

Vol. 28, n° 2

La jurisprudence en commerce électronique en quête de maturité

Vincent Gautrais*

INTRODUCTION	425
1. <i>FAUCHER c COSTCO WHOLESALE CANADA LTD,</i> 2015 QCCQ 3366	426
1.1 Contexte.....	426
1.2 Vieux droit : traitement au fond des erreurs sur le prix des sites Internet.....	426
1.2.1 224c) LPC	426
1.2.2 Conditions sous-jacentes	427
1.2.3 Neutralité technologique : ?.....	428
1.3 Droit neuf : interprétation des dispositions sur le contrat à distance	429
1.3.1 Nouvelles dispositions	429
1.3.2 Proposition/Offre.....	430

© Vincent Gautrais, 2016.

* Professeur titulaire, Faculté de droit de l'Université de Montréal ; directeur du CRDP ; titulaire de la Chaire L.R. Wilson en droit du commerce électronique.
[Note de la rédaction : cet article a été soumis à une évaluation à double anonymat.]

2. 2786630 CANADA INC c ACCENT ARCHITECTURAL / ACCENT ARCHITECTURAL CANADA INC, 2015 QCCQ 2550	431
2.1 Contexte.....	431
2.1.1 Nouveau Code.....	431
2.1.2 Faits.....	432
2.2 Possibilité juridique de la visioconférence.....	432
2.2.1 Droit	432
2.2.2 Hiérarchie	433
2.3 Critères d'acceptation – ou non – de la visioconférence ..	433
2.3.1 Proportionnalité	434
2.3.2 Technologie fiable	434
2.3.3 Crédibilité	435
3. R v AVANES, 2015 ONCJ 606.....	435
3.1 Contexte.....	435
3.1.1 Faits.....	435
3.1.2 Décision importante.....	436
3.1.3 Plan.....	437
3.2 Malaise technologique relativement à la force probante du transfert de données	437
3.2.1 Transfert.....	437
3.2.2 Chaîne de continuité.....	438
3.2.3 Fragilité numérique	438
3.3 Authenticité du transfert de données	439
3.3.1 Sources juridiques	439
3.3.2 Définition.....	440
3.3.3 Fiabilité du système.....	441

4. <i>DIRECTEUR DES POURSUITES CRIMINELLES ET PENALES c 3341003 CANADA INC (RESTAURANT PIZZEDELIC)</i> , 2015 QCCQ 8159	442
4.1 Contexte.....	442
4.1.1 Loi mal aimée	442
4.1.2 Faits.....	443
4.2 Déception quant à ce qui est dit.....	443
4.2.1 Intégrité	443
4.2.2 Présomption de l'article 7.....	444
4.2.3 Abolition de l'article 7.....	445
4.2.4 Présomption de l'article 15 al 4	445
4.3 Déception quant à ce qui n'est pas dit	446
4.3.1 Élément matériel	446
4.3.2 Distinction « copie »/« transfert »	447
5. <i>SOCIETE RADIO-CANADA c SODRAC 2003 INC</i> , 2015 CSC 57	448
5.1 Origine de la neutralité technologique	449
5.1.1 Origine d'un malentendu.....	449
5.1.2 Tarte aux pommes	450
5.2 Interprétation de la neutralité technologique par la Cour suprême	451
5.2.1 Principe interprétatif.....	451
5.2.2 Principe flou	451
5.2.3 Méthode contextuelle	452
5.2.4 Hiérarchie conceptuelle	453

INTRODUCTION

L'exercice a quelque chose de drolatique : l'identification des cinq décisions dignes d'intérêt dans le domaine du commerce électronique est hautement arbitraire et, il me semble, risquerait d'être sensiblement différente auprès d'un autre auteur. En revanche, chose surprenante, dès que mes décisions furent choisies, il me vint en tête quelques idées qui traversent souvent mon esprit quand j'opère ce travail indispensable d'analyser la réception des technologies par les juges. Permettez-moi donc de vous proposer ma conclusion maintenant ! En premier lieu, la jurisprudence est rare et il est tout de même surprenant de voir si peu de décisions relatives à une réalité qui est pourtant bien intégrée dans notre quotidien. En effet, il existe des milliers de décisions faisant état de documents technologiques mis en preuve ; or, rares sont celles qui traitent disons « sereinement » de ce nouvel état des lieux numérique. En deuxième lieu, et avec égards, nous craignons qu'il faille encore quelques années pour laisser le temps à la jurisprudence d'intégrer cette situation révolutionnaire. Le changement est majeur et d'une manière générale le suivi jurisprudentiel fait davantage état des problèmes que les tribunaux doivent traiter que des solutions qu'ils sont susceptibles d'apporter. En troisième lieu, et de façon étonnante – quoique ! – les difficultés interprétatives que nous identifions sont davantage avec les lois nouvelles qu'avec les textes anciens. Même si souvent on aperçoit une tactique d'évitement de la part des juges qui préfèrent traiter la nouveauté avec des dispositions qu'ils maîtrisent depuis longtemps, cette fuite ne peut toujours se faire et ces lois iconoclastes bénéficient, disons-le, d'une réception mitigée.

Les décisions que nous comptons traiter sont les suivantes :

1. *Faucher c Costco Wholesale Canada Ltd*, 2015 QCCQ 3366 (17 avril 2015)
2. *2786630 Canada inc c Accent Achitectural / Accent Architectural Canada inc*, 2015 QCCQ 2550 (16 février 2015)
3. *R v Avanes*, 2015 ONCJ 606 (19 octobre 2015)
4. *Directeur des poursuites criminelles et pénales c 3341003 Canada inc (Restaurant Pizzédélic)*, 2015 QCCQ 8159 (11 septembre 2015)

5. *Société Radio-Canada c SODRAC 2003 Inc*, 2015 CSC 57 (26 novembre 2015)

1. FAUCHER c COSTCO WHOLESALE CANADA LTD, 2015 QCCQ 3366¹

1.1 Contexte

La décision *Faucher* est une décision qui ressemble dans les faits beaucoup au fameux arrêt *Dell Computer*² qui avait été traité, certes non au fond, par la Cour suprême en 2007. C'est une situation somme toute assez simple où une erreur sur le prix est faite par un commerçant, proposant, évidemment, un bien ou un service à un prix inférieur³ de celui qu'il avait l'intention de proposer. Un bogue informatique donc ; un Oops⁴, presque banal. Un ordinateur est ainsi vendu sur un site à 2 \$ ce qui évidemment, comme dans *Dell*, suscite des vocations. Nous sommes face donc à un consommateur promu en opportuniste qui revendique l'entièreté de la conclusion du contrat. Comme dans *Dell*, le consommateur n'aura pas gain de cause ; comme dans *Dell*, la cause n'est pas sympathique car en y pensant bien, le consommateur n'a rien perdu. Ceci dit, nous croyons important d'envisager la question au fond, et ce, en se basant principalement sur le « vieux » droit applicable à une telle erreur sur le prix. Mais un autre élément de droit nous semble devoir être envisagé : cette décision est l'une des rares qui interprète les nouvelles dispositions de 2006 sur les contrats à distance. Avec égards, là encore, le vieux droit donne lieu à une interprétation qui nous semble plus naturelle que le nouveau.

1.2 Vieux droit : traitement au fond des erreurs sur le prix des sites Internet

1.2.1 224c) LPC

La disposition à l'origine de ce type de recours est somme toute assez simple : la *Loi sur la protection du consommateur*⁵ (ci-après « LPC ») considère sans équivoque que le commerçant qui commet une erreur sur le prix doit assumer les risques associés à cette erreur.

-
1. *Faucher c Costco Wholesale Canada Ltd*, 2015 QCCQ 3366, (QC CQ ; 2015-04-17) la juge Aubé [*Faucher*].
 2. *Dell Computer c Union des consommateurs*, 2007 CSC 34 [*Dell*].
 3. Des erreurs sur le prix arrivent parfois à des prix supérieurs mais dans ce cas, rares sont ceux qui achètent malgré tout le bien ou le service concerné.
 4. Vincent Gautrais, « *Dell Computer c. Union des consommateurs* : Histoire d'un « Oops » ! », (2005) 17:3 *Cahiers de la propriété intellectuelle* 687.
 5. RLRQ, c P-40.1.

La même idée est sous-jacente aux règles en matière d'étiquetage⁶. Aussi, l'article 224c) LPC prévoit :

Aucun commerçant, fabricant ou publicitaire ne peut, par quelque moyen que ce soit :

[...]

c) exiger pour un bien ou un service un prix supérieur à celui qui est annoncé.

L'article, même s'il a été rédigé et appliqué à une époque où Internet n'existait pas, dispose d'une capacité d'adaptation aux nouvelles technologies. D'une part, l'expression « par quelque moyen que ce soit » est l'outil par excellence qui permet d'assurer, avec facilité, une telle transition technologique. D'autre part, les termes sont simples et semblent devoir s'appliquer très généralement. À cet égard, on trouve une jurisprudence assez fournie qui permet d'assurer une certaine pression sur les commerçants afin de faire preuve d'une certaine diligence⁷. Et c'est très bien ainsi...

1.2.2 Conditions sous-jacentes

Ceci dit, et sans que cela ne soit formellement inscrit dans la LPC, cette jurisprudence ne semble pas vouloir s'appliquer trop généralement à ce texte, qui présente pourtant un caractère très général. En premier lieu, plusieurs décisions semblent exiger, pour que la disposition s'applique, que le commerçant exerce une fausse représentation⁸. Ce critère ne fut en revanche pas toujours retenu, une autre décision optant davantage pour une approche plus littérale⁹.

6. *Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur*, RLRQ, c P-40.1, r 3, art. 91.4.

7. *Union des consommateurs c Air Canada*, 2014 QCCA 523 ; *Stratos Pizzeria (1992) inc c Galarneau*, 2015 QCCS 2353.

8. *Lelièvre c Magasin La clé de sol*, 2011 QCCQ 5774 [Lelièvre] aux para 16 et 17 :
[16] Pour réussir dans son recours, Lelièvre Gagnon doivent démontrer une fausse représentation ou des gestes par lesquels Clé de Sol exige un prix plus élevé que celui représenté ou annoncé.

[17] Pour établir fausse représentation il est nécessaire que le Tribunal soit convaincu que Clé de Sol avait l'intention de tromper les demandeurs par les promotions qu'elle effectuait sur son site électronique.

Cette position est globalement la même que l'on trouve dans l'affaire *Néron c Vacances Sunwing inc*, 2014 QCCQ 1615 [Néron] dans laquelle le juge considère que l'al 224c) s'applique uniquement dans l'hypothèse où le commerçant a « volontairement » (para 14) déterminé un prix plus élevé.

9. *Meyer c Vacances Sunwing inc*, 2015 QCCQ 3675 [Meyer] ; *Comtois c Vacances Sunwing inc*, 2015 QCCQ 2684 [Comtois]. De façon moins claire, un jugement en équité semble avoir été rendu dans *Rochefort c Vacances Sunwing inc*, 2015 QCCQ 3141 [Rochefort].

En d'autres termes, les juges évaluent la bonne ou mauvaise foi des parties face à une telle erreur, et ce, comme cela a déjà été jugé en France¹⁰. En second lieu, le caractère dérisoire du prix est lui aussi un critère qui semble devoir être pris en compte. Le juge doit donc évaluer si la différence avec le prix réel était telle que le consommateur aurait dû savoir qu'il s'agissait d'une erreur¹¹. Ce critère est lui aussi omniprésent dans la jurisprudence française¹². Rappelons que dans le cas qui nous intéresse, le prix affiché de l'ordinateur était de 2 \$ seulement¹³.

1.2.3 Neutralité technologique ?

Mais revenons sur l'erreur sur le prix propre aux sites Internet. D'abord, on peut constater que ce type d'affaires n'est pas rare et plusieurs d'entre elles ont donné lieu à plusieurs décisions¹⁴. L'une d'elles d'ailleurs, rendue par la même juge, prouve que les erreurs ne valent pas juste pour le prix, copie/colle le jugement *Faucher* omettant même de changer le nom du commerçant. Une sorte de « Oops » judiciaire qui montre que les commerçants n'ont pas l'apanage de telles erreurs¹⁵. Ensuite, on peut s'interroger sur le fait de savoir s'il y a un changement de donne avec les situations habituellement aperçues relativement à l'alinéa 224c) LPC. Car il y a changement factuel ; le commerçant avec « pignon sur rue » dispose d'une capacité de réaction que le commerçant en ligne n'a sans doute pas autant¹⁶. Aussi, une disposition comme l'alinéa 224c) de la LPC a-t-elle lieu de s'appliquer identiquement dans le commerce traditionnel et dans le

10. Voir par exemple CA Angers, 1^{re} ch., 8 janvier 2001, Sem Jur 2001, 2857 où le fait qu'un consommateur se soit rendu dans un magasin avec un huissier pour constater l'erreur sur le prix a été interprété comme une preuve de la mauvaise foi de sa part.
11. Benjamin David Gross, Luc Thibaudeau et Anne-Sophie Lamonde, « Commerce de détail : Soyez sûr que vos prix sont exacts », Lavery, septembre 2015, en ligne : <<http://www.lavery.ca/publications/nos-publications/1891-commerce-de-detail-soyez-sur-que-vos-prix-sont-exacts.html>> (consulté le 01 février 2016).
12. Par exemple, et parmi beaucoup d'autres, Tribunal de grande instance de Paris 1^{ère} chambre, section sociale voir le jugement du 28 octobre 2008 (*UFC c Amazon*), en ligne : <http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=2473> (consulté le 01 février 2016).
13. Para 1, 7 et 46.
14. Outre la décision *Faucher*, *supra* note 1, on peut citer *Lelièvre*, *supra* note 8 ; *Néron*, *supra* note 8 ; *Meyer*, *supra* note 9 ; *Rochefort* *supra* note 9 ; *Therrien c Sears Canada Inc*, 2015 QCCQ 13168 [*Therrien*].
15. Dans le jugement *Therrien*, *supra* note 14, la juge omet de remplacer le nom du commerçant Costco qui prévaut dans la décision *Faucher* par celui de Sears (para 8), preuve s'il en était besoin, de plusieurs copier/coller entre les deux jugements.
16. Vincent Gautrais, « Les contrats électroniques sont presque tous illégaux », [2005] *Revue du Notariat* 617.

commerce électronique ? Nous n'en sommes pas sûr. Le contexte qui sous-tendait cette disposition dans un magasin présente une situation factuelle distincte.

1.3 Droit neuf : interprétation des dispositions sur le contrat à distance

1.3.1 Nouvelles dispositions

Mais au-delà de ce « bon vieux droit », qui fonctionne ma foi assez bien, en dépit des avis ambivalents de la jurisprudence, il importe d'analyser la réponse législative qui avait pour objet, comme signalé plus tôt, de répondre à l'affaire *Dell*¹⁷. Commençons donc par la disposition, nouvelle, qu'est l'article 54.1 al 2 LPC et qui est directement pertinente en la matière :

Le commerçant est réputé faire une offre de conclure le contrat dès lors que sa proposition comporte tous les éléments essentiels du contrat envisagé, qu'il y ait ou non indication de sa volonté d'être lié en cas d'acceptation et même en présence d'une indication contraire.

Cette disposition, au meilleur de notre compréhension, visait à se prémunir des clauses contractuelles que l'on trouvait – et que l'on trouve encore régulièrement – voulant que le commerçant rédigeant le contrat retardait sa conclusion au moment où il acceptait la commande du consommateur. Ainsi, plutôt que d'être dans une situation d'offre permanente, le commerçant 1) fait une proposition ; 2) qui donne lieu à une commande du consommateur et finalement 3) cette dernière est acceptée par le commerçant. D'ailleurs, relativement aux faits qui nous intéressent, à savoir le site Internet de Costco, on peut trouver la clause contractuelle suivante :

nous réservons le droit d'annuler une commande, d'y mettre fin ou de ne pas la traiter (y compris une commande acceptée) si le prix ou toute autre information importante du site sont inexacts.¹⁸

Implicitement, et se basant sur la décision *Dell*¹⁹, ladite clause est validée. Et elle permet de contourner l'article 54.1 al 2 LPC qui visait pourtant à s'assurer, pour une meilleure protection du consom-

17. *Dell*, *supra* note 2.

18. Site de Costco, en ligne : <<http://www.costco.ca/purchase-terms.html>> (consulté le 01 février 2016). Cette stipulation est de surcroît citée au para 13 de la décision.

19. *Dell*, *supra* note 2 aux para 14 et 15.

mateur, que le contrat soit formé dès lors que tous les éléments essentiels du contrat sont réunis (bien, prix, etc.) et accepté par le consommateur.

1.3.2 Proposition/Offre

Avec une telle clause, et l'absence de l'article 54.1 LPC, le commerçant aurait été dans une situation de totale impunité. Il aurait pu donc à sa guise remettre en compte n'importe quelle erreur dont il serait la source. Mais, à la différence de l'état du droit sous l'arrêt *Dell*²⁰, nous sommes face à une hypothèse où l'article 54.1 al 2 LPC s'applique. Pourtant, elle ne fut pas retenue dans le présent jugement et il semble que ce choix ait été déterminant²¹. Du moins, c'est globalement ce qui ressort des très brefs développements que l'on trouve dans cette décision où, en quelques lignes seulement, la juge Aubé considère que :

Costco n'a donc pas fait une offre de contracter au demandeur, il s'agit plutôt d'une *proposition*.²² [Les italiques sont nôtres.]

Cette approche ne nous semble pourtant pas conforme à d'autres décisions, de cours supérieures, qui avaient suivi une approche plutôt large de la notion d'offre²³. Cette option pour la qualification de proposition initiale du commerçant, non considérée comme une offre, ne peut donc s'expliquer que par la prévalence de la clause s'intitulant « Modifications, coquilles et erreurs ». Une prévalence qui fait fi de l'article 54.1 al 2 LPC, dont la lettre semble établir le caractère d'ordre public d'une telle disposition ; en effet, de façon explicite, l'article prévoit que la présomption d'offre prévaut, nous nous permettons de la répéter :

qu'il y ait ou non indication de sa volonté d'être lié en cas d'acceptation et même en présence d'une indication contraire.

Ainsi, et avec égards, si la question présentée dans cette affaire aurait dû requérir l'évaluation des conditions sous-jacentes à

20. *Dell*, supra note 2.

21. *Faucher*, supra note 1 au para 46.

22. *Faucher*, supra note 1 au para 27.

23. Dans *Ifergan c Société des loteries du Québec*, 2014 QCCA 1114 au para 29, les juges de la Cour d'appel prennent à leur compte la vision large d'une offre qui prévaut dès lors que les éléments essentiels sont « déterminés ou déterminables ». Didier Lluellas et Benoît Moore, *Droit des obligations*, 2^e éd. (Montréal, Thémis, 2012) au §275. La permission d'en appeler à la Cour suprême a été refusée 2015 CSC 3370 (29 janvier 2015).

l'application de l'article 224c) LPC²⁴, il nous semble difficile de ne pas appliquer l'article 54.1 al 2 LPC qui facilite la complétude du contrat, en présence ou non, d'une stipulation.

**2. 2786630 CANADA INC C ACCENT ARCHITECTURAL/
ACCENT ARCHITECTURAL CANADA INC, 2015 QCCQ
2550²⁵**

2.1 Contexte

2.1.1 Nouveau Code

Alors que la communauté juridique québécoise vient d'être confrontée à un changement de taille avec l'introduction toute récente du nouveau *Code de procédure civile*²⁶ (ci-après « C.p.c. »), nous voudrions justement évoquer une situation, classique, récurrente, sur le fait de savoir si un témoignage judiciaire peut être effectué par le biais d'outils technologiques tels que la visioconférence. Une situation classique car les juges doivent évaluer ce qui se gagne et ce qui se perd avec les technologies ; les pertes étant même souvent nécessaires aux gains²⁷. Cette évaluation devrait être facilitée avec le nouveau Code, qui dispose d'une trentaine de références aux technologies, souvent pour faciliter leur utilisation²⁸.

24. Deux critères minimalement auraient pu être considérés : d'une part, l'ordinateur en question disposait d'un prix de 2 \$ seulement ; d'autre part, l'intention du commerçant n'a pas été démontrée.

25. *2786630 Canada inc c Accent Architectural / Accent Architectural Canada inc*, 2015 QCCQ 2550 (QC CQ ; 2015-02-16) le juge Faullem [*Accent*].

26. RLRQ, c C-25.01.

27. Michel Serres, « Les nouvelles technologies : révolution culturelle et cognitive », vidéo enregistrée le 11 décembre 2007, en ligne : <http://interstices.info/jcms/c_33030/les-nouvelles-technologies-revolution-culturelle-et-cognitive> (consulté le 01 février 2016). On peut notamment écouter, autour de la minute 39 du document, que le « gain » de la main chez l'humain est la conséquence de la « perte » de la fonction de portage des membres supérieurs.

28. On peut notamment citer l'article 26 CPC qui prévoit :
Dans l'application du Code, il y a lieu de privilégier l'utilisation de tout moyen technologique approprié qui est disponible tant pour les parties que pour le tribunal en tenant compte, pour ce dernier, de l'environnement technologique qui soutient l'activité des tribunaux.

Le tribunal peut utiliser un tel moyen ou ordonner qu'il le soit par les parties, même d'office, notamment dans la gestion des instances ; il peut aussi, s'il le considère nécessaire, exiger, malgré l'accord des parties, qu'une personne se présente physiquement à une audience, à une conférence ou à un interrogatoire.

2.1.2 Faits

Mais avant que cette loi ne soit modifiée, il fallait bien évaluer la situation, au demeurant assez simple. En effet, à l'occasion d'une gestion d'instance, les procureurs des parties en cause ne s'entendent pas sur les modalités relatives à des interrogatoires mutuels après défense ; une partie voudrait l'effectuer par visioconférence et l'autre s'y refuse²⁹. Il importe donc, dans un premier temps, de regarder la légalité d'une telle façon de faire. Dans un second temps, et de manière plus importante, il importe de dégager des principes qui puissent permettre au juge d'objectiver l'acceptation ou le refus de l'utilisation d'une telle technologie pour des témoignages judiciaires.

2.2 Possibilité juridique de la visioconférence

2.2.1 Droit

Relativement au droit applicable, c'est assez simple. Il n'y a rien. Plus exactement, il n'existe pas, ou du moins il n'existait pas avant qu'un nouveau règlement intervienne tout récemment³⁰, de règles spécifiques à la Cour du Québec comme en avait adoptées il y a quelques années la Cour supérieure³¹. Le juge Faullem va d'ailleurs largement s'inspirer de ces dernières dispositions. Bien lui en prit ; les nouvelles règles de la Cour du Québec constituent une reproduction assez fidèle des règles de la Cour supérieure. La mesure de la pertinence d'un tel procédé doit donc se baser sur des principes généraux, et notamment celui de proportionnalité qui va être de la toute première utilité pour le juge³². Le juge Faullem bénéficie aussi

29. *Accent*, supra note 25 au para 6.

30. *Règlement de la Cour du Québec*, RLRQ, c C-25.01 r 9 art 50. Ce nouveau règlement est applicable depuis le 03 février 2016. La donne est très similaire à celle de la Cour supérieure :

Le juge peut autoriser l'interrogatoire préalable à l'instruction, l'interrogatoire par déclaration sous serment ou l'interrogatoire d'un témoin hors la présence du tribunal par visioconférence ou par tout autre mode de communication, si le mode proposé pour procéder lui paraît fiable, proportionné aux circonstances du dossier et compte tenu de la qualité de l'équipement utilisé disponible et de la possibilité pour le tribunal de prendre connaissance du contenu de ces interrogatoires et de les utiliser. Pour ce faire, il doit être tenu compte, pour le tribunal, de l'environnement technologique qui soutient l'activité des tribunaux.

31. Art. 45.2 *Règlement de procédure civile (C.S.)*, RLRQ, c C-25, art 11 :

Vidéo-conférences. Le tribunal peut autoriser un interrogatoire préalable, un interrogatoire sur affidavit ou l'interrogatoire d'un témoin hors de cour, par vidéo-conférence ou par tout autre mode de communication, si la façon proposée d'y procéder lui paraît fiable et proportionnée aux circonstances de l'affaire et compte tenu des installations accessibles.

Cité au paragraphe 14.

32. RLRQ, c C-25.01, art 4.2.

d'une jurisprudence nourrie, évoquant quatre décisions de différentes cours, toutes autorisant l'utilisation du procédé technologique³³. Le choix de ces jugements est en revanche quelque peu surprenant dans la mesure où, d'une part, il y en a d'autres et, d'autre part, il y en a d'autres qui vont refuser l'utilisation de la visioconférence³⁴, comme le fait le juge³⁵.

2.2.2 Hiérarchie

Car la visioconférence n'est qu'un pis-aller. Il apparaît clairement dans le jugement que si l'autorisation doit être envisagée dans certains cas, elle demeure l'exception³⁶. Certains pensent même qu'elle devrait être exceptionnelle³⁷. Si rien ne l'interdit³⁸, rien ne permet véritablement de remettre en cause cette hiérarchie d'un principe, soit la présence physique, et l'exception, la visioconférence. Et certaines dispositions de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* ne devraient pas remettre en cause ce principe³⁹. Une donne qui est, rappelons-le, potentiellement différente avec le nouveau C.p.c., même si les éventuels changements sont davantage une question d'acceptation sociale, de propension des juges, que d'interprétation des quelques dispositions « technophiles » de la nouvelle loi⁴⁰.

2.3 Critères d'acceptation – ou non – de la visioconférence

Parmi les critères que le juge va considérer, nous pouvons en dégager deux grandes sortes. D'abord, il y a des critères plus processuels qui visent à établir un équilibre entre les avantages et les inconvénients identifiés. Ensuite, il y a aussi des qualités plus objectives que le procédé doit permettre de satisfaire :

33. *Dallaire c Girard*, 2014 QCCA 1790 ; *Krygier c Krygier*, 2012 QCCA 1152 ; *Mancebo c 3 Star Technologies s.e.n.c.*, 2007 QCCQ 217 ; *Entreprises Robert Mazeroll Ltée c Expertech – Bâtisseur de réseaux inc.*, 2005 QCCQ 131 [Mazeroll].

34. *Gatti c Barbosa Rodrigues*, 2011 QCCS 4693 [Gatti].

35. *Accent*, *supra* note 25 au para 44.

36. *Accent*, *supra* note 25 au para 35. Dans un paragraphe récapitulatif, le juge Faullem érige en principe premier la condition suivante : « La règle générale emporte la présence physique des parties, des avocats et des témoins lors d'un interrogatoire préalable. Cette règle n'est pas absolue. »

37. Pierre Tessier et Monique Dupuis « Les qualités et les moyens de preuve », dans *Collection de droit 2012-2013*, École du Barreau du Québec, vol 2, *Preuve et procédure* (Montréal, Barreau du Québec, 2012) à la p 401.

38. *Mazeroll*, *supra* note 33 au para 13.

39. RLRQ, c C-1.1, art 2 (ci-après « L.c.c.j.t.i. » ou « la Loi »).

40. RLRQ, c C-25.01, art 26.

Ainsi, premièrement, le soussigné est d'avis que le système de vidéoconférence utilisé doit paraître fiable compte tenu des installations accessibles aux parties et que deuxièmement, son utilisation doit être proportionnée aux circonstances de l'affaire.⁴¹

2.3.1 Proportionnalité

Le principe de proportionnalité semble recueillir une reconnaissance généralisée en procédure civile et aussi dans le cas plus spécifique de l'acceptation de la visioconférence. Cet outil nous semble pouvoir être rattaché à l'approche contextuelle que les tribunaux utilisent quand vient le temps de peser des intérêts contraires et multiples⁴². Nous sommes donc face à des situations où « chaque demande constitue un cas d'espèce »⁴³ qui requiert de bien jauger les différents enjeux. Un équilibre doit s'opérer entre les intérêts des parties et l'efficacité communicationnelle requise par les tribunaux pour rendre justice⁴⁴. Ce premier critère, reconnu de manière récurrente⁴⁵, est clairement adoubé par le juge Faullem⁴⁶ qui en illustre les manifestations retenues dans la jurisprudence. Ce peut être bien entendu les coûts évités, la distance à parcourir, l'âge des témoins, la protection qu'on souhaite leur assurer, l'importance des témoignages, etc. En l'espèce, preuve n'a pas été faite que des gains tant pécuniaires qu'organisationnels seraient obtenus en adoptant un tel mode. Les contraintes qu'occasionnerait un déplacement physique au tribunal prévu ne sont pas « disproportionnées »⁴⁷.

2.3.2 Technologie fiable

Le second critère est plus naturel, plus objectif aussi. Pour que cette communication de substitution puisse se faire, il importe que la qualité du dialogue soit « fiable »⁴⁸. Mais ce n'est pas tout : le juge

41. *Accent*, *supra* note 25 au para 28.

42. Lorne Sossin et Zimra Yetnikoff, « I Can See Clearly Now: Videoconference Hearings and the Legal Limit on How Tribunals Allocate Resources », (2007) 27:2 *Windsor Yearbook of Access to Justice* 247 à la p 262 :
When examined on a case by case basis, the implications in the use of video for the fairness of a hearing may depend on a number of factors. What this contextual review, which is typical of how the issue arises for courts, does not consider, is the broader policy discretion to introduce video hearings as a cost-saving measure.

43. *Accent*, *supra* note 25 au para 35.

44. Vincent Gautrais, *Preuve technologique* (Montréal, LexisNexis, Montréal, 2014) au §484 [Gautrais-Preuve].

45. C.p.c., art 4.2 ; règlements précités, *supra* notes 30 et 31.

46. *Accent*, *supra* note 25 au para 29.

47. *Accent*, *supra* note 25 au para 41.

48. *Accent*, *supra* note 25 au para 28.

considère aussi qu'outre cette condition, ce doit être « l'accessibilité » au système qui doit l'être⁴⁹, ce qui n'est pas la même chose.

2.3.3 *Crédibilité*

Le critère de la crédibilité n'est pas identifié spécifiquement ni dans cette présente décision ni dans les règlements précités. La raison pour laquelle nous nous autorisons néanmoins à le considérer est qu'il a été assez substantiellement développé dans d'autres décisions⁵⁰. Cette notion est notamment déterminante dans les exceptions à la prohibition du oui-dire où il convient d'évaluer l'importance de contre-interroger⁵¹. Ainsi, il importe de sonder l'importance d'avoir la personne en présentiel afin de bien percevoir le langage non verbal. Sans que cela ne soit un critère qui a été reconnu spécifiquement, on comprend bien qu'il entre en ligne de compte dans le principe plus général, générique, de la proportionnalité.

La visioconférence n'est pas encore bien entrée dans nos habitudes et un apprentissage est requis afin que davantage d'humanité⁵² ne soit introduite dans le processus de communication. Au-delà de la technologie, il semble que le facteur humain soit l'une des sources principales de difficultés et de résistance aux changements⁵³.

3. *R v AVANES, 2015 ONCJ 606*⁵⁴

3.1 *Contexte*

3.1.1 *Faits*

La décision *Avanes* de la Cour de justice de l'Ontario nous amène du côté du droit fédéral et précisément du droit criminel où, dans une affaire de trafic de drogue, ont été saisis deux téléphones de marque BLACKBERRY. L'un était en possession de l'accusé ; l'autre

49. *Accent, supra* note 25 au para 35.

50. *Gatti, supra* note 34 aux para 80-82 :

[80] Dans ce procès, tout est affaire de crédibilité

[81] La crédibilité des témoins devra être évaluée avec soin par le Tribunal.

[82] Ces éléments militent en faveur d'une présence des témoins en salle d'audience.

51. James P. Timony, « Demeanor Credibility », (1999-2000) 49 *Catholic University Law Review* 903 à la p 942.

52. Julien Simon-Delcros, « Visioconférence : moderniser sans déshumaniser », (2010) 131 *Gazette du Palais* 10.

53. Benjamin Lesjak, « Perception and Willingness of the Slovenian Legal Profession to Use Videoconference », (2010) 24:1 *International Review of Law, Computer and Technology* 93 à la p 95.

54. *R v Avanes, 2015 ONCJ 606* (ON CJ ; 2015-10-19) le juge Band [*Avanes*].

a été trouvé dans un appartement où le même accusé était supposé résider⁵⁵. Lesdits téléphones étaient tous les deux protégés par un code secret mais, suite à un processus largement expliqué dans la décision, une retranscription dans un format lisible est offerte au juge⁵⁶. Une extraction assez complexe est opérée, passant entre les mains de deux bureaux différents. Différents « transferts » – selon la définition de l'article 2841 C.c.Q.⁵⁷, transferts qui doivent être documentés⁵⁸ – sont effectués et expliqués par ceux qui les ont opérés. En bout de ligne, un document est généré et déposé en preuve. Disons-le tout de go, ce document sera considéré comme étant admissible en preuve⁵⁹.

3.1.2 *Décision importante*

Cette décision d'une petite vingtaine de pages rendue par le juge Band est, selon nous, la meilleure, que nous ayons eu l'occasion de lire en la matière. C'est un peu l'équivalent de la décision *Sécurité des Deux Rives*⁶⁰ en preuve fédérale. Car, en effet, le juge prend ses responsabilités et non seulement décide ouvertement de s'attaquer aux « nouvelles » dispositions de la Loi mais, de surcroît, situe ces dispositions en perspective avec les règles générales de common law. Point d'évitement, il affronte la Loi, l'interprète, utilisant jurisprudence et doctrine, le tout avec une portée pédagogique⁶¹. L'approche est à louer car si plusieurs s'étonnent, et se désolent du peu d'occurrences jurisprudentielles avec la L.c.c.j.t.i.⁶², c'est encore pire avec la

55. Para 4.

56. Para 5 à 10.

57. Évidemment, le *Code civil du Québec* (« C.c.Q. ») n'est pas applicable mais la L.c.c.j.t.i., a pris le soin de distinguer la copie du transfert. Or, selon l'article 2841 C.c.Q., lorsqu'il s'agit d'une reproduction d'une technologie vers une autre (le para 7 évoque en effet le passage d'un logiciel à un autre : « After going through those steps, Gino Vecchio placed the data on a disc as a .bin file, and the disc was returned to London where Mr. Mokdad used two different kinds of software to convert the data into an intelligible form. » ; il s'agit donc d'un transfert. Pour en savoir plus, Gautrais-Preuve, *supra* note 44 au § 291.

58. L.c.c.j.t.i., art 17.

59. Para 96.

60. *Sécurité des Deux-Rives ltée c Groupe Meridian construction restauration inc*, 2013 QCCQ 1301 [*Sécurité des Deux-Rives*]. Cette décision est en droit civil l'une des rares à appliquer et à comprendre la L.c.c.j.t.i. C'est aussi l'une des rares à faire « preuve » d'une certaine suspicion vis-à-vis d'un document technologique qui n'est pas dénué de tout reproche probatoire.

61. Le juge prend même le soin de citer en annexe du jugement les dispositions de la *Loi sur la preuve* en lien avec les documents électroniques. Au para 10, on peut lire : « I have reproduced these provisions in their entirety as Appendix "A" to these reasons for ease of reference. »

62. La L.c.c.j.t.i. a donné lieu à une bonne centaine de décisions mais guère plus d'une dizaine n'ont véritablement pris le soin d'interpréter en profondeur ce texte « neuf ».

*Loi sur la preuve*⁶³ où ses amendements spécifiques aux documents électroniques, datant tout de même de 2000, soit les articles 31.1 à 31.8, furent très peu interprétés. En effet, relativement à 31.1 par exemple, disposition la plus citée, pas plus de dix-sept occurrences dans la banque de données CanLII ; et parmi celles-ci, pas plus de trois à cinq qui tentent, comme ici, d'affronter « au fond » les critères avancés.

3.1.3 Plan

Parmi les questions qui ont été identifiées dans cette décision, nous voudrions en identifier seulement deux qui méritent un traitement particulier : celles qui portent principalement sur la force probante du document auto-généré. D'une part, il s'agit d'envisager le malaise dans le processus d'extraction qui est proposé. D'autre part, il importe surtout de faire état de l'authenticité dudit document. Relativement aux règles d'admissibilité, aucun traitement particulier ne semble avoir été soulevé. Plus exactement, la qualification quant à l'élément de preuve concerné ne donne pas lieu à une véritable contestation⁶⁴.

3.2 Malaise technologique relativement à la force probante du transfert de données

3.2.1 Transfert

Certains auteurs n'aiment pas qu'en droit civil québécois on ait opéré une distinction entre copie et transfert, à savoir deux formes distinctes de reproduction⁶⁵. La copie est un document « fidèle », similaire à un original. Le transfert, c'est différent ; il constitue un nouveau document. Alors que la copie est sujette à multiplication⁶⁶, le transfert est voué à la substitution⁶⁷. Et ici, on est bien face à un nouveau document qui est rendu nécessaire afin d'assurer la lisibilité des téléphones.

63. *Loi sur la preuve au Canada*, LRC 1985, c C-5.

64. *Avanes*, *supra* note 54 au para 81 et s. Pourtant, la question est délicate. Comment considérer cette extraction : un écrit ? un témoignage ? un élément matériel (*real evidence*) ? Le régime est forcément distinct et les règles d'admissibilité divergent.

65. L'article 2841 C.c.Q. se lit : « La reproduction d'un document peut être faite soit par l'obtention d'une copie sur un même support ou sur un support qui ne fait pas appel à une technologie différente, soit par le transfert de l'information que porte le document vers un support faisant appel à une technologie différente. »

66. Jeffrey Malkan, « What is a copy? », (2005) 23 *Cardozo Arts & Entertainment* 419 aux pp 419-421.

67. *Gautrais-Preuve*, *supra* note 44 aux §273 et s.

3.2.2 *Chaîne de continuité*

La première question est la suivante : peut-on se fier à la chaîne de continuité du contenu des téléphones qui est présenté devant le juge sur un DVD ? Si la continuité physique satisfait le juge, du fait d'un « cumulative effect of the evidence »⁶⁸, une suspicion fort légitime est mentionnée vis-à-vis des données. Avec une transparence notable, le juge évoque son malaise dans ce traitement :

I am conscious of the existence of a technological gap in the Crown's evidence between the Blackberries, on one hand, and the contents of the DVD on the other.⁶⁹

Tout aussi candidement, le juge expose son incapacité de combler ce « vide » probatoire relatif à ce transfert.

It may be that the gap inherent in “chipping off” and “parsing” data will eventually be filled in the same way. But I do not believe that day has come...⁷⁰

Il manque donc quelque chose : « Owing to the multiple and unexplained steps involved in this case, more is required. »⁷¹. Relativement à ces manques, certains sont clairement exposés ; d'autres sont plus latents dans la décision. Et dans cette décision unique, le juge se met à nu et expose au grand jour ses difficultés à valider, un document qui prête le flanc à la critique.

3.2.3 *Fragilité numérique*

En premier lieu, le document est généré par celui même qui va l'utiliser. Même si la preuve à soi-même n'est pas un empêchement rédhibitoire à la constitution d'une preuve⁷², cela reste que le modèle classique d'une preuve se base souvent sur l'affirmation ou l'action d'un individu contre lui-même : le témoignage contre soi-même (aveu) ; la signature comme faisant foi de son engagement ; les autres écrits obligeant l'entreprise ; etc. Ici, au contraire, il s'agit d'un processus auto-généré, autocontrôlé, la Couronne reconnaissant même, et c'est notre deuxième point, qu'elle aurait pu passer par le biais d'un expert, externe, ce qui aurait facilité la preuve⁷³. Bien sûr, ce n'est pas une

68. *Avanes, supra* note 54 au para 32.

69. *Avanes, supra* note 54 au para 35.

70. *Avanes, supra* note 54 au para 36.

71. *Avanes, supra* note 54 au para 39.

72. *Gautrais-Preuve, supra* note 44 au §430.

73. *Avanes, supra* note 54 au para 31. Voir aussi au para 66 où, se fondant sur la décision *R v Schertzer*, [2011] OJ 6524 aux para 12-13, le juge affirme que « no single or 'optimal' witness is strictly required ».

condition formelle ; mais c'eût été plus diligent. En troisième lieu, et le fait est d'importance, surtout en droit criminel, mais il y a une fragilité inhérente aux documents électroniques⁷⁴. Les documents papier disposent d'une sécurité propre à leur support et si leurs pendants numériques peuvent aussi avoir des qualités équivalentes, voire bien meilleures, cela requiert des technologies particulières ou un processus particulier. Or, nous avons pu constater assez uniformément une reconnaissance probatoire assez généralisée. Les juges, d'instinct, admettent très facilement les documents numériques. Le juge Band ne tombe pas dans cette tendance « émotive », « technophile ». Au contraire, et à renfort de quelques décisions et doctrines⁷⁵, il évoque cette fragilité inhérente et probatoire. Les technologies sont complexes ; leur preuve est multiple. Elles réfèrent à une nouveauté qui requiert un apprentissage, le tout avec une preuve qui est externalisée. Sur ce dernier point, et c'est là que les solutions apparaissent, sans doute que des habitudes doivent être prises tant en ce qui a trait à la constitution d'outils technologiques (comme les métadonnées) que managériaux (comme une documentation).

3.3 Authenticité du transfert de données

3.3.1 Sources juridiques

Face à ce constat, ce malaise, il importe donc, en second lieu, de s'attaquer à l'authenticité même du document ainsi généré.

At common law, authentication as a condition precedent to admissibility is satisfied by evidence sufficient to support a finding that the evidence sought to be admitted is what it purports to be.⁷⁶

Et la première étape est de trouver le droit applicable. Or, une opposition est présentée entre les protagonistes quant à l'application ou non de la *Loi sur la preuve*. Devrait-on davantage considérer les bonnes vieilles règles de common law ? Le juge, avec encore beaucoup

74. Gautrais-Preuve, *supra* note 44 au §8.

75. *Avanes*, *supra* note 54 au para 69 et s. Il cite notamment *R v Andalib-Goortani*, [2014] OJ 4499 au para 26 (ON SC.), citant *R v Nikolovski* (1996), 111 CCC (3d) 403 (CSC). Le juge fait aussi beaucoup référence à David M. Paciocco, « Proof and Progress: Coping with the Law of Evidence in a Technological Age », (2013) 11 *Canadian Journal of Law & Technology* 181, en ligne : <<http://ccjti.ca/doctrine/paciocco-david-m-proof-and-progress-coping-with-the-law-of-evidence-in-a-technological-age-2013-11-canadian-journal-of-law-and-technology-181-228/>> [Paciocco].

76. *Avanes*, *supra* note 54 au para 40.

de justesse et de références⁷⁷, considère d'une part que la première est une codification des secondes⁷⁸. Disons seulement à cet égard que toutes les lois « nouvelles » qui furent adoptées pour intégrer cette nouveauté technologique avaient toutes la mission revendiquée de ne modifier qu'*ad minima* les règles existantes. D'autre part, et même si cette question nous semble en être une davantage d'admissibilité, la *Loi sur la preuve* s'applique quel que soit l'élément de preuve : écrit, témoignage, élément matériel, tous sont assujettis à cette obligation d'authenticité⁷⁹.

3.3.2 Définition

Ceci dit, fort de cet élément source à simplicité, il n'en demeure pas moins que l'authenticité n'est aucunement définie. Elle est requise mais à quoi correspond-elle ? Dans un deuxième temps donc, il est assez unanimement établi que derrière cette notion, il est possible de trouver le cumul de deux conditions : d'abord, s'assurer que le lien avec l'auteur existe ; ensuite, que l'information n'a pas été altérée⁸⁰. En d'autres mots, comme dans la décision *Avanes*, il importe que l'on puisse vérifier que l'information provienne bien de l'accusé et que l'intégrité de l'information soit assurée⁸¹. Et ma foi, en d'autres termes, là encore, ce sont les critères que l'on retrouve dans cette décision. En effet, relativement au lien avec l'auteur, c'est le questionnement central qui est traité. Bien que la continuité fut précédemment mise en doute, il existe toute une série de preuves circonstancielle qui permettent de lever le doute à ce sujet⁸². Quant à la non-altération

77. On peut par exemple voir une référence au *Uniform Electronic Evidence Act*, en ligne : <<http://www.ulcc.ca/en/uniform-acts-new-order/older-uniform-acts/749-electronic-evidence/1924-electronic-evidence-act>>.

78. *Avanes*, *supra* note 54 au para 55 : « I find that the authenticity requirement in the electronic documents provisions does not modify the common law but codifies it. » Voir aussi au para 59.

79. John Gregory, « Smartphone Evidence : *R v Avanes* » : « All documentary evidence needed to be authenticated. Authentication did not remove the requirement that the authenticated evidence had to be found admissible under some separate principle of evidence law, but it was a necessary prior step properly dealt with in the statute. » [*Avanes*, *supra* note 54 aux para 77, 81], en ligne : <<http://www.slaw.ca/2016/01/15/smartphone-evidence-r-v-avanes-et-al/>>.

80. Gautrais-Preuve, *supra* note 44 au §188.

81. L'intégrité qui est centrale dans la L.c.c.j.t.i. ne l'est pas dans la *Loi sur la preuve*. En fait, l'intégrité réfère davantage dans ce dernier texte à l'intégrité du système (l'art 31.2 évoque dans la version anglaise la notion d'« integrity » alors que la version française parle plutôt de fiabilité), à savoir, un critère qualitatif quant à l'environnement qui supporte l'information. Néanmoins, l'authenticité doit être comprise identiquement en se basant sur les deux sous-critères précités (auteur et non-altération).

82. *Avanes*, *supra* note 54 au para 67.

de l'information, son intégrité, elle est aussi considérée et, selon une balance de probabilité, « I do not have concerns about tampering or alteration in this case »⁸³.

3.3.3 Fiabilité du système

En troisième lieu, il importe évidemment d'établir qui devra démontrer la preuve de l'authenticité de la transcription ? De façon tout aussi évidente, « Clearly, and by its own admission, the Crown bears the burden with respect to this evidence. »⁸⁴ « Actor incumbit probatio » : que la preuve soit analogique ou numérique, le droit romain s'applique. Mais la donne se complique quelque peu de par deux dispositions particulières que l'on trouve dans la *Loi sur la preuve*, soit les articles 31.2 et 31.3. Le premier considère que la preuve du document ne suffit pas et que pour que la règle de la meilleure preuve soit satisfaite, il faut de surcroît être en mesure de prouver la « fiabilité du système d'archivage électronique »⁸⁵. Cette exigence ne vaut pas en droit québécois ; ce qui se conçoit sans doute, ou peut-être, du fait d'une preuve généralement plus exigeante en matière criminelle⁸⁶. En fait, et en dépit du constat que le juge ait pris à bras le corps les nouvelles dispositions de la *Loi sur la preuve*, peu est dit sur ce à quoi correspond cette exigence. La raison est en effet sans doute liée au fait qu'il n'avait pas besoin de le faire, une présomption étant introduite par l'alinéa 31.3b) :

b) il est établi que le document électronique présenté en preuve par une partie a été enregistré ou mis en mémoire par une partie adverse ;

Une disposition qui, comme souligné fort justement par le juge Paciocco, cité dans cette décision, dispose d'un potentiel énorme pour prouver du contenu comme ici basé sur des supports détenus par des accusés en matière criminelle⁸⁷.

83. *Avanes, supra* note 54 au para 71.

84. *Avanes, supra* note 54 au para 65.

85. *Loi sur la preuve*, LRC 1985, c C-5 al 31.2a). Notons qu'en anglais, la traduction est passablement différente et traite davantage de « integrity of the electronic document system ».

86. Gautrais-Preuve, *supra* note 44 au §207.

87. *Avanes, supra* note 54 au para 51 :

In his article cited above, Justice Paciocco makes reference to the use the Crown can make of the provisions (and the presumptions they include) in relation to “any electronic document seized from a computer or smart phone or similar device that was probably used by the accused,” and finds that they constitute *legal prerequisites* to admissibility. Paciocco, *supra* note 75 à la p 207.

Quoi qu'il en soit, la preuve est admissible. Cette décision nous apparaît être une expérience réussie de concilier le vieux droit de la preuve avec les dispositions nouvelles.

4. DIRECTEUR DES POURSUITES CRIMINELLES ET PENALES c 3341003 CANADA INC (RESTAURANT PIZZEDELIC), 2015 QCCQ 8159⁸⁸

4.1 Contexte

4.1.1 Loi mal aimée

Si plus d'une centaine de décisions ont déjà eu à interpréter la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*⁸⁹, beaucoup d'entre elles ne font que butiner, évoquer, sans plus, ce texte dont la réception jurisprudentielle est pour le moins problématique. Malheureusement, en 2015, ce fut globalement la même chose : il y eut peu de décisions qui traitèrent en profondeur ce texte majeur en matière de preuve technologique. La présente décision, pourtant, ne fait pas comme si la Loi n'existait pas, ce qui est souvent le cas. La Loi y est citée ; le juge la traite, l'analyse, avec pas moins de 16 occurrences. La doctrine y est même utilisée⁹⁰. Tout se présentait donc bien pour qu'après la jurisprudence *Sécurité des Deux-Rives*⁹¹ nous puissions bénéficier d'une autre bonne cause à enseigner à nos étudiants.

Car depuis 15 ans que la Loi existe, les analystes sont en quête de décisions afin d'éclairer un texte obscur portant, il est vrai, sur une véritable révolution factuelle. Un texte qui irrite, tant sa facture est particulière et tant l'incompréhension des praticiens, des académiques, des juges inhibe son application ; un texte qui détient pourtant plusieurs dispositions fort intéressantes, innovantes que l'on ne revendique pas assez. Aussi, c'est fort de ces attentes que nous ne pouvons cacher une certaine déception envers cette décision qui a eu le mérite de considérer le fond de la Loi. Une déception tant pour ce qui est dit que pour ce qui ne l'est pas.

88. *Directeur des poursuites criminelles et pénales c 3341003 Canada inc. (Restaurant Pizzédélic)*, 2015 QCCQ 8159 (QC CQ ; 2015-09-11) la juge Lafrance [*Pizzédélic*].

89. L.c.c.j.t.i. (ou « la Loi »).

90. Gilles de Saint-Exupéry, *Le document technologique original dans le droit de la preuve au Québec*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures et postdoctorales, Université de Montréal, août 2012, à la p 112 [Saint-Exupéry].

91. *Sécurité des Deux-Rives*, supra note 60.

4.1.2 Faits

Mais avant toute chose, il importe de présenter rapidement le contexte. Nous sommes, comme dans l'affaire précédente *R c Avanes*⁹², dans une situation de droit pénal. En revanche, et en conformité avec le *Code de procédure pénale*⁹³, la Loi s'applique. Nous sommes aussi confronté à des preuves qui s'apparentent à des éléments matériels, à savoir des photos prises par des inspecteurs d'un organisme public (MAPAQ) et qui sont par la suite transférées sur un DVD afin d'être exposées de façon intelligible au juge⁹⁴. Un élément de complexité supplémentaire est que l'une des inspectrices, si elle reconnaît la conformité des photos (para 6), n'est pas en mesure d'expliquer pourquoi le fichier transféré à la défense s'intitule « fichier modifié » (para 7). Regardons maintenant le traitement qui en est fait.

4.2 Déception quant à ce qui est dit

4.2.1 Intégrité

La Loi est abondamment citée ; plusieurs dispositions sont explicitement reprises⁹⁵, ce qui est rare. Elles ne sont en revanche pas vraiment analysées. Pas grand chose non plus sur l'intégrité des articles 5 et 7, si ce n'est – ce qui n'est pas rien – que ce critère demeure fondamental :

Donc, c'est l'intégrité du document technologique qui détermine son admissibilité et sa force probante. Même si le document est sur plusieurs supports en même temps, l'intégrité de chacun découle du fait que l'information que porte le document est intacte.⁹⁶

92. *Avanes*, supra note 54.

93. *Code de procédure pénale*, RLRQ, c C-25.1, art 61 :

Les règles de preuve en matière criminelle, dont la *Loi sur la preuve au Canada* (Lois révisées du Canada (1985), chapitre C-5), s'appliquent en matière pénale, compte tenu des adaptations nécessaires et sous réserve des règles prévues dans le présent code ou dans une autre loi à l'égard des infractions visées par cette loi et de l'article 308 du *Code de procédure civile* (chapitre C-25) ainsi que de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* (chapitre C-1.1).

94. L.c.c.j.t.i., art 5, 6, 7, 10, 15, 16, etc.

95. L.c.c.j.t.i., art 5, 6, 7, 10, 15, 16, etc.

96. Para 13.

Relativement à l'intégrité, il y a bien quelques éléments intéressants, et notamment l'utilisation de l'article 10 de la Loi⁹⁷ qui, au meilleur de notre connaissance, est cité pour la première fois. Cette disposition prévoit que des modifications de forme ne sont pas rédhitoires, ce qui effectivement est une situation qui pourrait être invoquée en l'espèce. Mais plus fondamentalement, cette intégrité, qu'est-ce qui permet au juge de la constater ? De la vérifier ?

4.2.2 *Présomption de l'article 7*

Face à la difficulté d'effectuer cette preuve, tout comme dans la décision *R c Avanes*⁹⁸, les juges préfèrent utiliser les présomptions existantes. Or, celles-ci ne sont pas toujours sans difficultés applicatives. Au paragraphe 22 de la décision, le juge évoque encore la présomption de l'article 7 de la Loi, l'équivalent de l'article 2840 C.c.Q. Or, cette disposition est un fiasco qui se manifeste encore une fois tant sa lecture est difficile. Une nouvelle fois, il nous semble que la raison d'être de cet article visait à faciliter la preuve des documents technologiques. En effet, alors que la preuve d'un document papier ne requiert pas une preuve de l'environnement, on tenta de faire de même pour le document technologique⁹⁹. En revanche, la preuve du document, comme tout document, demeure. C'est un principe de base en droit de la preuve basé sur le droit romain et qui se matérialise dans l'adage bien connu *Actori incumbit probatio*.

Un insuccès total qui pourtant tend à ériger cette disposition comme l'outil permettant d'éviter cette obligation bien réelle de preuve. La liste des décisions reconnaissant pourtant cette intégrité ne cesse de s'allonger¹⁰⁰.

97. L.c.c.j.t.i., art 10 :

De même, ne sont pas considérées comme des atteintes à l'intégrité du document, les différences quant à la pagination du document, au caractère tangible ou intangible des pages, à leur format, à leur présentation recto ou verso, à leur accessibilité en tout ou en partie ou aux possibilités de repérage séquentiel ou thématique de l'information.

La décision ne nous dit en revanche que peu de chose quant à l'application de cette disposition.

98. *Avanes*, *supra* note 54.

99. *Gautrais-Preuve*, *supra* note 44 au §200.

100. Pour la seule année 2015, on peut notamment citer *Enercon Canada inc c Commission de la construction du Québec*, 2015 QCCRT 394. La Cour supérieure a ordonné le sursis de cette décision : 2015 QCCS 3841.

4.2.3 Abolition de l'article 7

Relativement à l'article 7, nous nous autorisons la seule voie possible face à une pareille incompréhension : l'abroger¹⁰¹. Le faire disparaître comme s'il n'avait jamais existé. Cette abolition est d'autant plus facile à faire que le seul lien qui pouvait d'ailleurs exister avec cette disposition était l'ancien article 89 al. 4 C.p.c.¹⁰² qui avait introduit un mécanisme de présomption maladroit qui lui aussi vient heureusement de disparaître avec l'avènement du nouveau C.p.c.

4.2.4 Présomption de l'article 15 al 4

S'il existe dans la jurisprudence plusieurs décisions sur l'article 7, plus rares sont celles qui traitent de la présomption de la copie selon 15 al 4 :

15. Pour assurer l'intégrité de la copie d'un document technologique, le procédé employé doit présenter des garanties suffisamment sérieuses pour établir le fait qu'elle comporte la même information que le document source.

Il est tenu compte dans l'appréciation de l'intégrité de la copie des circonstances dans lesquelles elle a été faite ainsi que du fait qu'elle a été effectuée de façon systématique et sans lacunes ou conformément à un procédé qui s'appuie sur des normes ou standards techniques approuvés par un organisme reconnu visé à l'article 68.

Cependant, lorsqu'il y a lieu d'établir que le document constitue une copie, celle-ci doit, au plan de la forme, présenter les caractéristiques qui permettent de reconnaître qu'il s'agit d'une copie, soit par l'indication du lieu et de la date où elle a été effectuée ou du fait qu'il s'agit d'une copie, soit par tout autre moyen.

La copie effectuée par une entreprise au sens du Code civil ou par l'État bénéficie d'une présomption d'intégrité en faveur des tiers. ».¹⁰³ [Les italiques sont dans le jugement.]

101. Gautrais-Preuve, *supra* note 44 au §203.

102. Ancien C.p.c., 89 al 4 :

la contestation d'un document technologique fondée sur une atteinte à son intégrité. Dans ce cas, l'affidavit doit énoncer de façon précise les faits et les motifs qui rendent probable l'atteinte à l'intégrité du document. A défaut de cet affidavit, les écrits sont tenus pour reconnus ou les formalités pour accomplies, selon le cas.

103. *Pizzédélec*, *supra* note 88 au para 16.

Outre cette exigence en italiques, on peut lire juste après :

Comme l'indique le dernier alinéa de l'article 15, il y a une présomption d'intégrité lorsque la copie est effectuée par l'État, c'est-à-dire une présomption selon laquelle l'information qu'elle porte n'a pas été altérée. Cette présomption s'applique en l'espèce puisque les documents proviennent du MAPAQ.

De ce fait, le fardeau de la preuve est renversé au défendeur qui doit mettre en doute l'intégrité du document relativement à l'information qu'il contient.¹⁰⁴

Avec égard, nous ne pouvons suivre cette position dans la mesure où la présomption ne vaut « qu'en faveur des tiers ». Le jugement semble donc faire fi de la dernière portion de l'article 15 al 4 de la Loi qui, en toute logique, ne prévoit cette présomption que lorsqu'elle est invoquée contre son auteur. Sinon, ce serait trop facile.

Aucune de ces dispositions n'exonère donc le MAPAQ de prouver l'intégrité des photos présentées en preuve. D'autant que des métadonnées devaient sans aucun doute être associées aux photos déposées sur support DVD nous dit-on¹⁰⁵. Comme dans la décision *Avanes*¹⁰⁶, celui qui prétend doit prouver l'authenticité du document, et ce, en se basant sur les règles d'admissibilité qui sont prévues dans le C.c.Q. pour chaque élément de preuve.

4.3 Déception quant à ce qui n'est pas dit

Malheureusement, ce n'est pas tout. Il y a un certain nombre d'omissions qui nous semblent devoir être constatées. Nous pouvons en identifier deux, la première nous apparaissant plus difficile à justifier que la seconde.

4.3.1 Élément matériel

Car si l'intégrité est déterminante, il n'en demeure pas moins que la preuve exige de s'arrimer à l'un des cinq éléments de preuve prévus à l'article 2811 C.c.Q. Ces photos déposées par le MAPAQ, que sont-elles ? Évidemment, cela ne fait pas de doute, il s'agit d'éléments matériels tel qu'encadrés par les articles 2854 et s. C.c.Q. Mais là encore cette omission est peut-être en lien avec la facture délicate de

104. *Pizzédélec*, supra note 88 aux para 17 et 18.

105. *Pizzédélec*, supra note 88 au para 7.

106. *Avanes*, supra note 54.

l'article 2855 C.c.Q. dont la Loi a cru bon de développer une disposition particulière pour les documents technologiques :

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. Cependant, lorsque l'élément matériel est un document technologique au sens de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* (chapitre C-1.1), cette preuve d'authenticité n'est requise que dans le cas visé au troisième alinéa de l'article 5 de cette loi.

Nous ne voulons pas développer trop avant cette disposition qui a été traitée ailleurs¹⁰⁷, mais depuis qu'elle a été introduite par le « nouveau » Code civil en 1994, il semble indiscutable, d'une part, qu'il faille s'assurer de l'intégrité du document déposé et, d'autre part, qu'une preuve secondaire soit produite, ce que le code évoque sous le terme de « preuve d'authenticité »¹⁰⁸. En l'occurrence, on peut imaginer que des métadonnées associées aux fichiers des photos puissent être facilement produites afin de densifier la crédibilité associée à ces derniers. De la même manière, une documentation aurait pu être envisagée afin d'explicitier le processus de transfert.

4.3.2 Distinction « copie »/« transfert »

La décision semblait aussi être en mesure de faire une distinction entre les notions de « copie » et de « transfert » que l'on trouve à l'article 2841 C.c.Q. De façon pertinente, le juge cite une référence judiciaire de Gilles de Saint-Exupéry, selon laquelle la copie est de l'ordre de la multiplication alors que le transfert est davantage un document se substituant à un autre, dans un autre format¹⁰⁹. Rela-

107. Gautrais-Preuve, *supra* note 44 au §512.

108. Art 2855 C.c.Q.

109. Saint Exupéry, *supra* note 90 à la p 112 :

Pour résumer, la reproduction par copie telle qu'entendue par la Loi se rattache selon nous à la définition originelle de la copie, soit à l'idée de multiplication d'un document, d'abondance. Cette manipulation a pour fonction de multiplier le document et les informations qu'il contient tout en conservant l'original. La Loi fait d'ailleurs référence au fait d'obtenir une copie, soit implicitement un double du document, un nouvel exemplaire. [...]

Avec la reproduction par transfert, on s'éloigne de l'idée de reproduction-multiplication pour se rapprocher de l'idée de migration, à l'image de la définition de « transfert » faite par le Dictionnaire de vocabulaire juridique. Transférer signifie « [d]éplacer d'un lieu dans un autre » et l'opération de « transfert » y est définie comme étant une « opération juridique de transmission d'un droit, d'une obligation ou d'une fonction ». En l'espèce il s'agit de pouvoir transférer la fonction d'original, au document reproduit et de détruire l'original.

tivement à ce travail de qualification, la réponse offerte par la juge Lafrance est la suivante :

En regard de la LCCJTI, nous sommes en présence de ces deux mécanismes puisque la clé USB contient une copie de l'original et les reproductions sur papier (photos) constituent un transfert d'un support à un autre.¹¹⁰

Ce paragraphe identifie parfaitement, et il me semble que c'est une première qui doit être soulignée, la distinction entre copie et transfert. Car, effectivement, les fichiers numériques sont des copies et les impressions papier des transferts. En revanche, il aurait peut-être été utile de citer l'article 2841 C.c.Q.¹¹¹, sur lequel se base cette distinction.

Également, et sans doute davantage, une fois cette qualification opérée, il aurait sans doute été utile d'analyser d'abord la fidélité requise pour apprécier la qualité de la copie¹¹² et ensuite de vérifier si une documentation du transfert existe conformément à ce qui est exigé¹¹³.

La Loi est compliquée ; le changement que le numérique opère en matière de preuve l'est aussi. Il n'est donc pas anormal que la transition que nous vivons actuellement se fasse avec quelques hésitations.

5. SOCIÉTÉ RADIO-CANADA C SODRAC 2003 INC, 2015 CSC 57¹¹⁴

Le choix de ce dernier arrêt tient lieu de l'imposture. Cette décision de la Cour suprême est une vraie question de droit d'auteur qui

110. *Pizzédélec*, supra note 88 au para 15.

111. C.c.Q., art 2841 :

La reproduction d'un document peut être faite soit par l'obtention d'une copie sur un même support ou sur un support qui ne fait pas appel à une technologie différente, soit par le transfert de l'information que porte le document vers un support faisant appel à une technologie différente.

Lorsqu'ils reproduisent un document original ou un document technologique qui remplit cette fonction aux termes de l'article 12 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* (chapitre C-1.1), la copie, si elle est certifiée, et le document résultant du transfert de l'information, s'il est documenté, peuvent légalement tenir lieu du document reproduit.

La certification est faite, dans le cas d'un document en la possession de l'État, d'une personne morale, d'une société ou d'une association, par une personne en autorité ou responsable de la conservation du document.

112. L.c.c.j.t.i., art 15.

113. L.c.c..t.i., art 17 al 2.

114. *Société Radio-Canada c SODRAC 2003 Inc*, 2015 CSC 57, (CSC ; 2015-11-26) ; infirmant 2014 CAF 84 [SODRAC].

traite du fait de savoir si une partie, Radio-Canada, pouvait utiliser à des fins d'utilisation interne des copies accessoires de diffusion¹¹⁵ d'œuvres dont évidemment les droits d'auteur étaient détenus par autrui. Néanmoins, nous nous sommes ralliés à cette décision dans la mesure où, avec une insistance quasi psalmodique (pas moins de 103 occurrences !!!), la Cour suprême du Canada reconnaît la notion de neutralité technologique. Or, cette notion, aussi floue que nouvelle – elle n'avait été citée que subrepticement dans trois ou quatre décisions au préalable¹¹⁶ – provient du monde du commerce électronique. Retour donc sur un néologisme qui, avec égards, ne s'imposait pas. Quoi qu'il en soit, il nous semble qu'il existe deux manières de concevoir la notion, la plus récente, provenant de la Cour suprême, étant sensiblement différente de la première. En effet, alors qu'à l'origine la neutralité technologique était un principe de rédaction des lois, elle vient d'être officiellement présentée comme un outil d'interprétation.

5.1 Origine de la neutralité technologique

5.1.1 Origine d'un malentendu

Nous ne souhaitons pas faire une présentation exhaustive de la façon dont cette notion est survenue dans le domaine juridique¹¹⁷, d'abord auprès d'instances internationales¹¹⁸ et ensuite dans quelques lois dédiées aux technologies¹¹⁹. Pourtant, il faut rappeler que l'une des manifestations les plus anciennes de la notion est une « boulette » législative survenue il y a très longtemps dans l'État du Utah. En 1994, cet État américain a adopté une loi intitulée *Utah Digital*

115. *Ibid*, au para 1.

116. *Entertainment Software Association c Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34 [ESA] ; *Leuthold c Société Radio-Canada*, 2014 CAF 173 (la permission d'en appeler à la CSC a été refusée le 30 mai 2015 ; 2015 CarswellNat 1281) ; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c Bell Canada*, 2012 CSC 36.

117. Vincent Gautrais, *Neutralité technologique : Rédaction et interprétation des lois face aux changements technologiques* (Montréal, Thémis, 2012) [Gautrais-Neutralité].

118. On peut citer par exemple ONU, *Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux* (New York, Nations Unies, 2007), en ligne : <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/06-57453_Ebook.pdf> (consulté le 05 février 2016) ; OMPI, Standing Committee on Copyright and Related Rights, 2006, SCCR/14/2, p 72 qui prévoit que « The principle of technological neutrality means that similar things should be treated similarly in legal terms. »

119. La seule référence expresse que l'on trouve dans une législation canadienne est le titre de la section 6 dans le Livre 7 sur la « Preuve » et s'intitulant « Des supports de l'écrit et de la neutralité technologique ».

*Signature Act*¹²⁰ qui devint obsolète avant même d’entrer en vigueur¹²¹. En effet, en mettant en avant une technologie en particulier, cette loi s’exposait à ce qu’une forme de signature plus efficace, moins onéreuse et plus aisée à utiliser fasse son apparition sur le marché. D’abord et avant tout, le principe de neutralité technologique correspondait donc à une manière de rédiger les lois. Un principe en fait de parcimonie législative qui permet de résister au temps. En y pensant bien, la neutralité technologique, en dépit de son apparente modernité, est vieille comme le droit. C’est du Portalis¹²² ; c’est du Montesquieu¹²³.

5.1.2 Tarte aux pommes

De façon plus concrète, on trouve des manifestations excessivement nombreuses dans plusieurs domaines du droit, comme le droit d’auteur, par le biais d’expressions consacrées, telles que « par quelque moyen que ce soit », « par tout moyen », « sous une forme matérielle quelconque », etc. Le législateur, comme Monsieur Jourdain faisait de la prose, applique sans le savoir ce principe de neutralité technologique. Vu ainsi, le principe est passablement moins « instrumentalisable ». Comme le mentionne l’auteur britannique Chris Reed, c’est une « tarte aux pommes » que l’on ne peut pas ne pas aimer¹²⁴.

120. Utah Code, Title 46, §3-101 à 3-504 (1995), art 103(10).

121. Voir Serge Parisien et Pierre Trudel, *L’identification et la certification dans le commerce électronique : droit, sécurité, audit et technologies* (Cowansville, Yvon Blais, 1996) à la p 87.

122. Jean-Étienne-Marie Portalis, « Discours préliminaire sur le projet de Code civil – présenté le 1^{er} pluviôse an IX », dans Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil, t. 1*, (Paris, s. éd., 1827) à la p 470.

123. Selon Montesquieu, le législateur doit utiliser une « main tremblante ». Charles de Secondat de Montesquieu, « Lettre CXXIX, de Usbek à Rhédi », dans *Lettres Persanes* (Cologne, Marteau, 1719) en ligne : <<http://visualiseur.bnf.fr/Visualiseur?Destination=Gallica&O=NUMM-101473>> (consulté le 05 février 2016) :

Il est vrai que, par une bizarrerie qui vient plutôt de la nature que de l’esprit des hommes, il est quelquefois nécessaire de changer certaines lois. Mais le cas est rare ; et, lorsqu’il arrive, il n’y faut toucher que d’une main tremblante : on y doit observer tant de solennité, et apporter tant de précautions, que le peuple en conclut naturellement que les lois sont bien saintes, puisqu’il faut tant de formalités pour les abroger.

L’expression fut ensuite reprise par Jean Carbonnier, « Scolie sur le non droit », dans *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur* (Paris, L.G.D.J., 2001) à la p 50 :

[...] Ce serait déjà un beau résultat si nos hommes du gouvernement consentaient à prendre conseils de quelques maximes, inspirées de l’hypothèse et pourtant raisonnables telles Ne légiférez qu’en tremblant, ou Entre deux solutions, préférez toujours celle qui exige le moins de droit et laisse le plus aux mœurs ou à la morale.

124. Chris Reed, « Taking Sides on Technology Neutrality », (2007) 4:3 *Script-ed* 263 à la p 266. Comme l’auteur, l’un des objectifs majeurs de la présente discussion est

5.2 Interprétation de la neutralité technologique par la Cour suprême

5.2.1 Principe interprétatif

Mais revenons à la décision en question qui présente différemment cette notion. De façon presque surprenante, la Cour suprême avait accepté d'entendre cette affaire, sans doute, peut-on croire, pour préciser cette notion. Certes, nous disposons déjà de directions qui avaient été tracées par cette même cour en 2012 dans l'affaire *Entertainment Software Association*¹²⁵. Selon la Cour suprême, il s'agit donc d'un principe interprétatif qui doit permettre de s'assurer d'une équivalence de traitement entre les supports numériques et analogiques. On retrouve un peu cette idée derrière d'autres décisions de la Cour suprême où tant pour le lien hypertexte, qui est « neutre sur le plan du contenu »¹²⁶, pour le document technologique qui « a la même valeur juridique, qu'il soit sur support papier ou technologique »¹²⁷, que pour la « neutralité du support »¹²⁸, on tend à considérer que les technologies ont les mêmes effets.

5.2.2 Principe flou

Malgré les très nombreuses répétitions de la notion, nous ne sommes pas parvenu à pleinement la circonscrire. À certaines reprises, la neutralité technologique est considérée comme un gage de traitement « neutre » des technologies, le droit ne devant pas en *favoriser ou défavoriser* une en particulier¹²⁹, sauf dispositions contraires¹³⁰. Dans d'autres passages de l'arrêt, la neutralité est davantage le moyen de s'assurer que les effets du droit sur les tech-

de « attempts to analyse whether the general wisdom, that technology neutrality is unquestioningly as good a thing as motherhood and apple pie, is correct ».

125. *ESA*, *supra* note 116 au para 9 :

Le principe de la neutralité technologique veut que, sauf intention contraire avérée du législateur, nous interprétons la *Loi sur le droit d'auteur* de manière à ne pas créer un palier supplémentaire de protection et d'exigibilité d'une redevance qui soit uniquement fondé sur le mode de livraison de l'œuvre à l'utilisateur.

126. *Crookes c Newton*, 2011 CSC 47 au para 30.

127. *Dell*, *supra* note 2 au para 95.

128. *Robertson c Thomson Corp*, [2006] 2 RCS 363.

129. *SODRAC*, *supra* note 114 au para 66 : « Selon le principe de neutralité technologique, en l'absence d'une intention contraire du législateur, la LDA ne doit être ni interprétée ni appliquée de manière à favoriser ou à défavoriser une forme de technologie en particulier. »

130. Et ce, comme le fameux article 30.8 de la *Loi sur le droit d'auteur* dont l'interprétation littérale empêche d'appliquer la neutralité technologique.

nologies soient équivalents¹³¹. Ces deux manières de considérer la neutralité nous semblent différentes¹³² mais classiques. Or, il semble que la Cour ait ajouté une autre manière d'utiliser la notion, et ce, en ce qui a trait à la détermination de la valeur de la licence¹³³. Une chose qui semble plus claire en revanche, c'est que la position ainsi présentée ne permette plus de faire prévaloir l'approche libérale qui avait été défendue dans *Entertainment Software Association*¹³⁴.

5.2.3 Méthode contextuelle

Un autre élément qui attira notre attention dans cet arrêt est que le juge Rothstein, qui présente la position majoritaire, tout en reconnaissant et adoubant la neutralité technologique, développe un propos qui permet de faire un lien avec la dissidence qu'il avait menée dans *ESA*. En effet, dans cette dernière décision, il semblait ne pas particulièrement apprécier la neutralité technologique comme principe interprétatif, et ce, notamment, du fait que nous avons déjà les outils pour ce faire. On pouvait notamment lire, reprenant la décision *CCH*¹³⁵ et l'auteur Driedger¹³⁶ :

Il convient d'interpréter la Loi conformément aux règles générales d'interprétation législative : « il faut lire les termes d'une loi dans leur *contexte global* en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur ». ¹³⁷ [Les italiques sont nôtres.]

Or, dans ce nouvel arrêt, la méthode interprétative revendiquée est quasiment la même :

131. *SODRAC*, *supra* note 114 au para 70 : « la neutralité technologique suppose qu'il serait incorrect d'exiger des redevances plus élevées à l'utilisateur d'une technologie particulière qu'à l'utilisateur d'une technologie différente. »

132. Gautrais-Neutralité, *supra* note 117 à la p 32.

133. *SODRAC*, *supra* note 114, juste avant le para 65, on évoque, en titre, que « le principe de la neutralité technologique est pertinent dans l'analyse de la valeur du droit ».

134. *SODRAC*, *supra* note 114 au para 63.

135. *CCH Canadienne Ltée c Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13 au para 9.

136. Elmer A. Driedger, *Construction of Statutes*, 2^e éd (Toronto, Butterworths, 1983) à la p 87. Cette page en particulier est citée à de multiples reprises par la Cour suprême. On peut citer, par exemple, *Lavigne c Canada (Commissariat aux langues officielles)*, [2002] 2 RCS 773 ; *R c Blais*, [2003] 2 RCS 236 ; *Euro-Excellence Inc c Kraft Canada Inc*, 2007 CSC 37. Stéphane Beaulac, *Précis d'interprétation législative*, 1^{ère} éd (Montréal, LexisNexis Canada, 2008) à la p 26 n 55 qui évoque même l'idée d'incantation :

Depuis les dernières années, surtout, la citation est devenue un genre d'incantation à la Cour suprême du Canada, dont on sent le besoin de réitérer avant de s'embarquer dans tout exercice d'interprétation législative.

137. *ESA*, *supra* note 116 au para 71.

La méthode moderne d'interprétation législative exige que nous examinions les termes « d'une loi dans leur *contexte global* en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur ». ¹³⁸ [Les italiques sont nôtres.]

5.2.4 Hiérarchie conceptuelle

En guise de conclusion, et de façon très intuitive, une sorte de hiérarchie semble nous être présentée dans cette décision. La neutralité technologique semble d'abord devoir être une notion « supérieure », floue, difficile à circonscrire, qui s'applique désormais à toute interprétation en matière de droit d'auteur. Nous ne sommes pas pleinement parvenu à identifier comment celle-ci pourrait être instrumentalisée dans un autre domaine en lien avec le numérique, autres domaines qui ne l'ont d'ailleurs jamais revendiquée aussi ouvertement. Ensuite, sur le plan interprétatif, la méthode contextuelle, moderne, semble toujours de mise, réintroduite par la décision alors que *Entertainment Software Association* nous donnait l'impression que celle-ci avait vécu. Enfin, la neutralité technologique va pouvoir être utilisée pour déterminer la valeur de la licence accessoire. Une valeur qui ne nous semble pas devoir être excessivement élevée étant donné le caractère précis de l'utilisation de l'œuvre concernée. Une hiérarchie apparaît donc, peut-être, non sans difficulté. La jurisprudence aura sans doute l'occasion très prochainement de tenter de l'éclairer.

Nous n'aimions que peu cette notion de neutralité technologique¹³⁹ ; je crains que la présente décision ne soit pas parvenue à nous permettre de l'appivoiser davantage.

138. *SODRAC*, *supra* note 114 au para 48.

139. *Gautrais-Neutralité*, *supra* note 117.