

LE RÉGIME DES PREUVES EN MATIÈRES CIVILES ET LE PROJET DE CODE FÉDÉRAL DE LA PREUVE.

Léo Ducharme*

Le projet de code fédéral de la preuve¹ a pour objet principal de réformer le régime des preuves dans les matières criminelles et c'est surtout cet aspect de la réforme qui a jusqu'à présent retenu l'attention. Le projet vise également à modifier le régime des preuves dans certaines affaires civiles. C'est l'objet du présent travail de chercher à cerner l'importance de la réforme proposée en ce qui concerne les matières civiles en prenant comme point de comparaison tant le régime des preuves du droit québécois que celui de la *Loi de la preuve au Canada*². Avant de procéder à cette comparaison, il y a lieu tout d'abord de définir quelles sont les matières civiles que le projet de code entend régir.

I - Des matières civiles régies par le projet de code fédéral de la preuve.

La première question qu'il importe de se poser est précisément celle de définir les affaires civiles que le projet entend régir. La réponse se trouve à l'article 86 P.F. qui s'énonce ainsi:

"Les dispositions du présent code s'appliquent aux instances criminelles ainsi qu'aux instances évoquées devant la Cour fédérale et devant la Cour suprême du Canada.

Sont exclus toutefois, dans ce dernier cas, les appels des instances qui ne sont pas elles-mêmes régies par le présent code".

De cette disposition, il résulte que le code projeté entend régir principalement les instances "évoquées" devant la Cour fédérale. Il y a lieu de souligner que le mot "évoquées" qui se trouve dans la version française de l'art. 86 est mal choisi. "Evoquer" veut dire transférer d'un tribunal à un autre. Ici, il s'agit pas d'une cause qui serait transférée d'un tribunal à la Cour fédérale, mais d'une cause intentée directement devant la Cour fédérale.

Le projet de code est destiné à s'appliquer également à l'occasion d'un appel devant la Cour suprême du Canada d'une décision rendue par la Cour fédérale. Lors d'un tel appel, les plaideurs pourront, par exemple, se prévaloir de l'art. 85(5) pour

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa, Section de droit civil.

1 Commission de réforme du droit du Canada, *Rapport sur la preuve*, Ottawa, Editeur Officiel, 1975.

2 1970 S.R.C., ch. E-10.

demander à la Cour suprême de prendre connaissance d'office de certains faits en vue de combler une lacune dans la preuve. Ce paragraphe prévoit, en effet, qu'on peut prendre connaissance d'office d'un fait à toute étape de la procédure et donc même en appel.

Il semble bien également que le projet de code et plus spécialement les dispositions concernant la connaissance d'office s'appliqueront lors d'un renvoi à la Cour suprême concernant la constitutionnalité d'une loi.

Il n'en demeure pas moins que la véritable portée du projet de code est de régir les affaires civiles portées devant la Cour fédérale³. *Ce projet pourrait donc être plus correctement dénommé, pour ce qui est des affaires civiles, "projet de code de la preuve de la Cour fédérale"*.

L'approche est donc ici fort différente de celle de la *Loi de la preuve au Canada*⁴ que ce projet entend remplacer. La portée de la *Loi de la preuve au Canada* est définie à l'article 2 comme s'étendant à toutes les procédures civiles ainsi qu'à toutes les autres matières de la compétence du parlement du Canada. C'est dire que les dispositions de la loi fédérale doivent recevoir application dans les matières fédérales et ce sans égard au tribunal appelé à connaître du litige, qu'il s'agisse d'un tribunal provincial ou de la Cour fédérale.

"Art. 2. La présente partie s'applique à toutes les procédures criminelles et à toutes les procédures civiles, ainsi qu'à toutes les autres matières de la compétence du parlement du Canada".

Les auteurs du projet de code, conscients du changement proposé, le justifient ainsi:

"L'actuelle loi de la preuve au Canada contient les règles de preuve qui régissent les instances criminelles et les instances évoquées devant la Cour fédérale, de même que les appels de ces décisions portées devant la Cour suprême du Canada.

Le paragraphe (1) confère au code le même champ d'application. Le code ne gouvernera pas des domaines de compétence fédérale comme le divorce, les brevets d'invention, les lettres de change et la faillite. En effet, exception faite des problèmes posés par la détermination des limites constitutionnelles dans les affaires évoquées devant les tribunaux provinciaux, la cour doit souvent traiter de l'une ou l'autre de ces questions de

3 Il y a lieu de mentionner toutefois qu'aux termes de l'art. 87, les articles 4 et 5 portant sur les règles de pertinence et d'exclusion, et les articles 32 à 45 concernant le droit au secret, s'appliquent aux procédures d'enquêtes judiciaires, arbitrales ou autres, tombant sous l'autorité des lois du Canada. De plus, il est prévu au paragraphe 43(6) que le droit au secret des informations officielles peut être invoqué dans les instances relevant tant de la compétence fédérale que provinciale.

4 1970 S.R.C., ch. E-10.

concert avec un problème qui relève de la compétence exclusive des provinces. Ainsi, un individu peut dans une seule et même action invoquer un recours contractuel et un recours prévu par la Loi des lettres de change. Pour éviter la possibilité qu'un groupe de règles de preuve provinciales et un groupe de règles de preuve fédérales s'appliquent à la même action, le Code ne régira pas ces instances".⁵

On voit donc que le motif principal de la réforme est d'éviter que devant les tribunaux provinciaux, on ait à appliquer simultanément les règles de preuve du droit provincial et les règles de preuve du droit fédéral. L'une des conséquences de la réforme proposée est donc d'accroître le domaine d'application des lois provinciales sur la preuve, puisqu'elles deviendront applicables dans les matières fédérales chaque fois que le litige sera porté devant un tribunal provincial⁶.

La mise en vigueur du projet de code n'affecterait pas la portée des dispositions de preuve qui se trouvent dans certaines lois fédérales particulières, telles la *Loi des lettres de charge*, la *Loi sur le divorce*, la *Loi des corporations commerciales canadiennes*, etc. Ces dispositions continueront de s'appliquer devant les tribunaux provinciaux.

Il en est ainsi notamment de l'article 23 de la *Loi sur les textes réglementaires*⁷ qui aux termes d'un arrêt récent de la Cour suprême du Canada⁸ impose aux juges de prendre connaissance d'office de tout règlement publié dans la Gazette officielle du Canada.

Si le critère retenu par le projet de code pour délimiter la sphère respective d'application du droit fédéral de la preuve et des droits provinciaux a le mérite de la simplicité, il n'en soulève pas moins certains problèmes qui tiennent à la nature particulière de la compétence de la Cour fédérale et plus spécialement au fait que la Cour fédérale exerce dans plusieurs domaines une compétence concurrente avec les tribunaux provinciaux. Comme un droit n'existe que dans la mesure où il peut être prouvé légalement, le régime des preuves applicable à une situation donnée peut avoir un effet

5 Rapport sur la preuve, p. 121.

6 Il existe toutefois dans le projet de code un article dont l'application s'étend, par exception, aux causes intentées devant les tribunaux provinciaux, il s'agit de l'article 43 traitant du privilège de la Couronne du chef du Canada de refuser de divulguer en justice des informations officielles et des secrets d'Etat. Cet article est destiné à remplacer l'article 41 de la *Loi de la Cour fédérale* que le projet de code entend abroger (art. 89c P.F.).

7 1970-71-72 S.C., ch. 38.

8 *La Reine c. Steam Tanker Evgenia Chandris*, (1976) 65 D.L.R. (3d) 553, arrêt que nous avons commenté à (1976) 36 R. du B. 698.

déterminant sur le sort d'un litige. Dans la mesure où deux tribunaux également compétents pour connaître d'une affaire sont régis par des régimes de preuve différents, il y a risque que cette différence de régimes soit la source d'une contrariété de jugements. Au niveau des principes, il est difficilement acceptable, que sur un même territoire, le sort d'un litige puisse dépendre du tribunal saisi. Il nous apparaît anormal qu'une personne puisse avoir gain de cause, si elle s'adresse à la Cour fédérale et être déboutée si elle s'adresse à la Cour supérieure du Québec et vice versa. Comme par ailleurs la Cour suprême sera elle-même liée par le régime des preuves appliqué en première instance, elle ne pourra rien pour corriger la situation.

Ce risque de contrariété de jugements fondé sur des considérations de preuve nous apparaît d'autant plus grand, du moins a priori, que le projet de Code, contrairement à la *Loi de la preuve au Canada* entend faire complètement abstraction du droit des provinces en matière de preuve.

On sait, en effet, que la *Loi de la preuve au Canada* qui ne traite en détail que de deux questions, l'administration des témoignages (art. 3 à 16) et la preuve littérale (art. 19 à 36), fait une large place, à titre supplétif, au droit des provinces. En effet l'article 37 de cette loi énonce que:

"Dans toutes les procédures qui relèvent de l'autorité législative du parlement du Canada, les lois sur la preuve qui sont en vigueur dans la province où ces procédures sont exercées, y compris les lois relatives à la preuve de la signification d'un mandat, d'une sommation, d'une assignation ou d'une autre pièce s'appliquent à ces procédures sauf la présente loi et les autres lois du parlement du Canada".

Le projet de code, au contraire, prétend régler de façon complète le domaine de la preuve en faisant abstraction du droit des provinces.

Les seules sources supplétives sont énoncées à l'article 3 en ces termes:

"Lorsque le présent code n'offre pas de solution à un problème de droit de la preuve, celui-ci doit être résolu à la lumière de la raison et de l'expérience, le tout en harmonie avec les buts du présent code".

Dans le droit actuel le régime des preuves applicable devant la Cour fédérale trouve sa source, premièrement dans la *Loi de la Cour fédérale*, deuxièmement dans la *Loi de la preuve au Canada*, troisièmement dans le droit provincial et enfin dans les Règles de pratique de la Cour fédérale établies en vertu de l'article 46 de la *Loi de la Cour fédérale*⁹. Il est à souligner que l'article 2 de la *Loi de la*

9 1970 S.R.C. 2e Supp., C-10.

Cour fédérale définit "pratique et procédure" comme s'étendant à la preuve relative aux questions de pratique et de procédure.

Avec l'adoption du code de la preuve, le droit des provinces sera complètement éliminé comme source de droit devant la Cour fédérale, de même évidemment que les dispositions présentes de la *Loi de la preuve au Canada*.

Si le changement se limitait à réformer les matières présentement régies par la *Loi de la preuve au Canada*, le régime actuel ne serait guère altéré.

L'élimination complète du droit provincial de la preuve nous paraît en soi plus lourde de conséquences. Dans le droit provincial et plus spécialement dans le droit québécois, il existe des règles de preuve si intimement liées au fond même du droit qu'on ne peut les modifier ou les supprimer sans que du même coup la situation juridique qu'elles avaient pour objet de protéger n'en soit altérée.

Nous pensons notamment aux règles concernant la force probante des moyens de preuve et aux règles gouvernant la recevabilité des moyens de preuve. Aussi, à moins que le projet de code fédéral n'adopte sur ces points des règles sensiblement les mêmes que celles du droit québécois, il y a certes risque pour que dans les matières où la Cour fédérale a une compétence concurrente avec les tribunaux québécois, le régime des preuves puisse devenir un facteur déterminant quant à l'issue d'une contestation. C'est ce que nous allons tenter de vérifier en procédant à une analyse du contenu du projet de code.

II - Analyse comparée du contenu du projet de code fédéral.

Comme on ne mesure bien la portée d'une réforme qu'en partant de la situation antérieure, nous proposons de faire cette analyse à la lumière tant du régime des preuves qui prévaut présentement devant la Cour fédérale du Canada qu'eu égard aux règles de preuve applicables dans les matières civiles au Québec, tout en tenant compte dans ce dernier cas, du projet de réforme de l'Office de Révision du Code civil.

Il y a lieu de souligner, en effet, que parallèlement à la Commission de réforme du droit du Canada qui repensait le droit des preuves en matières fédérales, l'Office de Révision du Code civil accomplissait une tâche analogue pour ce qui est du droit québécois. Le comité de la preuve de l'O.R.C.C. a déposé son rapport le 5 juin 1975¹⁰. L'objet de ce projet est moins étendu que celui du projet fédéral. A ce propos, il est bon de rappeler que le droit civil

10 Office de Révision du Code civil, Rapport sur la preuve, Montréal, 1975.

québécois établit une distinction entre les règles de fond et les règles d'administration de la preuve. Les règles de fond étant celles qui régissent de façon plus immédiate la conviction du juge, soit les règles relatives à l'objet et à la charge de la preuve, à la nature, la force probante et la recevabilité des moyens de preuve. Par opposition, les règles de procédure sont celles qui réglementent la mise en oeuvre durant le procès de ces différents procédés de preuve. Les premières se trouvent au Code civil et les secondes au Code de procédure civile. Le projet de l'O.R.C.C. respecte cette distinction traditionnelle et porte donc exclusivement sur les règles de fond en matière de preuve à l'exclusion des règles d'administration de la preuve. De plus l'objet du projet de l'O.R.C.C. se limite à régir le régime des preuves dans les matières civiles. Dans les matières pénales, au Québec, ce sont les dispositions de la *Loi de la preuve au Canada* qui prévalent sur les règles du Code civil, en vertu de l'art. 41 de la *Loi des convictions sommaires*¹¹. Il est donc possible que grâce à cet article, la *Loi de la preuve au Canada* survive éventuellement à son abrogation pour ne s'appliquer que dans les matières pénales québécoises.

Par comparaison, on constate que les auteurs du projet de code fédéral ont pris le pari de l'unicité du régime des preuves pour les matières criminelles et les matières civiles. En effet si l'on excepte un très petit nombre de règles qui sont déclarées propres soit aux unes¹² soit aux autres¹³, toutes les règles sont communes.

Reste à savoir si cette uniformité ne s'est pas faite au détriment des matières civiles. Du seul fait que le projet fédéral est destiné à régir tant les matières criminelles que les matières civiles, il contient un certain nombre d'articles qui n'ont pas de correspondants dans le projet de l'O.R.C.C.

De plus, on trouve dans le projet fédéral, des règles qui n'ont pas d'équivalents dans le projet de l'O.R.C.C. parce qu'elles relèvent

11 1964 S.R.Q., ch. 35.

12 Les dispositions suivantes s'appliquent exclusivement en matières criminelles: les articles 6 à 10 concernant la compétence décisionnelle en matière de preuve où on précise les attributions respectives du juge et du jury en ce domaine; les paragraphes 12(3), 12(4), 12(5), 13(3), 13(4), 14(3) concernant le fardeau de la preuve et les présomptions; l'article 16, concernant les aveux de culpabilité faits à une personne en autorité; les articles 17 à 20 concernant la preuve de caractère; les articles 25 et 26 concernant la portée des aveux de culpabilité; les articles 55 à 57 concernant le témoignage d'un juré, de l'accusé ou de l'un de ses proches et le paragraphe 64(2) concernant la preuve de traits de caractère d'un accusé.

13 Les dispositions suivantes s'appliquent exclusivement en matières civiles: les paragraphes 12(2), 13(2), 14(2) et 14(4) concernant le fardeau de la preuve et les présomptions et les articles 22 à 24 concernant certains aveux implicites de responsabilité.

davantage du domaine de l'administration de la preuve que des règles de fond conformément à la distinction donnée précédemment. Il s'agit plus particulièrement de la réglementation de la preuve par témoin contenue aux articles 50 à 73 P.F. et de la réglementation du droit au secret contenue aux articles 32 à 45 P.F.. En droit québécois la réglementation de la preuve testimoniale se trouve au Code de procédure civile¹⁴ et la réglementation du droit au secret se trouve à la *Charte des droits et libertés de la personne*¹⁵ et au Code de procédure civile¹⁶.

Le projet de code fédéral ne méconnaît pas complètement la distinction entre les règles d'administration de la preuve et les règles de fond.

En effet si l'on excepte les deux domaines que nous venons de mentionner, ce sont dans les Règles de pratique de la Cour fédérale que l'on trouve les règles d'administration de la preuve. Ces règles adoptées en vertu de l'art. 46 de la *Loi de la Cour fédérale*¹⁷ apparaissent comme un véritable Code de procédure civile de la Cour fédérale. Ces règles ne pourront certes prévaloir, sur les dispositions du Code de la preuve, mais elles pourront les compléter. C'est ce qu'on peut déduire de l'article 46(2) qui s'énonce ainsi:

"(2) Les règles et ordonnances établies en vertu du présent article peuvent couvrir des questions de pratique et de procédure ou autres, soulevées lors de procédures faites en vertu d'une loi, qui ne sont pas prévues dans cette loi ou toute autre loi, et qu'il est jugé nécessaire de réglementer pour permettre de bien appliquer ladite loi et de mieux en réaliser les objets".

Ces remarques étant faites nous allons maintenant procéder à l'analyse du nouveau régime proposé par le projet de code fédéral.

Nous procéderons à cette analyse tout d'abord en ce qui concerne les principes généraux de ce régime, en deuxième lieu en ce qui concerne les moyens de preuve et en troisième lieu en ce qui concerne la recevabilité des moyens de preuve.

A- *Les principes généraux du droit des preuves selon le projet de code fédéral et le droit québécois.*

Le régime des preuves actuellement en vigueur tant devant la Cour fédérale que devant les tribunaux du Québec repose sur deux grands principes: le principe de la neutralité du juge et l'obligation de divulgation en justice de tout fait pertinent.

14 Art. 293 ss.

15 1975 L.Q., ch. 50, art. 9.

16 Art. 308 C.P.C.

17 1970 S.R.C., 2e suppl., C-10.

1. *Le projet de code et le principe de la neutralité du juge.*

Le principe de la neutralité du juge est le principe selon lequel le juge ne doit pas rechercher les éléments de conviction, mais doit se contenter d'apprécier les preuves que les parties lui soumettent. Dans leurs commentaires, les auteurs du projet de code déclarent avoir voulu maintenir la nature "accusatoire" de notre système judiciaire parce que c'est le régime le mieux adapté aux exigences d'apparence d'impartialité inhérente à une instance judiciaire¹⁸.

a) *Le rôle respectif du juge et des plaideurs.*

Le rôle respectif du juge et des plaideurs est défini à l'article 58 du projet de code. L'article 58(1) énonce ainsi le rôle des plaideurs: "sous réserve des dispositions du présent article, c'est aux parties au litige que revient la tâche de présenter la preuve et d'interroger les témoins". On peut dire que cette disposition ne fait que codifier le droit existant. Il en est de même, des articles 12 et 13 qui déterminent comment le fardeau de la preuve se partage entre le demandeur et le défendeur. Le projet de code a trouvé une formule heureuse pour codifier la règle de la prépondérance des probabilités en précisant, au paragraphe 12(2) qu'en matières civiles, une partie s'acquitte de son fardeau de preuve "lorsqu'elle convainc l'arbitre des faits par une preuve rendant plus probable l'existence du fait que son inexistence".

Si fondamentalement, le projet de code respecte la tradition en ce qui concerne le rôle respectif du juge et des plaideurs, des modifications qui vont dans le sens d'un élargissement du rôle du juge sont néanmoins proposées. C'est ainsi que l'art. 58 du projet, tout en réaffirmant le rôle d'arbitre du juge, lui confère toutefois la possibilité, à titre exceptionnel et si la chose paraît essentielle à la juste détermination du litige, d'entendre ou de réentendre d'office ou d'interroger un témoin.

La version française du paragraphe 58(3) est une mauvaise traduction de la version anglaise. On y déclare que le juge peut... "entendre ou interroger lui-même un témoin pour clarifier ou élucider la preuve". Or ce texte ne rend pas l'idée de la version anglaise qui se lit ainsi: "The judge may exceptionally call, recall or examine a witness..." Le mot "entendre" ne rend pas l'idée exprimée par les mots "call, recall" de la version anglaise. Il y aurait lieu de préciser que le juge peut entendre ou réentendre "d'office" pour bien souligner que c'est le juge qui prend l'initiative.

En droit québécois, si le juge a bien actuellement le pouvoir d'interroger les témoins (art. 318 C.P.C.), il n'a pas cependant le

18 Commission de réforme du droit du Canada, *op. cit.*, p. 3.

pouvoir d'assigner d'office des témoins, du moins selon l'opinion généralement admise¹⁹. On notera cependant que le projet de code restreint l'initiative du juge à la convocation de témoins. On ne paraît pas lui accorder le pouvoir d'exiger d'office la production de pièces ou de documents.

b) La connaissance d'office.

Une des conséquences directes du principe de neutralité est l'obligation faite au juge de faire abstraction de ses connaissances personnelles, sous réserve des faits dont il est tenu de prendre connaissance d'office. Le projet fédéral entend accroître le rôle actif du juge dans le domaine de la preuve, par une réforme des règles concernant la connaissance d'office. En effet, le projet fédéral établit en ce qui concerne la connaissance d'office deux régimes différents: l'un concernant les faits dont la prise de connaissance d'office est obligatoire et l'autre concernant les faits dont la prise de connaissance d'office est facultative. En ce qui concerne la première catégorie, le projet apporte des clarifications souhaitables au droit actuel. Le régime suggéré ressemble à celui proposé par l'O.R.C.C. Dans les deux cas, la connaissance d'office porte sur les faits notoires (art. 83(1) P.F. et art. 6 du projet de l'O.R.C.C.) et sur la règle de droit (art. 84(1) P.F. et art. 6 du projet de l'O.R.C.C.). Sur ce dernier point, l'article 84 stipule que le juge doit prendre connaissance d'office:

"a) Du droit constitutionnel, de la législation publique et privée et du droit jurisprudentiel canadien et provincial;

b) Du droit international coutumier et des traités s'appliquant au Canada et

c) Du contenu des Gazettes officielles, canadiennes et provinciales".

On peut dire que l'alinéa c) précité a pour effet d'obliger le juge à prendre connaissance d'office de tous les textes réglementaires publiés dans la Gazette officielle du Canada ou d'une province. Ce même alinéa a toutefois l'effet d'étendre la connaissance judiciaire à bien d'autres faits, si l'on tient compte que dans les Gazettes officielles, on publie, outre les textes réglementaires, des avis de toutes sortes. Est-il souhaitable d'étendre de façon aussi considérable le domaine de la connaissance judiciaire?

L'originalité du projet fédéral en ce qui concerne la connaissance judiciaire porte cependant sur l'institution d'une catégorie de

19 Sur le principe de neutralité en droit québécois: A. Nadeau et L. Ducharme, *La preuve en matières civiles et commerciales*, dans *Traité de droit civil du Québec*, t. IX, Montréal, 1965, p. 67 et s., n. 104 et s.; S. Wex, *Judicial Intervention: The "Truth" Theory Versus the "Fight" Theory*, (1974) 34 R. du B. 220.

faits dont le juge "peut prendre connaissance d'office". Ces faits sont les suivants:

- (1) Les faits notoires dans la juridiction du tribunal (art. 83(2) P.F.);
- (2) Les faits facilement vérifiables par référence à des sources dont la sûreté peut difficilement être contestée (art. 83(2) P.F.);
- (3) Les textes réglementaires et les délibérations officielles consignées d'un organe législatif, exécutif ou judiciaire, relevant d'un organisme fédéral, provincial ou municipal (art. 84(2) a) P.F.);
- (4) Le droit d'un pays étranger ou de l'une de ses subdivisions politiques (art. 84(2) b) P.F.); et
- (5) Les faits utiles à la détermination de la loi ou à l'appréciation de sa constitutionnalité (art. 83(3)).

Pour ce qui est de la dernière catégorie de faits, soit ceux qui sont utiles à la détermination de la loi ou à l'appréciation de sa constitutionnalité, il revient au juge seul de décider s'il doit en prendre connaissance d'office et sans qu'il soit alors tenu de donner aux parties l'opportunité de faire des représentations à leur sujet (art. 85(3) P.F. a contrario).

Pour les autres catégories de faits, l'exercice de la connaissance judiciaire obéit à certaines règles. Tout d'abord, de facultative, la connaissance judiciaire devient obligatoire sur demande d'une des parties (art. 85(1) P.F.). Par ailleurs, lorsque le juge décide de son propre chef ou, à la demande d'une partie de prendre connaissance d'office de ces faits, il doit donner à chaque partie la possibilité de faire des représentations tant sur l'opportunité de la prise de connaissance que sur les faits eux-mêmes (art. 85(3) P.F.).

Enfin, si le juge utilise des renseignements non divulgués à l'audience, ces renseignements et leur source doivent être consignés au dossier. Chaque partie a le droit, sur demande, de faire des représentations sur la valeur de ces renseignements (art. 85(3) P.F.).

Enfin, l'article 85(5) P.F. prévoit qu'il peut être pris connaissance d'office d'un fait à toute étape de la procédure et même en appel.

Ce régime particulier n'a pas d'équivalent en droit actuel. Il va beaucoup plus loin que le projet de l'O.R.C.C. qui propose uniquement que le tribunal puisse prendre connaissance d'office du droit étranger, à la condition cependant que ce droit étranger ait été allégué. Il est indéniable que la réforme proposée par le code fédéral constitue une atténuation au principe de la neutralité du juge puisque, à la réquisition d'une des parties, le juge devient chargé de faire des recherches afin de se convaincre lui-même d'une situation de fait qui fait l'objet d'une contestation. Cette immixtion du juge

dans la recherche des éléments de preuve peut par ailleurs intervenir à toute étape du procès (art. 85(5) P.F.) et donc même en appel devant la division d'appel de la Cour fédérale ou devant la Cour suprême.

Toujours au sujet de la connaissance d'office, il y a lieu de noter une autre modification du régime actuel. Elle concerne le droit étranger. On propose, en effet que lorsque le juge est dans l'impossibilité de déterminer le droit étranger, il ait la faculté soit de renvoyer l'action, soit de décider du litige à partir du droit canadien et du droit de la province où il siège. En vertu du droit actuel, le juge doit appliquer le droit canadien. Il nous apparaît que cette faculté donnée au juge de renvoyer l'action équivaut à une autorisation de refuser de juger. Dans la mesure où le tribunal est régulièrement saisi, nous trouvons difficilement admissible qu'il puisse agir ainsi.

2. *Obligation de divulgation en justice de tout fait pertinent au litige.*

Un autre grand principe du droit de la preuve est l'obligation pour toute personne si elle en est requise, de divulguer en justice tout fait pertinent au litige. Ce principe, le projet de code fédéral le codifie en ces termes:

"Art. 32. Nul sous réserve des exceptions prévues par la loi, ne peut refuser de divulguer une chose, de produire un objet ou un écrit, ou d'empêcher un autre de ce faire ou de rendre témoignage".

C'est un principe analogue que l'article 295 du Code de procédure civile énonce en ces termes:

"Toute personne est apte de déposer en justice, sauf si, en raison de sa condition physique ou mentale, elle n'est pas en état de rapporter les faits dont elle a eu connaissance; et toute personne apte à déposer peut être contrainte à le faire".

Le projet de code après avoir posé ce principe aménage aussitôt le régime des exceptions qui tiennent au droit au secret. Cette partie du projet de code nous apparaît particulièrement bien faite.

Sous l'intitulé le droit au secret, le projet de code regroupe et aménage le régime applicable dans six hypothèses particulières. Elles concernent:

- (1) Le privilège de l'accusé et de ses proches de refuser de témoigner (art. 38 et 40 P.F.);
- (2) Le secret professionnel (art. 41 et 42 P.F.);
- (3) Le privilège de non-divulgation de la Couronne (art. 43 et 44 P.F.);
- (4) Le secret de commerce (art. 45 P.F.); et
- (5) Le privilège de l'auteur d'un rapport confidentiel de refuser de le produire (art. 39 P.F.).

Sous le droit actuel, chacun de ces privilèges obéit à des règles qui lui sont propres dont la source est tantôt le Common Law, tantôt la *Loi de la Cour fédérale*²⁰ et tantôt, par le biais de l'art. 37 de la *Loi de la preuve*, le droit provincial.

Le projet fédéral propose d'unifier ces différents droits au secret dans un régime de base identique défini aux articles 32 à 37.

Aux termes de ces articles, c'est le détenteur du droit au secret qui peut refuser lui-même et empêcher toute autre personne de divulguer une chose. L'article 34 prévoit cependant que celui qui bénéficie du droit au secret peut y renoncer de façon expresse ou implicite. L'article 35 énonce qu'une divulgation non autorisée ne peut être admise en preuve. Enfin il est prévu qu'on ne peut commenter le fait d'une demande de reconnaissance du droit (art. 36). Toute violation des dispositions quant au secret peut faire l'objet d'un appel à la demande du seul détenteur du secret (art. 37).

Quant aux différents droits particuliers, plusieurs subissent des modifications substantielles. Il en est notamment ainsi, tout d'abord, du droit de l'accusé de s'opposer à ce qu'on utilise contre lui un témoignage qu'il a rendu antérieurement. Alors que selon le droit actuel²¹, le privilège n'existe que si l'accusé a demandé la protection de la loi, le privilège existe maintenant de droit et sans la nécessité d'une demande préalable (art. 38 P.F.).

Le droit au secret familial qui existe uniquement au profit du conjoint²² est étendu à toute personne liée par des liens familiaux ou analogues.

Le régime du secret professionnel proprement dit est profondément modifié. Le principe de base en la matière est le suivant:

"Art. 41. Celui qui s'adresse à un professionnel dans le but d'obtenir ses services ou qui les obtient, peut s'opposer à la divulgation d'une communication confidentielle issue de cette relation si, eu égard aux circonstances, la sauvegarde du droit à l'intimité l'emporte sur l'intérêt de l'administration de la justice".

Comme on peut le constater, le droit au secret n'existe que si le juge est convaincu que la sauvegarde du droit à l'intimité l'emporte sur l'intérêt de l'administration de la justice. Il reviendra donc au tribunal dans chaque cas d'apprécier les circonstances et de déterminer si le détenteur du secret peut imposer le silence au professionnel. Le seul cas où le détenteur peut exiger, sans preuve préalable, le droit à l'intimité, c'est lorsque la confiance est inter-

20 Il s'agit du privilège de non-divulgence de la Couronne qui est régi par l'art. 41 de la *Loi de la Cour fédérale*, 1970 S.R.C. 2e Supp., ch. C-10.

21 *Loi de la Preuve au Canada*, 1970 S.R.C., ch. E-10, art. 5.

22 *Loi de la Preuve au Canada*, 1970 S.R.C., ch. E-10, art. 4(3).

venue lors de la consultation d'un avocat en prévision d'un litige. Dans un tel cas, le droit au secret s'étend également aux informations qui ont été recueillies par l'avocat en prévision du litige (art. 42(2)). Le paragraphe 4 du même article codifie cependant les exceptions au droit au secret. Ces exceptions concernent: le cas où la consultation a eu lieu en vue de la commission d'un crime; le cas où il s'agit d'un litige entre les ayants cause d'un même client décédé, lorsque le sujet en litige est la transgression d'obligations existant réciproquement entre l'avocat et le client; lorsque la contestation porte sur un document dont l'avocat est le témoin instrumentant et lorsqu'il s'agit d'un litige entre des clients qui ont consulté un même avocat. Une disposition expresse déclare que dans la province de Québec le mot avocat désigne aussi le notaire.

Sur le plan du secret professionnel, le projet de code propose un régime beaucoup plus souple que celui du droit québécois, droit qui est présentement susceptible de s'appliquer devant la Cour fédérale en vertu de l'art. 37 de la *Loi de la preuve au Canada*. Le principe général en matière de secret professionnel, en droit québécois, est énoncé à l'article 9 de la *Charte des droits et libertés de la personne*²³. Cet article s'énonce ainsi:

"Art. 9. Chacun a droit au respect du secret professionnel.

Toute personne tenue par la loi au secret professionnel et tout prêtre ou ministre du culte ne peuvent, même en justice, divulguer les renseignements confidentiels qui lui ont été révélés en raison de leur état ou profession, à moins qu'ils n'y soient autorisés par celui qui leur a fait ses confidences ou par une disposition expresse de la loi.

Le tribunal doit, d'office, assurer le respect du secret professionnel".

Il convient de souligner qu'aux termes de cet article, pour qu'une personne soit astreinte de garder en justice le secret professionnel, il faut "qu'elle soit tenue par la loi" au secret professionnel ou qu'elle soit un prêtre ou un autre ministre du culte. Cette expression nous réfère aux lois professionnelles qui régissent l'exercice des professions. Or en vertu des lois professionnelles, seuls les avocats²⁴ et les notaires²⁵ sont tenus en vertu d'une disposition particulière de la loi qui les régit de garder le secret professionnel. Pour les autres professions, la question du secret professionnel est une matière qui doit faire l'objet d'un règlement adopté par le Bureau de leur corporation aux termes de l'article 85 du Code des professions²⁶. En effet il est prévu à cet article que le Bureau de chaque corporation a le

23 1975 L.Q., ch. 50, sanctionnée le 27 juin 1975 et entrée en vigueur le 28 juin 1976.

24 Loi du Barreau, 1966-67 L.Q., ch. 77, art. 31.

25 Loi du Notariat, 1968 L.Q., ch. 70, art. 15.

26 1973 L.Q., ch. 43.

droit d'adopter des règlements de déontologie qui doivent contenir entre autres: "... des dispositions visant à préserver le secret quant aux renseignements de nature confidentielle qui viennent à la connaissance des membres de la corporation dans l'exercice de leur profession". Comme le mot loi dans la Charte des droits et libertés de la personne est défini de façon à englober un règlement adopté sous l'autorité d'une loi²⁷, on peut légitimement en déduire qu'il suffit que le Bureau d'une corporation professionnelle adopte un règlement obligeant ses membres à respecter le secret professionnel pour que ceux-ci deviennent automatiquement des personnes "tenues par la loi" au sens de l'article 9 de la Charte des droits et libertés de la personne²⁸.

D'où l'on voit qu'en droit québécois, la matière du secret professionnel est laissée à la discrétion du Bureau de chaque corporation professionnelle et que le tribunal n'a aucun droit de regard sur l'existence du droit au secret qui en résulte. Personnellement, nous trouvons que l'approche du projet de code fédéral est de beaucoup supérieur puisqu'il permet au juge d'exercer un certain droit de regard et d'éviter que le droit au secret soit abusivement invoqué. Il n'en demeure pas moins que le projet a pour effet de faire échec à l'application des règles du droit québécois qui actuellement sont susceptibles de s'appliquer par le biais de l'art. 37 de la *Loi de la preuve au Canada*.

Le projet de code modifie le régime du privilège de la Couronne fédérale en ce qui concerne la divulgation des informations confidentielles. Ce privilège avait fait l'objet d'une première réforme lors de la promulgation de l'article 41 de la *Loi de la Cour fédérale*²⁹.

La réforme consiste à conférer au juge, dans tous les cas, le droit d'exiger que la Couronne lui divulgue, au cours d'une audition

27 L'art. 56, al. 3 de la Charte s'énonce ainsi: "Dans la charte le mot loi inclut un règlement, un décret, une ordonnance, un arrêté en conseil adoptés sous l'autorité d'une loi".

28 C'est l'opinion notamment de Louis Borgeat, *Le Secret professionnel devant les tribunaux québécois*, (1976) 36R. du B. 148.

29 Pour une étude de la portée de cette disposition voir: René Dusseault et Gaston Pelletier, *Le professionnel-fonctionnaire face aux mécanismes d'inspection professionnelle et de discipline institués par le Code des professions*, (1977) 37 R. du B. 2, p. 43 et ss.; Linstead, *The Law of Crown Privilege in Canada and Elsewhere*, (1968) 3 O.L.R. 79; N. Lederman, *The Crown's Right to Suppress Information Sought in The Litigation Process: The Elusive Public Interest*, (1973) 8 U.B.C.L.R. 272; S. Silverstone, *Access to Government Information: Administrative Secrecy and Natural Justice*, (1976) 10 U.B.C.L.R. 235; Henri Brun, *La séparation des pouvoirs, la suprématie législative et l'intimité de l'exécutif*, (1973) 14 C. de D. 387; H. Brun, *L'exécutif et ses documents: orientation récente du droit canadien*, (1974) 15 C. de D. 659; S. I. Bushnell, *Crown Privilege*, (1973) 51 R.B.C. 551.

en chambre et à huis clos, l'information litigieuse afin de juger si la sauvegarde du caractère confidentiel de l'information l'emporte sur l'intérêt d'une saine administration de la justice. Toutefois lorsqu'il s'agit d'un secret d'Etat que l'art. 43(1) b) définit comme "un renseignement confidentiel à caractère gouvernemental portant sur la sécurité ou la défense nationale, les relations internationales du Canada, les relations fédérales-provinciales, ou encore sur les affaires confidentielles du Conseil Privé de sa Majesté pour le Canada", le juge peut d'office et doit, à la demande de la Couronne ou de l'une des parties, suspendre les procédures et référer au juge en chef du Canada la décision sur le caractère confidentiel de l'information. Le juge en chef du Canada doit alors désigner un juge de la Cour suprême du Canada pour décider de la question. Il est à noter que ces règles s'appliquent uniquement au privilège de la Couronne du chef du Canada et peuvent être invoquées dans les instances relevant tant de la compétence provinciale que fédérale.

On peut se demander quel régime va s'appliquer devant la Cour fédérale aux informations confidentielles de la Couronne du chef du Québec. Nous croyons qu'il y aurait sans doute lieu alors d'appliquer la règle de l'article 308 du Code de procédure civile qui s'énonce ainsi:

"De même ne peut être contraint de divulguer ce qu'il lui a été révélé dans l'exercice de ses fonctions, le fonctionnaire de l'Etat, si le juge est d'avis, pour les raisons exposées dans la déclaration assermentée du ministre ou du sous-ministre de qui relève le témoin, que la divulgation serait contraire à l'ordre public".³⁰

Mentionnons qu'aux termes de l'article 44 P.F. la Couronne a le droit de refuser de divulguer l'identité de celui qui a fourni une information qui prétend porter sur la violation d'une loi fédérale ou provinciale, à une personne chargée de veiller à l'application de cette loi, à moins que d'après les circonstances, l'intérêt de parvenir à une juste solution du litige ne l'emporte sur l'intérêt de maintenir le secret. Comme l'article emploie l'expression "la Couronne" sans préciser, comme dans l'article précédent, qu'il s'agit de la Couronne du chef du Canada, on peut en déduire que cette disposition s'applique également à la Couronne du chef des provinces.

Enfin le projet de code consacre le principe du droit au secret de commerce. C'est l'objet de l'article 45 qui dispose que le détenteur

30 Sur la portée de cette disposition voir: René Dusseault et Gaston Pelletier, *Le professionnel-fonctionnaire face aux mécanismes d'inspection professionnelle et de discipline institués par le Code des professions*, (1977) 37 R. du B. 2, pp. 70 ss.; P. Garant, *La fonction publique canadienne et québécoise*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1973, pp. 240 ss. et P. Garant, *Le secret professionnel du fonctionnaire au Québec*, (1967-68) 9 C. de D. 779.

d'un secret de commerce ne peut être contraint de le divulguer lorsque la reconnaissance de ce droit au secret ne cause pas d'injustice ou ne sert pas à dissimuler une fraude. Un tel privilège n'existe pas en vertu des lois du Québec.

On peut donc dire en résumé, qu'au regard du principe de la neutralité du juge, le projet de code fédéral se montre plus libéral que le droit québécois en accordant d'une part au juge le pouvoir d'entendre et de réentendre d'office des témoins et d'autre part, en lui permettant de prendre connaissance d'office de certains faits. Par ailleurs, au niveau de l'obligation de divulgation en justice, il entend réglementer de façon complète toute la question du secret professionnel et du secret de commerce, soustrayant par le fait même tout ce secteur de l'application du droit provincial.

Nous allons maintenant voir quels seront les effets de la réforme projetée sur les moyens de preuve.

B- Les moyens de preuve et le projet de code de la preuve.

Le projet fédéral énumère ainsi les moyens de preuve:

"Art. 50. La preuve des faits peut se faire par témoins, par écrit, par la présentation d'une preuve matérielle, par l'aveu des parties, par présomptions, déductions ou connaissance d'office".

Même si l'article 1205 du Code civil ne reconnaît que quatre moyens de preuve, tout comme d'ailleurs le projet de réforme de l'O.R.C.C. (art. 8 de l'O.R.C.C.), à savoir l'écrit, les témoignages, les présomptions et l'aveu, il n'y a pas véritablement de divergences entre les deux régimes. En effet, ce que le projet fédéral nomme "déductions" correspond à la présomption de fait dans le Code civil (art. 1238 et-s. C.C.). Quant à la preuve matérielle, même si elle n'est pas mentionnée dans le Code civil, elle n'en existe pas moins en vertu de certaines dispositions du Code de procédure civile. Reste le cas de la connaissance d'office. Si le code civil n'en parle pas comme moyen de preuve, tout comme le projet de l'O.R.C.C., c'est que dans le Code civil et dans le projet de l'O.R.C.C., la connaissance d'office n'est pas à proprement parler un moyen de preuve, mais plutôt une dispense de preuve. Vu l'institution d'une "connaissance d'office facultative", dont la mise en oeuvre oblige le juge à faire des recherches pour déterminer l'état d'une situation donnée, on comprend pourquoi le projet de code range la connaissance d'office parmi les moyens de preuve. Lorsqu'on s'attarde à analyser cependant l'aménagement de chacun des moyens de preuve, on se rend compte qu'il existe entre le projet de code fédéral et le droit québécois des différences notables, comme nous allons le voir en passant en revue chacun des moyens de preuve.

1. Preuve écrite.

L'utilisation comme moyen de preuve, d'un écrit soulève essentiellement deux problèmes: celui d'établir que l'écrit est bien ce

qu'il paraît être, c'est-à-dire qu'il émane bien des personnes qui paraissent l'avoir signé et, en deuxième lieu, le problème de savoir si les énonciations contenues dans cet écrit sont vraies.

La question de l'authentification des écrits est réglementée de façon très confuse par la *Loi de la preuve au Canada* aux articles 19 et s. Le projet de code clarifie la situation. Après avoir énoncé le principe que l'authentification peut se faire par tous moyens, l'article 47 donne une énumération des documents qui sont présumés authentiques, c'est-à-dire qui ne requièrent pas une preuve indépendante de leur authenticité. A la lecture même de cette énumération, on se rend compte qu'elle a été rédigée à partir des concepts de Common Law, ce que confirme d'ailleurs les commentaires. En effet, dans les commentaires, on justifie les dispositions proposées par référence au Common Law et au droit statutaire actuel. C'est pour cette raison qu'il est très difficile d'essayer de situer dans l'énumération de l'article 47, les écrits qui aux termes du Code civil du Québec sont présumés authentiques. En effet l'apposition d'un sceau qui est l'un des éléments retenus par le projet de code pour conférer le caractère authentique à un document, n'est pas une formalité dont doivent être revêtus les écrits qui en vertu du droit québécois sont authentiques.

De plus, alors que le sous-paragraphe 47(1)g) déclare authentique le document accompagné d'une reconnaissance certifiée par une personne légalement autorisée à le faire et reconnaît ainsi une pratique des provinces de Common Law, on ne trouve, par ailleurs, aucune référence directe à l'acte notarié, écrit qui dans la province de Québec est un document authentique d'une importance considérable. Il est possible cependant que la difficulté soulevée par l'acte notarié trouve sa solution dans le sous-paragraphe 47(1)i) qui présume authentique "tout ce que la loi présume authentique". Le texte anglais nous apparaît plus fort puisqu'il présume authentique:

"Any matter declared by any Act to be presumptively or prima facie genuine or authentic".

En effet, il est permis de penser que l'expression "any Act", qui est traduit par "la loi", couvre aussi bien les lois provinciales que les lois fédérales. Si tel est le cas, tous les documents qui aux termes de la loi québécoise sont présumés authentiques, le seraient devant la Cour fédérale par application de cette disposition. On peut s'étonner cependant que le texte ne soit pas plus explicite. Pourquoi dans ce cas, l'article 47(1)i) ne reprend-il pas la formule du sous-paragraphe 47(1)c) qui réfère aux lois canadiennes et provinciales?

A propos des documents publics étrangers, le paragraphe 47(1)h) suggère une méthode commode d'en préconstituer la preuve. Il s'agit de faire certifier le document par un agent diplomatique ou consulaire du Canada ou par un agent diplomatique ou consulaire

du pays d'origine accrédité au Canada. Rappelons qu'en vertu de l'article 28 de la *Loi d'interprétation*³¹, un agent diplomatique ou consulaire comprend:

"un ambassadeur, un envoyé, ministre, chargé d'affaires, conseiller, secrétaire, attaché, consul général, consul, vice-consul, pro-consul, agent consulaire et le suppléant d'un consul général, consul, vice-consul ou agent consulaire, un haut commissaire, un délégué permanent, un conseiller, un suppléant de haut commissaire et un suppléant de délégué permanent".

Il est prévu toutefois que le juge peut pour des raisons valables ordonner que le document soit tenu pour authentique sans certification, ou en permettre la preuve par un simple sommaire attesté avec ou sans certification. Le projet de l'O.R.C.C. est plus libéral puisqu'il présume authentique tout document qui émane apparemment d'un officier public étranger compétent (art. 19 du projet de l'O.R.C.C.).

Sauf les cas où la loi présume le document authentique, une preuve d'authentification devra être faite, en principe. En pratique, cependant, devant la Cour fédérale, on exige des plaideurs qu'ils règlent préalablement à l'instruction le problème de l'authentification des écrits. Voici, en effet, ce que le juge Jackett écrit à ce sujet dans le manuel de pratique de la Cour fédérale:

"Normalement, les documents devraient être soumis à la Cour, avec le consentement de l'adversaire, sans preuve de l'authenticité de la signature de l'original, sous forme de photocopies. . . .

Ce n'est que lorsque l'on conteste de bonne foi l'existence d'un document ou l'authenticité de sa signature, que l'on doit, dans une action ordinaire, prendre le temps voulu et encourir des frais pour le prouver. Autrement, les parties devraient s'appliquer à résoudre ces problèmes avant l'instruction et ne devraient pas la retarder inutilement"³².

Vu cette pratique de la Cour fédérale, même si le sous-paragraphe 47(1)i) devait recevoir une interprétation très restrictive, c'est-à-dire être limitée aux seuls documents qui en vertu d'une loi canadienne, à l'exclusion des lois provinciales, sont présumés authentiques, la pratique suivie devant la Cour fédérale suppléerait à cette insuffisance de la loi.

La preuve littérale, avons-nous dit, soulève deux problèmes: celui de la preuve de l'authenticité du document et celui de la force probante de son contenu. Si sur le premier point, la réglementation proposée par le projet de code paraît satisfaisante, il n'en va pas de même de la réglementation proposée sur le deuxième point. En effet,

31 1970 S.R.C., ch. 1-23.

32 Manuel de la Cour fédérale, p. 85.

la seule règle qui l'on trouve à ce sujet est énoncée à l'article 74 en ces termes:

"L'arbitre des faits peut tirer des conclusions qu'il juge raisonnables de son appréciation de la preuve écrite et matérielle".

Par cette disposition, on abandonne purement et simplement, la force probante des écrits à la libre appréciation du juge. Si l'octroi d'un tel pouvoir à l'arbitre des faits, se justifie en matières criminelles, il nous apparaît non justifié dans les matières civiles.

Même si l'on devait faire abstraction du droit québécois, qui sur ce point a des règles manifestement différentes, l'article 74 ne serait pas davantage en harmonie avec le droit fédéral. En effet, même en droit fédéral, il est des écrits qui font foi de leur contenu comme l'atteste l'art. 24 de la *Loi d'interprétation*. En effet, cet article s'énonce ainsi:

"Quand un texte législatif déclare qu'un document constitue la preuve d'un fait sans qu'il y ait, dans le contexte, une indication que le document est une preuve concluante, ce dernier est recevable comme preuve dans toute procédure judiciaire et le fait est alors réputé établi en l'absence de toute preuve contraire".³³

Cet article manifeste bien qu'il y a des cas où l'écrit, une fois son authenticité établie, fait preuve de son contenu et lie en conséquence l'arbitre des faits. Ce qui est vrai en matières fédérales, l'est davantage en vertu du droit québécois. En vertu du droit québécois, en effet, l'acte authentique fait preuve à l'égard de tous des faits que l'officier public avait mission de constater; de plus, l'acte ne peut être contredit sur ces points, sans le recours à la procédure spéciale de l'inscription en faux³⁴. Il n'est évidemment pas question de transposer les règles de l'inscription en faux au niveau de la Cour fédérale, mais, le projet de code devrait tout au moins reconnaître que c'est à celui qui conteste les dispositions de l'acte authentique à assumer le fardeau de la preuve. De plus, toujours en vertu du droit québécois, l'acte notarié, de même que l'acte sous seing privé dûment prouvé, font preuve tant à l'égard des parties qu'à l'égard des tiers de l'acte juridique qui y est exprimé. Vu l'article 37 de la *Loi de la preuve au Canada*, la Cour fédérale est présentement tenue de donner effet à ces règles particulières du droit québécois. En proposant d'abandonner la force probante des écrits au pouvoir souverain d'appréciation de l'arbitre des faits, le projet de code modifie donc de façon très substantielle le droit existant.

Nous estimons que le projet devrait être modifié de façon à établir une distinction entre les matières criminelles et les matières

33 1970 S.R.C., c. 1-23.

34 Art. 1210 C.C. et art. 223 C.P.C.

civiles de façon à ce qu'en ces dernières matières la force probante des écrits soit déterminée par la loi de la province où ils ont été rédigés.

2. *Preuve matérielle.*

Le projet de code assimile la preuve matérielle à la preuve écrite. En effet, l'article 74 énonce:

"1. L'arbitre des faits peut tirer les conclusions qu'il juge raisonnables de son appréciation de la preuve écrite et matérielle".

On entend par "preuve écrite et matérielle" tout ce qui est soumis à l'examen de l'arbitre des faits, tels les écrits, les enregistrements, les photographies, les objets, les sites, l'état physique d'une personne et les manifestations visuelles ou auditives.

Le projet de code ne fait que reconnaître l'existence de la preuve matérielle, il ne l'aménage pas. Pour sa mise en oeuvre, il faudra s'en remettre aux règles de pratique de la Cour fédérale. Parmi les dispositions des Règles de la Cour fédérale qui se rapportent à la preuve matérielle, on peut mentionner la Règle 494 qui permet la descente sur les lieux:

"la Cour pourra, en présence des procureurs des parties, examiner un lieu ou une chose au sujet desquelles une question peut être soulevée dans une procédure".

On peut assimiler, jusqu'à un certain point à la preuve matérielle, la Règle 467 qui autorise les examens médicaux dans une action en dommages-intérêts pour blessures et la Règle 471 qui permet, avec l'autorisation de la Cour de prendre des échantillons des choses qui font l'objet de l'action et au sujet desquelles une question peut être soulevée, de faire des observations ou des expériences sur ces choses ou à l'aide de ces choses.

En droit québécois, la preuve matérielle relève exclusivement du Code de procédure civile. Son régime est analogue à celui qu'on trouve exprimé dans les Règles de pratique de la Cour fédérale.

3. *La preuve testimoniale.*

Présentement, la preuve testimoniale devant la Cour fédérale est régie par la *Loi de la Cour fédérale*, la *Loi de la preuve au Canada* et les Règles de pratique adoptées en vertu de l'article 46 de la *Loi de la Cour fédérale*. Les dispositions nouvelles que l'on trouve aux articles 50 à 73 du projet de code, apportent des modifications assez importantes aux règles que l'on trouve présentement dans la *Loi de la preuve au Canada* et sont également susceptibles d'affecter certaines dispositions des Règles de la Cour fédérale. Comme en vertu de l'article 46 L.C.F., les règles de pratique ne doivent pas être incompatibles avec aucune loi du parlement du Canada, il en résulte qu'au cas d'incompatibilité entre ces Règles et le Code de la preuve, c'est ce dernier qui devra prévaloir.

Vu uniquement sous l'angle de la Cour fédérale, il faut se rendre compte que le projet de code régleme de façon incomplète la preuve testimoniale. En effet, aux termes de l'article 53 de la *Loi de la Cour fédérale*, la déposition d'un témoin peut, par ordonnance de la Cour et sous réserve de toute règle ou ordonnance applicable en la matière, être prise soit par un commissaire, soit lors d'un interrogatoire, soit par affidavit. Or, le projet de code ne régleme la manière de procéder que dans le cas d'un interrogatoire proprement dit, c'est-à-dire lors de l'interrogatoire d'un témoin en audience publique (art. 48 à 61).

Au sujet notamment des affidavits, il est suprenant que le projet de code n'en fasse aucunement mention lorsqu'on connaît l'importance de ce moyen de preuve qu'est l'affidavit ou la déclaration solennelle. Cette omission ne manque pas d'étonner et ce d'autant plus que plusieurs lois font référence à la formalité de la "déclaration statutaire" dont on trouve une définition dans l'article 28 de la *Loi d'interprétation*³⁵. Cette omission sera sans doute corrigée en temps et lieu.

Les règles concernant la preuve par témoin sont regroupées autour des rubriques suivantes: généralité, aptitude à témoigner, contraignabilité, interrogatoire des témoins, crédibilité des témoins et témoignage d'expertise et d'opinion.

Sous la rubrique généralité, le projet de code traite de l'affirmation solennelle, de la nécessité pour le témoin d'avoir une connaissance personnelle des faits et enfin des interprètes et des traducteurs (art. 53 P.F.). Au sujet de l'affirmation solennelle, le projet de code propose de remplacer le serment par la déclaration suivante:

"Je promets de dire la vérité. Je sais que je suis passible de poursuite judiciaire si je mens ou si je trompe volontairement le tribunal".

Cette disposition a été adoptée malgré la dissidence du Commissaire La Forest pour les motifs suivants:

"Le droit actuel exige du témoin qu'il prête serment. Toutefois s'il s'y objecte en raison de scrupules de conscience, il peut faire l'affirmation solennelle. Le présent article abolit le serment et impose l'affirmation solennelle à tous les témoins. Obliger un individu à refuser publiquement de prêter serment constitue une intrusion dans son intimité religieuse. De plus il arrive à certains jurés et à certains juges de se montrer sceptiques à l'égard d'un témoin qui refuse de prêter serment. Dans bien des cas, la prestation du serment ne constitue qu'un rituel dépourvu de toute signification"³⁶.

Au sujet de l'aptitude à témoigner, le projet de code après avoir posé le principe que toute personne est apte à témoigner en justice et

35 1970 S.R.C., ch. 1-23.

36 *Rapport sur la preuve*, pp. 98 et 99.

peut être contrainte de le faire, établit une exception en ce qui concerne le juge et le juré.

Les dispositions sur l'interrogatoire des témoins codifient en lui apportant certaines modifications, les règles traditionnelles concernant l'interrogatoire des témoins lors des audiences publiques d'un tribunal. Ces règles concernent les questions suggestives, le droit de la partie adverse à la production d'un aide-mémoire et le droit pour une partie de demander l'exclusion des témoins.

C'est surtout à propos de la crédibilité des témoins que les modifications les plus importantes sont suggérées. L'article 62 s'énonce ainsi:

"Sous réserve des exceptions prévues au présent code, toute partie a le droit d'interroger un témoin ou de produire une autre preuve pertinente, dans le but d'attaquer ou de défendre la crédibilité de celui-ci".

Comme le mentionne les commentaires, cette disposition entend abolir quatre règles déjà existantes: celle qui se rapporte aux faits accessoires; celle qui interdit à une partie d'attaquer la crédibilité de son propre témoin; celle qui interdit à une partie d'étayer la crédibilité de son propre témoin, par la présentation en preuve de déclarations antérieures conformes à la version relatée au procès; et celle qui restreint la production de déclarations incompatibles avec la déposition du témoin, à celles qui se rapportent à l'objet du litige. L'article 66 entend maintenir toutefois la règle selon laquelle on ne doit pas, par une preuve indépendante, attaquer la crédibilité d'un témoin, avant que celui-ci ait eu l'occasion d'être interrogé au sujet des faits qu'on veut établir contre lui.

Par ailleurs, on entend restreindre l'utilisation d'une preuve portant sur les tendances à la franchise ou au mensonge d'un témoin pour attaquer sa crédibilité au seul cas où cette preuve peut avoir une valeur probante substantielle (art. 63 P.F.). Dans le même ordre d'idée, l'article 64 prohibe la preuve d'une condamnation criminelle d'un témoin pour attaquer sa crédibilité lorsqu'il y a eu pardon ou que cinq années se sont écoulées depuis "la dernière en date de sa plus récente condamnation ou de sa libération".

Enfin aux termes de l'article 65 P.F. lors de l'interrogatoire d'un témoin sur une déclaration antérieure qu'il a faite, il n'est pas nécessaire de la lui divulguer, sauf si le juge l'exige.

Au sujet du témoignage d'expertise et d'opinion, il y a lieu de souligner que l'article 67 élargit la règle actuelle en ce qui concerne le témoignage d'opinion, en permettant au témoin ordinaire de faire part de ses opinions ou de ses conclusions si celles-ci sont fondées sur des faits qu'il a lui-même constatés. L'article 69 va même jusqu'à préciser qu'un tel témoignage d'opinion est recevable même s'il porte sur un point litigieux relevant de l'appréciation finale de l'arbitre des faits.

L'article 70 déclare la preuve par expert recevable dans tous les cas où une telle preuve peut s'avérer utile pour la solution du litige. L'article 71 précise les faits sur lesquels l'expert peut se fonder pour étayer son opinion. Il s'agit d'une codification, avec quelques modifications, du droit actuel. En vue de favoriser une meilleure divulgation, avant l'instruction, de la preuve, l'article 72 exige qu'une partie qui veut faire entendre un témoin expert donne un avis raisonnable aux autres parties en cause en mentionnant le nom, l'adresse et les qualifications du témoin ainsi que le contenu probable de son témoignage et un résumé des motifs à l'appui de chaque opinion ou conclusion que le témoin se propose de formuler. Il y a lieu de souligner que cette règle reste en deça de ce que les Règles de pratique de la Cour fédérale exigent. En effet, aux termes de la Règle 482, aucune preuve sur l'examen en chef d'un expert ne doit être reçue à l'instruction (sauf ordre contraire donné par la cour dans un cas particulier) au sujet d'une question à moins que

"a) que cette question n'ait été définie par les plaidoiries ou par accord des parties déposées en vertu de la Règle 485,

b) qu'un exposé complet de la preuve sur examen en chef que l'expert entend établir n'ait été fait dans un affidavit dont l'original a été déposé et dont une copie a été signifiée à l'autre ou autres parties 10 jours au moins avant le début de l'instruction,

c) que l'expert ne soit disponible à l'instruction pour contre-interrogatoire".

L'article 73 du projet de code innove en permettant au juge de nommer d'office un expert indépendant qui toutefois devra, autant que faire se peut, être agréé par les parties. Cet expert doit agir sur les directives du juge quant à l'exercice de ses fonctions. L'expert doit soumettre une opinion écrite au juge et aux parties et il peut par la suite être appelé comme témoin par le juge ou par les parties et être interrogé par elles.

La *Loi de la Cour fédérale* et les Règles de pratique ne prévoient pas comme telle la nomination d'un expert. Il y a lieu toutefois de signaler qu'aux termes de l'article 46(1a)ix L.C.F., la Cour fédérale peut établir des règles régissant la nomination d'assesseurs et l'instruction ou l'audition de tout ou partie d'une affaire ou autre question avec l'aide d'assesseurs. La Cour fédérale a adopté, en vertu du pouvoir qui lui est ainsi conféré, la Règle 492 qui permet à la cour, de demander l'aide d'un ou plusieurs assesseurs spécialement qualifiés et d'entendre et juger une question, en tout ou en partie, avec l'aide de ces assesseurs. Il semble cependant que la Cour, dans un tel cas, n'agira que sur demande de l'une ou l'autre des parties. Il y a lieu de noter que l'assesseur n'est qu'un assistant que n'a aucun rôle actif à jouer dans la recherche de la vérité. Sa situation diffère donc complètement de celle de l'expert, telle qu'envisagée par l'article 73 du projet de code.

Le rôle de l'expert diffère également du rôle de l'arbitre auquel la Cour fédérale peut renvoyer toute question de fait pour enquête et rapport (art. 46(1) *avis* L.C.F.). La Règle 500 adoptée en vertu de l'article précité énonce que la Cour pourra, aux fins d'établir des comptes ou de faire des enquêtes, pour statuer sur un point ou sur une question de fait en litige, renvoyer toute matière devant un juge désigné par le juge en chef adjoint, ou devant un protonotaire ou devant toute autre personne que la Cour estime compétente en l'occurrence, pour enquête et rapport.

Le rôle de l'arbitre nommé en vertu de la Règle 500 s'apparente au rôle de l'expert nommé en vertu des articles 414 et s. du Code de procédure civile. Cet arbitre, en effet, tout comme l'expert nommé en vertu du Code de procédure civile doit procéder à l'audition de la preuve et faire ensuite rapport de ses conclusions à partir de la preuve faite devant lui. Les Règles de pratique de la Cour fédérale prévoient même que l'audition d'une référence doit suivre la même procédure qu'une instruction devant la Cour. Il n'est certes pas exclu, croyons-nous, que l'expert nommé en vertu de l'article 73 du projet de code puisse procéder à l'audition de témoins et à l'examen de documents puisque le paragraphe 74(2) prévoit que le juge doit donner à l'expert indépendant les directives utiles à l'exercice de ses fonctions. Rien n'empêche, à notre avis, que ces directives puissent comporter précisément la mission pour l'expert d'entendre des témoins. Aussi la véritable originalité du nouveau régime tient peut-être à ce que, l'expert doit non seulement soumettre un rapport écrit, mais qu'il peut ensuite être interrogé par le juge ou par les parties sur ce rapport. Une telle possibilité n'existe pas dans le cas du rapport de l'arbitre nommé en vertu de la Règle 500. Le régime de l'expert judiciaire proposé par l'article 73 du projet de code est donc un régime beaucoup plus flexible que celui de l'arbitre prévu par la Règle 500. Cet expert judiciaire n'est pas destiné à remplacer l'arbitre mais à permettre à la cour d'obtenir, sous une autre forme, la collaboration de personnes qualifiées, pour l'aider dans l'accomplissement de ses fonctions.

4. *La preuve par ouï-dire.*

Même si le projet de code traite du ouï-dire sous la rubrique des règles particulières de l'admissibilité des preuves, il s'agit à notre avis de règles qui se rapportent aux témoignages et c'est pourquoi il convient d'en traiter immédiatement après la preuve testimoniale. En droit québécois la prohibition du ouï-dire trouve son fondement dans l'art. 1205 C.C. C'est ce que la Cour suprême du Canada a déclaré dans l'affaire *Royal Victoria Hospital c. Morrow*³⁷. Par la

même occasion la Cour suprême a affirmé que les exceptions du droit anglais à la prohibition du oui-dire s'appliquaient également en droit québécois sous réserve d'une disposition expresse ou implicite au contraire. C'est dire qu'en cette matière le droit actuel québécois est similaire au droit des autres provinces. Il est intéressant de constater que le régime proposé par la Commission de réforme du droit en ce qui concerne le oui-dire présente une certaine similitude avec celui proposé par l'Office de révision du Code civil. Cette similitude porte sur la prohibition de principe du oui-dire (art. 28 P.F. et art. 36 projet de l'O.R.C.C.) et sur l'existence de deux grandes catégories d'exceptions à cette règle, l'une relative aux déclarations antérieures d'une personne qui comparait comme témoin (art. 28 P.F. et art. 39 projet de l'O.R.C.C.) et l'autre relative aux déclarations d'une personne qui ne comparait pas comme témoin (art. 29 P.F. et 37 projet de l'O.R.C.C.).

On note toutefois une approche très différente du problème dans l'un et l'autre cas. Dans le projet fédéral, le oui-dire est réglementé en tant que tel, alors que dans le projet de l'O.R.C.C., c'est par le biais de la réglementation concernant la preuve testimoniale que la prohibition du oui-dire est aménagée. Il s'ensuit que dans le projet fédéral, on a dû donner une définition du oui-dire (art. 27 P.F.) tandis que dans le projet de l'O.R.C.C., le oui-dire est réglementé sans qu'il soit nécessaire d'avoir même à utiliser le mot "oui-dire"³⁸.

Dans sa définition du oui-dire, le projet fédéral précise que le

38 Les articles pertinents du projet de l'O.R.C.C. se lisent ainsi:

Art. 35: Est un témoignage, la déclaration par laquelle une personne affirme l'existence de faits dont elle a eu personnellement connaissance.

Est également un témoignage, la déclaration par laquelle un expert donne son opinion.

Art. 36: Le témoignage, pour faire preuve, doit être contenu dans une déposition donnée dans l'instance, conformément aux règles du Code de procédure civile, sauf du consentement des parties ou dans les cas spécialement prévus par la loi.

Art. 37: Le juge peut permettre que la déclaration faite par une personne qui ne comparait pas comme témoin, sur des faits au sujet desquels elle aurait pu légalement déposer, soit prouvée et offerte à titre de témoignage, à condition que:

1. demande en ait été faite en la manière prévue au Code de procédure civile, après avis à la partie adverse;
2. les circonstances entourant la déclaration donnent à celle-ci de sérieuses garanties d'exactitude;
3. compte tenu de toutes les circonstances de la cause, il soit impossible d'obtenir la comparution du déclarant comme témoin.

Art. 38: Toutefois, il n'est pas nécessaire de démontrer l'impossibilité de faire comparaître le déclarant lorsqu'il s'agit d'une déclaration faite dans l'exercice

ouï-dire s'étend à toute affirmation verbale ou écrite ainsi que tout comportement voulu par une personne comme une affirmation (art. 27(2)b) P.F.). Le projet de l'O.R.C.C. bien que n'étant pas aussi explicite et se contentant de l'expression "déclaration" a, à notre avis, une portée aussi étendue.

Les deux projets admettent, à titre d'exception à la prohibition du ouï-dire qu'on puisse faire la preuve des déclarations antérieures d'une personne qui comparait comme témoin.

Au niveau des conditions d'admissibilité de cette exception, le projet fédéral n'impose aucune condition alors que le projet de l'O.R.C.C. exige que la déclaration ait été faite dans des circonstances qui garantissent son exactitude.

Les deux projets créent une seconde exception en ce qui concerne les déclarations d'une personne qui ne comparait pas comme témoin.

Cette exception dans le projet fédéral repose sur la non-disponibilité comme témoin du déclarant (art. 29 P.F.) alors que dans le projet de l'O.R.C.C., elle repose sur l'impossibilité de faire comparaître comme témoin, le déclarant (art. 37(3) O.R.C.C.). Il s'agit de notions assez voisines. A la différence du projet de l'O.R.C.C. qui s'abstient d'énumérer les circonstances qui peuvent rendre impossible la comparution du déclarant, le droit fédéral donne une énumération des cas où il y a non-disponibilité (art. 30(2) P.F.).

Cette énumération comprend un certain nombre d'hypothèses où il s'agit manifestement de circonstances rendant impossible la comparution comme témoin du déclarant: décès, incapacité physique ou mentale du déclarant et impossibilité d'obtenir sa comparution par sommation ou autres moyens raisonnables.

On y prévoit également que la non-disponibilité peut résulter de l'absence du déclarant, jointe au fait que l'importance de la question

d'une activité régulière et consignée dans un registre spécialement tenu à cette fin, s'il y a lieu de présumer, eu égard aux circonstances, que ce registre reproduit fidèlement la déclaration.

Art. 39: Lorsqu'une personne comparait comme témoin, ses déclarations antérieures sur des faits au sujet desquels elle peut légalement déposer sont admissibles à titre de témoignage, à condition que ces déclarations présentent de sérieuses garanties d'exactitude, eu égard aux circonstances dans lesquelles elles ont été faites.

Toutefois, la déposition donnée au cours d'une autre instance est inadmissible, sous réserve de l'article qui suit, sans le consentement de la partie adverse.

Art. 40: Lorsqu'une partie est admise à prouver qu'un témoin a fait antérieurement une déclaration contraire à sa déposition dans l'instance, cette déclaration a également valeur de témoignage.

ou le supplément de crédibilité susceptible d'être ajouté à son témoignage en cour, ne justifient pas la dépense ou les inconvénients des démarches visant à s'assurer de sa présence ou de sa déposition.

Les commentaires précisent que cette disposition pourrait permettre de réaliser des économies considérables en évitant de faire comparaître comme témoins des personnes dont la déposition n'est pas vraiment contestée. Elle dispenserait, par exemple, de faire comparaître l'expert qui a effectué des examens de routine. N'y a-t-il pas un abus de langage de parler de non-disponibilité dans une telle hypothèse?

Ajoutons que le projet fédéral a cru bon de déclarer l'inadmissibilité de la déclaration lorsque c'est le réclamant qui a provoqué la non-disponibilité du témoin (art. 29(3) P.F.).

Au niveau de la procédure, le projet fédéral est plus souple en ce qu'il subordonne l'admissibilité de la déclaration à un simple avis raisonnable d'intention à toutes les autres parties. Cet avis doit contenir les détails de la déclaration et énoncer les raisons de la non-disponibilité comme témoin de l'auteur de celle-ci.

Selon le projet de l'O.R.C.C., la déclaration n'est recevable que sur permission spéciale du tribunal obtenue sur requête présentable le jour de l'instruction (art. 403a C.P.C. projeté).

Au titre de la preuve par ouï-dire, le projet fédéral se distingue également du projet de l'O.R.C.C. en ce qu'il contient une énumération de cas spécifiques d'exception à l'interdiction du ouï-dire. Il s'agit des articles 30 et 31 P.F.. Ces articles, qui n'ont pas d'équivalents dans le projet de l'O.R.C.C. ont pour objet de rendre admissibles de plein droit les aveux extrajudiciaires de la partie adverse; les déclarations dans le cours ordinaire des affaires; les recueils et registres publics; les déclarations de l'état civil; la preuve de la non-survenance d'un fait fondée sur l'absence d'entrée dans un registre; les certificats émanant de personnes autorisées; les déclarations contenues dans un document datant de vingt ans ou plus; les inventaires auxquels le public et les spécialistes se fient; les jugements de culpabilité et la commune renommée.

Malgré l'absence d'une disposition spécifique à leur sujet, la majorité de ces cas d'exceptions seraient admissibles en droit québécois en vertu des règles générales.

5. *Les présomptions et les déductions.*

Nous avons déjà eu l'occasion de souligner que le projet de code fédéral réserve l'appellation présomption à la présomption dite légale selon les catégories du Code civil québécois. En effet, l'article 14 définit ainsi la présomption:

"Il y a présomption lorsque la loi impose de déduire l'existence d'un fait, à partir d'un autre fait ou d'un groupe de faits constatés ou établis dans l'instance".

La présomption de fait au sens du Code civil est dénommée déduction par le projet de code (art. 49 P.F.). Vu que le projet fédéral régleme la présomption en rapport avec le fardeau de la preuve, il se devait de préciser à quelle condition le plaideur contre qui la présomption existe peut la repousser. C'est l'objet du paragraphe 14(2) qui stipule qu'en matières civiles la partie contre laquelle existe une présomption doit, pour la repousser, convaincre l'arbitre des faits que l'inexistence du fait présumé est plus probable que son existence. Le même alinéa ajoute cependant que cette règle ne s'applique pas lorsque la présomption imposée est irréfragable. Par ailleurs, le paragraphe 4 du même article propose une règle pour solutionner les conflits de présomptions. Cette règle s'énonce ainsi:

"En cas de conflit entre deux présomptions, on doit accorder préférence à celle qui est fondée sur des considérations supérieures de logique et de politique juridique.

En cas d'égalité les deux présomptions se neutralisent".

La véritable difficulté que soulève ce paragraphe, c'est celle de savoir s'il s'applique tant aux présomptions résultant des lois provinciales que des présomptions résultant des lois fédérales. Si la portée de la disposition est générale, il se peut bien que par le biais d'une disposition de la preuve, on modifie la portée d'une loi provinciale. En effet, on sait que le problème des conflits de présomptions s'est surtout soulevé en matière de responsabilité civile. Or si la règle suivie par les tribunaux provinciaux pour régler ces conflits diffère de celle suivie par la Cour fédérale, il en résultera que la solution de ces conflits variera selon le tribunal saisi.

En ce qui concerne les déductions, le projet de code se limite à les mentionner au nombre des moyens de preuve à l'article 49 et ne propose aucune réglementation particulière à leur sujet. Il ne mentionne même pas qu'il incombe au juge du fait de les dégager. Il y a là, à notre avis, une certaine lacune mais qui, avouons-le, ne prête pas à conséquence.

6. *L'aveu.*

Le traitement que le projet de code réserve à l'aveu est décevant. Il se contente de faire mention de l'aveu des parties dans l'énumération des différents moyens de preuve admissibles et d'en traiter de façon incidente à propos des règles particulières à l'admissibilité des preuves (art. 21 à 26 P.F.) et à propos de la prohibition du ouï-dire (art. 30 P.F.). Les articles 21 à 26 ont pour objet de prohiber la preuve de certains aveux implicites de responsabilité résultant de la conduite d'une partie et plus spécialement de modifications apportées après un accident, de promesses de paiement de frais médicaux et de tentatives de règlement. Quant à l'article 30 P.F., il a pour objet de déclarer admissibles en preuve contre une partie, nonobstant les dispositions de l'article 27 prohibant le ouï-dire, les

aveux extrajudiciaires d'une partie ou de ses préposés ou mandataires.

On peut reprocher au projet de code de méconnaître la distinction entre l'aveu judiciaire et l'aveu extrajudiciaire et de passer sous silence le problème de la force probante, de la révocabilité et de l'indivisibilité de l'aveu. Nous croyons que le projet de code aurait dû se préoccuper de ces questions lesquelles, à notre avis, présentent beaucoup plus d'intérêts que le problème des aveux implicites de responsabilité.

Au niveau des moyens de preuve, le projet de code fédéral nous paraît donc déficient sous trois rapports: tout d'abord, le projet de code abandonne à tort à la discrétion du juge la force probante des écrits au lieu de donner effet aux règles du droit provincial; en deuxième lieu, le projet écarte inconsiderément l'application du droit provincial en matière de conflits de présomptions; et enfin, le projet omet de proposer une réglementation complète de l'aveu.

Il nous reste maintenant à considérer la recevabilité des procédés de preuve.

C - La recevabilité de procédés de preuve selon le projet de code fédéral de la preuve.

Sur le plan de la recevabilité des moyens de preuve, il y a une opposition fondamentale entre le projet de code fédéral et le droit québécois. Le projet fédéral en effet, consacre le principe de la liberté absolue des moyens de preuve vu qu'il fait de la pertinence le seul critère de la recevabilité des moyens de preuve. Le principe de la liberté des moyens de preuve ne paraît connaître qu'une seule exception, celle énoncée à l'article 75 du projet de code, article qui codifie en la modifiant la règle dite de la "meilleure preuve". Le droit québécois, tout en reconnaissant la primauté du principe de la pertinence, contient un certain nombre de règles qui ont pour objet de prohiber le recours à certains procédés de preuve dans certaines circonstances données. Ces prohibitions visent tout particulièrement la preuve testimoniale.

Avant de voir en quoi le droit québécois s'oppose au projet fédéral, il convient peut-être d'en souligner les similitudes au niveau de la règle de la pertinence.

1. Similitude entre le droit québécois et le projet de code fédéral en ce qui concerne la règle de la pertinence.

La règle de la pertinence n'est pas énoncée de façon formelle au Code civil présentement, mais le projet de l'O.R.C.C. propose de la codifier. C'est l'objet des articles 2, 3 et 4 du projet de l'O.R.C.C.

"Art. 2. On peut faire la preuve de tout fait pertinent au litige.

Art. 3. Toutefois, le tribunal peut rejeter la preuve obtenue illégalement, en tenant compte de la gravité de l'infraction.

Art. 4. Le tribunal peut également déclarer irrecevable la preuve d'un fait pertinent dont l'importance paraît minime, si cette preuve est susceptible d'entraîner la confusion des questions en litige ou de causer à la partie adverse un préjudice grave".

Ces articles présentent une similitude frappante avec les articles 4, 5 et 15 du projet fédéral. La formulation même du principe de la pertinence laisse voir cependant que l'approche est différente. En effet, aux termes de l'article 4 du projet fédéral "toute preuve pertinente est admissible sous réserve des exceptions prévues par la loi et on définit comme pertinente la preuve qui tend raisonnablement à démontrer l'existence d'un fait en litige". On voit que dans le projet fédéral, l'insistance, pour les fins de la pertinence, est mise "sur la preuve", alors que dans le projet québécois, l'insistance est mise sur le "fait à prouver". Cette différence d'approche, laisse voir que selon le droit québécois il y a une distinction à faire entre le fait qui est objet de preuve et les moyens susceptibles de l'établir. Si pour décider de l'admissibilité en preuve d'un fait, c'est la règle de la pertinence qui joue; lorsqu'il s'agit de décider de la recevabilité des moyens de preuve susceptibles de l'établir, d'autres règles doivent intervenir.

2. *Opposition du projet de code fédéral et du droit québécois quant à la recevabilité des moyens de preuve.*

Comme selon le projet fédéral la pertinence est le seul critère d'admissibilité des moyens de preuve, il en résulte que tous les moyens de preuve pertinents sont librement admissibles. La seule exception est celle que l'on trouve énoncée aux articles 75 à 81 concernant la preuve du contenu des écrits. Ces articles codifient tout en lui apportant certaines modifications, la règle de la meilleure preuve. L'article 75 pose le principe que sous réserve des exceptions prévues par la loi, celui qui entend prouver le contenu d'un écrit, d'un enregistrement ou d'une photographie doit en produire l'original. Le projet de l'O.R.C.C. contient une règle analogue qui s'énonce ainsi:

"Doivent se prouver par la production de l'original ou d'une copie qui légalement en tient lieu:

1. tout acte juridique constaté dans un écrit; 2. le contenu d'un écrit".
- (art. 65 projet de l'O.R.C.C.).

On constate que la portée de l'article 75 du projet fédéral est plus large puisqu'il s'étend aux photographies et aux enregistrements, alors que, fidèle à la tradition, le projet de l'O.R.C.C. se limite aux écrits. A la différence du projet de l'O.R.C.C., le projet fédéral autorise la preuve au moyen d'un "double" à la place de l'original lorsque l'authenticité d'un original ne fait pas l'objet d'une contestation sérieuse et que, eu égard aux circonstances, la production du double ne peut être cause d'injustice. Le double est défini par l'article 81A comme le duplicata issu d'une même impression

que l'original ou provenant d'une même matrice ainsi que le duplicata produit par photographie et autres procédés techniques propres à assurer une reproduction fidèle de l'original. Au niveau des exceptions à la règle de la meilleure preuve, le projet fédéral est beaucoup plus détaillé, mais dans l'ensemble, il n'est pas substantiellement différent du projet québécois qui autorise la preuve secondaire à la seule condition qu'une partie établisse que l'impossibilité dans laquelle elle se trouve de produire l'original ne résulte pas de sa mauvaise foi.

En outre de la règle concernant la preuve du contenu d'un écrit, le droit québécois contient plusieurs autres règles concernant la recevabilité des moyens de preuve, règles qui n'ont pas d'équivalentes dans le projet fédéral. Ces règles on les trouve énoncées aux articles 1233 à 1237 de même qu'à l'article 1244 C.C.. Ces articles ont essentiellement pour objet de prohiber le recours à la preuve testimoniale dans un certain nombre de cas et notamment dans les cas suivants:

-lorsqu'il s'agit, dans les affaires civiles, de prouver un acte juridique ayant une valeur de plus de \$400.;

-lorsqu'il s'agit de prouver, en matières commerciales, les faits suivants: la renonciation à la prescription, la confirmation par un majeur d'obligations contractées en minorité, le cautionnement et la vente d'effets (art. 1235 C.C.);

-lorsqu'il s'agit de contredire ou changer les termes d'un écrit valablement fait (art. 1234 C.C.); et

-lorsqu'il s'agit de prouver un aveu extrajudiciaire portant sur un fait non susceptible de preuve testimoniale (art 1244 C.C.).

Le projet de l'O.R.C.C. ne modifie pas substantiellement le régime de la recevabilité des moyens de preuve de sorte que les mêmes prohibitions que nous venons d'énoncer se retrouvent avec certains changements dans le projet de réforme.

En vertu du régime actuel, les règles de la recevabilité des moyens de preuve établies par le code civil s'appliquent devant la Cour fédérale par le biais de l'article 37 de *La Loi de la preuve au Canada*.

Il faut reconnaître cependant que dans la mesure où ces prohibitions sont propres au droit québécois, la Cour fédérale aurait, semble-t-il, discrétion pour en écarter l'application. En effet, l'article 53(2) le la *Loi de la cour fédérale*³⁹ s'énonce ainsi:

(2) "Une preuve qui ne serait pas autrement admissible, est admissible, à la discrétion de la Cour et sous réserve de toute règle applicable en la

matière, si, selon le droit en vigueur dans une province, elle est admissible en pareille matière devant une cour supérieure de cette province, nonobstant le fait qu'elle n'est pas admissible en vertu de l'article 37 de la Loi sur la preuve au Canada".

Comme les autres provinces du Canada ont en ce qui concerne la recevabilité des moyens de preuve, un régime plus libéral que le droit québécois, l'article 53(2) est susceptible de jouer plus souvent qu'autrement contre l'application des règles du droit québécois. Rien n'indique cependant que la Cour fédérale ait abusé du pouvoir que lui reconnaît cet article.

Toute autre est la situation sous l'empire du projet de code. Comme, en vertu de ce projet, il ne subsiste rien du droit provincial, aucune des règles du droit québécois n'est susceptible de d'appliquer devant la Cour fédérale. Nous avons eu déjà l'occasion de déplorer que l'on fasse abstraction du droit provincial lorsqu'il s'agit de déterminer la force probante des écrits. Lorsqu'on considère d'autre part que dans sa forme actuelle, le projet de code permettrait sans restriction aux parties à un écrit de la contredire par témoin ou autrement, on se rend compte que ce projet affaiblit considérablement la valeur des écrits comme moyens de preuve.

Il n'est donc pas exagéré de prétendre qu'il y a au niveau de la recevabilité des moyens de preuve une nette opposition entre le projet de code fédéral et le droit québécois, opposition suffisamment importante pour que dans les matières où la Cour fédérale a une compétence concurrente avec les tribunaux provinciaux, un litige connaisse un sort différent selon qu'il sera porté devant la Cour fédérale ou devant un tribunal du Québec.

En examinant le projet de code, le civiliste a, à tort ou à raison, l'impression que ce projet a d'abord été élaboré pour les matières criminelles et qu'il a été étendu par la suite aux matières civiles, sans qu'on s'interroge sur l'opportunité d'une telle extension. On peut également reprocher au projet de code de ne pas assurer, dans les matières civiles, une liaison suffisante entre les règles de preuve provinciales et les règles de preuve fédérales et de laisser chacune fonctionner parallèlement sans se préoccuper si de cette manière on n'encourageait pas la contrariété des jugements dans la mesure où la cour fédérale a une juridiction concurrente avec les tribunaux provinciaux.