées, il lui incombe de prouver la fiabilité de son système. Toutefois lorsqu'un client veut opposer au gestionnaire un document qu'il a obtenu lors de l'utilisation de services informatisés, il n'aura pas à en prouver la fiabilité, celle-ci étant présumée en vertu de l'article 2838. Cette présomption se justifie pleinement. Il serait excessif, en effet, d'exiger du client de faire la démonstration qu'un document généré par un système informatique sur lequel il n'a aucun contrôle, satisfait aux conditions énoncées aux articles 2837 et 2838. Il est normal qu'il incombe plutôt au gestionnaire de démontrer que ce document n'est pas fiable parce que les conditions prévues par la loi à cet effet n'ont pas été respectées.

Une réalité toutefois dont font abstraction les articles 2837 et 2838, est que très souvent, sinon toujours, l'utilisation des services informatisés d'une institution quelconque est régie par une convention liant le prestataire des services et l'utilisateur. C'est le cas notamment du client qui veut pouvoir utiliser les services informatisés d'une banque. Or, l'entente en question pourra comporter des clauses concernant la valeur probatoire des relevés des opérations effectuées par le biais du système informatique, comme en fait foi la clause suivante incluse dans la convention d'utilisation des services bancaires automatisés de la Banque Nationale du Canada :

Les transactions effectuées par le biais de la carte et du N.I.P. seront portées au débit ou crédit, selon le cas, des comptes détenteurs conformément à ses instructions au moment de la transaction. Le relevé d'opération produit au moment de la transaction équivaudra aux instructions écrites du détenteur.

Le client qui adhère à une telle convention reconnaît à l'avance, la fiabilité des relevés d'opération délivrés lors de l'utilisation des services automatisés. En conséquence, la banque devrait pouvoir lui opposer les documents reproduisant les données de son système informatique, sans avoir à prouver la fiabilité de ce système⁵².

52. N. L'HEUREUX et L. LANGEVIN, *op. cit.*, note 48, p. 62 et ss.; N. L'HEUREUX et L. LANGEVIN, *loc. cit.*, note 48, pp. 264 et ss.

Par. 3. La force probante du contenu d'un document reproduisant les données d'un acte juridique inscrit sur support informatique

Au sujet de la force probante du document reproduisant les données d'un acte juridique inscrit sur support informatique, l'article 2837 affirme que ce document fait preuve du contenu de l'acte.

Une fois que la fiabilité du document est démontrée, ou encore lorsque celle-ci est présumée, le document aura en quelque sorte la valeur d'un acte sous seing privé et va faire preuve de son contenu. Toutefois, à la différence de l'acte sous seing privé, ce document va pouvoir être contredit par tous moyens, tel que l'affirme l'article 2839.

Avec l'étude des dispositions consacrées aux inscriptions informatisées se termine l'analyse du chapitre premier consacré aux écrits. Quant aux dispositions de la section VII concernant la reproduction de certains documents, elles seront étudiées en rapport avec la règle de la meilleure preuve reproduite à l'article 2860. En effet, comme ces dispositions visent à instituer un régime dérogatoire à la règle de principe énoncée à cet article, au profit de certaines reproductions de documents, il apparaîtrait préférable de les étudier en même temps que cette dernière règle.

Avant de passer à l'analyse des autres procédés de preuve, il y a lieu de souligner que la réglementation concernant la contre-lettre qui, dans le *Code civil du Bas-Canada* fait l'objet de l'article 1212, se retrouve maintenant aux articles 1451 et 1452 du Livre des obligations. Par ailleurs, il n'est plus question dans le *Code civil du Québec* de l'acte récongnitif et de l'acte confirmatif dont traitent respectivement les articles 1213 et 1214 C.c.B.-C. Au sujet de la confirmation, l'article 1423 affirme uniquement ce qui suit : « La confirmation d'un contrat résulte de la volonté, expresse ou tacite, de renoncer à en invoquer la nullité. La volonté de confirmer doit être certaine et évidente. » À la différence de l'article 1214 C.c.B.-C., cet article n'impose pas, comme condition de validité d'un acte confirmatif, qu'il exprime la substance de l'obligation, la cause d'annulation et l'intention de la couvrir.

Enfin, il n'existe pas, à notre connaissance, de dispositions dans le Code concernant les actes récongnitifs. Il y a lieu de rappeler que l'acte récongnitif est un écrit par lequel les parties reconnaissent l'existence d'un état de droit créé antérieurement et déjà constaté au moyen d'un autre écrit, appelé acte primordial. Au sujet de l'acte récongnitif, l'article 1213 C.c.B.-C. exige qu'il reproduise la substance de l'acte primordial pour qu'il puisse faire preuve de cet acte. Comme cette condition n'est plus exigée, il reviendra au tribunal de décider dans chaque cas dans quelle mesure un acte récongnitif peut faire preuve du titre primordial qui y est reconnu.

CHAPITRE II. LA PREUVE TESTIMONIALE

L'article 2843 définit le témoignage ainsi : « le témoignage est la déclaration par laquelle une personne relate les faits dont elle a eu personnellement connaissance ou par laquelle un expert donne son avis ». Le témoignage lorsqu'il porte sur des faits a pour objet de convaincre le tribunal de leur existence. Toutefois, pour qu'un tribunal puisse ajouter foi aux déclarations d'une personne, le deuxième alinéa de l'article 2343 exige que cette déclaration soit contenue dans une déposition faite à l'instance, sauf du consentement des parties ou dans les cas prévus par la loi. Par déposition, il faut entendre une déclaration faite sous serment (art. 294

C.p.c.) à l'audience, (art. 299 C.p.c.), la partie adverse présente ou dûment appelée. L'obligation d'appeler la partie adverse a pour objet de préserver le droit de celle-ci de contre-interroger le témoin (art. 314 C.p.c.).

Le deuxième alinéa de l'article 2843 en exigeant que la déclaration soit contenue dans une déposition se trouve par le fait même à prohiber les témoignages extrajudiciaires et donc à prohiber la preuve par ouï-dire. Il y a preuve par ouï-dire, lorsqu'une partie, en vue de convaincre le tribunal de l'existence d'un fait, a recours à une déclaration extrajudiciaire par laquelle une personne a affirmé l'existence de ce fait.

Le *Code civil du Bas-Canada* ne contient aucune disposition prohibant expressément la preuve par ouï-dire. Toutefois, tel que l'affirme la Cour suprême, dans l'affaire *Victoria Hospital c. Morrow*⁵³, cette règle se trouve implicitement affirmée par l'article 1205 C.c.B.-C. qui exige que la preuve par témoins se fasse en la manière indiquée dans le *Code de procédure civile*. Comme le *Code de procédure civile* exige du témoin qu'il dépose sous serment, à l'audience en présence de la partie adverse, le recours pour prouver l'existence d'un fait, à des déclarations ne satisfaisant pas à ces conditions, se trouve par là-même implicitement prohibé. Le deuxième alinéa de l'article 2843 exprime de façon explicite, cette fois, la même prohibition.

L'article 2844 pose le principe que la preuve par témoignage peut être apportée par un seul témoin. Le Code conserve donc la règle selon laquelle *les témoignages se pèsent et ne se comptent point*. Cet article passe toutefois sous silence deux cas où en vertu de la jurisprudence, un témoignage est sans effet à moins qu'il n'ait été corroboré. Le premier cas concerne celui de la preuve de l'erreur subjective et le deuxième, le cas du témoignage visant à établir un faux dans un acte authentique.

Au nom de la sécurité juridique, la jurisprudence n'admet pas qu'une personne puisse obtenir la nullité d'un contrat en venant simplement affirmer sous serment que son consentement a été exprimé à la suite d'une erreur purement subjective. C'est pourquoi elle exige que ce témoignage soit corroboré par une autre preuve⁵⁴. De même, la jurisprudence considère qu'il ne suffit pas qu'une personne vienne sous serment affirmer qu'un officier public a commis un faux dans un acte authentique pour que cette prétention soit retenue. Elle exige, encore une fois, que ce témoignage soit corroboré par une autre preuve. Cette exigence trouve son fondement dans la foi due au témoignage de l'officier public⁵⁵.

Au sujet de la force probante proprement dite du témoignage, l'article 2845 se contente d'affirmer que celle-ci est laissée à l'appréciation du tribunal. Cet article passe toutefois sous silence le fait que l'appréciation des témoignages relève d'abord et avant tout du juge de première instance vu que c'est à lui qu'il incombe de procéder à l'instruction des causes. Ayant l'avantage de voir et d'entendre les témoins, il est ainsi mieux à même de juger de la valeur qu'il convient d'accorder à leurs dépositions.

53. [1974] R.C.S. 501.

54. *Faubert c. Poirier*, [1959] R.C.S. 459 inf. [1956] B.R. 551; *Boulay c. Stelco Inc.*, J.E. 88-900 (C.S.); *Renovest Plus Inc. c. Violet Jost*, [1989] R.J.Q. 2226 (C.S.).

55. *Beaudoin c. Bostwick*, (1925) 40 B.R. 113, 117 conf. par [1926] S.C.R. 546; *Mercier c. Hébert*, (1939) 77 C.S. 471.

CHAPITRE III. LA PREUVE PAR PRÉSUMPTION

En ce qui concerne la distinction entre les présomptions simples et les présomptions absolues, le *Code civil du Québec*, tout comme l'Avant-projet de loi, comporte une innovation qui nous semble condamnable. Dans le Code actuel, toute présomption est considérée simple, à moins que la loi n'ait prohibé de façon expresse ou implicite la preuve contraire. Aux termes de l'article 1240 C.c.B.-C., la preuve contraire est implicitement prohibée, lorsqu'à raison d'une présomption, la loi annule certains actes ou refuse l'action en justice, à moins que la loi n'ait réservé la preuve contraire. Le *Code civil du Québec* tout en conservant cette dernière règle qui se trouve exprimée à l'article 2866, propose également de recourir à une technique de rédaction législative pour distinguer la présomption simple de la présomption absolue. C'est ce qui résulte du deuxième alinéa de l'article 2847 qui s'énonce ainsi :

Celle [la présomption] qui concerne des faits présumés est simple et peut être repoussée par une preuve contraire; celle qui concerne des faits réputés est absolue et aucune preuve ne peut lui être opposée.

Selon cet article l'expression « est présumé » dénoterait toujours une présomption simple tandis que l'expression « est réputé » signifierait toujours une présomption absolue.

Il est toujours excessivement dangereux d'attribuer à des expressions du langage courant un sens particulier qui diffère de leur sens ordinaire. Il y a tout d'abord le danger que ceux qui consultent le texte de loi se méprennent sur sa signification parce qu'ils ignorent le sens particulier que le législateur a attribué à certains termes. Il y a également le risque que le législateur lui-même, par mégarde, utilise un terme auquel il a donné une signification particulière, dans son sens ordinaire, suscitant ainsi un délicat problème d'interprétation.

Lorsque, dans le cadre d'une loi spéciale, un sens particulier est attribué à certains termes, un minimum de vigilance de la part de l'interprète ou du législateur suffit à écarter les dangers que nous venons d'évoquer. Tout autre est la situation lorsque c'est dans le cadre du Code civil et, plus particulièrement à propos de dispositions qui ont vocation à s'appliquer à l'ensemble de la législation québécoise, que le législateur a recours à cette technique. Cela implique en effet, que non seulement l'ensemble des dispositions du Code civil ont été vérifiées afin de s'assurer que les mots ayant reçu une acception particulière ont toujours été utilisés dans leur sens particulier et non dans leur sens usuel, mais qu'il en a été de même dans toutes et chacune des lois du Québec. Il faut, de plus, mettre en œuvre des mécanismes afin de s'assurer que, dans toute loi future, ces mots ne soient jamais plus utilisés dans leur sens usuel. Or, à notre avis, il s'agit là d'une entreprise qui, au départ, est vouée à l'échec.

Par exemple, pour ce qui est plus particulièrement de l'expression « est présumé » qui est censée vouloir toujours signifier une présomption simple, il est facile de démontrer qu'il n'en est pas toujours ainsi. Prenons le cas de l'article 525 du *Code civil du Québec*. Cet article, en effet, s'énonce ainsi : « l'enfant né pendant le mariage ou dans les 300 jours après sa dissolution ou son annulation est présumé avoir pour père le mari de sa mère ». Si l'on avait tenu compte de l'article 2847 concernant la signification du mot « présumé », cet article devrait se lire ainsi : « L'enfant né pendant le mariage ou dans les 300 jours après sa dissolution ou son annulation est, selon les circonstances ci-après définies, présumé

ou réputé avoir pour père le mari de sa mère. » La présomption de paternité qui résulte du mariage n'est pas toujours simple. Elle devient irréfragable notamment lorsque le mari de la mère est désigné comme père dans l'acte de naissance et que l'enfant a une possession d'état conforme à ce titre (article 530 C.c.Q.). D'où l'on voit que dans l'article, l'expression « est présumé » n'a pas pour objet de dénoter qu'il s'agit d'une présomption simple tel que l'affirme l'article 2847, mais uniquement de tirer une conséquence d'un fait connu à un fait inconnu, selon le sens usuel attribué à cette expression.

Passons maintenant à l'expression « est réputé ». On trouve une illustration des difficultés que la règle d'interprétation contenue à l'article 2847 est susceptible de soulever lorsqu'on analyse l'article 1632 C.c.Q. Cet article, en effet, s'énonce ainsi :

Un contrat à titre onéreux ou un paiement fait en exécution d'un tel contrat *est réputé* fait avec l'intention de frauder si le cocontractant ou le créancier connaissait l'insolvabilité du débiteur ou le fait que celui-ci, par cet acte, se rendait ou cherchait à se rendre insolvable. (Les italiques sont les nôtres.)

Cet article se trouve à reproduire presque textuellement, mais en les fusionnant, les articles 1035 et 1036 du Code actuel.

Art. 1035. Un contrat à titre onéreux fait par un débiteur insolvable avec une personne qui connaît cette insolvabilité, est réputé fait avec l'intention de frauder.

Art. 1036. Tout paiement fait par un débiteur insolvable à un créancier qui connaît cette insolvabilité, est réputé fait avec l'intention de frauder, et le créancier peut être contraint de remettre le montant ou la chose reçue ou sa valeur, pour le bénéfice des créanciers suivant leurs droits respectifs.

Tout comme l'article 1632 C.c.Q., les articles 1035 et 1036 C.c.B.-C. utilisent l'expression « est réputé » pour exprimer une présomption d'intention frauduleuse. Or, pour ce qui est du Code actuel, la Cour d'appel⁵⁶ a jugé que l'expression « est réputé » dans l'article 1035 C.c.B.-C. exprimait une présomption simple qui pouvait être combattue par une preuve contraire. Il est d'ailleurs tout à fait normal qu'il en soit ainsi car autrement cela voudrait dire que si un prêteur connaît l'insolvabilité d'une personne, il ne pourrait plus contracter avec elle, même dans le but de l'aider à rétablir sa situation financière. S'il le faisait, son contrat serait présumé de manière irréfragable avoir été fait avec l'intention de frauder. C'est pourquoi, nous avons tout lieu de croire que les rédacteurs du Code, en conservant l'expression « est réputé » dans l'article 1632 précité, n'avaient nullement l'intention de changer l'état du droit. Mais à leur insu par l'effet de l'article 2847, un changement apparent s'est opéré, transformant une présomption simple en une présomption absolue. L'article 1632 est une illustration très nette du danger qu'il y a d'attribuer à une expression du langage courant, un sens différent de son sens usuel. C'est pourquoi nous croyons que le deuxième alinéa de l'article 2847 n'a pas sa raison d'être et devrait être remplacé par la règle suivante :

Toute présomption est simple à moins que la loi n'ait prohibé expressément ou implicitement la preuve contraire.

Il y a lieu également de souligner que l'article 2866 n'est pas à sa place parmi les règles concernant la recevabilité des moyens de preuve. Cet article, en

56. *In re Gérard Nolin Ltée* : B.C.N. c. Bellavance, [1979] C.A. 168, pp. 176 et 177.

effet énonce que nulle preuve n'est admise contre une présomption légale, lorsque, à raison de cette présomption, la loi annule certains actes ou refuse l'action en justice, sans avoir réservé la preuve contraire. Tout comme l'article 1240 du Code actuel qu'il ne fait que reproduire, cet article vise à attribuer le caractère de présomption absolue à la présomption à laquelle la loi attache les conséquences qui y sont énoncées.

CHAPITRE IV. L'AVEU

Alors que l'article 1243 C.c.B.-C. consacre de façon expresse la distinction entre l'aveu judiciaire et l'aveu extrajudiciaire, l'article 2852 du Code se contente d'une simple reconnaissance implicite de cette distinction en établissant une distinction entre l'aveu fait par une partie au litige ou par un mandataire autorisé à cette fin et l'aveu fait en d'autres circonstances.

Sous cette réserve, les règles concernant l'aveu sont conformes au droit actuel. La seule innovation, et il s'agit d'une innovation heureuse, concerne la force probante de l'aveu extrajudiciaire. L'article 2852 énonce maintenant clairement que la force probante de l'aveu extrajudiciaire est laissée à l'appréciation du tribunal. Dans le droit actuel, nous déplorons que la jurisprudence et, plus particulièrement la jurisprudence de la Cour d'appel, se montre de plus en plus favorable à attribuer à l'aveu extrajudiciaire la même force probante qu'à l'aveu judiciaire. Dans un arrêt récent, la Cour d'appel est même allée jusqu'à reconnaître à une clause d'un contrat la valeur d'un aveu extrajudiciaire⁵⁷. Elle en a déduit qu'une partie à ce contrat ne pouvait pas, par application de l'article 1245 C.c.B.-C., chercher à contredire cette clause, à moins de prouver que son aveu avait été la suite d'une erreur de fait. Poursuivi pour paiement de loyer, une entreprise qui avait accepté une offre de bail dans un centre commercial, demandait la nullité du contrat pour cause de fausses représentations. Lors de l'enquête, ce locataire a cherché à prouver les fausses représentations alléguées au moyen d'un aveu judiciaire de la partie adverse, aveu qu'il comptait obtenir par le contre-interrogatoire du représentant de la partie adverse. Cette dernière s'est toutefois opposée à ce contre-interrogatoire, en invoquant une clause de l'offre d'achat par laquelle le locataire reconnaissait que cette offre contenait l'entente complète intervenue entre les parties et que les seules représentations qui lui avaient été faites étaient celles contenues dans l'écrit. Cette objection a été maintenue en première instance et ce jugement a été confirmé par la Cour d'appel au motif que la clause du contrat constituait un aveu sur les faits qu'elle constatait et qu'aux termes de l'article 1245 C.c.B.-C., le locataire ne pouvait révoquer cet aveu sans d'abord alléguer et, par la suite, prouver qu'il était la suite d'une erreur de fait.

Personnellement, nous avons combattu l'extension de l'article 1245 C.c.B.-C. à l'aveu extrajudiciaire au motif qu'elle aboutissait à conférer à l'aveu extrajudiciaire, contenu dans un écrit non instrumentaire, une force probante plus grande qu'à l'aveu exprimé dans un écrit instrumentaire, vu que le premier serait régi par l'article 1245 et le second par l'article 1234⁵⁸. Nous n'avions pas entrevu que la jurisprudence pouvait aller jusqu'à étendre l'application de l'article 1245 à

57. 122510 *Canada Inc. c. Centre commercial Deux-montagnes*, [1990] R.D.J. 121 (C.A.).

58. L. DUCHARME, *Précis de la preuve*, 3^e éd., Montréal, Wilson et Lafleur Ltée, 1986, nos 298 et 299, pp. 138 et 139.

un aveu contenu dans un écrit, tant cette proposition nous paraissait insolite. Or, la Cour d'appel, sans mesurer sans doute les répercussions possibles de sa décision, a appliqué, sans aucune hésitation, l'article 1245 C.c.B.-C. à un aveu contenu dans un écrit instrumentaire. À la limite, cette nouvelle orientation aboutirait à la suppression pure et simple de l'article 1234 C.c.B.-C. En effet, dans l'optique de l'arrêt précité, toute clause d'un contrat peut s'analyser comme une reconnaissance par les signataires de l'exactitude des faits qui y sont relatés et aucune preuve contraire ne pourrait être reçue, à moins qu'au préalable il ne soit démontré que l'aveu a été la suite d'une erreur de fait. Si l'on veut éviter d'aboutir à un résultat aussi absurde, il faudrait que la jurisprudence renonce à attribuer à l'aveu extrajudiciaire la même valeur qu'un aveu judiciaire. Comme, notre Cour d'appel ne paraît pas disposée à modifier sa jurisprudence, il faut se réjouir que le législateur assume ses responsabilités et vienne rectifier la situation.

CHAPITRE V. LA PREUVE PAR PRÉSENTATION D'UN ÉLÉMENT MATÉRIEL

Le *Code civil du Québec* entend conférer à la présentation d'un élément matériel, la valeur d'un procédé de preuve autonome, à part entière, et distinct des quatre procédés de preuve traditionnels que sont l'écrit, le témoignage, les présomptions et l'aveu et ce, avec toutes les conséquences qui en découlent. Ces conséquences sont fort importantes et méritent d'être soulignées.

Premièrement, en vertu du principe énoncé à l'article 2857 qui déclare que la preuve de tout fait pertinent au litige est recevable et peut être faite par tous moyens, il suffit donc qu'un élément matériel vise à établir un fait pertinent au litige pour que les parties aient le droit de le présenter et que le tribunal ait l'obligation de le recevoir.

Deuxièmement, la présentation d'un élément matériel est toujours recevable pour prouver un acte juridique et ce, quelle qu'en soit la valeur. En effet, aux termes de l'article 2862, c'est seulement la preuve testimoniale qui est prohibée pour prouver un acte juridique lorsque la valeur du litige excède 1 500 \$.

Troisièmement, la présentation d'un élément matériel est toujours admissible pour contredire un écrit constatant un acte juridique ou en changer les termes vu que, encore une fois, la prohibition contenue à l'article 2863 ne s'applique qu'aux témoignages.

Quatrièmement, du jeu combiné des articles 2863 et 2865, il résulte que la présentation d'un élément matériel peut servir de commencement de preuve rendant recevable la preuve testimoniale pour contredire les termes d'un écrit valablement fait.

Cinquièmement, en vertu de l'article 2865, la présentation d'un élément matériel peut servir de commencement de preuve donnant ouverture à la preuve testimoniale d'un acte juridique lorsque la valeur du litige excède 1 500 \$.

Sixièmement, la présentation d'un élément matériel est toujours recevable pour prouver un aveu extrajudiciaire ou pour servir de commencement de preuve par écrit rendant recevable la preuve testimoniale d'un tel aveu par application de l'article 2867.

Septièmement, la règle de la meilleure preuve ne s'applique pas à la présentation d'un élément matériel de sorte que, même lorsque cette preuve existe, la preuve testimoniale demeure toujours recevable.

À notre avis le Code attribue une importance démesurée et injustifiée à la preuve matérielle. Selon nous, ce nouveau moyen de preuve ne mérite pas

d'être traité sur un pied d'égalité avec la preuve écrite et la preuve testimoniale. C'est ce que nous allons tenter de démontrer.

SECTION I — LA PREUVE PAR PRÉSENTATION D'UN ÉLÉMENT MATÉRIEL NE DOIT PAS AVOIR LA MÊME VALEUR QUE LA PREUVE LITTÉRALE

L'introduction de la présentation d'un élément matériel en tant que moyen de preuve à part entière pose une menace sérieuse à l'écrit en tant que moyen de preuve privilégié d'un acte juridique.

Il existe, il est vrai, quelques auteurs qui ont revendiqué pour les moyens modernes de conservation des sons et des images, le même statut que celui conféré traditionnellement à l'écrit. Les arguments qu'ils invoquent ne nous paraissent guère convaincants. Ainsi selon le professeur Patenaude⁵⁹, le statut privilégié qui a été reconnu traditionnellement à l'écrit tiendrait à deux considérations : la crainte de la corruption des témoins et le fait que l'écrit était présumé avoir été rédigé et signé en connaissance de cause. Partant de cette constatation, il croit pouvoir justifier qu'un enregistrement satisfait également à ces deux conditions. Voici ce qu'il écrit à ce sujet :

Or, accompli au su du locuteur, l'enregistrement matérialise la volonté réfléchie de ce dernier et la marque de la voix identifie la personne enregistrée. De plus, l'enregistrement, au même titre que l'écrit, répond au désir du législateur d'empêcher les conséquences de la corruption des témoins et la multiplication des témoignages!

Bref, l'importance caractéristique de l'écrit, c'est qu'il matérialise la volonté de l'auteur, ce qui en permet la permanence et l'inaltérabilité, la signature prouve la connaissance qu'en avait alors le rédacteur.

Au même titre, l'enregistrement matérialise la volonté du locuteur et en assure la permanence, la signature serait ici remplacée par une preuve à l'effet que le locuteur se savait enregistré. Enfin, déjà on peut croire que, dans un avenir rapproché, l'identification des voix par comparaison des spectres effectuée par des analystes ou par analyse automatique à l'aide d'ordinateurs aura atteint un degré de certitude plus grand que l'analyse comparative d'écritures. Aussi nous semble-t-il permis de croire que l'enregistrement pourra, un jour, être admis au même titre que les écrits sous seing privé.⁶⁰

Cette opinion a recueilli l'adhésion du professeur Fabien qui, lui aussi, s'est prononcé pour la libre admissibilité de la preuve matérielle. Au sujet de la preuve matérielle, cet auteur a affirmé ce qui suit :

Il existe heureusement dans le procès civil au Québec certains modes de connaissance personnelle pour le juge, par lesquels il peut devenir lui-même témoin des faits, sans personne interposée. Quand les faits sont présents au moment du procès, ou quand ils sont passés mais qu'ils ont néanmoins persisté dans le temps, le juge peut les constater directement grâce à la production de pièces ou au transport du tribunal sur les lieux. Dans le cas des faits passés et à jamais disparus, faut-il inévitablement se résigner à des modes de preuve indirecte? Tel était le cas au dix-neuvième siècle, mais les temps ont changé. La technologie moderne permet de recueillir des traces matérielles de faits passés, de les conserver et de les faire réapparaître sous une forme suffisante pour convaincre de ce qu'ils ont été. Ces

59. P. PATENAUDE, « Les nouveaux moyens de reproduction et le droit de la preuve », (1986) 46 R. du B. 773.

60. *Id.*, p. 782.

moyens sont la photographie, l'enregistrement sonore et l'enregistrement audiovisuel.⁶¹

Du seul fait, en quelque sorte, qu'il existe maintenant un support qui permette de conserver la trace de la parole et de l'image, l'on en déduit, un peu hâtivement, qu'il n'existe plus aucune raison d'accorder à l'écrit pour fins de preuve, une valeur supérieure à ces nouveaux procédés techniques d'enregistrement et l'on est prêt à abandonner une règle séculaire qui a assuré jusqu'à maintenant la sécurité des rapports juridiques.

Ce qu'on oublie, c'est que ces nouveaux procédés techniques ne sont que des modes de conservation de la parole et qu'ils ne peuvent en aucun cas être assimilés à l'écrit, qui est non pas un procédé de conservation, mais une forme d'expression de la pensée. Les procédés techniques d'enregistrement demeurent tributaires de la parole. Or la parole, à cause de sa spontanéité ne permet pas d'exprimer les idées avec la concision et la précision de l'écrit. D'ailleurs, il n'y a que les contrats très simples qui peuvent se conclure oralement. Dès qu'un contrat est le moins complexe, il est très difficile de concevoir qu'il puisse être élaboré verbalement. De plus, le contrat écrit, à cause de la formalité de la signature, comporte un certain formalisme qui n'a pas d'équivalent dans le cas d'un contrat oral. Lorsqu'une personne appose sa signature sur un écrit, elle manifeste qu'elle consent à tout ce qui est exprimé dans cet écrit. Elle est également consciente que son cocontractant par l'apposition de sa signature exprime également un consentement qui a le même objet.

Dans un contrat oral, le consentement peut revêtir une infinité de formes et l'objet de ce consentement demeure toujours difficile à préciser. Il ne peut être déterminé qu'à la lumière des pourparlers qui ont précédé le « oui » final.

Un écrit a pour effet de circonscrire avec précision les obligations réciproques des parties et de permettre ainsi l'expression d'un consentement éclairé. Pour qu'un enregistrement soit l'équivalent d'un écrit, il faudrait qu'on procède d'abord à enregistrer chacune des clauses et que les contractants aient ensuite l'occasion d'écouter l'enregistrement pour voir s'il est conforme à leur volonté et qu'ensuite, ils expriment leur « oui » final. Or, s'il s'agit d'une convention le moins complexe, les parties ne pourront pas s'exprimer spontanément sur leurs obligations, mais devront nécessairement commencer par préciser leur pensée dans un écrit. En d'autres termes, l'enregistrement se fera à partir d'un texte préparé d'avance. Aussi même dans les meilleures conditions, quel intérêt y aurait-il pour le législateur à encourager les parties à recourir à un enregistrement pour exprimer leur consentement si, de toute façon, elles doivent d'abord commencer par mettre leur contrat par écrit? Mais, en fait, ce qui est présentement envisagé, c'est un enregistrement fait sur le vif. Or, un tel enregistrement, pour les motifs que nous avons vus, ne peut en aucune manière être comparé à l'écrit vu qu'il n'est pas l'instrument par lequel le consentement a été exprimé, mais porte simplement la trace de la parole qui elle, a servi à l'expression du consentement. L'enregistrement remplit la même fonction que celle du témoin.

Aussi, si la présentation d'un élément matériel était retenue comme procédé de preuve autonome, conviendrait-il de l'assimiler, pour ce qui est de la preuve d'un acte juridique, à la preuve testimoniale. D'où cependant la question plus générale de savoir s'il convient de consacrer la présentation d'un élément

61. C. FABIEN, *loc. cit.*, note 6, p. 475.

matériel comme un procédé de preuve à part entière par rapport à la preuve testimoniale. Nous soumettons que non et ce pour plusieurs raisons.

SECTION II — LA PREUVE PAR PRÉSENTATION D'UN ÉLÉMENT MATÉRIEL NE DOIT PAS AVOIR LA MÊME VALEUR QUE LA PREUVE TESTIMONIALE

Tout d'abord, il est, semble-t-il, impossible de donner une définition exacte de ce qu'il faut entendre par la présentation d'un élément matériel. L'article 2854 prétend pouvoir définir la preuve matérielle non pas par sa nature, mais par l'effet qu'elle produit chez le juge. Selon cet article, tout moyen de preuve qui permet au juge de faire directement ses propres constatations constitue une preuve par présentation d'un élément matériel. Or, prise telle quelle, cette définition est tellement générale qu'elle s'applique aussi bien à la preuve testimoniale qu'à la preuve écrite. Le fait est évident en ce qui concerne la preuve littérale. Ne dit-on pas que l'écrit parle par lui-même? Pourquoi la règle de la meilleure preuve, consacrée par l'article 2860, exige-t-elle que l'acte juridique constaté dans un écrit ou le contenu d'un écrit, soit prouvé par la production de l'original ou d'une copie qui en tient lieu, sinon pour permettre au tribunal de faire ses propres constatations à la lecture même de l'écrit?

Dans le cas de la preuve testimoniale, si la loi exige que le témoin compare devant le tribunal, c'est afin de permettre au juge de voir et d'entendre ce témoin afin qu'il puisse faire ses propres constatations en ce qui concerne sa crédibilité. C'est ce qui explique, d'ailleurs, que plusieurs auteurs ont rangé parmi « la preuve matérielle » les constatations qu'un tribunal fait à partir du comportement d'un témoin. Ainsi, le professeur Royer définit la preuve matérielle comme celle qu'un juge perçoit par ses propres sens, et non par l'intermédiaire d'un témoin ou d'un document. Il ajoute que l'appréciation de la crédibilité d'un témoin est l'une des manifestations les plus fréquentes de ce mode de preuve⁶². D'où l'on voit que ce n'est pas parce qu'un procédé de preuve permet au juge de faire directement ses propres constatations qu'il constitue un procédé de preuve distinct, vu que la preuve écrite et la preuve testimoniale offrent au tribunal cette même possibilité.

D'ailleurs, les auteurs de l'Avant-projet de loi en étaient bien conscients, du moins en ce qui concerne la preuve écrite, puisque dans l'article 3036 de l'Avant-projet, il était précisé que l'élément matériel peut consister en un objet, autre qu'un écrit, de même qu'en la représentation sensorielle de cet objet, d'un fait ou d'un lieu. L'article 2854 qui correspond à l'article 3036 de l'Avant-projet, ne contient plus cette précision au sujet de l'écrit.

Quoi qu'il en soit ce n'est pas la preuve écrite, mais la preuve testimoniale qui pose un problème au regard de la présentation d'un élément matériel. Toute présentation matérielle doit nécessairement se faire par l'intermédiaire d'un témoignage. C'est ce que reconnaît l'article 2855 qui énonce que la présentation d'un élément matériel, pour avoir force probante, doit au préalable faire l'objet d'une preuve distincte qui en établisse l'authenticité. Parce que toute preuve par présentation d'un élément matériel doit s'intégrer à un témoignage, il sera souvent très difficile de pouvoir distinguer si les constatations du juge trouvent leur source dans le témoignage ou dans l'élément matériel. Par exemple, Wigmore affirme

62. J.-C. ROYER, *op. cit.*, note 27, p. 329. Voir également G.D. NOKES, « Real Evidence », (1949) 65 *L.Q.R.* 57.

que l'utilisation de photographies, de modèles, de plans et d'autres objets semblables par un témoin n'est qu'une manière pour un témoin de donner son témoignage et n'entre pas dans la catégorie des preuves matérielles⁶³. Pourtant, lorsqu'un témoin exhibe un modèle, il y a bien présentation d'un élément matériel qui permet au tribunal de faire directement ses propres constatations.

Toutefois même dans l'hypothèse où il serait possible d'établir une distinction très nette entre la preuve testimoniale et la preuve matérielle, il n'en demeure pas moins que la preuve matérielle n'est jamais une preuve indispensable, mais est une preuve qui peut toujours être remplacée par un témoignage. Cette constatation se vérifie à propos des deux catégories de preuve matérielle énumérées à l'article 2854, à savoir celle qui résulte de la présentation de l'objet même et celle qui résulte d'une représentation sensorielle d'un objet, d'un fait ou d'un lieu.

Lorsqu'un objet est présenté au tribunal pour que le juge fasse ses propres constatations concernant cet objet, il est toujours possible de substituer à cette présentation, le témoignage d'une personne qui va venir informer le tribunal de ses propres constatations. Dans le droit actuel, un témoignage portant sur l'état d'une personne, d'une chose ou d'un bien ne devient pas irrecevable parce qu'il aurait été possible de faire cette preuve en permettant au tribunal de faire ses propres constatations « de visu » et le Code conserve cette règle. Toutefois, alors que dans le droit actuel, le recours à la présentation d'un élément matériel n'est permis que lorsque les fins de la justice le requièrent, il en irait bien différemment en vertu des nouvelles règles proposées. Dans le droit actuel, c'est seulement si la présentation d'un élément matériel est susceptible d'apporter quelque chose de plus que le témoignage qu'il est possible d'y recourir. Nous en voulons pour preuve la règle énoncée à l'article 290 C.p.c. concernant la visite des lieux. En vertu de cet article, le juge peut, au cours de l'enquête, ordonner le transport du tribunal sur les lieux, pour procéder à toute constatation utile en vue de la solution du litige, et il peut, à cette fin, rendre les ordonnances qu'il croit nécessaires.

C'est l'utilité et non la pertinence de la mesure qui est ici le critère de base. À ce sujet, il convient de souligner que la descente sur les lieux est une procédure qui a été instituée en 1967 par la mise en vigueur du nouveau *Code de procédure civile*. Or, un examen de la jurisprudence publiée révèle que cette procédure n'a été utilisée que de façon très exceptionnelle. En effet, nous n'avons relevé que huit causes rapportées⁶⁴, dans lesquelles il est fait allusion à une descente sur les lieux. Ce petit nombre de causes ne manque pas d'étonner lorsqu'on considère le très grand nombre de situations dans lesquelles il aurait été possible de procéder à une telle visite.

Même en l'absence d'une disposition analogue à l'article 290 C.p.c., il ne fait aucun doute, selon nous, que dans le droit actuel, la présentation d'un élément matériel pour prouver l'état d'une personne ou d'un objet demeure une mesure exceptionnelle à laquelle les parties ne peuvent avoir recours que dans les cas où elle s'avère utile.

63. J.H. WIGMORE, *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, 3^e éd., Boston, Little Brown, 1940, vol. 4, par. 1858, p. 790.

64. *Bourlos c. Parc Belmont Cie Ltée*, [1979] C.S. 1142; *Dreckman c. Bonar & Bemish Ltd*, (1973) 8 R.J.T. 339 (C.S.); *Gélinas c. Lecavalier Transfer Inc.*, [1982] C.S. 643; *Lafrenière v. Baie Comeau Co.*, [1968] R.P. 49 conf. par [1968] B.R. 49; *Marino c. Corporation d'immeubles Elri*, J.E. 82-496 (C.S.); *Morissette et Dame Bienvenue c. Bessette*, [1971] C.A. 356; *Pichard c. Institut Yvan Coutu Inc.*, [1975] C.S. 410 et *Yves Germain Inc. c. Farrah*, [1982] C.S. 502.

Nous croyons qu'il n'y a pas lieu de modifier cette règle. Or c'est ce que le Code se propose de faire en soumettant, au seul critère de la pertinence, la réception de la présentation d'un élément matériel. Par exemple, si en ce qui concerne la visite des lieux, la pertinence des constatations que le tribunal pourrait faire à cette occasion devient la seule condition requise pour qu'un tribunal soit tenu de se déplacer, il y a risque que nos tribunaux cessent d'être sédentaires pour devenir itinérants. L'auteur américain Wigmore signale qu'à une certaine époque, en Angleterre, la descente sur les lieux a été une mesure qui allait de soi, mais qu'une loi est venue mettre un terme à cette pratique en soumettant cette procédure à la discrétion du tribunal, comme quoi, lorsqu'il s'agit de la preuve par présentation d'un élément matériel, il faut tenir compte de considérations pratiques.

Ce qui est vrai pour la présentation d'un élément matériel qui consiste en l'objet même du litige, l'est davantage en ce qui concerne la deuxième catégorie d'éléments matériels constituée par la représentation sensorielle d'un objet, d'un fait ou d'un lieu. L'article 2854 range dans la catégorie des « preuves matérielles », la représentation sensorielle d'un objet, d'un fait ou d'un lieu. Analysée quant à son objet, cette preuve peut venir en concurrence à la fois avec la première catégorie de preuve matérielle qui consiste dans la production de l'objet même ainsi qu'avec la preuve testimoniale. En effet, chaque fois qu'il est possible de produire l'objet même devant le tribunal, il est toujours possible d'en produire une représentation sensorielle. De plus, cette représentation sensorielle peut prendre plusieurs formes. Elle peut prendre la forme d'une photographie, d'un film cinématographique ou d'un film vidéo. Lorsqu'il s'agit d'un fait, la représentation sensorielle entre en concurrence avec la preuve testimoniale. Si ce qui est représenté a également été perçu par un témoin, la concurrence entre ces deux moyens est évidente. Cela est vrai, également, même dans les cas où aucun témoin n'a assisté à l'événement représenté comme dans le cas d'une scène captée par une caméra automatique en l'absence de tout témoin. Dans la mesure où les images qui ont été captées constituent des éléments matériels qui peuvent servir de fondement à des constatations par le juge, elles peuvent être à l'origine de constatations par un témoin qui va venir en faire part au tribunal.

Nous concédons, toutefois, que dans cette dernière hypothèse, le tribunal aimerait bien sans doute pouvoir procéder également à ses propres constatations. Mais le cas des représentations sensorielles effectuées en l'absence de tout témoin ne sont pas les seules visées par l'article 2854, cet article englobe toutes les représentations sensorielles d'un objet, d'un fait et d'un lieu. À cause précisément de la facilité avec laquelle il est possible de reproduire de façon sensorielle un objet, un fait ou un lieu d'intérêt pour un litige, il n'est pas possible de faire de la pertinence le seul critère de la recevabilité en preuve des reproductions sensorielles. C'est le critère de l'utilité qui doit être alors déterminant. Il faut que la preuve testimoniale demeure le moyen privilégié lorsqu'il s'agit de prouver un fait ou l'état d'un objet ou d'un lieu. Le recours à une représentation sensorielle à la place ou en plus d'un témoignage ne doit être permis que lorsque cette représentation est susceptible de transmettre une information qu'un témoignage seul ne pourrait pas livrer.

Ce critère de l'utilité doit également s'appliquer lorsqu'il s'agit de choisir entre différentes formes de preuve matérielle. Un tribunal ne devrait pas avoir à descendre sur les lieux, si des photographies sont susceptibles de lui transmettre la même information.

Pour toutes ces raisons, nous estimons que le Code ne devrait pas faire de la présentation d'un élément matériel un moyen de preuve à part entière, mais un moyen de preuve subsidiaire à la preuve testimoniale. C'est pourquoi, à notre avis, le Code aurait dû s'abstenir de consacrer la présentation d'un élément matériel comme un moyen de preuve autonome et à part entière. Il aurait même été préférable, selon nous, de laisser au *Code de procédure civile* le soin de réglementer ce mode particulier de preuve, car c'est surtout sur le plan pratique que la preuve matérielle soulève des problèmes. À tout le moins, le Code aurait dû reconnaître la primauté de l'écrit pour la preuve des actes juridiques et la primauté de la preuve testimoniale pour la preuve des faits matériels. Nous aurions aimé, par exemple, que la disposition suivante ait été insérée à l'article 2868 à la place de celle qui s'y trouve:

Un fait ne peut faire l'objet d'une preuve par présentation d'un élément matériel que dans les cas où la preuve testimoniale est recevable et seulement si le tribunal la juge utile.

Quant à l'article 2868 selon lequel la preuve par présentation d'un élément matériel est admise conformément aux règles de recevabilité prévues pour prouver l'objet, le fait ou le lieu qu'il représente, nous devons confesser que son sens nous échappe.

PARTIE III. LE RÉGIME DE LA RECEVABILITÉ DES ÉLÉMENTS ET DES MOYENS DE PREUVE SELON LE *CODE CIVIL DU QUÉBEC*

Les règles quant à la recevabilité des éléments et des moyens de preuve forment le troisième titre du Livre de la preuve.

SOUS-PARTIE I — LES RÈGLES CONCERNANT LA RECEVABILITÉ DES ÉLÉMENTS DE PREUVE

L'article 2857 pose la règle que la preuve de tout fait pertinent au litige est recevable et peut être faite par tous moyens. En fait, cet article exprime deux règles : la règle de la pertinence et le principe de la liberté des moyens de preuve. La première règle codifie le droit actuel, la seconde introduit un principe nouveau. Dans le droit actuel, le principe de la liberté des preuves n'existe qu'en ce qui concerne la preuve des faits matériels et la preuve des actes juridiques en matières commerciales. Dans les matières civiles, l'article 1233 C.c.B.-C. *in fine* exige que la preuve se fasse au moyen d'un écrit ou du serment de la partie adverse.

L'article 2858 apporte une première restriction au principe selon lequel tout fait pertinent au litige est recevable. Cette exception concerne les éléments de preuve qui ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits et libertés fondamentaux et dont l'utilisation serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Par rapport à l'article correspondant de l'Avant-projet de loi, soit l'article 3040, l'article 2858 introduit un élément nouveau : l'obligation du tribunal de sanctionner d'office les atteintes aux droits et libertés fondamentaux.

Sous le droit actuel, selon l'opinion dominante⁶⁵, un élément de preuve obtenu en violation d'un droit garanti par la Charte canadienne ne pourrait pas être écarté en vertu de l'article 24 de cette Charte parce que la Charte canadienne ne s'appliquerait pas dans les litiges privés vu la décision de la Cour suprême dans l'affaire *S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd.*⁶⁶ Ce qui est certain toutefois, c'est que cet article ne saurait s'appliquer lorsque l'atteinte à un droit garanti par cette Charte est imputable à un simple particulier⁶⁷.

Par ailleurs, comme la Charte québécoise ne contient aucune disposition similaire à l'article 24 de la Charte canadienne, un élément de preuve obtenu en violation d'un droit garanti par la Charte québécoise, à l'exception d'un élément de preuve obtenu en violation du droit au secret professionnel, ne devient pas, semble-t-il, pour autant irrecevable⁶⁸.

L'article 2858 vient compléter en quelque sorte les dispositions de la Charte québécoise. Il est douteux, selon nous, que cet article puisse être invoqué lorsqu'il s'agit de moyens de preuve obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits garantis par la Charte canadienne. C'est uniquement sur la base de l'article 24 de la Charte canadienne qu'un tribunal devrait décider de la recevabilité d'une preuve obtenue dans ces conditions.

De plus, pour qu'un tribunal puisse écarter un élément de preuve sur la base de l'article 2858, encore faudra-t-il que cet élément ait été obtenu en violation d'un droit garanti par cette charte. Les droits garantis par la Charte québécoise qui, par le biais de l'article 2858, pourront être sanctionnés sur le terrain de la preuve sont notamment les suivants : le droit au respect de la vie privée (article 5); le caractère inviolable de la demeure (articles 5 et 8); le droit à l'avocat (article 29) et la protection contre les fouilles abusives (article 24.1). Quant au droit au secret professionnel, l'article 9 de la Charte lui assure déjà une protection efficace.

Au sujet des atteintes aux droits garantis par la Charte québécoise, il y a lieu de mentionner que la Cour d'appel, dans un arrêt récent a jugé qu'un enregistrement clandestin d'une conversation effectué par l'un des interlocuteurs n'est pas en soi une violation du droit à la vie privée⁶⁹.

L'Avant-projet de loi comportait une autre restriction au principe de la pertinence en permettant au tribunal de déclarer irrecevables les éléments de preuve

65. P. PATENAUE, *La preuve, les techniques modernes et le respect des valeurs fondamentales*, Sherbrooke, Les Éditions de l'Université de Sherbrooke, 1990, p. 97; *Compagnie de protection électrique c. Dominion et Fraternité Int.*, [1988] T.A. 924 (enregistrement vidéo clandestin); *Fraternité des policiers et pompiers de Sorel Inc. c. Dupuis*, J.E. 88-642 (C.S.); *Re Greater Niagara Transit Commission and Amalgamated Trade Union, Local 1582*, (1988) 61 O.R. 565 (H.Ct.Div.Ct); *Troy Runolfson c. Saskatchewan Government Ins.*, (1990) 78 Sask. R. 142. (prise de sang sans consentement). Voir également les affaires suivantes où une preuve découlant d'une prise de sang effectuée sans consentement a été reçue sans que sa légalité n'ait été contestée : *Gagnon c. L'Union-vie, compagnie mutuelle d'ass.*, J.E. 88-1308 (C.S.); *Bélanger c. La Survivance, compagnie d'assurance-vie*, J.E. 90-893 (C.S.).

66. [1986] 2 R.C.S. 138.

67. *Compagnie de protection électrique c. Dominion et Fraternité Int.*, [1988] T.A. 924 (enregistrement vidéo clandestin); *R. c. Desroches*, J.E. 89-627 (C.Q.) (fouille d'un porte-documents).

68. Décision *Fraternité des policiers*, *supra*, note 65; Décision *Cie de protection électronique*, *supra*, note 66. *Contra* : J.-M. BRISSON, « L'admissibilité d'une preuve obtenue en violation de la Charte des droits et libertés de la personne », (1989) 49 *R. du B.* 606, p. 621.

69. *Cadieux c. Service de gaz naturel Laval Inc.*, [1991] R.J.Q. 2490 (C.A.).

ayant une importance minime et négligeable par rapport à la question principale en litige si cette preuve était susceptible d'entraîner la confusion ou de causer un préjudice grave à la partie adverse. Par crainte, semble-t-il, des difficultés d'interprétation que cette disposition aurait pu soulever, on a jugé à propos de ne pas la conserver. Nous croyons que, même en l'absence dans le Code d'une autorisation explicite à cet égard, un tribunal va continuer d'avoir la discrétion d'exclure une preuve dont la pertinence est minime, si les fins de la justice paraissent l'exiger.

SOUS-PARTIE II — LE NOUVEAU RÉGIME DE LA RECEVABILITÉ DES MOYENS DE PREUVE

Le *Code civil du Québec* apporte des modifications substantielles à la recevabilité des moyens de preuve. Pour mieux en juger, nous allons traiter du sujet dans l'optique du droit actuel, en considérant successivement les six questions suivantes :

- 1 - La recevabilité des moyens de preuve pour prouver des faits matériels;
- 2 - La recevabilité des moyens de preuve pour prouver les actes juridiques;
- 3 - La recevabilité des moyens de preuve pour contredire les termes d'un écrit valablement fait;
- 4 - La règle de la meilleure preuve;
- 5 - La règle de la preuve par ouï-dire;
- 6 - La sanction des règles concernant la recevabilité des moyens de preuve.

CHAPITRE I. LE RÉGIME DE LA RECEVABILITÉ DES MOYENS DE PREUVE POUR PROUVER UN FAIT MATÉRIEL

Dans le droit actuel, le fait matériel se prouve au moyen de l'aveu, des présomptions et des témoignages, à l'exclusion de la preuve écrite. C'est la prohibition du ouï-dire qui justifie l'exclusion de principe de la preuve écrite pour prouver un fait matériel. En effet, la preuve écrite, dans le cas d'un fait matériel, résidera nécessairement en la mise par écrit par un témoin, de la perception qu'il a eue de ce fait. Il s'agira en d'autres termes d'un témoignage écrit qui demeure irrecevable en vertu de la prohibition du ouï-dire. Or, comme le Code élargit les cas dans lesquels la preuve par ouï-dire est recevable, le recours aux témoignages écrits en sera, en conséquence, facilité.

En consacrant la présentation d'un élément matériel comme un moyen de preuve autonome et distinct des procédés de preuve traditionnels et en subordonnant la recevabilité de ce nouveau moyen de preuve au seul critère de pertinence, le Code se trouve à opérer un dédoublement des moyens de preuve lorsqu'il s'agit de prouver un fait matériel. En effet, tel que nous l'avons déjà souligné, dans tous les cas où une preuve par présentation d'un élément matériel sera possible, la même preuve pourra être faite par des témoins. Bien plus, comme le Code attribue à la représentation sensorielle d'un objet la même valeur qu'à l'objet lui-même, le Code se trouve à favoriser le recours à des preuves matérielles cumulatives pour prouver un même fait.

CHAPITRE II. LE RÉGIME DE LA RECEVABILITÉ DES MOYENS DE PREUVE POUR PROUVER UN ACTE JURIDIQUE

Le Code modifie substantiellement les règles concernant la recevabilité des moyens de preuve pour prouver un acte juridique. Dans le droit actuel, un régime différent s'applique selon qu'il s'agit de prouver un acte en matière civile ou un acte en matière commerciale. Dans le Code, la notion « d'acte passé dans le cours des activités d'une entreprise » a été substituée à celle « d'acte de commerce ». Nous allons donc voir, dans un premier temps, le régime applicable aux actes ordinaires et, dans un deuxième temps, le régime applicable aux actes d'entreprise.

SECTION I — LE RÉGIME DE LA RECEVABILITÉ DES MOYENS DE PREUVE DES ACTES JURIDIQUES ORDINAIRES

Dans le droit actuel, le principe de base est que la preuve des actes juridiques doit se faire au moyen d'un écrit ou du serment de la partie adverse (art. 1233 C.c.B.-C. *in fine*). Ce principe souffre exception dans quatre cas :

- 1 - Lorsqu'il s'agit d'un acte dont la valeur n'excède pas 1 000 \$;
- 2 - Lorsque la partie réclamante a été dans l'impossibilité de se procurer une preuve écrite;
- 3 - Lorsque la preuve écrite a été perdue par cas imprévu; et
- 4 - Lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit.

Le Code tout en retenant la prohibition de principe de la preuve testimoniale, a assorti cette prohibition d'exceptions dont la portée diffère des exceptions actuelles.

Par. 1. La prohibition de principe de la preuve testimoniale

Dans le *Code civil du Québec*, le régime applicable aux actes juridiques est exprimé aux articles 2857, 2861 et 2862. L'article 2857 énonce le principe que la preuve peut être faite par tous moyens. L'article 2862 pose une exception à cette règle en déclarant que la preuve d'un acte juridique ne peut, entre les parties, se faire par témoignage lorsque la valeur du litige excède 1 500 \$. Le deuxième alinéa du même article prévoit, toutefois, que cette prohibition cesse lorsqu'il y a un commencement de preuve et l'article 2861 ajoute qu'il en est de même lorsqu'il a été impossible à une partie pour une raison valable de se ménager une preuve écrite d'un acte juridique. Déjà, au niveau du plan, il y a lieu de critiquer la place de l'article 2861 dans l'agencement des règles. Comme cet article énonce une exception au principe posé au premier alinéa de l'article 2862, il devrait venir après et non avant l'article 2862.

Quant au fond, maintenant, constatons qu'à la différence du droit actuel, le Code n'impose pas aux parties l'obligation de préconstituer la preuve d'un acte juridique au moyen de la rédaction d'un écrit. Il se contente uniquement de prohiber le recours à la preuve testimoniale pour le prouver. L'article 2867 du Code étend cette prohibition à l'aveu extrajudiciaire, tout comme le fait l'article 1244 du Code actuel. Toutefois, alors que présentement la prohibition de la preuve testimoniale a une portée générale et s'applique même lorsque les parties à un acte juridique veulent opposer cet acte à un tiers, selon le droit projeté, la prohibition ne s'appliquera qu'entre les parties.

Le Code demeure silencieux à propos de la preuve par présomption. On sait qu'actuellement la jurisprudence ne permet pas qu'on puisse recourir à la preuve testimoniale en vue d'établir les indices d'une présomption si cette présomption vise à établir un fait au sujet duquel la preuve testimoniale n'est pas recevable⁷⁰. En vertu du principe de la liberté des preuves posé à l'article 2857, on pourrait prétendre que cette jurisprudence n'aura plus sa raison d'être. Mais on peut tout aussi bien soutenir le contraire au nom du principe qu'on ne peut faire indirectement ce qu'on ne peut pas faire directement, principe qui s'applique tout autant sous le *Code civil du Québec* que sous le Code actuel.

Ce qui apparaît certain cependant c'est que la preuve d'un acte juridique en vertu du Code, pourra se faire par la présentation d'un élément matériel ou plus précisément au moyen d'un enregistrement sur bande audio ou sur bande vidéo des paroles par lesquelles la volonté de l'auteur de cet acte s'est exprimée. Il y a lieu de rappeler que le Code en autorisant, dans tous les cas, le recours à un enregistrement pour prouver un acte juridique, se trouve par le fait même à diminuer le rôle qui a été dévolu jusqu'à maintenant à l'écrit comme mode de preuve de l'acte juridique. De ce fait, l'écrit va cesser d'être le mode de preuve privilégié de l'acte juridique.

Un enregistrement pourra servir de moyen de preuve d'un acte juridique de trois manières. Selon son contenu, il pourra soit faire preuve complète de cet acte, soit servir de commencement de preuve donnant ouverture à la preuve testimoniale (art. 2865), soit encore servir de fondement à une preuve par présomption.

Par. 2. Les exceptions à la prohibition de la preuve testimoniale

L'analyse des cas d'exception à la prohibition de la preuve testimoniale fait apparaître plusieurs modifications.

A. L'exception à la preuve testimoniale fondée sur un critère monétaire

Il faut constater, tout d'abord, que l'exception concernant les actes juridiques dont la valeur n'excède pas une certaine somme, a été complètement transformée. Tout d'abord le montant a été porté de 1 000 \$ à 1 500 \$, mais surtout ce n'est plus la valeur de l'acte juridique à prouver qui sert de critère, mais la valeur du litige. Cette modification est lourde de conséquences. Cela veut dire que contrairement au droit actuel, ce n'est pas lors de la conclusion de l'acte qu'il faut se placer pour déterminer si la preuve testimoniale est admissible ou non, mais lors du procès. C'est dire que contrairement à ce qu'énonce l'article 1236 C.c.B.-C., il sera désormais possible de prouver par témoins tout contrat de plus de 1 500 \$, lorsque la somme demandée sera inférieure à cette somme. Ainsi, un bailleur va pouvoir prouver par témoins un bail verbal dont la valeur excède 1 500 \$, lorsqu'il réclame le paiement d'un loyer inférieur à cette somme. Il en sera de même de tout créancier en vertu d'un contrat à paiements différés. Il suffira que la réclamation en justice soit pour moins de 1 500 \$ pour qu'il y ait ouverture à la preuve testimoniale de ce contrat. Si le créancier obtient alors un jugement favorable, ce jugement jouira de l'autorité de la chose jugée quant à l'existence du contrat dans toute action future.

70. *Matte c. Matte*, [1962] B.R. 521; *Dame Borduas c. Ouimet*, [1973] C.A. 163; *Malky c. Gauthier*, [1978] C.A. 510.

Si l'on considère maintenant le problème soulevé par la preuve d'un paiement, on constate que la modification va entraîner des résultats assez étonnants. Sous le *Code civil du Bas-Canada*, par application de l'article 1236, un débiteur peut toujours recourir à la preuve testimoniale pour prouver un paiement de moins de mille dollars. Il y a toutefois controverse sur la question de savoir si un débiteur peut prouver par témoins plusieurs paiements de moins de mille dollars en vue de démontrer l'extinction d'une dette excédant mille dollars⁷¹. Par application des nouvelles règles, la preuve testimoniale d'un paiement de moins de 1 500 \$ ne sera jamais autorisée dans un litige ayant une valeur de plus de 1 500 \$. À l'inverse, la preuve testimoniale d'un paiement excédant 1 500 \$ sera toujours reçue dans une action dont la valeur n'excédera pas cette somme.

Pour ce qui est maintenant du recours collectif, comme l'article 1237 n'a pas été conservé, c'est également la valeur du litige et non plus la valeur du recours personnel du représentant qui va servir à déterminer si la preuve testimoniale doit être admise.

Enfin, il convient de souligner que l'article 2862 modifie également la base de l'évaluation. Sous le Code civil actuel, lorsqu'il s'agit d'une créance on ne tient compte que du capital et non des intérêts. S'il s'agit d'un paiement, cet acte juridique doit s'apprécier selon les conséquences juridiques qu'on veut en déduire. Selon l'article 2862, c'est la valeur totale du litige qui importera et la distinction entre le capital et les intérêts n'aura plus aucune valeur.

En faisant dépendre la recevabilité de la preuve testimoniale d'un acte juridique, non plus de sa valeur intrinsèque comme dans le droit actuel, mais de la valeur du litige dans lequel cet acte devra être prouvé, on se trouve à faire de la prohibition de la preuve testimoniale une simple règle de procédure. Ce n'est plus l'acte en lui-même qui importe, mais le cadre procédural dans lequel il viendra s'insérer. Comme il est impossible pour les parties de prévoir quel pourra être éventuellement ce cadre procédural, elles ont à toutes fins pratiques l'obligation de toujours donner à cet acte la forme écrite ou, à tout le moins, de procéder à un enregistrement des paroles par lesquelles elles l'auront exprimé.

B. L'exception fondée sur l'impossibilité de se procurer une preuve écrite

Dans le droit actuel, l'exception fondée sur l'impossibilité de se procurer une preuve écrite regroupe les cas suivants : le bail par tolérance (art. 1233, par. 3), le dépôt nécessaire et le dépôt fait par des voyageurs dans une hôtellerie et autres cas de même nature (art. 1233, par. 4); le cas d'obligations résultant des quasi-contrats, délits et quasi-délits et dans tout autre cas où la partie réclamante n'a pu se procurer une preuve écrite (art. 1233, par. 5). Tous ces cas nous paraissent couverts par l'article 2861 C.c.Q. qui s'énonce ainsi : « Lorsqu'il n'a pas été possible à une partie, pour une raison valable, de se ménager la preuve écrite d'un acte juridique, la preuve de cet acte peut être faite par tous moyens ». Tel que nous l'avons déjà mentionné, cependant, cet article, parce qu'il énonce une exception à la règle posée au premier alinéa de l'article 2862, devrait venir après ce dernier article.

71. L. DUCHARME, *op. cit.*, note 58, p. 154, n^{os} 329 et 330.

C. L'exception fondée sur la perte de l'écrit

En vertu du sixième paragraphe de l'article 1233 du Code civil actuel, la preuve testimoniale est admissible dans les cas où la preuve écrite a été perdue par cas imprévu, ou se trouve en la possession de la partie adverse, ou d'un tiers, sans collusion de la part de la partie réclamante et ne peut être produite. Cette disposition énonce, en fait, trois cas d'exception à la règle de la meilleure preuve exprimée à l'article 1204 C.c.B.-C. Dans le *Code civil du Québec*, la règle de la meilleure preuve a été reformulée au premier alinéa de l'article 2860 en ces termes : « 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 légalement en tient lieu ». Le deuxième alinéa du même article énonce dans quels cas la preuve secondaire est permise en ces termes : « Toutefois, lorsqu'une partie ne peut, malgré sa bonne foi et sa diligence, produire l'original de l'écrit ou la copie qui légalement en tient lieu, la preuve peut être faite par tous moyens ».

Cet alinéa pose donc des conditions moins rigoureuses que ne le fait le Code civil à la recevabilité d'une preuve secondaire. L'exigence de la perte par cas imprévu a disparu. Il suffira que le réclamant soit de bonne foi et qu'il démontre que malgré sa diligence il lui est impossible de produire le document requis pour qu'il y ait ouverture à la preuve secondaire. Vu la présomption de bonne foi établie à l'article 2805, le réclamant n'aura pas comme tel à prouver ce fait. Toutefois, il lui incombera de prouver diligence.

D. L'exception du commencement de preuve

Il n'y a aucun doute que dans le droit actuel, l'exception la plus importante à la prohibition de la preuve testimoniale réside dans le commencement de preuve par écrit. Ce commencement de preuve par écrit peut prendre des formes variées⁷². Il peut résulter :

- 1 - d'un écrit émanant de la partie adverse;
- 2 - de son témoignage;
- 3 - d'un aveu qualifié; et
- 4 - selon une certaine jurisprudence, d'un fait prouvé par de simples témoignages.

Le Code conserve la notion du commencement de preuve par écrit, mais en la dénommant plus justement « commencement de preuve ». Parce que ce commencement de preuve peut consister en autre chose qu'un écrit, toute référence à l'écrit a, avec raison, été supprimée. L'exception du commencement de preuve est exprimée au deuxième alinéa de l'article 2862 en ces termes :

Néanmoins, en l'absence d'une preuve écrite et quelle que soit la valeur du litige, on peut prouver par témoignage tout acte juridique dès lors qu'il y a commencement de preuve.

À la différence du Code actuel qui ne définit pas le commencement de preuve par écrit, l'article 2865 propose la définition suivante : « Le commencement de preuve peut résulter d'un aveu ou d'un écrit émanant de la partie adverse, de son témoignage ou de la présentation d'un élément matériel, lorsqu'un tel moyen rend vraisemblable le fait allégué ».

72. *Id.*, n^{os} 351 et ss., pp. 161 et ss.

Lorsqu'on analyse les moyens qui peuvent servir de commencement de preuve, on constate que le Code consacre le droit actuel en ce qui concerne le recours à l'écrit et au témoignage émanant de la partie adverse. La possibilité qui existe actuellement de faire résulter un commencement de preuve d'un aveu qualifié demeure. Il y a lieu de souligner que dans le droit actuel, pour qu'un aveu qualifié puisse équivaloir à un commencement de preuve par écrit, il faut qu'il soit contenu dans un écrit ou dans le témoignage de la partie adverse. Il ne s'agit pas comme tel d'un moyen distinct de l'écrit ou du témoignage émanant de la partie adverse. Or selon la définition proposée, l'aveu en tant que tel, c'est-à-dire en tant que procédé distinct de l'écrit et du témoignage pourrait valoir comme commencement de preuve par écrit.

À la réflexion, cette référence à l'aveu ne modifie pas le droit existant. En effet, un aveu est soit judiciaire, soit extrajudiciaire. S'il est judiciaire, il n'y a aucune raison qu'il ne puisse servir de commencement de preuve par écrit. D'ailleurs, si le témoignage de la partie adverse peut servir de commencement de preuve par écrit, c'est parce qu'il est l'expression d'un aveu judiciaire de cette partie. Mais, le témoignage n'est pas la seule forme que peut revêtir l'aveu judiciaire. Il peut être écrit comme lorsqu'il est contenu dans les pièces de plaidoirie. Mais alors cet aveu se confondra avec le commencement de preuve résultant d'un écrit émanant de la partie adverse. Mais, un aveu judiciaire peut être fait de vive voix, à l'audience et en dehors de tout témoignage. C'est ce que reconnaît l'article 331 C.p.c. Or, il n'y a aucune raison de ne pas accorder à un tel aveu la même valeur qu'un aveu contenu dans un témoignage ou dans un écrit et c'est ce que vient reconnaître à notre avis la définition proposée. Quant à l'aveu extrajudiciaire, pour pouvoir servir de commencement de preuve, il est nécessaire, dans le droit actuel, qu'il soit contenu dans un écrit émanant de la partie adverse. Cette même solution devrait continuer de s'appliquer vu que l'article 2867 se trouve à reproduire l'article 1244 du Code actuel. L'article 2867 en exigeant que l'aveu, fait en dehors de l'instance où il est invoqué, soit prouvé par les moyens recevables pour prouver le fait qui en est l'objet, écarte la possibilité qu'une partie puisse prouver par témoins un aveu extrajudiciaire oral à titre de commencement de preuve. Toutefois, comme dans le droit actuel, la preuve testimoniale de cet aveu extrajudiciaire pourrait être rendue recevable par un commencement de preuve rendant cet aveu vraisemblable.

La définition proposée du commencement de preuve innove cependant en permettant qu'il puisse résulter de la présentation d'un élément matériel. Tel que nous l'avons vu précédemment, la preuve d'un acte juridique peut se faire au moyen de la présentation d'un élément matériel et que cette preuve va consister dans un enregistrement des paroles par lesquelles l'auteur de l'acte aura exprimé sa volonté. Si cet enregistrement, pour une raison quelconque ne permet pas d'apporter une preuve complète de l'acte juridique, mais suffit à le rendre vraisemblable, il en résultera un commencement de preuve donnant ouverture à la preuve testimoniale de cet acte. Ce n'est pas seulement un enregistrement qui pourra servir de commencement de preuve à titre de présentation d'un élément matériel. Un tel commencement pourra résulter de la preuve au moyen de la présentation d'un élément matériel de tout fait rendant vraisemblable l'acte juridique allégué. Par exemple, s'il s'agit de faire la preuve d'un contrat de servitude qui n'a pas été constaté par écrit, le commencement de preuve pourrait consister en un film vidéo montrant la situation des lieux ainsi que le comportement des parties si ces faits rendent vraisemblable l'existence du contrat allégué. Il y a lieu

de souligner qu'il sera apparemment possible de recourir à la présentation d'un élément matériel pour établir l'existence de faits matériels rendant vraisemblable un acte juridique, sans qu'il soit permis pour autant de recourir à des témoignages pour prouver ces mêmes faits, car le Code ne permet pas en effet qu'un commencement de preuve puisse résulter de faits prouvés par de simples témoignages.

Dans le projet de l'O.R.C.C., l'article 68 du Livre de la preuve déclarait qu'un commencement de preuve peut résulter d'un fait dont l'existence a clairement été démontrée. Le Code n'a pas retenu cette règle. On doit donc en déduire qu'un commencement de preuve ne saurait résulter de faits prouvés par de simples témoins. On sait que l'état du droit actuel sur cette question est incertain. La Cour d'appel, dans l'affaire *Sirois c. Parent*⁷³, semble avoir reconnu qu'un commencement de preuve par écrit peut résulter d'un fait matériel clairement établi dont on peut déduire l'existence probable sinon absolument certaine d'une convention. Mais nous croyons que cet arrêt a implicitement été désavoué par les arrêts subséquents de la Cour d'appel au sujet de la preuve par présomption. Tel que nous l'avons déjà mentionné, la Cour d'appel, partant du principe qu'on ne peut faire indirectement ce qu'on ne peut pas faire directement, a refusé qu'on puisse recourir à la preuve testimoniale pour établir le fondement d'une présomption si cette présomption vise à prouver un fait au sujet duquel la preuve testimoniale est prohibée. En vertu du même raisonnement, il doit être interdit de recourir à la preuve testimoniale pour établir un commencement de preuve donnant ouverture à la preuve testimoniale.

SECTION II — LE RÉGIME APPLICABLE AUX ACTES D'ENTREPRISE

Un des points majeurs de la réforme du droit de la preuve porte sur le remplacement de la notion d'acte de commerce par la notion d'acte d'entreprise et par la suppression des exceptions contenues à l'article 1235 C.c.B.-C. au principe de la liberté des preuves. Nous allons voir quelles sont les conditions d'application de ce régime spécial et ensuite, en quoi il consiste.

Par. 1. Conditions d'application du régime applicable aux actes d'entreprise

Les conditions d'application du régime spécial applicable aux actes d'entreprise, sont au nombre de trois : il faut tout d'abord que l'acte concerne une entreprise; deuxièmement que l'acte ait été passé dans le cadre des activités de cette entreprise et enfin troisièmement, il faut que la preuve vise à établir l'existence de cet acte à l'encontre de l'exploitant de cette entreprise.

A. Première condition : l'acte doit se rapporter à une entreprise

On peut définir l'entreprise comme une organisation ayant pour objet la poursuite d'une activité quelconque. Il y a organisation dès qu'il y a regroupement de personnes ou affectation de biens à la poursuite d'une activité quelconque. Sous le droit actuel, même si apparemment la jurisprudence paraît faire dépendre la commercialité de critères objectifs, soit les notions économiques de spéculation, de circulation et d'entremise, selon nous, c'est plutôt un critère sub-

73. [1954] B.R. 91.

jectif, à savoir la notion d'entreprise commerciale qui remplit cette fonction. En effet, même si théoriquement l'existence d'un acte isolé de commerce peut se concevoir, dans la très grande majorité des cas, un acte n'est réputé commercial que lorsqu'il s'intègre aux activités d'une entreprise commerciale. Aussi, en pratique, le problème de la qualification des actes consiste-t-il, non pas à distinguer un acte civil d'un acte de commerce, mais à distinguer les entreprises commerciales des entreprises civiles. Un acte qui procède d'une entreprise commerciale est réputé commercial, celui qui procède d'une entreprise civile ou qui est accompli en dehors de toute entreprise est réputé civil.

L'entreprise commerciale peut se définir comme une organisation à but lucratif ayant pour objet la production économique. Lorsque la condition du but lucratif n'existe pas, l'entreprise est réputée civile. C'est le cas des entreprises suivantes : l'État, les organismes publics, les coopératives, les associations et corporations à but non lucratif⁷⁴. Par ailleurs si, en principe, toutes les entreprises à but lucratif ont vocation à la commercialité, certaines conservent un caractère civil par la tradition. Il en est notamment ainsi des entreprises dépendant d'une profession libérale, les exploitations agricoles et les entreprises artisanales. Quant aux entreprises immobilières, si pendant longtemps la tradition leur a conservé un caractère civil, la jurisprudence a fini par leur reconnaître un caractère commercial⁷⁵. En vertu du Code, toutes les entreprises, qu'elles soient civiles ou commerciales sont soumises quant à la preuve au même régime.

B. Deuxième condition : il doit s'agir d'un acte passé dans le cours des activités d'une entreprise

Pour l'interprétation de la notion d'acte passé dans le cours des activités d'une entreprise, il faut, selon nous, adopter une approche analogue à celle qui prévaut présentement en ce qui concerne la notion d'acte de commerce. Présentement, l'on considère que le caractère commercial ou civil d'une entreprise se répercute au niveau des actes posés dans cette entreprise de deux façons. Est réputé commercial ou civil, selon le cas, tout acte qui est soit conforme à l'objet même de cette entreprise ou qui est posé en vue de réaliser cet objet. Dans le cas d'une entreprise commerciale, l'acte conforme à son objet est qualifié d'acte objectif de commerce, tandis que l'acte posé en vue de réaliser l'objet de cette entreprise est qualifié d'acte subjectif de commerce. Ainsi, par exemple, dans le cas d'un marchand, les achats de biens qu'il fait en vue de les revendre, sont des actes de commerce objectif, alors que les emprunts qu'il fait en vue de pouvoir faire ces achats, sont des actes subjectifs de commerce.

De même en ce qui concerne les actes d'entreprise, il faut réputer tels, au premier chef, les actes passés conformément à l'objet d'une entreprise. Il faudrait notamment reconnaître ce caractère aux actes suivants : au contrat de construction conclu par l'entrepreneur en construction, à l'achat et à la vente d'une automobile par un marchand d'automobiles, à l'acceptation d'un mandat par un agent immobilier, au prêt consenti par un banquier, à l'acceptation d'un mandat par un avocat, au contrat de soin conclu par un établissement hospitalier, etc.

En deuxième lieu, on doit également considérer comme un acte passé dans le cours des activités d'une entreprise, tout acte se rattachant à l'exercice par

74. L. DUCHARME, *op. cit.*, note 58, p. 176, n° 385.

75. *Id.*, p. 176, n° 386.

une entreprise de ses activités. Il en sera ainsi notamment d'un mandat, d'un emprunt, d'un bail, d'un contrat de louage de service, lorsque ces actes sont posés par une entreprise dans le cadre de ses activités propres.

En vertu du droit actuel, par application de la théorie de l'accessoire, on considère que les actes suivants revêtent un caractère commercial : la souscription d'actions⁷⁶, le contrat d'achat-vente d'actions⁷⁷, le contrat de société commerciale⁷⁸ et l'achat et la vente d'un fonds de commerce. La qualification de ces actes au regard de la notion d'entreprise pose certainement un problème. Ces actes, comme tels, ne sont pas posés dans le cours des activités d'une entreprise et, en conséquence, devraient être soumis au régime des actes juridiques ordinaires.

De même, dans le droit actuel, il y a une catégorie spéciale d'actes de commerce appelés actes par accessoire. Un acte par accessoire est un acte posé par un non-commerçant à titre accessoire à un acte de commerce. Il en est notamment ainsi du mandat de vendre un fonds de commerce donné, par un commerçant, à un non-commerçant⁷⁹ ainsi que du cautionnement d'une dette commerciale par un non-commerçant⁸⁰. Cette catégorie spéciale d'actes de commerce n'a pas d'équivalent en ce qui concerne les actes d'entreprise. Tout acte accessoire d'un acte d'entreprise sera, selon nous, assujéti au régime des actes civils ordinaires.

Qu'en est-il maintenant du problème des « actes apparents d'entreprise »? Dans le droit actuel, il est possible de concevoir qu'un acte puisse être considéré comme un acte de commerce par l'application de la théorie de l'apparence. Par exemple, si un non-commerçant achète un lot de 500 bicyclettes, on doit considérer, par application de la théorie de l'apparence qu'il pose un acte de commerce vu qu'une opération de cette importance relève des actes qui sont normalement posés par une entreprise qui exploite un commerce de bicyclettes. Nous croyons qu'en vertu du *Code civil du Québec*, un acte de cette nature devrait également être assimilé à un acte d'entreprise, par la théorie de l'apparence.

Reste le problème soulevé par la lettre de change, le chèque et le billet. La jurisprudence dans son ensemble⁸¹ considère que la lettre de change, le chèque et le billet sont des actes de commerce par la forme. D'où la question de savoir, quelles sont les conséquences qui peuvent découler sur le plan de la preuve de la suppression par le Code de la notion d'acte de commerce et partant de la notion d'acte de commerce par la forme? On pourrait être tenté d'en déduire que ces actes vont désormais être considérés, sur le plan de la preuve, comme tout autre acte juridique et que le régime de preuve qui leur est applicable va varier selon qu'il s'agira d'un acte d'entreprise ou non.

Il y a lieu toutefois de se demander s'il est bien au pouvoir de la législature québécoise de modifier le régime de preuve des lettres de change, chèques et billets, matière qui relève de la compétence du Parlement fédéral en vertu de l'Acte constitutionnel de 1867. Selon nous, ce pouvoir ne lui appartient pas. C'est pourquoi, nous pensons que, même après la promulgation du *Code civil du*

76. *Grobstein c. Jacobsen*, [1960] C.S. 177.

77. *Solidarité, compagnie d'assurance sur la vie c. Société Nationale de Fiducie*, [1975] C.A. 4; *Kaufman c. Weissfeld*, [1972] C.A. 462.

78. *Wibert c. Cantin*, [1973] C.A. 462; *Pelletier c. Russel*, [1974] C.A. 113.

79. *Tremblay c. Lefebvre*, [1968] C.S. 398.

80. *Raymond c. International Video Corporation of Canada Ltd.*, [1974] C.A. 501; *Canadian Petroleum Ltd. c. Bernard*, [1972] C.A. 854.

81. *Montenay c. Imbrook Properties Ltd.*, [1989] R.J.Q. 846 (C.A.); L. DUCHARME, *op. cit.*, note 58, p. 177, n° 388.

Québec, le régime de preuve des effets de commerce va continuer d'être régi par les articles 2340, 2341, 2342, 2346 et 2354 du *Code civil du Bas-Canada*. Il y a lieu de rappeler que lors de l'adoption, en 1890, de la première loi sur les lettres de change, le législateur fédéral a abrogé⁸² les articles 2279 à 2354 C.c.B.-C. « sauf en tant que ces articles ou quelques-uns d'entre eux, avaient trait à la preuve à l'égard des lettres de change, chèques et billets ». Par l'effet de cette disposition les articles précités, dans la mesure où ils avaient trait à la preuve, ont été intégrés à la législation fédérale. Parce que ces articles forment partie de la législation fédérale, seul le Parlement fédéral est compétent pour les abroger.

C. Troisième condition : la preuve doit être faite à l'encontre de l'exploitant de l'entreprise

Pour que le régime d'exception s'applique, il ne suffit pas que l'acte juridique se rapporte à une entreprise et que cet acte ait été passé dans le cadre des activités de cette entreprise, il faut de plus que la preuve vise à établir l'existence de cet acte à l'encontre de l'exploitant de l'entreprise. En effet, en vertu de l'article 2862, le recours au témoignage est permis lorsqu'il s'agit de prouver contre une personne tout acte juridique passé par elle dans le cours des activités d'une entreprise. Pour bien saisir cette condition, il faut se rappeler que dans le cas des actes de commerce, il y a lieu de distinguer entre les actes de commerce réputés tels à l'égard de toutes les parties à cet acte et les actes mixtes. En effet, sauf dans le cas de l'acte de commerce par la forme, la commercialité d'un acte dépend d'un critère subjectif, de sorte que pour procéder à sa qualification, il est nécessaire de l'apprécier par rapport à chacune des personnes qui y ont concouru. Lorsqu'après avoir fait cette analyse, il appert que l'acte revêt, par rapport à chacune, un caractère commercial, cet acte va être régi à l'égard de toutes les parties, par les règles de preuve du droit commercial. En revanche, si l'acte est réputé commercial à l'égard d'une partie et, civil quant à une autre, l'acte est alors dit mixte. Dans le droit actuel, en règle générale, lorsqu'un non-commerçant contracte avec un commerçant, l'acte est mixte. Par exception à cette règle, la loi répute acte de commerce à l'égard de toutes les parties, certains contrats d'un genre particulier. Une exception de ce genre se trouve énoncée au paragraphe 5 de l'article 2260 C.c.B.-C. Elle concerne la vente entre un commerçant et non-commerçant qui est réputée dans tous les cas commerciale. Certaines exceptions de cette nature ont même été créées par la jurisprudence. Ces exceptions concernent notamment le contrat entre un agent de change et une partie civile⁸³, de même que le contrat d'affrètement⁸⁴.

L'article 2862 consacre, à propos des actes d'entreprise, la théorie des actes mixtes. En effet, pour qu'un acte d'entreprise puisse être prouvé par témoins, il faut qu'il ait cette qualité à l'égard de la personne à qui il est opposé. C'est dire que si un particulier passe un contrat avec une entreprise, le particulier va pouvoir recourir à la preuve testimoniale en vue d'en faire la preuve. À l'inverse, si c'est l'entreprise qui veut établir l'existence du contrat contre ce particulier, c'est le régime ordinaire qui va s'appliquer et le recours à la preuve testimoniale va être en principe prohibé.

82. (1890) 53 V., c. 33.

83. Voir notamment l'arrêt *Forget c. Baxter*, [1900] A.C. 467 (P.C.).

84. *United Nations c. Allied Steamship Lines*, [1957] C.S. 372.

Contrairement au droit antérieur, la théorie des actes mixtes va s'appliquer dans tous les cas sans exception et notamment à propos de la vente entre un commerçant et un non-commerçant, de même qu'en ce qui concerne les contrats entre un agent de change et un particulier.

Par. 2. Le régime applicable à la preuve d'un acte d'entreprise

Tout comme dans le cas d'un acte juridique ordinaire, le régime de preuve des actes d'entreprise varie selon que cet acte a été ou non rédigé par écrit. S'il a été rédigé par écrit, il devra, par application de l'article 2860, être prouvé par la production de l'original de cet écrit ou d'une copie qui légalement en tient lieu. Si l'acte n'a pas été rédigé par écrit, la preuve pourra être faite par preuve testimoniale. Le réclamant pourra également recourir à un aveu extrajudiciaire. Si cet aveu extrajudiciaire est écrit, l'original de cet écrit ou une copie qui légalement en tient lieu devra être produit (article 2860). S'il est oral, la preuve testimoniale sera autorisée par application de l'article 2867. L'acte juridique pourra également être prouvé au moyen d'une présomption de fait fondée sur des indices prouvés par témoins. La preuve de l'acte juridique pourra également être faite au moyen de la présentation d'un élément matériel.

Ce régime va s'appliquer à tous les actes d'entreprise sans exception. Notamment, les exceptions énoncées à l'article 1235 C.c.B.-C. vont être abolies. C'est dire que les actes suivants, à condition d'avoir été passés dans le cours des activités d'une entreprise pourront se prouver par témoins : la renonciation à la prescription; les fausses représentations et les garanties ou assurances en faveur d'une personne dans le but de lui faire obtenir du crédit, de l'argent ou des effets et la vente d'effets ou de marchandises.

CHAPITRE III. LA RECEVABILITÉ DES MOYENS DE PREUVE LORSQU'IL S'AGIT DE CONTREDIRE LES TERMES D'UN ÉCRIT CONSTATANT UN ACTE JURIDIQUE

Dans le droit actuel, ce régime est exprimé à l'article 1234 C.c.B.-C. en ces termes : « dans aucun cas la preuve testimoniale ne peut être admise pour contredire ou changer les termes d'un écrit valablement fait ». L'expression « dans aucun cas » a notamment pour effet d'exclure la preuve testimoniale même lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit. La prohibition de la preuve testimoniale décrétée par l'article 1234 C.c.B.-C. s'applique non seulement entre les parties, mais également lorsqu'une partie tente de prouver contre un tiers que l'écrit ne reflète pas la véritable convention qui a été conclue. De plus, selon la jurisprudence, la prohibition de la preuve testimoniale s'applique également, tel que nous l'avons déjà mentionné, à la preuve des indices d'une présomption visant à contredire les termes d'un écrit.

Sur le premier point, il semble bien que le régime proposé confirme le droit actuel. L'article 2863 affirme que les parties à un acte juridique constaté par écrit ne peuvent, par témoignage, le contredire ou en changer les termes, sans faire de distinction selon que le litige oppose les parties entre elles ou une partie à l'écrit à un tiers. Sur le deuxième point, le droit actuel est profondément modifié vu qu'aux termes de l'article précité, le recours à la preuve testimoniale est autorisé lorsqu'il existe un commencement de preuve.

Quant à la question de savoir si une preuve par présomption reposant sur des faits prouvés par témoins, est admissible pour contredire un écrit, elle n'est pas clairement résolue par le Code. Comme c'est uniquement la preuve testimoniale qui, d'après l'article 2863, est déclarée irrecevable, on pourrait croire que cette prohibition n'affecte pas la preuve par présomption vu le principe de la liberté des moyens de preuve affirmé par l'article 2857. Un doute toutefois subsiste. En se fondant sur le principe selon lequel on ne peut faire indirectement ce qu'on ne peut pas faire directement, la jurisprudence pourrait bien décider de reconduire sa jurisprudence actuelle concernant la preuve par présomption et refuser qu'une partie puisse recourir à la preuve testimoniale pour établir une présomption visant à contredire un écrit.

La plus importante modification proposée par le *Code civil du Québec* concerne la recevabilité de la présentation d'un élément matériel pour contredire les termes d'un écrit valablement fait. Tel que nous l'avons déjà mentionné, il s'agit d'une modification excessivement dangereuse pour la sécurité juridique.

Enfin, il y a lieu de mentionner qu'en vertu de l'article 2864, la preuve par témoins est admise lorsqu'il s'agit d'interpréter ou de compléter un écrit ou d'attaquer la validité de l'acte juridique qu'il constate. Il ne fait aucun doute qu'en vertu du droit actuel la preuve testimoniale est admissible lorsqu'il s'agit d'interpréter un écrit ou d'attaquer la validité de l'acte juridique qu'il constate. Lorsqu'il s'agit toutefois de compléter un écrit, la recevabilité de la preuve testimoniale dépend de l'état de l'écrit en question, car c'est seulement dans le cas d'un écrit apparemment incomplet que la preuve testimoniale est permise. Il faut peut-être regretter que l'article 2864 omette cette précision. Il y a lieu, toutefois, de croire que la jurisprudence n'hésitera pas à l'imposer sinon les conséquences pourraient être désastreuses. En effet, la prohibition de la preuve testimoniale à l'encontre d'un écrit vise autant à protéger le contenu exprès que le contenu implicite du contrat qui y est exprimé⁸⁵. Le contenu implicite d'un contrat, ce sont toutes les clauses qui s'y appliquent en vertu de l'équité de l'usage ou de la loi aux termes de l'article 1024 C.c.B.-C. C'est ainsi que si un écrit constatant une vente ne contient rien au sujet de la garantie, on présumera que les parties ont entendu s'en rapporter aux dispositions légales à ce sujet. Aussi, une preuve qui viserait à démontrer que, malgré le silence de l'écrit au sujet de la garantie, la vente a été faite sans garantie, aurait pour objet, non pas de compléter l'écrit, mais de le contredire. Si l'on devait en décider autrement au regard de l'article 2864, c'est dire que seul désormais le contenu exprès du contrat serait protégé et que la preuve testimoniale serait toujours recevable pour prouver une convention orale ne venant pas directement en conflit avec une clause expresse de l'écrit. Une telle interprétation serait également très lourde de menaces pour la sécurité des contrats.

CHAPITRE IV. LE RÉGIME DE LA RÈGLE DE LA MEILLEURE PREUVE

La règle de la meilleure preuve que consacre l'article 1204 C.c.B.-C. est exprimée d'une façon beaucoup plus explicite par l'article 2860 du Code en ces termes : « 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 légalement en tient lieu ». En effet, l'article 1204 C.c.B.-C., malgré la généralité de ses termes, ne s'applique qu'à la preuve écrite et il convenait de le dire clairement.

85. L. DUCHARME, *op. cit.*, note 58, n^{os} 429 et ss., pp. 195 et ss.

Le Code modifie le droit actuel sur deux points dont l'un concerne la preuve primaire et l'autre la preuve secondaire. Au sujet de la preuve primaire, le Code confère à la copie d'une reproduction de documents qui a été effectuée conformément aux articles 2840 à 2842, la même valeur qu'à l'original. Pour ce qui est de la preuve secondaire, le Code allège les conditions de recevabilité de cette preuve, en permettant que la preuve d'un document puisse être faite par tous moyens lorsqu'une partie ne peut, malgré sa bonne foi et sa diligence, produire l'original de l'écrit ou une copie qui légalement en tient lieu.

SECTION I — LE RÉGIME DES COPIES DE REPRODUCTION DE DOCUMENTS

La réglementation concernant les copies de reproduction de documents se trouve aux articles 2840 à 2842. Ces articles se trouvent, à toutes fins pratiques, à généraliser, en l'incorporant au Code civil, un régime d'exception dont la réglementation se trouve présentement à la *Loi sur la preuve photographique de documents*⁸⁶. Il existe toutefois entre le régime proposé et les règles actuelles des divergences que nous nous proposons de souligner en étudiant successivement, les bénéficiaires du régime, les documents qui peuvent en faire l'objet, les règles quant à la reproduction et la valeur probatoire des copies de reproduction.

Par. 1. Les bénéficiaires

La *Loi sur la preuve photographique de documents* (ci-après désignée comme la Loi), confère à certaines institutions nommément désignées, de même qu'à tout organisme à qui cette Loi est déclarée applicable par décret, le droit de procéder à la reproduction sur pellicule photographique des documents en leur possession, pour que cette reproduction tienne lieu des originaux et ce, afin de leur permettre de procéder à la destruction de ces originaux. Les institutions nommément désignées sont : le gouvernement du Québec, les commissions scolaires, les banques à charte fédérale, les compagnies d'assurance faisant affaires au Québec en vertu d'un permis émis sous l'empire de la *Loi sur les assurances*, les compagnies de fidéicommiss enregistrées en vertu de la *Loi sur les compagnies de fidéicommiss*. Quant aux organismes à qui la Loi peut être déclarée applicable par décret, il s'agit de toute association, société, ou corporation publique ou privée qui n'y est pas spécialement mentionnée^{86a}.

Si l'on examine maintenant quels sont les organismes qui en vertu du Code peuvent bénéficier du régime spécial concernant la reproduction des documents, on constate qu'il s'agit de l'État et de toute personne morale de droit public ou de droit privé. L'expression « l'État » désigne ici, selon toute vraisemblance l'État québécois. Quant à l'expression « personne morale de droit public ou de droit privé » il faut, pour son interprétation, s'en rapporter aux articles 298 et 299 C.c.Q. Selon l'article 298, les personnes morales ont la personnalité juridique et elles sont de droit public ou de droit privé. En vertu de l'article 299, les personnes morales sont constituées suivant les formes juridiques prévues par la loi et parfois directement par la loi. De ces dispositions, il résulte que, pour qu'une

86. L.R.Q., c. P-22.

86a. *Id.*, art. 6.

institution jouisse de la personnalité morale, il faut que cette personnalité lui ait été attribuée directement ou indirectement par la loi. Les sociétés et les associations, lorsque leur origine est purement contractuelle ne jouissent pas de la personnalité morale, comme le confirme d'ailleurs l'article 2188 C.c.Q. en ses termes :

La société est en nom collectif, en commandite ou en participation. Elle peut être aussi par actions; dans ce cas, elle est une personne morale.

Parce que les sociétés et les associations ne bénéficient pas de la personnalité morale, elles ne pourront donc pas se prévaloir du régime d'exception des articles 2840 à 2842. Il s'agit là d'un recul par rapport à la présente Loi.

Par ailleurs, comme le droit de procéder à la reproduction de documents est étendu à toutes les personnes morales de droit public et de droit privé sans distinction, il s'ensuit que même les personnes morales étrangères peuvent en bénéficier. Sur ce point, le Code fait preuve d'un libéralisme qui nous apparaît dangereux, surtout lorsqu'on tient compte de l'absence de toutes règles concernant les documents dont la reproduction est autorisée.

Par. 2. Les documents qui peuvent être reproduits

Selon la Loi actuelle, les documents qui peuvent être reproduits, puis détruits, sont tous les documents de plus de cinq ans de date⁸⁷, à l'exclusion des documents appartenant à un tiers et qui doivent lui être remis. Quant au Code, il demeure silencieux sur la nature des documents qui peuvent être reproduits. Il y est question uniquement du mode de preuve d'un document qui a été reproduit ainsi que de la procédure à suivre lorsqu'il s'agit de procéder à la reproduction d'un document. D'où la question de savoir s'il suffit qu'un document ait été reproduit en conformité des règles qui y sont énoncées pour qu'on puisse le prouver selon le mode prévu à l'article 2840. Si tel est le cas, cela voudrait dire que toute personne morale pourrait, à sa seule discrétion, décider si un document doit être conservé tel quel ou simplement reproduit. Cette question se pose d'autant plus que dans l'Avant-projet, l'article 3018, auquel correspond maintenant l'article 2840 C.c.Q., exigeait que trois années se soit écoulées depuis la date d'un document avant que celui-ci puisse être reproduit.

Quant à nous, nous osons espérer que le silence du Code en ce qui concerne la nature des documents qui peuvent être reproduits, s'explique par le désir des rédacteurs de laisser le soin à une loi spéciale d'établir des règles à ce sujet. En effet, selon nous, la proposition contenue dans l'Avant-projet de permettre la reproduction de tout document ayant trois ans de date, était déjà trop libérale. À plus forte raison, trouvons-nous inadmissible que tout document appartenant à une personne morale, puisse, immédiatement après sa création, être reproduit, puis détruit. Malgré, en effet, les progrès considérables que la technique a réalisés dans le domaine de la reproduction des documents, jamais une copie ne remplacera totalement l'original lorsqu'un problème de faux se soulève. Aussi est-il, selon nous, inconcevable qu'on puisse permettre à une seule des parties à un acte juridique de décider si l'original constatant cet acte doit être conservé tel quel ou reproduit puis détruit.

87. Dans le cas des documents mentionnés dans l'annexe à la *Loi sur les archives nationales* (L.R.Q., 1977, c. A-21.1) un délai différent s'applique, soit celui fixé à cette annexe.

Par. 3. Les règles quant à la reproduction des documents

Au sujet de la reproduction, l'article 2841, à la différence de la Loi actuelle, n'impose pas le recours à la photographie. Selon cet article, tout procédé de reproduction peut être utilisé pourvu que ce procédé soit susceptible de reproduire fidèlement l'original, de constituer une image indélébile de celui-ci et de permettre de déterminer le lieu et la date de la reproduction.

Quant à la reproduction elle-même, elle doit, selon la Loi actuelle, être faite en présence de deux personnes spécialement autorisées à cette fin. Selon l'article 2841, la reproduction va pouvoir se faire en la présence d'un seul témoin autorisé. En vertu de l'article 2842, ce témoin, tout comme sous la Loi actuelle, devra, dans un délai raisonnable, attester la réalisation de cette opération dans une déclaration assermentée. Cette déclaration devra certifier de la fidélité de la reproduction et porter mention de la nature des documents reproduits et des lieu et date de la reproduction. Alors que, sous la Loi actuelle, la déclaration de reproduction doit être faite en double exemplaire, en vertu du Code, elle pourra être faite en un original simple.

Un autre point de divergence entre la Loi actuelle et le *Code civil du Québec* porte sur la destruction des documents une fois qu'ils ont été reproduits. Selon la Loi actuelle, la reproduction d'un document doit être suivie de sa destruction en présence de deux personnes spécialement autorisées à cette fin. Ces témoins doivent de plus attester de la réalisation de cette opération dans une déclaration assermentée. Vu que le Code ne fait plus de la destruction d'un document, une condition préalable à l'utilisation en preuve d'une copie d'une reproduction de ce document, il faut en déduire qu'une telle copie demeure recevable même lorsque l'original existe toujours. À notre avis, tant que l'original subsiste, une partie devrait toujours avoir le droit d'exiger qu'il soit produit et le recours à une copie ne devrait pas être permis.

Par. 4. Du mode de preuve des documents reproduits

Le mode de preuve d'un document reproduit est, selon le Code, similaire à celui défini par la Loi actuelle. L'article 2840 prescrit à ce sujet que la preuve se fait par le dépôt d'un extrait ou d'une copie de la reproduction et par le dépôt de l'original de la déclaration du témoin qui en a certifié la fidélité. L'original de cette déclaration peut toutefois être remplacé par une copie ou un extrait certifié conforme à cet original. Aucune précision n'est cependant donnée quant à l'identité de la personne qui sera compétente pour attester de la conformité d'une copie à l'original. Dans la Loi actuelle, il est prévu que, dans le cas des documents en la possession d'un organisme public, le Conservateur des archives nationales du Québec possède une telle compétence et que, dans les autres cas, elle appartient au notaire qui a été choisi comme dépositaire des exemplaires des déclarations exigées par la Loi.

Il y a lieu également de rappeler que, contrairement à la Loi actuelle, la déclaration concernant la reproduction d'un document ne doit pas être accompagnée d'une déclaration portant que le document en question a été détruit.

Enfin, il convient de souligner que tant la Loi actuelle que le Code passent sous silence le problème de la conservation des reproductions et celui de la conformité de la copie à cette reproduction. En effet, il n'est pas suffisant qu'un document, à l'origine, ait été fidèlement reproduit, encore faut-il que le document

qui est présenté comme une copie de cette reproduction, y soit conforme. Ceci implique que les reproductions soient confiées à la garde d'une personne responsable qui doit en assurer la conservation et à qui doit incomber d'en délivrer des copies ou des extraits conformes. Il faut regretter que le Code ne contienne aucune règle à ce sujet.

SECTION II — DES CONDITIONS D'OUVERTURE À LA PREUVE SECONDAIRE

Le Code modifie les conditions d'ouverture à la preuve secondaire. Dans le *Code civil du Bas-Canada*, ces conditions sont énoncées à l'article 1204 ainsi qu'au paragraphe 6^e de l'article 1233. C'est notamment le paragraphe 6^e de l'article 1233 qui précise à quelles conditions une preuve secondaire est recevable lorsque l'original d'un document a été perdu. Or, en vertu de cette disposition, c'est seulement au cas de perte d'un document par cas imprévu qu'une telle preuve est recevable.

Or, en vertu de l'article 2860, une preuve secondaire va devenir recevable si le réclamant démontre que malgré sa bonne foi et sa diligence, il ne peut produire l'original. Comme en vertu de l'article 2805, la bonne foi se présume, c'est dire qu'il suffira au réclamant de démontrer qu'il a fait diligence pour être admis à faire une preuve secondaire du document qu'il invoque. Est-ce que la diligence dont il s'agit à cet article réfère uniquement aux soins que le réclamant a mis à rechercher le document ou est-ce qu'elle s'étend également aux soins qu'il a mis à sa conservation? Si le tribunal adoptait cette seconde interprétation, la situation ne serait guère différente de celle qui prévaut présentement. Celui qui a fait preuve de diligence dans la conservation d'un document peut toujours prétendre que son impossibilité de le produire provient d'un cas imprévu dont il ne peut être tenu responsable. Si la diligence devait se limiter à démontrer que des recherches infructueuses ont été entreprises pour trouver le document, alors il en résulterait un allègement des conditions d'ouverture à la preuve secondaire par rapport au droit actuel.

CHAPITRE V. LA PROHIBITION DE LA PREUVE PAR OUI-DIRE ET SES EXCEPTIONS

SECTION I — LA PROHIBITION DE PRINCIPE DE LA PREUVE PAR OUI-DIRE SOUS LE DROIT ACTUEL ET SELON LE CODE CIVIL DU QUÉBEC

La prohibition de la preuve par oui-dire est une règle de preuve dont nous avons hérité du droit anglais. En droit anglais, la prohibition de la preuve par oui-dire constitue la principale exception à la règle de principe selon laquelle la preuve de tout fait pertinent au litige est recevable. Comme toutes les règles de preuve du droit anglais, la règle interdisant la preuve par oui-dire a été élaborée par la jurisprudence. C'est la jurisprudence également qui a créé toute une série d'exceptions à cette règle pour déclarer admissibles certaines déclarations extrajudiciaires. Toutes ces exceptions ont été élaborées par la jurisprudence anglaise

de façon ponctuelle et sans que les tribunaux aient été guidés par des principes directeurs⁸⁸.

Deux facteurs à notre avis ont contribué à introduire en droit québécois les règles du droit anglais concernant la preuve par ouï-dire. Il y a eu, tout d'abord, l'*Ordonnance de Carleton* qui a rendu le droit anglais applicable dans les matières commerciales. Mais le facteur déterminant a été l'adoption par le droit québécois du système anglais d'administration des preuves et, plus particulièrement, l'adoption des règles d'administration de la preuve testimoniale. C'est d'ailleurs sur ces règles contenues au *Code de procédure civile* que, dans l'affaire *Royal Victoria Hospital c. Morrow*⁸⁹, la Cour suprême s'est fondée pour affirmer que la règle du droit anglais interdisant la preuve par ouï-dire faisait partie intégrante de notre droit.

Dans le *Code civil du Québec*, la prohibition du ouï-dire a été codifiée au deuxième alinéa de l'article 2843 en ces termes :

Il [le témoignage] doit, pour faire preuve, être contenu dans une déposition faite à l'instance, sauf du consentement des parties ou dans les cas prévus par la loi.

Tant sous le droit actuel qu'en vertu du *Code civil du Québec*, la prohibition de principe de la preuve par ouï-dire est assortie d'exceptions. Si en ce qui concerne la prohibition comme telle, le Code ne fait que confirmer le droit existant, on va voir qu'il en va différemment en ce qui concerne le régime des exceptions.

SECTION II — LE RÉGIME DES EXCEPTIONS À LA PROHIBITION DE LA PREUVE PAR OUI-DIRE

Par. 1. Le régime des exceptions selon le droit actuel

Sous le Code actuel, les exceptions à l'interdiction de la preuve par ouï-dire peuvent être rangées en deux catégories : les exceptions codifiées, c'est-à-dire celles qui résultent d'une disposition expresse de la loi et les exceptions non codifiées, c'est-à-dire celles qui trouvent leur source en droit en anglais. Les exceptions non codifiées sont de loin les plus nombreuses et les plus importantes. Évidemment, il n'y a pas lieu de rappeler ici chacune de ces exceptions et d'en définir les conditions d'application. Il importe toutefois de s'interroger sur le caractère limitatif ou non de cette liste d'exceptions.

— La liste des exceptions à l'interdiction de principe de la preuve par ouï-dire a-t-elle un caractère limitatif?

En droit anglais, toutes les exceptions à la prohibition du ouï-dire ont été élaborées par la jurisprudence de façon ponctuelle et sans que les tribunaux aient été guidés par des principes directeurs. La Chambre des lords traitant de l'état du droit anglais concernant la prohibition de la preuve par ouï-dire, a déclaré, par un jugement majoritaire, dans l'affaire *Myers c. D.P.P.*⁹⁰, que l'état du droit à ce sujet avait atteint au XIX^e siècle son stade ultime de développement et qu'il

88. *Myers c. D.P.P.*, [1965] A.C. 1009.

89. [1974] R.C.S. 501.

90. [1965] A.C. 1009.

n'appartenait plus aux tribunaux, mais au législateur, de créer de nouvelles exceptions, les tribunaux devant se contenter désormais de gérer les exceptions déjà reconnues. Toutefois, dans l'affaire *Ares c. Venner*⁹¹, la Cour suprême du Canada a refusé d'adhérer à une doctrine aussi rigide, et s'est ralliée à la position des juges minoritaires dans l'affaire *Myers*. Elle a jugé en conséquence que nos tribunaux possèdent le pouvoir de créer de nouvelles exceptions. Puis, exerçant ce pouvoir, elle a affirmé que les dossiers d'hôpitaux y compris les notes des infirmières, rédigés au jour le jour par une personne qui a une connaissance personnelle des faits et dont le travail consiste à faire les écritures ou rédiger les dossiers doivent être reçus en preuve comme preuve *prima facie* des faits qu'ils relatent.

Même si cet arrêt a été rendu en appel d'une décision de la Chambre d'appel de la Cour suprême de l'Alberta, il fait également autorité au Québec. En effet, dans la mesure où les exceptions à la prohibition de la preuve par ouï-dire en droit québécois relèvent de la common law, toute décision de la Cour suprême ayant pour effet d'explicitier les règles de la common law à ce sujet, doit recevoir application au Québec. C'est ainsi que par l'effet de l'arrêt *Ares*, le droit québécois s'est trouvé à s'enrichir d'une nouvelle exception : soit celle relative aux dossiers hospitaliers, exception à laquelle nos tribunaux ont d'ailleurs donné effet⁹². L'arrêt *Ares* a entraîné un autre résultat. Il s'est trouvé à investir nos tribunaux du pouvoir de créer de nouvelles exceptions à l'interdiction de la preuve par ouï-dire. C'est en invoquant l'autorité de cet arrêt que la Cour supérieure a permis à un assureur de se servir d'un rapport d'un inspecteur municipal des bâtiments pour établir que l'immeuble de son assuré était inoccupé au moment d'un incendie, sans exiger la démonstration de l'impossibilité de faire comparaître comme témoin l'auteur de ce rapport⁹³. C'est également en s'appuyant sur l'autorité de l'arrêt *Ares* que le Tribunal de la jeunesse, a créé une nouvelle exception à la prohibition du ouï-dire au profit des déclarations des enfants en bas âge au sujet des abus sexuels dont ils auraient été victimes⁹⁴. C'est cette jurisprudence qui est à l'origine des modifications qui ont été apportées à la *Loi sur la protection de la jeunesse*⁹⁵ en vue précisément de permettre l'utilisation en preuve de telles déclarations. Cette réglementation se trouve aux articles 85.1 à 85.6 de cette Loi.

Par. 2. Le régime des exceptions à la prohibition du ouï-dire selon le Code civil du Québec

Relevons tout d'abord que le Code confirme le droit existant en ce qui concerne la preuve par ouï-dire qui est admise du consentement des parties. Là où le Code diffère du droit actuel, c'est en ce qui concerne les autres exceptions. En effet, les rédacteurs du Code, au lieu de chercher à codifier chacune des exceptions reconnues, ont préféré énoncer à quelles conditions une déclaration extrajudiciaire peut être admissible en preuve à titre d'exception à la prohibition

91. [1970] R.C.S. 608. La Cour suprême a réaffirmé dans deux autres arrêts le pouvoir des tribunaux de créer de nouvelles exceptions à la prohibition du ouï-dire : *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531 et *R. c. Seaboyer*, (1991) 128 N.R. 81, p. 121 (C.S.C.).

92. *Côté c. Hansebout*, J.E. 84-271 (C.S.); *Montplaisir c. Gélinas*, [1981] R.L. 251 (C.S.); *Zappavigna c. Ville de Montréal*, [1979] R.P. 257 (C.S.).

93. *Nicholas c. Commercial Union Assurance Co. Ltd.*, [1979] C.S. 370.

94. L. DUCHARME, « La prohibition du ouï-dire et les déclarations des enfants en bas âge au sujet des abus sexuels dont ils auraient été victimes », [1987] R.G.D. 563.

95. L.R.Q., c. P-34.1.

de la preuve par ouï-dire. Pour les fins de la détermination de ces conditions, ils ont établi une distinction entre les déclarations extrajudiciaires d'une personne qui ne comparaît pas comme témoin et les déclarations extrajudiciaires d'une personne qui comparaît comme témoin. L'article 2870 traite des déclarations de la première catégorie et l'article 2871 des déclarations de la deuxième catégorie.

A. Le régime des déclarations d'une personne qui ne comparaît pas comme témoin

Pour ce qui est des déclarations d'une personne qui ne comparaît pas comme témoin, l'article 2870 pose des conditions de fond et des conditions de procédure.

I - Conditions de fond

L'article 2870 impose deux conditions : une condition de nécessité et une condition de fiabilité. Il s'agit, en fait, des deux conditions qui apparaissent comme le dénominateur commun des exceptions créées par la jurisprudence anglaise au sujet des déclarations de personnes décédées.

a) Condition de nécessité

Pour que la déclaration d'une personne qui ne comparaît pas comme témoin soit recevable, il faut comme première condition qu'il soit impossible d'obtenir la comparution du déclarant comme témoin, ou déraisonnable de l'exiger. Il s'agit de la condition de nécessité.

Toutefois, il y a lieu de souligner que, contrairement aux règles traditionnelles, ce n'est pas uniquement le décès du déclarant, mais également l'impossibilité pour toute autre raison valable d'obtenir sa comparution, qui rend sa déclaration recevable en preuve. Cette impossibilité pourrait résulter de la maladie, de l'éloignement ou encore de l'impossibilité de l'identifier ou de le retracer.

Selon l'article 2870, la condition de nécessité est également satisfaite lorsqu'il est déraisonnable d'exiger la comparution du déclarant comme témoin. Cette situation pourrait notamment se présenter à propos d'annotations ou d'entrées faites de façon systématique dans un registre lorsqu'il y a lieu de présumer que celui qui les a faites n'a pas pu conserver un souvenir précis des faits qu'il y a consignés. Ce serait le cas par exemple des entrées faites méthodiquement par les infirmières dans les dossiers d'hôpitaux.

b) Condition de fiabilité

Comme deuxième condition, il faut que les circonstances entourant la déclaration donne à celle-ci des garanties suffisamment sérieuses pour pouvoir s'y fier. Cette exigence correspond à la condition de fiabilité qui est commune à toutes les exceptions que la jurisprudence anglaise a élaborées au profit des déclarations de personnes décédées.

Il existe toutefois trois cas dans lesquels cette condition de fiabilité est présumée satisfaite : i - lorsqu'il s'agit de documents élaborés dans le cours des activités d'une entreprise; ii - les documents insérés dans un registre dont la loi

exige la tenue; et iii - les déclarations spontanées et contemporaines de la survenance des faits.

1) Cas dans lesquels une déclaration est présumée fiable

i - Les documents d'entreprise

L'article 2870 crée une présomption de fiabilité en faveur des documents élaborés dans le cours des activités d'une entreprise. Par cette présomption, les documents de cette nature se trouvent à bénéficier d'un traitement de faveur qui contraste avec la méfiance dont ils sont entourés sous le Code actuel. En effet, en vertu de l'article 1227 C.c.B.-C., les registres et papiers domestiques ne peuvent faire foi en faveur de leur auteur. C'est pourquoi il est douteux, sous le droit actuel, qu'une entreprise, en vue de prouver un fait contre un tiers, puisse se prévaloir de l'exception des déclarations dans l'exécution des fonctions. Or, tel que nous l'avons vu précédemment, l'article 1227 n'a pas été conservé dans le Code. On lui a substitué l'article 2832 selon lequel l'écrit, ni authentique ni semi-authentique, qui rapporte un fait peut, sous réserve des règles contenues dans ce Livre, être admis en preuve à titre de témoignage ou à titre d'aveu contre son auteur. Les cas dans lesquels un écrit de ce genre peut être admis à titre de témoignage se trouvent précisés aux articles 2870 et 2871. L'un de ces cas concerne les documents élaborés dans le cours des activités d'une entreprise vu qu'en vertu de l'article 2870 ils bénéficient d'une présomption de fiabilité.

ii - Les documents insérés dans un registre dont la tenue est exigée par la loi

L'article 2870 confère également une présomption de fiabilité aux documents insérés dans un registre dont la tenue est exigée par la loi. Que faut-il entendre par un registre dont la tenue est exigée par la loi? S'agit-il uniquement des registres à caractère public ou s'agit-il également des registres privés? S'il s'agit des registres publics, la disposition nous apparaît inutile. En effet, les seuls registres de cette nature concernent les registres de l'état civil et les registres des droits soumis à la publicité. Comme ces registres revêtent un caractère authentique, ils font preuve de tous les faits que l'officier public doit y consigner, tel que l'affirme l'article 2818. C'est donc le régime des écrits instrumentaires qui s'applique à ces registres et non celui de la preuve testimoniale.

Si, par ailleurs, ce sont les registres privés dont la loi requiert la tenue qui sont visés, tels les registres dont la tenue est exigée par la *Loi sur les compagnies*, il est permis de se demander si tous les documents insérés dans des registres de ce genre peuvent *a priori* être présumés fiables. Seul un inventaire de tous ces documents pourrait permettre de répondre à cette question, inventaire auquel, pour notre part, nous n'avons pas procédé. Il est également très difficile de savoir ce qu'il faut entendre par « document inséré dans un registre ». Pour ces raisons, il nous apparaît très difficile de définir la portée exacte de cette exception particulière.

iii - Les déclarations spontanées et contemporaines de la survenance des faits

La troisième catégorie de déclarations auxquelles l'article 2870 attribue une présomption de fiabilité concerne les déclarations spontanées et contemporaines

de la survenance des faits. Selon le droit actuel pour qu'une déclaration de cette nature soit recevable en preuve à titre d'exception à la prohibition de la preuve par ouï-dire, elle doit satisfaire à des conditions très strictes. Elle doit émaner d'une personne en état de choc et porter sur les circonstances de l'événement qui l'a provoquée. Il doit de plus y avoir une telle relation de cause à effet entre l'événement et la déclaration qu'il soit impossible que le déclarant ait pu réfléchir à ce qu'il a dit. Si ces conditions sont réunies, la déclaration est admissible en tant que telle en vue de prouver les faits qui y sont énoncés. Elle demeure recevable même lorsque le déclarant est une personne qui serait disponible pour rendre témoignage. Elle le demeure également lorsqu'elle émane d'une personne qui ne serait pas compétente à rendre témoignage, comme dans le cas où le déclarant est un enfant en bas âge.

Or, en vertu de l'article 2870, l'exception des déclarations spontanées et contemporaines comporte de nouvelles exigences tant en ce qui concerne la compétence à témoigner qu'au sujet de la disponibilité comme témoin du déclarant. Parce que cet article exige que la déclaration ait été faite par une personne qui aurait été compétente à témoigner sur les faits qui y sont énoncés, il s'ensuit que cette exception ne pourra plus s'appliquer dans le cas d'une déclaration émanant d'un enfant qui serait trop jeune pour venir témoigner. De même, pour qu'une déclaration spontanée puisse être recevable en preuve en vertu de l'article 2870, il va falloir que le déclarant ne soit pas disponible pour venir témoigner ou qu'il soit déraisonnable de l'exiger. Lorsque le déclarant comparaît comme témoin, c'est seulement à titre de déclaration antérieure et sujette aux conditions de l'article 2871 qu'elle pourra être recevable.

Il y a lieu également de se demander si en ce qui concerne la déclaration comme telle, le Code se trouve à confirmer le droit existant. En d'autres termes, faut-il interpréter l'expression « déclaration spontanée et contemporaine » comme consacrant le droit actuel à ce sujet? Nous le croyons. Selon nous, en effet, une déclaration ne doit pas être admissible du seul fait qu'elle est spontanée et contemporaine de la survenance d'un événement; il faut de plus que les conditions qui sont présentement exigées d'une telle déclaration soient satisfaites.

2) Les déclarations admissibles sur preuve de leur fiabilité

En dehors des trois cas que nous venons d'analyser, toute autre déclaration faite par une personne qui ne comparaît pas comme témoin, ne peut être admise à titre de témoignage que sur preuve qu'elle a été faite dans des circonstances qui lui donnent des garanties suffisamment sérieuses pour pouvoir s'y fier. Il ne fait aucun doute, selon nous, que cette exigence devrait être considérée satisfaite en ce qui concerne toutes les déclarations qui, en vertu du droit actuel, sont recevables en preuve à titre d'exceptions à la prohibition de la preuve par ouï-dire. Toutes ces déclarations, en effet, ont en commun le fait qu'elles offrent de sérieuses garanties d'exactitude. En dehors de ces déclarations, il appartiendra à la jurisprudence de déterminer sur la base du critère de la fiabilité énoncé par le Code, celles qui seront également recevables à titre d'exceptions à la preuve par ouï-dire.

On sait que, présentement, suite à la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Ares c. Venner*, nos tribunaux possèdent déjà le pouvoir de créer de nouvelles exceptions, mais qu'ils font preuve d'une très grande retenue à ce sujet. Cette attitude va-t-elle changer? Comme à notre avis le Code manifeste une volonté

de la part du législateur d'autoriser plus librement le recours à la preuve par ouï-dire, il faut espérer que nos tribunaux ne se montreront pas trop conservateurs dans l'application des nouvelles règles.

II - Conditions de procédure

L'article 2870 impose des conditions de procédure pour qu'une déclaration faite par une personne qui ne comparaît pas comme témoin puisse être admise à titre de témoignage. Cet article, en effet, subordonne la recevabilité de cette déclaration, à une autorisation préalable du tribunal, laquelle ne sera accordée que sur demande spéciale à cet effet. Cette demande devra alléguer que la déclaration qui en fait l'objet satisfait à toutes les conditions requises pour être recevable. L'adversaire pourra évidemment la contester et dans ce cas, il incombera alors au réclamant d'en démontrer le bien-fondé. Il est à prévoir que des dispositions insérées au *Code de procédure civile* viendront compléter la réglementation de l'article 2870.

B. L'exception relative aux déclarations antérieures d'une personne qui comparaît comme témoin

En vertu de l'article 2871, lorsqu'une personne comparaît comme témoin, ses déclarations antérieures sur des faits au sujet desquels elle peut légalement déposer, peuvent être admises à titre de témoignages à la seule condition de présenter des garanties suffisamment sérieuses pour pouvoir s'y fier. La recevabilité en preuve de telles déclarations n'est pas assujettie à un contrôle préalable du tribunal. Sous le droit actuel, la prohibition du ouï-dire s'oppose à ce qu'un témoin puisse référer à ses propres déclarations antérieures en vue de prouver un fait en litige. De plus, un témoin ne peut, en vue de rehausser sa propre crédibilité, invoquer ses propres déclarations antérieures. C'est seulement lorsque la partie adverse cherche à miner la crédibilité d'un témoin en lui imputant une fabrication récente de témoignage, que celui-ci peut invoquer ses déclarations antérieures compatibles avec son témoignage en vue de repousser cette attaque contre sa crédibilité.

Ces deux règles devront être revues à la lumière de l'article 2871 vu qu'en vertu de cet article, toute déclaration antérieure d'un témoin est admissible à titre de témoignage, si cette déclaration présente des garanties suffisamment sérieuses pour qu'on puisse s'y fier. Il incombera évidemment à la jurisprudence de définir en quoi vont consister ces garanties, mais d'ores et déjà, il est permis de penser que les déclarations qui, aux termes de l'article 2870, sont présumées fiables, vont bénéficier de la même présomption lorsqu'elles seront offertes à titre de témoignages en vertu de l'article 2871.

Aussi, le principal problème que soulève l'article 2871 est-il celui de savoir si la fiabilité d'une déclaration antérieure doit se décider en vertu des mêmes critères que ceux applicables à la déclaration d'une personne non disponible pour rendre témoignage. En d'autres termes, est-il possible qu'une déclaration soit admissible en preuve à titre de déclaration antérieure lorsque son auteur comparaît comme témoin, alors qu'elle ne le serait pas aux termes de l'article 2870 si son auteur n'était pas disponible pour venir témoigner?

En théorie, il serait justifiable qu'un régime plus libéral s'applique aux déclarations antérieures d'un témoin, vu qu'il est alors possible de contre-interroger

ce témoin au sujet de cette déclaration. Au niveau des textes toutefois, il n'est pas évident que telle soit l'intention du législateur. En vertu de l'article 2871, une déclaration peut être admise à titre de témoignage si elle présente « des garanties suffisamment sérieuses pour pouvoir s'y fier ». En vertu de l'article 2870, une déclaration peut être admise à titre de témoignage si les circonstances entourant la déclaration donnent à celle-ci des garanties suffisamment sérieuses pour pouvoir s'y fier. Dans le premier cas, la déclaration doit présenter des garanties suffisamment sérieuses pour pouvoir s'y fier, alors que dans le second cas, ce sont apparemment les circonstances entourant la déclaration qui doivent lui donner des garanties suffisamment sérieuses pour qu'on puisse s'y fier. Toutefois, comme la fiabilité d'une déclaration dépend toujours des circonstances dans lesquelles elle a été faite, les deux articles se trouvent à exprimer, à notre avis, la même idée, mais en utilisant des formules différentes.

C. La preuve d'une déclaration extrajudiciaire offerte à titre de témoignage

Une déclaration extrajudiciaire ne peut faire preuve que si au préalable elle est elle-même prouvée. Les articles 2872 à 2874 énoncent de quelle manière une déclaration extrajudiciaire doit être prouvée. Ces articles établissent une distinction entre la déclaration orale et la déclaration écrite.

I - La preuve d'une déclaration extrajudiciaire écrite

Selon l'article 2872, lorsque la déclaration extrajudiciaire a été faite par écrit, elle doit être prouvée par la production de cet écrit. Il s'agit d'une application particulière de la règle générale affirmée à l'article 2860 selon laquelle le contenu d'un écrit doit être prouvé par la production de l'original ou d'une copie qui légalement en tient lieu. Doit être considérée comme faite par écrit, la déclaration qu'une personne a écrite elle-même, que ce soit sous forme manuscrite ou autrement, de même que celle qu'elle a reconnue exacte en la signant.

II - La preuve d'une déclaration orale offerte à titre de témoignage

En vertu de l'article 2872, toute déclaration orale offerte à titre de témoignage doit en principe être prouvée par la déposition de l'auteur ou de ceux qui en ont eu personnellement connaissance. Ce principe comporte toutefois trois exceptions.

a) Le principe

Afin d'éviter le oui-dire dans le oui-dire, le Code exige que toute déclaration orale offerte à titre de témoignage soit prouvée par la déposition de l'auteur ou de ceux qui en ont eu personnellement connaissance. Évidemment, la preuve d'une déclaration orale par la déposition de son auteur ne sera possible que dans le cas où il s'agit d'une déclaration antérieure d'une personne qui comparaît comme témoin. Lorsque la déclaration émane d'une personne qui ne comparaît pas comme témoin, il sera nécessaire de recourir aux témoignages des personnes qui ont été elles-mêmes témoins de cette déclaration.

b) Les exceptions

Par exception au principe que toute déclaration orale doit se prouver par la déposition de l'auteur ou de ceux qui en ont eu personnellement connaissance, l'article 2873 permet qu'une déclaration orale puisse être prouvée par écrit dans deux cas particuliers. Le premier concerne la déclaration consignée dans un écrit par une personne autre que celle qui l'a faite lorsque le déclarant a reconnu qu'il reproduisait fidèlement sa déclaration. Par exemple, une personne relève le numéro de plaque d'un véhicule automobile et demande à une autre personne de le noter. Celle-ci le note et lit à haute voix le numéro qu'elle a inscrit et le premier en confirme l'exactitude. La preuve de la déclaration orale de celui qui a fait le relevé du numéro pourra se faire par la production de l'écrit où ce numéro a été consigné. Pour que l'exception s'applique, il ne faut pas que l'auteur de la déclaration orale ait approuvé par sa signature le contenu de l'écrit, car il s'agirait alors d'une déclaration écrite et non d'une déclaration orale consignée par écrit.

Le deuxième cas prévu par l'article 2873 est celui de l'écrit qui a été rédigé à la demande du déclarant ou par une personne qui agissait dans l'exercice de ses fonctions, s'il y a lieu de présumer, eu égard aux circonstances, que l'écrit reproduit fidèlement la déclaration. Par exemple, si deux personnes procèdent ensemble à faire l'inventaire d'un commerce et que l'une d'elles compte les articles et que l'autre les inscrit, l'écrit pourra faire preuve des déclarations de celui qui a procédé au décompte de la marchandise. Dans le cas des activités d'une entreprise, il arrive que la personne qui fait les entrées dans les registres n'est pas celle qui a une connaissance personnelle des faits qui y sont consignés. Dans un tel cas, le registre pourra être utilisé comme preuve des déclarations faites au teneur de livres sur preuve que cet écrit satisfait bien aux conditions du 2^e alinéa de l'article 2873.

Le troisième cas d'exception concerne la déclaration qui a été enregistrée sur ruban magnétique ou par une autre technique d'enregistrement à laquelle on peut se fier. Cette déclaration pourra être prouvée par la présentation de l'enregistrement, à la condition toutefois, qu'une preuve distincte en établisse l'authenticité.

CHAPITRE VI. LA SANCTION DES RÈGLES DE PREUVE

L'article 2859 consacre la règle actuelle selon laquelle le tribunal ne peut sanctionner d'office les règles concernant la recevabilité des moyens de preuve, lorsqu'une partie présente fait défaut de les invoquer. On peut se demander, toutefois, pourquoi cet article réfère à « une partie présente ou représentée ». Les mots « ou représentée » nous paraissent superflus. Une partie peut être présente soit personnellement ou par un représentant. Ainsi, à l'article 2810, il est dit que le tribunal peut, en toute matière, prendre connaissance des faits litigieux en présence des parties ou lorsque celles-ci ont été dûment appelées. L'expression « en présence des parties » signifie les parties étant présentes elles-mêmes ou représentées. Il n'y a pas lieu de donner à l'expression « une partie présente » de l'article 2859 une signification différente. Il y aurait donc lieu de supprimer les mots « ou représentée » de l'article 2859.

Une autre anomalie concerne l'article 2866. Cet article correspond à l'article 1240 C.c.B.-C. et n'est pas à sa place dans le cadre du chapitre traitant de la recevabilité des moyens de preuve. La règle énoncée à l'article 1240 C.c.B.-C.

a pour objet, tel que nous l'avons vu précédemment, d'attribuer le caractère de présomption irréfragable à toute présomption légale lorsqu'à raison de telle présomption, la loi annule certains actes ou refuse l'action en justice, sans avoir réservé la preuve contraire. L'article 2866 conserve la même finalité dans le Code. C'est au chapitre troisième « De la présomption » du titre deuxième que cet article aurait dû être inséré. C'est pourquoi nous considérons que la règle énoncée à l'article 2859 ne saurait s'appliquer lorsqu'une preuve est offerte à l'encontre d'une présomption visée par l'article 2866. En effet, parce que toute présomption irréfragable exprime une règle d'ordre public, il incombe au tribunal de l'appliquer d'office.

CONCLUSION

Sur le strict plan de la forme, le Code, dans son ensemble, est excellent. La division de la matière en trois titres a permis un regroupement logique des règles.

Quant au fond, le Code appelle plus de réserves. En effet, si certaines des réformes proposées méritent d'être approuvées, plusieurs, en revanche, nous paraissent critiquables. Parmi les aspects positifs, il y a lieu de relever les suivants : la clarification apportée à la réglementation des actes authentiques; la reconnaissance expresse que la preuve de la date d'un écrit sous seing privé peut se faire par tous moyens; l'attribution du caractère d'acte semi-authentique à tous les actes émanant d'un officier public étranger; la répudiation de la jurisprudence actuelle de la Cour d'appel en ce qui concerne la force probante des aveux extrajudiciaires; la codification de la règle de la pertinence; l'attribution au tribunal du pouvoir d'exclure un élément de preuve qui a été obtenu dans des conditions qui portent atteinte aux droits et libertés fondamentaux lorsque son utilisation serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice; le remplacement de la notion d'acte de commerce par la notion d'acte d'entreprise; l'atténuation apportée à la règle présentement exprimée à l'article 1234 C.c.B.-C. en rendant recevable la preuve testimoniale pour contredire un écrit lorsqu'il existe un commencement de preuve; la codification de la règle selon laquelle un tribunal ne peut sanctionner d'office les règles concernant la recevabilité des moyens de preuve et l'élaboration de nouvelles règles en ce qui concerne les exceptions à la prohibition de la preuve par ouï-dire.

Si sur tous ces points, le Code suggère des modifications qui nous paraissent bienvenues, sur d'autres sujets, les changements proposés nous paraissent non justifiés. Il en est notamment ainsi de l'accroissement du formalisme en ce qui concerne les procurations sous seing privé faites à l'étranger; du remplacement de la règle actuelle selon laquelle c'est la valeur de l'acte juridique en tant que telle qui permet de déterminer si la preuve testimoniale est recevable ou non, par une règle qui fait dépendre la recevabilité de la preuve testimoniale de la valeur du litige, et de l'attribution aux reproductions des documents en possession de l'État et des personnes morales de droit public ou de droit privé, la même valeur qu'à l'original.

Mais de tous les changements proposés, ceux qui, selon nous, soulèvent le plus d'interrogations, sont d'une part, le nouveau pouvoir que le Code attribue au tribunal dans la recherche de la vérité et, d'autre part, l'importance conférée à la présentation d'un élément matériel en tant que procédé de preuve. Sur le premier point, en effet, il nous apparaît contraire au caractère accusatoire de notre sys-

tème d'administration de la preuve, de conférer au tribunal, tel que l'affirme l'article 2810, le pouvoir, en toute matière, de prendre connaissance des faits litigieux, en présence des parties ou lorsque celles-ci ont été dûment appelées. Quant au nouveau moyen de preuve dénommé « présentation d'un élément matériel », le Code, non seulement le consacre en tant que procédé autonome et distinct des procédés traditionnels, mais le déclare librement recevable à toutes fins. Ce changement, à notre avis, porte atteinte à la primauté de l'écrit en tant que moyen de preuve d'un acte juridique et diminue la valeur de la preuve testimoniale en tant que moyen de preuve des faits matériels.