

Mémoire présenté par Me Claude FABIEN : Résumé

AMÉLIORER L'ACCÈS À LA JUSTICE EN FAVORISANT LA PREUVE TESTIMONIALE
PAR DÉCLARATIONS ÉCRITES

Le législateur a créé une voie de recevabilité du oui-dire par consentement, qui aurait dû avoir un effet significatif sur le procès, en accroissant la place faite aux déclarations écrites comme substitut à la comparution des mêmes témoins à l'audience. L'enjeu est de taille. Il met en cause l'accès à la justice. Le témoignage exclusivement oral entendu à l'audience est un procédé long et coûteux qui contribue aux coûts et aux délais qui font obstacle à l'accès à la justice. Le témoignage par écrit pourrait permettre de raccourcir l'audience et d'en diminuer les coûts. L'échange des témoignages écrits, avant procès, ne pourrait que favoriser les règlements amiables. Malgré le signal clair émis par le législateur, la pratique n'a pas suivi, pour des motifs techniques, culturels et même déontologiques que nous avons tenté de mettre en lumière.

Dans l'immédiat, la solution consisterait à mieux exploiter les textes en place. L'article 294.1 C.p.c. fournit le moyen aux parties de remplacer le témoignage oral de chaque témoin par une déclaration écrite, sans limite autre que le refus de la partie adverse et son exigence que le témoin compareisse en personne à l'audience. Pour que le système fonctionne, il faut que la partie qui veut présenter un témoignage n'hésite pas à le faire sous forme de déclaration écrite et que la partie adverse consente à sa réception en preuve chaque fois qu'il est prévisible que la présence du témoin à l'audience soit inutile. Outre la collaboration des parties, la clé du succès repose dans les mains du juge : lors de la conférence préparatoire, il devrait fortement inciter les parties à convenir de ce moyen propre «à simplifier le procès et à abrégé l'enquête», et lors du procès, il devrait sanctionner sévèrement la partie qui a inutilement exigé que le témoin soit présent, comme l'autorise à le faire l'article 294.1 C.p.c.

Il y a lieu de déplorer que *l'Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile* ne propose aucun nouveau moyen pour promouvoir l'usage accru de déclarations écrites dans le procès. L'occasion serait belle d'envisager une réforme du système par laquelle les parties seraient tenues de déposer préalablement une déclaration écrite pour chaque témoignage qu'elles souhaitent mettre en preuve et ensuite, dans le cadre de la conférence préparatoire, de justifier l'utilité de la présence de chacun de ces témoins à l'audience, à la satisfaction du juge. Ainsi, l'enquête à l'audience se limiterait à faire entendre uniquement les témoins sélectionnés au terme de cet exercice. Une telle réforme repose sur un changement de paradigme. Alors que traditionnellement, le droit au contre-interrogatoire du témoin a été perçu comme absolu, il doit désormais être considéré comme relatif. Il doit composer avec l'intérêt des deux parties à réduire le coût et la durée de leur procès, avec le principe de proportionnalité entre l'enjeu du procès et les moyens déployés et surtout avec l'intérêt collectif à ce que soient significativement améliorées les conditions d'accès à la justice. Le recours plus généreux aux déclarations écrites comme substitut aux témoignages oraux à l'audience fait partie de l'arsenal des moyens qui devraient être déployés pour se rapprocher de cet idéal de justice.

Ci-joint : Claude FABIEN, «Le oui-dire revisité» 2011-11-16, article qui sera publié en 2012 dans un livre en hommage à un éminent juriste.

« LE OUI-DIRE REVISITÉ »

par **Claude FABIEN**, professeur
honoraire de la Faculté de droit de
l'Université de Montréal et avocat.

PLAN

- I. La preuve par oui-dire est en principe interdite

 - A. Déclarations visées par l'interdiction du oui-dire
 - B. Déclarations qui ne sont pas du oui-dire

- II. La preuve par oui-dire est recevable à titre exceptionnel

 - A. Régime des exceptions codifiées
 - B. Le oui-dire recevable par consentement

Un épisode de la vie du héros que nous célébrons est peu connu. À son retour de France, avec en poche une brillante thèse de doctorat sur le secret professionnel, le jeune professeur Abc Yyz a été récompensé de ses succès par le doyen Maximilien Caron avec une affectation au cours de preuve civile, aux études de premier cycle. Ayant alors été son élève, je peux témoigner du fait qu'il s'est honorablement acquitté de cette corvée, rendue d'autant plus difficile qu'il n'existait pas de manuel de preuve civile à cette époque tout juste antérieure à la parution de l'ouvrage du

juge Nadeau et du professeur Ducharme¹. Autant est nébuleux mon souvenir du contenu du cours, sans doute fortement teinté de droit anglais, autant j'ai pu apprécier les talents pédagogiques précoces de celui dont j'allais devenir collègue à la Faculté, une quinzaine d'années plus tard. De toutes manières, la corvée fut de courte durée et le professeur Xyz put ensuite s'investir dans ses matières de prédilection, qu'il allait marquer par la publication de ses grandes œuvres.

Le souvenir de cet épisode m'a donné l'idée de parler du droit de la preuve, plutôt que de m'aventurer dans les plates-bandes impeccables de mon ancien professeur. M'étant déjà intéressé à la preuve par ouï-dire en droit civil québécois², j'ai senti le besoin de revisiter ce sujet pour pousser un peu plus loin la réflexion, notamment autour de deux préoccupations : les objections de ouï-dire mal fondées et la preuve par ouï-dire recevable par consentement.

Peu de procès civils se déroulent sans qu'on n'entende une objection de ouï-dire. Dès qu'un témoin déclare «*Untel m'a dit que...*», l'avocat de la partie adverse est agité d'un réflexe de Pavlov qui le pousse à dire «*Objection! C'est du ouï-dire.*», alors que dans bien des cas, ce n'en est pas. Il arrive toutefois que l'avocat qui est la cible de l'objection se laisse impressionner par la démonstration de force de son adversaire et batte prudemment en retraite. De telles objections sont souvent l'occasion de longs débats. Il arrive même que le tribunal tombe dans le piège et maintienne l'objection sur la base des apparences trompeuses. De telles objections ont un effet de pollution dans le procès. Il n'est pas inutile de revenir sur le sujet pour que les acteurs du système aient les idées claires sur ce qui constitue du ouï-dire et sur ce qui n'en est pas, malgré les apparences.

La preuve par ouï-dire recevable de consentement soulève la question de la place, quasi-inexistante, faite au témoignage écrit dans le procès civil. Le législateur a ouvert la voie et fourni des moyens procéduraux pour favoriser l'utilisation du témoignage écrit comme substitut du

¹ André Nadeau et Léo Ducharme, *La preuve en matières civiles et commerciales*, Traité de droit civil du Québec, Tome 9, Montréal, Wilson et Lafleur, 1965, 643 p.

² Claude Fabien, « Les nouvelles règles de la preuve par ouï-dire en droit civil québécois » dans *La recevabilité et l'application de la preuve dans un monde complexe*, Institut canadien d'administration de la justice, Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 39-53.

témoignage oral entendu à l'audience. La pratique se montre très réticente à suivre cette voie et à accorder une place significative aux témoignages écrits. On qualifie cette solution de *preuve par oui-dire*, une étiquette péjorative dans la culture du milieu, et on invoque le fait que l'absence de l'auteur du témoignage écrit prive la partie adverse de la possibilité d'exercer son droit au contre-interrogatoire que certains considèrent *absolu*, voir même *sacré*.

L'intérêt de ces questions dépasse le simple perfectionnement des habiletés du plaideur. À l'heure où l'on s'interroge sur les entraves à l'accès à la justice que constituent son coût et ses délais, il importe de revoir ces questions en tenant compte non seulement de l'intérêt des parties au procès mais aussi de l'intérêt de l'ensemble de la société dans l'amélioration de l'efficacité du système de justice civile. Il n'y a pas que les règles de procédure civile qui ont une incidence sur l'efficacité du procès : les règles de preuve ont leur rôle à jouer. Vu sous cet angle, les objections de oui-dire non fondées ne sont pas désastreuses. Le temps qu'elles font perdre au tribunal est de l'ordre d'une nuisance mineure. Il en va autrement du refus du témoignage écrit comme substitut au témoignage oral en audience. Cette contrainte a un effet direct sur la longueur des procès et sur leur coût.

Est-il encore nécessaire aux fins de la justice de réunir dans un même lieu et au même moment tant de personnes, dont plusieurs resteront en attente d'être appelées pendant des heures, voir des jours ? Est-il encore nécessaire de procéder à ces longs et coûteux interrogatoires et contre-interrogatoires de témoins, dont bien peu pourraient être présentés comme des modèles d'efficacité s'ils étaient mesurés à l'aune de toute méthode scientifique autre que celle dont le droit a hérité d'une tradition certes séculaire, mais demeurée à l'abri de toute méthode critique ? Les fins de la justice sont-elles bien servies si l'attachement aux règles traditionnelles a pour effet de priver des citoyens d'un légitime accès à la justice civile, au nom d'un gain marginal et coûteux d'information pour ceux qui auront eu les moyens de se payer un procès ?

Pour réfléchir à ces questions, les raccourcis sont périlleux. Il semble nécessaire de les replacer dans leur contexte et de faire un certain rappel de la théorie du oui-dire en droit civil québécois³.

³ Léo DUCHARME, *Précis de la preuve*, 6^e édition, Montréal, Wilson et Lafleur, 2005, p. 505, nos 1255-1420. Jean-Claude ROYER et Sophie LAVALLÉE, *La preuve civile*, 4^e édition, Cowansville, Les Éditions

Il y a preuve par ouï-dire lorsqu'une partie à un litige tente de prouver l'existence d'un fait par la déclaration qu'une personne en a faite en dehors de l'instance, au lieu de faire comparaître cette personne comme témoin. Cette déclaration dite « extrajudiciaire » est généralement prouvée par un témoin qui vient la relater devant le tribunal en disant qu'il a « ouï » le déclarant « dire » que le fait à prouver existe. Il s'agit alors d'un témoignage par personne interposée, une forme typique de preuve par ouï-dire.

Le droit anglais refuse en principe la preuve par ouï-dire, pour des raisons de prudence. Il a fortement influencé le droit civil québécois, dont les tribunaux avaient adopté la même règle, sans pourtant qu'elle ne soit écrite où que ce soit. Son fondement était demeuré nébuleux jusqu'à ce que la Cour suprême du Canada n'entreprenne de clarifier la question en 1974, dans son célèbre arrêt *Royal Victoria Hospital c. Morrow*⁴. Elle déclara dans cet arrêt que le fondement de la règle se trouvait dans l'article 1205 C.c.B.C. qui référait au *Code de procédure civile*, dont l'article 294 ne connaît qu'une seule espèce valable de témoignage : celui rendu dans l'instance, dans les conditions qu'il prévoit, notamment par un témoin qui prête serment et qui se soumet au contre-interrogatoire de la partie adverse.

Dans le même arrêt, la Cour suprême avait décidé d'ajouter aux maigres exceptions du droit québécois à la prohibition du ouï-dire, en déclarant les exceptions créées par la common law applicables en droit québécois. Bien que cet arrêt ait été critiquable sur le plan de la technique juridique, il ne fut pas sans mérite sur le plan de la politique judiciaire. Le droit québécois en matière de ouï-dire n'avait pas évolué depuis le début du 20^e siècle. Il était devenu archaïque. Il était opportun de faire bénéficier les justiciables québécois de l'évolution jurisprudentielle qu'avait connue la common law. Par cet arrêt, la Cour suprême envoyait un message clair au législateur québécois, l'invitant à moderniser son droit de la preuve.

Yvon Blais, 2008, p. 523, nos 660-771. Pierre TESSIER et Monique DUPUIS, «Qualités et moyens de preuve» dans École du Barreau, *Preuve et procédure*, Collection de droit 2011-2012 tome 2, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2011, p. 277-286. Frédéric Pérodeau, «Preuve par ouï-dire» dans JurisClasseur Québec, *Preuve civile*, Fascicule 16, LexisNexis, 2010.

⁴ *Royal Victoria Hospital c. Morrow*, [1974] R.C.S. 501.

La vaste entreprise de révision du Code civil a fourni l'occasion de cette modernisation. Le *Code civil du Québec*, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1994, contient un livre 7, consacré à la preuve, dans lequel on trouve, notamment aux articles 2869 à 2874, les nouvelles règles de la preuve par ouï-dire. L'interdiction de principe a été réaffirmée (I) mais elle est assortie d'un nouveau régime d'exceptions (II) qui a rapproché considérablement le droit civil de la common law en cette matière, tout en le libérant de toute forme de dépendance par rapport à cette source désormais étrangère.

Pour disposer d'une objection à la recevabilité d'une preuve revêtue des apparences du ouï-dire, la première démarche qui s'impose en est une de qualification. On doit se demander si la déclaration extrajudiciaire ainsi attaquée fait partie de celles qui sont visées par l'interdiction du ouï-dire (I-A) ou si elle y échappe parce qu'elle n'est pas du ouï-dire (I-B). Cette démarche permet d'échapper au piège des apparences et à l'erreur qui consiste à appliquer le régime des exceptions au ouï-dire à une preuve qui n'en est pas. Dans un deuxième temps, après s'être assuré qu'on est bien en présence d'une preuve de ouï-dire, il y a lieu de rechercher si elle peut devenir recevable en vertu de l'une des exceptions prévues par la loi (II-A) ou par la filière sous-exploitée de la recevabilité par consentement (II-B).

I. La preuve par ouï-dire est en principe interdite

Le *Code civil du Québec* interdit en principe la preuve par ouï-dire. Bien que le législateur n'ait pas cru bon inclure le terme « ouï-dire » dans son vocabulaire, il édicte cette règle à l'article 2843 C.c.Q. qui définit ainsi le témoignage :

« 2843. Le témoignage est la déclaration par laquelle une personne relate les faits dont elle a eu personnellement connaissance ou par laquelle un expert donne son avis. Il doit, pour faire preuve, être contenu dans une déposition faite à l'instance, sauf du consentement des parties ou dans les cas prévus par la loi. »

Le *Code de procédure civile* précise la manière dont le témoignage doit être rendu, dans des règles qui visent à en assurer la fiabilité. Entre autres, le témoin doit comparaître en personne

devant le tribunal (article 294 C.p.c.), prêter serment (article 299 C.p.c.) et se soumettre au contre-interrogatoire de la partie adverse (article 314 C.p.c.).

Il ne faut pas en conclure que toute déclaration extra judiciaire constitue une preuve de oui-dire. L'habileté à discerner celle qui constitue une preuve de oui-dire de celle qui ne l'est pas est une clé indispensable à bonne compréhension de l'économie de ces règles. La bonne qualification est indispensable au choix des règles appropriées. L'opération n'est pas nécessairement facile. Qu'on en juge!

À l'audience, le témoin X dit : « Lors d'un dîner d'affaires, Monsieur Y m'a déclaré qu'il a vu Z mettre volontairement le feu à sa maison ». La déclaration extrajudiciaire de Y, telle que rapportée par le témoignage de X, constitue-t-elle une preuve de oui-dire en principe prohibée? Telle que posée, cette question est insoluble. La réponse peut être «oui» comme elle peut être «non». Tout dépend du contexte particulier du litige dans lequel est entendu le témoin X. S'il s'agit du recours de Z contre son assureur qui refuse de l'indemniser de la perte de sa maison détruite par le feu, le témoin X produit par l'assureur pour prouver que son assuré Z a volontairement mis le feu à la maison constitue une preuve par oui-dire qui est en principe illégale. S'il s'agit d'une action en diffamation de Z contre Y, alors le témoignage de X ne constitue pas une preuve par oui-dire et s'en trouve parfaitement recevable.

Ces exemples démontrent que la notion de oui-dire est essentiellement relative. Tout dépend du cadre concret du litige dans lequel se présente le problème et de la finalité poursuivie par la partie qui présente une preuve qui revêt les apparences du oui-dire. Il faut ensuite aller au delà des apparences et reconnaître à travers le régime de la preuve par oui-dire, l'application de deux règles simples.

La première de ces règles tient à la force probante du témoignage. Un témoignage ne prouve en principe que les faits dont le témoin a une connaissance personnelle et directe et non pas ce qu'il sait parce qu'une autre personne le lui a révélé. Dans le cas ci-haut, le témoin X ne sait rien d'autre que le fait que Y lui a affirmé que Z a mis le feu. Il ne sait pas si, en réalité, Z a vraiment incendié sa maison.

La seconde règle est celle de la pertinence. Il s'agit de se demander si le témoignage, auquel une partie fait objection pour motif de oui-dire, prouve un élément qui a une pertinence immédiate par rapport aux faits en litige. Si le fait même de la déclaration extrajudiciaire est pertinent, comme dans l'affaire de diffamation, alors le témoignage de X qui fait la preuve de la déclaration diffamatoire est recevable. Ce n'est pas du oui-dire. Si le fait de la déclaration extrajudiciaire n'a pas de pertinence dans le litige et que les seuls faits pertinents sont ceux affirmés dans la déclaration extrajudiciaire, comme dans l'affaire où l'assureur cherchait à prouver le crime de son assuré, alors le témoignage de X qui se limite à faire la preuve que Y lui a fait une telle déclaration, est irrecevable. Il constitue un moyen détourné pour faire témoigner quelqu'un (Y) qui ne comparait pas à l'instance.

Ces balises s'avèrent utiles pour faire l'inventaire des déclarations extrajudiciaires qui constituent une preuve de oui-dire et de celles qui n'en constituent pas, sous réserve des faits particuliers de chaque affaire.

A. Déclarations visées par l'interdiction de la preuve par oui-dire

Lorsqu'un élément de preuve vise à présenter une déclaration extrajudiciaire dans le but de prouver son contenu, seul pertinent aux fins du litige, cet élément de preuve constitue du oui-dire et sera en principe déclaré irrecevable.

Dans les exemples ci-haut mentionnés, on cherchait à prouver la déclaration extrajudiciaire par témoignage. Il s'agit alors du témoignage par personne interposée, qui est généralement irrecevable. L'interdiction de la preuve par oui-dire s'applique aussi lorsqu'on utilise un moyen autre que le témoignage comme *support* de cette déclaration extrajudiciaire. C'est la raison pour laquelle est proscrit l'écrit qui voudrait faire une telle preuve. Les déclarations écrites, signées ou non, assermentées ou non, sur papier ou sous toute forme de support technologique, ne peuvent pas dispenser une personne de venir, dans l'instance, témoigner de ce qu'elle sait. La présentation d'un élément matériel, constitué par l'enregistrement sonore ou vidéo d'une déclaration extrajudiciaire, serait aussi déclarée irrecevable.

Le motif de cette irrecevabilité est inspiré par la prudence. Notre droit considère que la déclaration extrajudiciaire n'est pas un mode fiable de connaissance des faits pour le tribunal, parce qu'elle n'est pas assortie des précautions dont la procédure civile entoure le témoignage avant d'en tirer des conclusions qui affectent les droits des parties.

L'interdiction de la preuve de ouï-dire a été poussée jusqu'à interdire l'utilisation en preuve de la déclaration extrajudiciaire d'une personne qui comparait elle-même comme témoin, pour faire preuve de la véracité de ce qu'elle a énoncé dans cette déclaration antérieure à son témoignage. Un témoin ne peut pas rapporter ses propres paroles ou présenter une déclaration qu'il a écrite antérieurement. Une partie ne peut pas faire valoir comme témoignage une déclaration antérieure incompatible faite par le témoin. Elle peut se servir de cette déclaration pour anéantir sa crédibilité : elle ne peut pas demander au tribunal de mettre de côté le témoignage et juger sur la base de la déclaration extrajudiciaire du même témoin.

Cette interdiction relève d'une logique différente, quoique connexe. On considère que le témoignage donné sous serment est seul garant de vérité. Il rend inutile toute référence aux déclarations extrajudiciaires du même témoin. Si le témoin a menti sous serment, toutes ses déclarations deviennent suspectes, y compris celles qu'il a faites en dehors de l'instance.

B. Déclarations qui échappent à l'interdiction de la preuve par ouï-dire

Certaines déclarations extrajudiciaires se présentent sous les apparences de la preuve par ouï-dire, sans en être. Ce sont les «faux ennemis»! Une première catégorie résulte du test de la pertinence. Une seconde catégorie résulte de la qualification distinctive que la loi réserve à certaines de ces déclarations.

Il n'y a pas de preuve par ouï-dire lorsque le fait même de la déclaration est immédiatement pertinent dans le litige. Tel est le cas lorsque la déclaration constitue l'un des éléments constitutifs d'une faute. Dans le cas d'une action civile en diffamation, le fait même que les paroles diffamatoires aient été prononcées par le défendeur constituera un élément de sa faute et

de sa responsabilité : par exemple, «Dans son discours, le défendeur a dit que le demandeur est un criminel notoire». Il semble inutile de faire appel ici à la notion de *res gestae*. La notion appartient à la common law. Le terme, qui veut dire littéralement «choses faites», est insignifiant. La notion de pertinence suffit ici à tout expliquer, comme dans les cas qui suivent.

Il en va de même de la déclaration extrajudiciaire par laquelle une personne manifeste sa volonté de s'obliger. Dans les cas où la preuve testimoniale d'un acte juridique est permise, comme à l'article 2862 C.c.Q., on doit bien concevoir que le législateur fournit le moyen de produire cette preuve. Par exemple, un commerçant pourra relater au long ses propres paroles et celles du commerçant qui a été son cocontractant pour faire preuve de toutes les obligations qu'il a contractées à son endroit, dans le style : « Je lui ai dit que ...; il m'a répondu que ... ». Une tierce personne qui aurait assisté à cette conversation pourrait également venir en témoigner, pour faire la preuve de la formation de ce contrat commercial, de son contenu initial ou de ses mutations subséquentes.

Sont également recevables, des déclarations extrajudiciaires qui visent à établir, par présomptions de faits, l'état psychologique d'une personne, lorsqu'un tel élément est pertinent au litige. On admet ainsi la preuve de la déclaration qui cause un tel état psychologique. Par exemple la communication d'une information peut causer la connaissance d'un danger : par exemple, «J'avais dit à la victime que le pont avait été condamné». Une déclaration menaçante peut causer la crainte : par exemple, «Le demandeur a dit au défendeur qu'il lui casserait les jambes, s'il ne signait pas». La dénonciation auprès d'un policier peut prouver sa bonne foi lorsqu'il intervient : par exemple, «Le 911 nous a dit avoir reçu un appel de détresse de la victime». On admet aussi la preuve de la déclaration qui témoigne d'un état psychologique particulier, comme l'intention suicidaire ou l'intention malicieuse : par exemple, «Il nous a dit qu'il allait se tirer une balle dans la tête» ou «Le défendeur a dit au demandeur qu'un jour il aurait sa peau». Il peut s'agir enfin d'un état physiologique. L'infirmière pourrait rapporter la déclaration du patient et même ses cris, pour prouver sa douleur, même si aucun moyen clinique ne permet de l'objectiver : «Il a dit au médecin Aïe! Vous me faites mal».

La seconde catégorie comprend deux moyens de preuve autonomes, qui ont aussi les apparences de la preuve par ouï-dire en ce qu'ils servent de support à des déclarations extrajudiciaires. Il s'agit de l'écrit instrumentaire et de l'aveu extrajudiciaire. Il n'y a pas lieu de parler de preuve par ouï-dire lorsque la loi attribue à de telles déclarations extrajudiciaires une qualification distinctive.

L'acte authentique fait preuve à l'égard de tous des faits que l'officier public avait mission de constater ou d'inscrire (art. 2818 C.c.Q.), de l'acte juridique qu'il renferme et des déclarations des parties qui s'y rapportent directement (art. 2819 C.c.Q.). La facture même de l'acte notarié est celle d'un procès verbal qui relate les déclarations extrajudiciaires des parties : par exemple, «Ont comparu devant moi, notaire, le vendeur et l'acquéreur qui ont déclaré l'un vouloir vendre, l'autre vouloir acheter etc...». Les actes semi-authentiques (art. 2822, 2823 C.c.Q.) et sous seing privé (art. 2829 C.c.Q.) ont une force probante semblable. Il peut s'agir par exemple de la déclaration du vendeur qui déclare qu'il y a une maison bâtie sur le lot qu'il vend : ce fait est prouvé par l'écrit et se passe de toute autre preuve entre les parties.

L'aveu extrajudiciaire est la déclaration contraire à ses intérêts dans le litige qu'une partie fait en dehors de l'instance. Cet aveu prouve contre lui les faits dont il reconnaît l'existence (articles 2850, 2852 C.c.Q.). L'article 2867 C.c.Q. indique de quelle manière il doit être prouvé à l'instance. Lorsque la preuve testimoniale est recevable pour prouver le fait en litige, elle l'est aussi pour prouver l'aveu judiciaire par lequel une partie reconnaît le même fait : par exemple, «Le défendeur m'a dit qu'il était fier d'avoir donné le premier coup de poing au demandeur».

On peut se demander si la déclaration dans l'écrit instrumentaire et l'aveu extrajudiciaire sont en réalité des preuves par ouï-dire qui font exception à la prohibition générale d'une telle preuve, puisqu'elles prouvent non seulement le fait même qu'une telle déclaration a été faite mais aussi la véracité des faits déclarés. Ce serait là une discussion byzantine, dont l'enjeu pratique n'est pas évident, tant est clair l'effet de telles déclarations. Ce serait surtout accorder trop de place à la théorie de la preuve par ouï-dire, qui ne devrait jouer qu'un rôle marginal dans notre droit. Mieux vaut dire que ce n'est pas du ouï-dire. Par l'effet de la loi qui a fait de l'écrit instrumentaire et de l'aveu extrajudiciaire des moyens de preuve autonomes, le problème du ouï-

dire ne se pose pas. Le régime de ses exceptions est déjà suffisamment complexe sans y ajouter davantage.

II. La preuve par oui-dire est permise à titre exceptionnel

L'interdiction de la preuve de oui-dire est une règle sévère. Cette sévérité s'explique par ses origines historiques teintées de droit pénal et de procédure pénale où il fallait encadrer strictement l'appréciation des faits par les jurés. Cette règle a été reçue en droit civil québécois avec toute sa rigueur. Avant 1994, le législateur avait édicté peu d'exceptions et les tribunaux les avaient appliquées restrictivement. Juges et praticiens ont rivalisé de conservatisme autour de ces règles dans lesquelles d'aucuns voyaient des valeurs fondamentales.

Il s'agit en réalité de solutions contredites par l'expérience commune. Chaque citoyen dépend du oui-dire pour s'instruire, se renseigner, consommer, voter. La quantité d'information nécessaire à la conduite de la vie empêche d'en vérifier plus qu'une parcelle. Média, littérature utilitaire ou scientifique, conseillers de toutes sortes font partie de l'expérience quotidienne. Les changements dans l'organisation sociale et économique, depuis le début du siècle, ont créé de nouvelles méthodes pour produire, traiter et conserver l'information. Le volume des ventes de IBM pour le dernier exercice financier ne pourrait pas être prouvé en justice par un témoin, au sens traditionnel du terme, ni même par les écrits instrumentaires qui en seraient peut-être la meilleure preuve. Enfin, les progrès des technologies de l'information ont changé la donne. Elles sont couramment utilisées pour mémoriser des faits et même pour en produire. Qu'une objection de oui-dire puisse être opposable à la mise en preuve de ces faits par le truchement de documents technologiques semblait être une règle dépassée.

L'interdiction de la preuve de oui-dire devait être assouplie pour ajuster les exceptions aux nouvelles réalités, sans sacrifier les objectifs fondamentaux de vérité et de justice du droit de la preuve. Cette évolution se justifie d'autant plus en droit civil où les enjeux semblent moins graves qu'en droit pénal et le juge mieux formé que le jury pour apprécier la preuve.

Le législateur québécois a pris le grand virage de la modernisation à la faveur de la révision de Code civil entré en vigueur en 1994. Il a innové en codifiant un régime d'exceptions au principe de la prohibition du oui-dire (II-A). Il a aussi ouvert une deuxième voie de recevabilité pour un type particulier de preuve par oui-dire : le témoignage sur support écrit ou technologique reçu sur la base du consentement exprès ou implicite de la partie adverse (II-B).

A. Régime des exceptions

Le Code civil édicte les nouvelles règles de la preuve par oui-dire au Livre de la preuve, dans le titre 3 « *De la recevabilité des éléments et des moyens de preuve* », à son chapitre 3 « *De certaines déclarations* » composé des articles 2869 à 2874 CCQ.

Ces articles énoncent les conditions que doit remplir une déclaration extrajudiciaire pour être recevable. Nulle part n'apparaît le terme « oui-dire ». Tout est implicite : le principe de l'interdiction de la preuve de oui-dire énoncé au titre 2 (article 2843 C.c.Q.) et le fait que les articles 2869 à 2874 C.c.Q. font exception à ce principe. De plus, ces articles sont mal placés⁵. Le titre 3 traite de la recevabilité des éléments et des moyens de preuve. La matière de la preuve de oui-dire se rattache davantage aux conditions de fiabilité que doivent avoir les éléments de preuve, selon la catégorie de moyen de preuve à laquelle chacun de ces éléments appartient. Les conditions de fiabilité des écrits, témoignages, aveux et éléments matériels sont énoncées au titre 2. C'est là qu'aurait dû apparaître la réglementation de la preuve par oui-dire puisque, sur le plan de la recevabilité des moyens de preuve, la recevabilité de la preuve par oui-dire est la même que celle de la preuve testimoniale.

Cette précision permet de mettre en lumière une condition préalable de recevabilité de la preuve par oui-dire et d'analyser l'ensemble des règles pertinentes en quatre étapes : 1) la recevabilité de la preuve testimoniale, 2) la recevabilité de la déclaration extrajudiciaire, 3) la preuve de la déclaration extrajudiciaire et 4) l'appréciation de sa force probante.

⁵ Ghislain MASSÉ, « Le oui-dire admissible » dans *Développement récents en droit civil (1992)*, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Montréal, Les Éditions Yvon Blais, 1992, p. 33-49.

1) recevabilité de la preuve testimoniale

La première étape consiste à s'assurer que le fait que l'on cherche à prouver par une déclaration extrajudiciaire peut légalement être prouvé par témoin. Autrement, on perd son temps. Dans tous les cas, pour que la preuve de oui-dire soit recevable, il faut que la preuve testimoniale le soit aussi. L'article 2869 C.c.Q. dit bien que la déclaration extrajudiciaire conforme aux règles du Code est admise «à titre de témoignage». Elle sera donc soumise aux mêmes règles d'appréciation et de force probante. La même qualification de « témoignage » est accordée à l'écrit non-instrumentaire qui rapporte un fait (article 2832 C.c.Q.). Ainsi, une preuve par oui-dire ne serait pas admise pour prouver un acte civil d'une valeur supérieure à 1 500\$ (article 2862 C.c.Q.) ni pour faire la preuve secondaire d'un écrit qui n'a pas été produit au procès (article 2860 C.c.Q.), sous réserve des exceptions qui tempèrent ces règles.

2) recevabilité du témoignage extrajudiciaire

La seconde étape consiste à appliquer les conditions de recevabilité des articles 2870 et 2871 C.c.Q. Pour être admise à titre de témoignage, la preuve de oui-dire doit, lorsque son auteur ne comparait pas comme témoin, satisfaire à deux conditions de fond et une condition de procédure.

Il faut d'abord qu'il soit « impossible d'obtenir la comparution du déclarant comme témoin ou déraisonnable de l'exiger » (art. 2870 C.c.Q.). Outre le décès, l'impossibilité de rejoindre le déclarant, sa maladie, son inaptitude, cette condition couvre bien d'autres hypothèses. Le caractère déraisonnable de l'exigence s'applique au cas où selon toute probabilité, le déclarant, s'il était assigné, ne pourrait dire rien d'autre que ce qu'il a consigné par écrit. Tel serait le cas de la personne qui a consigné par écrit ou enregistré des faits qui défient toute mémorisation, comme les paramètres de la météo au cours du mois de juin 2008. Ce caractère devrait aussi s'appliquer lorsqu'il y a une disproportion indue entre le coût d'un témoignage et l'intérêt en jeu dans le litige. Le tribunal ne devrait normalement pas exiger qu'un déclarant en poste en Australie vienne en personne témoigner dans un procès où l'intérêt en jeu est inférieur aux frais de déplacement du témoin, s'il existe une méthode moins coûteuse et raisonnablement fiable de recueillir sa déclaration.

La seconde condition veut que « *les circonstances entourant la déclaration donnent à celle-ci des garanties suffisamment sérieuses pour pouvoir s’y fier* » (art. 2870 C.c.Q.). Une partie peut choisir de faire cette démonstration en produisant des éléments de preuve. Elle peut aussi préférer exploiter l’une ou l’autre des présomptions légales que le Code met à sa disposition (art. 2870, al. 3 C.c.Q.) relativement :

- aux documents établis dans le cours des activités d’une entreprise;
- aux documents insérés dans un registre dont la tenue est exigée par la loi;
- aux déclarations spontanées et contemporaines de la survenance des faits.

Les premiers documents visent les registres comptables d’une entreprise et ses relevés de production et d’opération. La seconde catégorie couvre, entre autres, les dossiers scolaires de tous niveaux, les dossiers hospitaliers, les dossiers dont la tenue est imposée à certaines catégories de professionnels, certains registres prescrits par le droit des compagnies. La troisième catégorie couvre les cas où la déclaration spontanée d’une personne, au moment où survient un fait, est si étroitement associée à ce fait qu’elle en devient partie intégrante. Le droit anglais connaît cette exception sous le nom de *res gestae*. Tel est le cas de la déclaration d’un assuré, décédé au moment du procès, qui a rampé jusqu’à la porte de sa chambre et crié qu’il avait glissé sur la descente de lit : sa déclaration serait admise pour faire preuve de la cause de sa chute et de ses blessures⁶. Ces présomptions légales de fiabilité sont relatives : elles pourront être contredites (article 2847 C.c.Q.).

La condition procédurale exige que la partie qui veut produire la preuve par oui-dire adresse une requête au tribunal, avec avis à la partie adverse, et fasse la preuve que sont réunies les conditions de fond. Le tribunal, selon l’appréciation qu’il fait de la preuve de ces conditions, autorise ou non le oui-dire. Le professeur Ducharme déplore que le *Code de procédure civile* ne dise rien de plus sur cette requête et qu’elle soit en train de tomber en désuétude⁷. Les tribunaux semblent appliquer cette exigence procédurale de manière variable et très libérale. Dans bien des

⁶ *Little c. The London and Lancashire Guarantee Co. of Canada*, (1940) 7 I.L.R. 281 (C.S.). Voir aussi *Bean c. Asbestos Corporation of Canada*, (1915) 21 R.L. 378 (C.S.).

⁷⁷ Ducharme (2005), *op.cit supra* note 3, par. 1389-1392.

cas, le oui-dire apparaît spontanément et de façon inattendue au cours de la déposition orale d'un témoin à l'instance. Il semble alors difficile d'appliquer l'exigence d'un avis préalable. Toutefois, lorsque la déclaration extrajudiciaire est sur support écrit, l'avis préalable se justifie mieux.

Le Code envisage aussi l'hypothèse où l'auteur de la déclaration extrajudiciaire comparaît comme témoin (article 2871 C.c.Q.). Dans un tel cas, il n'y a pas de contrainte procédurale pour faire admettre sa déclaration antérieure. De plus, l'une des conditions de fond tombe : il ne peut pas être déraisonnable d'exiger la comparution du déclarant, puisque de toute manière, il comparaît comme témoin. La réception de la déclaration est soumise à une seule condition : elle doit présenter des garanties suffisamment sérieuses pour qu'on puisse s'y fier. L'exigence de l'article 2871 C.c.Q., malgré les variations de langage, est la même que celle de l'article précédent. La déclaration pourra jouir des mêmes présomptions de fiabilité. Ainsi un témoin peut référer à ses propres déclarations antérieures et les faire admettre comme faisant partie de son témoignage à l'instance : par exemple, «Voici la lettre que j'ai écrite à ma mère, au lendemain de l'accident, pour lui dire comment c'était arrivé». Un témoin peut aussi se les faire opposer, non seulement en vue de détruire sa crédibilité, mais aussi au point de valoir comme substitut au témoignage qu'il a fait à l'audience : par exemple, «Voici la lettre que le témoin a écrite à sa mère, dans laquelle il donne une version différente des faits; je demande au tribunal de la recevoir comme témoignage, par préférence à celui entendu à l'audience».

3) preuve de la déclaration extrajudiciaire

Après que le tribunal se soit prononcé sur la recevabilité de principe de la déclaration extrajudiciaire, on passe à la troisième étape : la partie qui l'invoque a le fardeau d'en faire la preuve devant le tribunal. Elle doit prouver que l'auteur de la déclaration a véritablement dit ou écrit les mots qu'on lui attribue. Plusieurs méthodes sont disponibles. En premier lieu, la déclaration verbale peut être prouvée par toute personne qui a été témoin de la déclaration (art. 2872 C.c.Q.). En deuxième lieu, la déclaration écrite doit être prouvée par la production de l'original cet écrit (art. 2872 C.c.Q.), à moins que la partie qui l'invoque ne soit admise à en faire la preuve secondaire (article 2860 C.c.Q.). Normalement, la partie qui produit l'écrit devrait en

prouver l'authenticité. Toute personne qui a été témoin de la confection du document peut venir en témoigner. Si le seul témoin de la confection de l'écrit en est lui-même l'auteur, la situation est plus délicate. On pourrait faire la preuve de l'authenticité par un expert en écriture. À défaut, il semblerait illogique d'exiger que l'auteur de la déclaration écrite comparaisse comme témoin à la seule fin d'en prouver l'authenticité, dans une situation où il a été préalablement prouvé que sa comparution est impossible ou qu'il serait déraisonnable de l'exiger (art. 2870 C.c.Q.). Il serait pourtant paradoxal que le document fasse preuve de sa propre origine et de sa propre intégrité. Il faut alors avoir recours au consentement exprès ou implicite de la partie adverse.

Si la partie adverse ne conteste pas l'authenticité du support écrit ou technologique de la déclaration extrajudiciaire, par voie d'objection ou autrement, elle est réputée admise. Toutefois, si une partie mise sur le silence de la partie adverse au procès pour faire la preuve de l'authenticité d'une déclaration écrite, elle risque d'avoir une mauvaise surprise en cas d'objection et d'être dépourvue de solution de rechange. Il serait plus prudent de chercher à être fixé plus tôt, quant à l'acquiescement de la partie adverse, en la mettant en demeure de reconnaître l'authenticité de la déclaration écrite du témoin, en vertu de l'article 403 C.p.c.⁸ Si la partie adverse refuse de reconnaître l'authenticité du document, elle devra préciser sous serment les raisons de son refus et s'exposer à des dépens s'il s'avère injustifié.

En troisième lieu, la déclaration consignée par écrit par un tiers est prouvée par cet écrit, si le déclarant en reconnaît l'authenticité, s'il a demandé au tiers de la recueillir, ou enfin si le tiers agissait dans l'exercice de ses fonctions (art. 2873 C.c.Q.). Certains seront vraisemblablement hostiles à voir apparaître l'enquêteur d'assurances dans ces catégories, mais ils se consoleront en pensant que la preuve de fidélité de sa transcription pourra être contredite par tous moyens. Enfin, la déclaration peut être prouvée par l'enregistrement audio ou vidéo qui en a été fait, à condition qu'on en prouve l'authenticité en la manière prévue pour un tel document technologique (art. 2874 C.c.Q.)⁹.

⁸ *Desgagné-Bolduc c. Provigo Distribution inc.*, (2007) RJQ 1622 (CS); EYB 2007-121779.

⁹ Claude FABIEN, «La preuve par document technologique», (2004) 38 *Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal*, 533-611.

4) appréciation de la déclaration extrajudiciaire

À la dernière étape, la déclaration extrajudiciaire, élevée à la dignité de témoignage (art. 2869 C.c.Q.), est soumise aux règles d'appréciation du témoignage par le tribunal (art. 2845 C.c.Q.). L'appréciation de cette forme de témoignage est une opération distincte de sa réception en preuve. Le tribunal doit apprécier la force probante de la déclaration en elle-même, en tenant compte de sa fiabilité. Cet examen peut s'avérer plus sévère que celui qui a fondé la décision de la recevoir en preuve. Il doit ensuite l'apprécier en fonction des autres éléments qui composent l'ensemble de la preuve. Au terme de cette opération, le tribunal peut être finalement amené à écarter une déclaration extrajudiciaire, malgré sa décision antérieure de la recevoir en preuve. Il y a là une sauvegarde dont il ne faut pas sous-estimer l'importance.

À côté des méandres de l'application des conditions de recevabilité codifiées aux articles 2870 à 2874 C.c.Q., il existe une seconde voie de recevabilité, en apparence beaucoup plus simple, mais qui mérite d'être examinée de plus près : celle du consentement de la partie adverse.

B. Le oui-dire recevable par consentement

Cette deuxième voie de recevabilité de la preuve par oui-dire est plus discrète et passe facilement inaperçue. On devrait pourtant lui accorder une importance au moins égale et lui reconnaître un rôle significatif à jouer dans l'amélioration de l'accès à la justice. Pour s'en convaincre, il convient de se pencher successivement sur 1) l'intention du législateur, 2) les moyens procéduraux disponibles, 3) les effets de l'ouverture de cette voie de recevabilité et 4) les solutions pour en améliorer l'efficacité.

1) l'intention du législateur

L'intention du législateur doit prioritairement être recherchée dans la loi. Le *Code civil* contient trois dispositions claires, aux articles 2843, 2869 et 2832 C.c.Q. :

2843. [al.2] *Il (le témoignage) doit, pour faire preuve, être contenu dans une déposition faite à l'instance, sauf du consentement des parties ou dans les cas prévus par la loi.*

2869. *La déclaration d'une personne qui ne témoigne pas à l'instance est admise à titre de témoignage si les parties y consentent; est aussi admise à titre de témoignage la déclaration qui respecte les exigences prévues par le présent chapitre ou par la loi.*

2832. *L'écrit ni authentique ni semi-authentique qui rapporte un fait peut, sous réserve des règles contenues dans ce livre, être admis en preuve à titre de témoignage ou à titre d'aveu contre son auteur.*

Ces textes témoignant de l'importance que le législateur accorde à cette voie de recevabilité de la déclaration extrajudiciaire fondée sur le consentement. Par deux fois, il la mentionne en première place, avant sa référence aux exceptions codifiées à la prohibition du ouï-dire. Sans aller jusqu'à dire que le législateur en fait une voie privilégiée, on doit au moins lui accorder une importance égale à celle des exceptions codifiées.

On doit aussi reconnaître que le législateur en a fait deux voies distinctes et indépendantes. Il n'est pas nécessaire qu'une déclaration extrajudiciaire soit conforme aux critères de nécessité et de fiabilité des exceptions codifiées, pour qu'une partie puisse consentir à sa réception en preuve¹⁰. Son consentement couvre les imperfections qu'elle pourrait avoir au regard des exceptions codifiées. Elle est livrée telle quelle à l'appréciation du tribunal, comme tout autre témoignage (article 2845 C.c.Q.). Le problème de sa recevabilité disparaît : la seule question qui subsiste pour le tribunal est celle de l'appréciation de sa force probante.

Ces textes indiquent que la règle qui prohibe en principe la preuve par ouï-dire n'est pas d'ordre public¹¹. Une partie peut consentir à la réception en preuve d'une déclaration extrajudiciaire,

¹⁰ *Service de santé du Québec (SSQ) c. Manoir du fleuve inc.*, (2000) R.J.Q. 2203 (CA) ; REJB 2000-19941.

¹¹ Frédéric Pérodeau, «Preuve par ouï-dire» dans JurisClasseur Québec, *Preuve civile*, Fascicule 16, LexisNexis, 2010, no 76.

quel qu'en soit le support. Le législateur prend en outre la peine de confirmer la légalité du support écrit d'une telle déclaration à l'article 2832 C.c.Q.

Ces textes sont nouveaux, insistants et convergents : on doit y lire un message du législateur visant à changer l'ordre antérieur des choses. Non seulement le législateur ouvre-t-il la porte pour permettre un usage plus libéral du témoignage sur support écrit, mais il encourage les parties à accorder une plus grande place à cette forme de preuve dans le procès civil. Ce message est confirmé par les moyens qu'il met à leur disposition à cette fin.

2) les moyens disponibles

Le législateur met à la disposition des parties plusieurs moyens pour faciliter l'obtention du consentement de la partie adverse à la réception en preuve d'un témoignage écrit : le consentement exprès, le consentement implicite ainsi que le mécanisme de l'article 294.1 du *Code de procédure civile*.

Le premier moyen est celui de l'accord formel, négocié de gré à gré par les parties, et constaté dans un écrit qu'elles signent. Habituellement coiffé du titre «Liste des admissions des parties», cet écrit est plutôt de la nature d'une transaction partielle, par analogie à celle de l'article 2631 C.c.Q. Ces admissions sont souvent négociées sur une base de réciprocité : «Tu admets en preuve la déclaration écrite de mon témoin et j'admets celle du tien». Le même travail peut être accompli avec l'assistance d'un juge, dans le cadre de la conférence préparatoire à l'instruction prévue à l'article 279 C.p.c. Son but est de «*conférer sur les moyens propres à simplifier le procès et à abréger l'enquête*». L'admission en preuve d'un plus grand nombre de déclarations écrites servirait un tel but, en diminuant d'autant le nombre de témoins à entendre au procès. Toutefois, le résultat dépend beaucoup des convictions personnelles du juge et des avocats au dossier. Pour que le but soit atteint, il faut qu'un avocat veuille bien prendre l'initiative de faire préparer une telle déclaration écrite en remplacement d'un témoignage oral et il faut que le juge soit suffisamment convaincu des avantages de cette solution pour inciter la partie adverse à y adhérer.

Le second moyen résulte du consentement implicite d'une partie, en cours d'audience. Une partie a le droit de s'opposer à la réception d'un élément de preuve illégal, au cours du procès, en faisant objection et en exposant au tribunal la cause d'irrecevabilité sur laquelle son objection est fondée. Si elle ne le fait pas, elle est réputée renoncer au bénéfice de la règle d'irrecevabilité et consentir à la réception en preuve d'un tel élément de preuve. Ainsi, lorsqu'un témoin rapporte les paroles d'une autre personne, ces paroles sont admises en preuve en l'absence d'objection de la partie adverse, même si elles constituent du oui-dire. Il reviendra au tribunal d'en apprécier la force probante. De la même manière, lorsqu'une partie présente une déclaration écrite pour valoir comme si son auteur était entendu comme témoin, sans objection de la partie adverse, elle a valeur de témoignage, comme si son auteur avait été entendu comme témoin.

Le troisième moyen de recevabilité du témoignage par écrit est édicté à l'article 294.1 du *Code de procédure civile* :

294.1. Le tribunal peut accepter à titre de témoignage une déclaration écrite, pourvu que cette déclaration ait été communiquée et produite au dossier conformément aux règles sur la communication et la production des pièces prévues au présent titre.

Une partie peut exiger que la partie qui a communiqué la déclaration assigne le témoin à l'audience, mais le tribunal peut la condamner à des dépens dont il fixe le montant, lorsqu'il estime que la production du témoignage écrit eût été suffisante.

Modifiée en 2002, l'article 294.1 C.p.c. a ouvert toutes grandes les portes de la preuve testimoniale faite au moyen de dépositions écrites qui dispensent leurs auteurs de comparaître en personne. Si la partie adverse n'exige pas la présence du témoin à l'audience, la déposition écrite est reçue à titre de témoignage et la partie qui a implicitement consenti ne peut plus faire une objection fondée sur la règle de l'irrecevabilité de la preuve par oui-dire.

À l'origine, l'article 294.1 C.p.c. a été ajouté en 1968 au *Code de procédure civile* de 1966. Cette disposition avait été conçue pour favoriser le témoignage par écrit dans les cas les plus patents de gaspillage de temps et d'argent. Elle visait expressément les cas suivants : le rapport médical, le rapport d'un employeur sur l'état du traitement de son employé, le rapport d'une institution

financière sur l'état des dépôts et placements d'une personne, le rapport de police et le rapport de la Commission des normes du travail. Le but visé était d'éviter de déplacer et de faire attendre dans les corridors des palais de justice les auteurs de ces rapports pour venir déclarer sous serment : «Ceci est mon rapport et je n'ai rien d'autre à ajouter». Comme cette liste de documents constituait une dérogation majeure à la règle de prohibition du ouï-dire, elle était interprétée de façon restrictive.

Lors de l'adoption du *Code civil du Québec* en 1993, le législateur a voulu harmoniser l'article 294.1 C.p.c. avec les nouvelles dispositions des articles 2869 à 2874 C.c.Q. en matière de preuve par ouï-dire. Il a apporté une modification mineure à l'article 204.1 C.p.c. pour qu'il se lise ainsi :

294.1. Le tribunal peut accepter comme déclaration celles prévues au livre De la preuve au Code civil du Québec, notamment un rapport médical ou le rapport d'un employeur sur l'état du traitement et des autres avantages dont bénéficie un employé pour tenir lieu du témoignage du médecin ou de l'employeur qui l'a signé, pourvu [que...]

Le reste de l'article reproduisait intégralement le texte antérieur de 294.1 C.p.c. Cette modification maladroite a créé de la confusion en laissant entendre que les exceptions énumérées à l'article 294.1 C.p.c. étaient de même nature que celles des articles 2870 et 2871 C.c.Q. Or il n'en est rien. Par exemple, un rapport médical, préparé à la demande d'une partie par un médecin disponible pour venir témoigner, serait recevable en vertu de l'article 294.1 C.c.p. mais ne le serait pas nécessairement en vertu de l'article 2870 C.c.Q., si on lui appliquait les critères de nécessité et de fiabilité. La finalité des deux dispositions n'est pas la même. L'article 294.1 C.p.c. est fondé sur des raisons d'efficacité et d'économie, alors que les règles de recevabilité du ouï-dire des articles 2869-2874 visent à assurer la qualité de la preuve.

En 2002, le législateur a radicalement modifié son approche. Il a supprimé tout lien avec les exceptions codifiées à la prohibition du ouï-dire des articles 2869 à 2874 C.c.Q. Au lieu d'allonger la liste des documents expressément autorisés à remplacer certains témoins, il a supprimé la liste et édicté une règle générale de recevabilité fondée sur le consentement implicite

de la partie adverse, lorsqu'elle n'exige pas la comparution de l'auteur du document. Il s'agit d'une solution de principe, à portée universelle : elle peut s'appliquer à toute espèce de témoignage. La réception en preuve ne dépend pas alors des critères de nécessité et de fiabilité des exceptions codifiées à l'article 2870 C.c.Q. Elle ne dépend que des conditions édictées à l'article 294.1 C.p.c. : la communication à la partie adverse du témoignage écrit et l'abstention de cette dernière d'exiger la comparution de son auteur. La disposition dit que le tribunal «*peut*» alors accepter cette déclaration écrite à titre de témoignage. On sait toutefois que ce pouvoir doit être exercé de façon judiciaire : il devient un devoir lorsque se réalisent les conditions édictées par la loi pour l'exercice de ce pouvoir¹². Dans ces conditions, le tribunal doit admettre en preuve le témoignage écrit : sa compétence s'exerce alors sur son appréciation, et non plus sur sa recevabilité.

Ainsi, le contrôle de la recevabilité du témoignage écrit appartient exclusivement à la partie adverse. Elle a le droit d'exiger la comparution du témoin à l'audience. Elle s'expose à une sanction pécuniaire lorsque le tribunal estime «*que la production du témoignage écrit eût été suffisante*». Le critère que le tribunal doit alors administrer est celui de l'*utilité*. Il faut que le contre-interrogatoire fait par la partie qui a exigé la présence du témoin produise un résultat utile aux fins de la décision que doit rendre le tribunal. La simple répétition de ce que contient déjà le témoignage écrit ne sera évidemment d'aucune utilité. Il en va de même du contre-interrogatoire fait pour obtenir du témoin des *précisions*, lorsque ces précisions s'avèrent sans conséquence sur la décision du tribunal. Même fait sous prétexte d'éprouver la crédibilité du témoin, le contre-interrogatoire est inutile, si sa crédibilité demeure intacte.

On observe que le mode de sanction de l'article 294.1 C.p.c. intervient *a posteriori*. Le tribunal est appelé à appliquer le critère de l'utilité du contre-interrogatoire du témoin après que le mal ait été fait. Il s'agit d'un mode de sanction faible, qui gagnerait à être remplacé par un contrôle *a priori*, qui précède la comparution forcée du témoin. Ce mode de sanction ne change rien au principe de la disposition et au but poursuivi par le législateur : ce dernier cherche à éliminer les comparutions et les interrogatoires de témoins qui s'avèrent inutiles, et à augmenter ainsi l'efficacité du procès dans ses méthodes d'enquête.

¹² *Girard c. Gariépy*, (1975) C.A. 706.

Si la partie adverse exige à bon droit que l'auteur de la déclaration écrite témoigne en personne, la partie qui veut néanmoins exploiter ce document peut tenter de le faire admettre en preuve comme exception à la prohibition du ouï-dire, en faisant une requête à cette fin et en persuadant le tribunal que les conditions de nécessité et de fiabilité de l'article 2870 C.c.Q. sont réunies.

Il reste un détail à résoudre. Lorsque la partie adverse n'exige pas la comparution du témoin à l'audience, le document dans lequel est écrit son témoignage fait-il preuve de sa propre authenticité ? La partie qui dépose ce document pour valoir comme témoignage doit-elle faire comparaître son auteur à la seule fin d'en prouver l'authenticité ? Cette question est rarement soulevée ou discutée. On a sans doute considéré que le but poursuivi par l'article 294.1 C.p.c. aurait été trahi si on avait exigé que l'auteur du témoignage écrit soit tenu de venir en prouver l'authenticité à l'audience. On peut facilement dire que l'abstention de la partie adverse à exiger la comparution du témoin constitue un consentement tacite non seulement à la recevabilité du ouï-dire, mais aussi à l'authenticité de l'écrit qui lui sert de support. Si la partie adverse exige la comparution à l'audience de l'auteur de la déclaration écrite à la seule fin de prouver l'authenticité de l'écrit, la partie qui estime cette demande injustifiée peut utiliser la mise en demeure de l'article 403 C.p.c. pour forcer la partie adverse à l'admettre, sinon à exposer sous serment les raisons de son refus.

3) les effets de l'ouverture de cette voie de recevabilité

On peut faire l'hypothèse que le législateur, en ouvrant la voie aux témoignages par écrit, ait voulu inciter les parties à y avoir recours à chaque fois que c'est possible, à chaque fois que le témoignage par écrit se suffit à lui-même et à chaque fois que l'intérêt de la justice en serait mieux servi. Il y a là des motifs d'économie de temps et d'argent pour les parties, de gain d'efficacité pour l'administration de la justice ainsi que de respect pour les citoyens appelés à servir comme témoins.

L'ouverture de cette voie n'a pas modifié de façon significative le comportement des acteurs à cet égard. Les pratiques en matière de preuve testimoniale n'ont pas fait diminuer la longueur et

le coût des procès, et n'ont pas amélioré de façon significative les conditions d'accès à la justice. Si des gains d'efficacité ont été réalisés, ils proviennent d'autres sources. On peut dire que la révolution que permettrait l'article 294.1 C.p.c. n'a pas eu lieu.

Les motifs sont d'ordre technique, culturel et peut-être même déontologique. Sur le plan technique, la communication d'un témoignage écrit à la partie adverse comporte des risques. Si la partie adverse exige la présence du témoin au procès, ce document lui fournit des armes pour le mettre en contradiction avec sa déclaration écrite, pour affaiblir sa crédibilité ou pour préparer un contre-interrogatoire plus musclé. Une partie peut aussi préférer que le juge voie son témoin en personne, afin que l'impact psychologique soit plus fort.

Il y a certes aussi l'effet d'une résistance culturelle : conservatisme, résistance au changement, imitation mutuelle au sein de la profession. La culture touche également le client qui s'attend à ce que son avocat contre-interroge les témoins, comme à la télévision. Si tel n'est pas le cas, il suffit que l'avocat s'imagine que son client s'attend à ce qu'il contre-interroge les témoins, pour l'inciter à refuser toute forme de témoignage écrit et à exiger la présence de tous les témoins au procès.

Il peut aussi y avoir des scrupules d'ordre déontologique. Un avocat peut sincèrement croire que le contre-interrogatoire est un exercice obligatoire, que la renonciation au contre-interrogatoire constituerait une dérogation à un standard de pratique reconnu et par conséquent une faute professionnelle. Même dans les cas où il est clair que le contre-interrogatoire serait inutile et sans espoir, il peut craindre d'être blâmé d'avoir fait perdre à son client la *chance* d'un revirement inattendu.

Cette résistance au changement n'est pas dépourvue d'effets pervers. Qui n'a pas été témoin de contre-interrogatoires interminables, improductifs, faits par routine, sans vision et sans objectifs? Même en cas de gain marginal d'information ou de soi-disant *précisions*, combien de fois ces précisions n'ont aucune incidence sur l'issue du procès ou sur les motifs de la décision? Quelle perte de temps et d'argent représentent les contre-interrogatoires improductifs?

Les perceptions déontologiques devraient évoluer pour tenir compte de l'intérêt des parties à économiser temps et argent dans leur procès, et aussi de l'intérêt de l'ensemble des citoyens pour une justice plus efficace et plus accessible en termes de coût et de délais. En outre, le principe de proportionnalité de l'article 4.2 C.p.c. devrait s'appliquer lorsqu'une partie, saisie de témoignages écrits, doit décider si elle exigera la comparution en personne de chacun de leurs auteurs. Elle devrait se demander si les comparutions de ces témoins à l'audience *«sont, eu égard aux coûts et au temps exigés, proportionnés à la nature et à la finalité de la demande et à la complexité du litige»*. Dans l'abstrait, il peut être acceptable de contre-interroger longuement tous les témoins, mais dans la réalité actuelle, une telle pratique peut entraîner un déni de justice. Le droit au contre-interrogatoire ne peut plus être considéré comme un droit absolu. Il s'agit, tout au plus, d'un droit relatif, qui doit être exercé de manière à tenir compte des autres valeurs et intérêts en jeu : principe de proportionnalité et intérêt des parties à réduire le coût et les délais de leur procès, et principe d'accès à la justice pour la masse des justiciables. Ainsi, la résistance systématique à toute forme de témoignage écrit et l'exigence aveugle de la présence de tous les témoins au procès pourrait en arriver à constituer une faute déontologique.

4) les solutions

Le législateur a ouvert la voie pour qu'un plus grand nombre de témoignages entendus à l'audience soient remplacés par des témoignages écrits. Pour favoriser cette voie, il a mis en place le mécanisme de l'article 294.1 C.p.c. essentiellement fondé sur le volontariat : d'une part, l'initiative d'une partie de déposer un témoignage écrit pour remplacer un témoignage oral à l'audience et, d'autre part, la bonne volonté de la partie adverse qui renonce à exiger la comparution du témoin. Il a assorti le tout d'un mode de sanction léger par lequel le tribunal peut, après le fait, *«condamner à des dépens dont il fixe le montant»* la partie qui a imposé au témoin un déplacement inutile. Comme l'effet attendu ne s'est pas produit, il ya lieu de chercher des solutions d'abord dans l'application des textes actuels et ensuite dans une perspective de révision des mécanismes en place.

Il faut d'abord songer à une meilleure exploitation des règles actuelles. La première clé se trouve dans la pratique de la conférence préparatoire prévue à l'article 279 C.p.c. Le juge devrait utiliser

son pouvoir de persuasion de façon plus musclée, pour inciter une partie à renoncer à la comparution de l'auteur d'une déclaration écrite, lorsqu'il apparaît que sa présence n'ajouterait rien à sa déclaration. La seconde clé est liée à la pratique en matière de sanction de la partie dont l'exigence s'avère inutile et improductive. La sanction devrait être sévère. Il ne faut pas la limiter aux frais de témoin. L'enjeu ne se limite pas aux intérêts des parties : il touche l'intérêt de la justice. Les dépens imposés à la partie délinquante devraient avoir une composante punitive ou exemplaire. C'est à ce prix que les mentalités évolueront. Un volet éducatif serait aussi opportun. L'enseignement en matière de déontologie devrait rappeler à l'avocat que son devoir ne se limite pas à défendre à tout prix les intérêts de son client : il doit aussi contribuer à l'administration de la justice en adoptant des comportements qui favorisent l'accès du plus grand nombre.

Un avant-projet de loi sur la révision du Code de procédure civile est présentement à l'étude¹³. L'article 294.1 C.p.c. deviendrait l'article 287, ainsi rédigé :

287. Une partie peut, à titre de témoignage, produire la déclaration de son témoin, y compris un constat d'huissier, pourvu que cette déclaration ait été préalablement notifiée aux autres parties. La déclaration est réputée faite sous serment. Une autre partie peut, avant la date fixée pour l'instruction, exiger la présence à l'enquête du témoin concerné.

On remarque d'emblée que l'article 294.1 C.p.c. a subi une amputation importante. On ne retrouve pas les mots de la fin «*mais le tribunal peut la condamner à des dépens dont il fixe le montant, lorsqu'il estime que la production du témoignage écrit eut été suffisante.*» On observe aussi que cet article 287 est placé sous la rubrique «*Le témoignage par déclaration*». Il en constitue l'unique article.

On comprend que l'avant-projet de loi ne veut rien changer à l'état actuel des choses en matière de preuve testimoniale au procès. On maintient la méthode traditionnelle d'enquête qui domine le procès, comme on le connaît : une succession d'interrogatoires et de contre-interrogatoires de témoins qui défilent à la barre, aussi longtemps qu'il le faut. En réalité, le texte proposé pour l'article 287 constitue même une régression par rapport à l'actuel article 294.1 C.p.c. Il priverait le tribunal du principal moyen dont il dispose pour encourager la pratique du témoignage par

¹³ *Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, déposé en 2011 par le ministre de la Justice, pour étude en commission parlementaire au début de 2012.

déclaration écrite : la sanction qu'il peut imposer à la partie qui a exigé la présence du témoin à l'enquête, lorsque son témoignage oral s'avère inutile. Certes, l'avant-projet propose des principes directeurs de la procédure, notamment aux articles 18 (principe de proportionnalité) et 19 (principe de bonne foi), ainsi que des pouvoirs accrus pour permettre au tribunal de sanctionner les *abus de procédure*, aux articles 51 et suivants. Toutefois, la notion d'abus de procédure, telle que définie à l'article 51 de l'avant-projet, est plus restrictive que le critère d'*utilité* sous-jacent à l'actuel article 294.1 C.p.c. Si l'article 287 devient la loi, une partie de bonne foi pourra, en toute impunité, exiger la présence du témoin à l'enquête, même si son témoignage oral s'avère inutile, fait perdre le temps et l'argent des parties et contribue à l'engorgement des rôles d'audience.

À cet égard, l'avant-projet de code de procédure ne semble pas s'harmoniser avec l'intention exprimée par le législateur dans le *Code civil*, aux articles 2843, 2869 et 2832, telle que nous l'avons évoquée plus haut. Minimale, l'avant-projet devrait rétablir, dans son article 287, le mécanisme de sanction de l'article 294.1 C.p.c. Il devrait aussi régler la question de la preuve de l'authenticité de l'écrit qui sert de support à la déclaration du témoin. L'article 259 de l'avant-projet reconduit le mécanisme de la mise en demeure de reconnaître l'authenticité de cet écrit, présentement prévu à l'article 403 C.p.c., mais il l'ampute de son mode de sanction par le tribunal, dans le cas où la contestation de la partie adverse s'avère non fondée. Il y aurait lieu de simplifier le mécanisme de reconnaissance de l'authenticité de la déclaration écrite et de prévoir une sanction pour la partie qui exigerait inutilement que l'auteur de la déclaration soit entendu à l'enquête à la seule fin d'en attester l'authenticité.

On ne réforme pas la procédure civile à tous les jours. L'opération en cours devrait être l'occasion d'une réflexion en profondeur sur la réingénierie des méthodes d'enquête au procès, pour en accroître l'efficacité. Il est prévisible que les petits moyens que nous venons d'évoquer ne suffisent pas à faire augmenter de façon significative le nombre de témoignages par écrit dans le procès. Il faut alors songer à une révision plus audacieuse des règles. Pour éviter l'effet de déséquilibre entre la partie qui produit des témoignages écrits et celle qui s'en abstient pour des raisons tactiques, il faudrait obliger les deux parties à déposer des témoignages écrits pour tous les personnes qu'elles veulent faire témoigner. Les témoignages spécialement préparés pour les

fins du procès pourraient prendre la forme des affidavits détaillés (article 93.1 C.p.c.) déjà requis pour des recours spéciaux comme l'injonction (article 754.1 C.p.c.), certaines procédures en matière familiale (art. 813.10 C.c.Q.) et certains recours extraordinaires (art. 835.3 C.p.c.).

À la conférence préparatoire, la partie qui insiste pour faire entendre son témoin ou qui exige la présence à l'audience du témoin de la partie adverse, aurait le fardeau de persuader le juge que la présence du témoin serait *utile* et il reviendrait au juge d'en décider. Il pourrait aussi autoriser l'interrogatoire préalable du témoin, comme solution alternative. Le tout devrait être assorti d'une sanction sévère pour la partie qui fait perdre le temps du tribunal en faisant entendre à l'audience un témoin dont le concours s'avère inutile.

De toute évidence, il ne s'agirait pas d'un mince changement. Mais il s'inscrirait dans un exercice de pensée créative pour sortir la justice civile des ornières des vieilles habitudes et des idées reçues en matière de preuve et de procédure. Le droit au contre-interrogatoire du témoin de la partie adverse, qui sert d'assise implicite à la prohibition du oui-dire, ne peut plus être vu comme un droit absolu, à supposer qu'une telle conception ait jamais pu se justifier. Il s'agit d'un droit relatif, comme toutes les règles de procédure et de preuve. Elles sont subordonnées à l'atteinte d'objectifs déterminés par le législateur. L'accès à la justice constitue l'un des plus importants de ces objectifs, tel que le proclame la disposition préliminaire de l'avant-projet de loi sur la révision de notre procédure civile.

CONCLUSION

En revisitant le oui-dire, nous avons mis en lumière deux problèmes associés au régime actuel de la preuve par oui-dire, en droit civil : les objections non fondées à l'encontre du oui-dire apparent et l'échec relatif de la voie de recevabilité du oui-dire par consentement en matière de témoignages par écrit.

Le premier problème est mineur. Il s'agit du réflexe conditionné du plaideur qui profère une objection, dès qu'il entend le témoin de la partie adverse déclarer «Il m'a dit que...». Il faut se méfier des apparences. Plusieurs déclarations faites sous cette forme ne constituent pas une

preuve par ouï-dire et sont donc parfaitement recevables. Un rappel de la théorie du ouï-dire nous aura permis de discerner les faux ouï-dire des vrais. La qualification initiale est importante car elle permet d'éviter que la déclaration extrajudiciaire qui ne constitue pas du ouï-dire soit traitée en fonction du régime complexe des exceptions au principe d'exclusion de la preuve par ouï-dire. L'objection non fondée est une petite nuisance qui perturbe la bonne marche du procès. On perd du temps à en débattre. Il arrive qu'un plaideur peu sûr de son droit capitule à tort devant une telle objection, quand ce n'est pas le juge lui-même qui tombe dans le piège des apparences.

Le second problème est plus important. Le législateur a créé une voie de recevabilité du ouï-dire par consentement, qui aurait dû avoir un effet significatif sur le procès, en accroissant la place faite aux déclarations écrites comme substitut à la comparution des mêmes témoins à l'audience. L'enjeu est de taille. Il met en cause l'accès à la justice. Le témoignage exclusivement oral entendu à l'audience est un procédé long et coûteux qui contribue aux coûts et aux délais qui font obstacle à l'accès à la justice. Le témoignage par écrit pourrait permettre de raccourcir l'audience et d'en diminuer les coûts. L'échange des témoignages écrits, avant procès, ne pourrait que favoriser les règlements amiables. Malgré le signal clair émis par le législateur, la pratique n'a pas suivi, pour des motifs techniques, culturels et même déontologiques que nous avons tenté de mettre en lumière.

Dans l'immédiat, la solution consisterait à mieux exploiter les textes en place. L'article 294.1 C.p.c. fournit le moyen aux parties de remplacer le témoignage oral de chaque témoin par une déclaration écrite, sans limite autre que le refus de la partie adverse et son exigence que le témoin compareisse en personne à l'audience. Pour que le système fonctionne, il faut que la partie qui veut présenter un témoignage n'hésite pas à le faire sous forme de déclaration écrite et que la partie adverse consente à sa réception en preuve chaque fois qu'il est prévisible que la présence du témoin à l'audience soit inutile. Outre la collaboration des parties, la clé du succès repose dans les mains du juge : lors de la conférence préparatoire, il devrait fortement inciter les parties à convenir de ce moyen propre «à simplifier le procès et à abrégé l'enquête», et lors du procès, il devrait sanctionner sévèrement la partie qui a inutilement exigé que le témoin soit présent, comme l'autorise à le faire l'article 294.1 C.p.c.

Il y a lieu de déplorer que *l'Avant projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile* ne propose aucun nouveau moyen pour promouvoir l'usage accru de déclarations écrites dans le procès. L'occasion serait belle d'envisager une réforme du système par laquelle les parties seraient tenues de déposer préalablement une déclaration écrite pour chaque témoignage qu'elles souhaitent mettre en preuve et ensuite, dans le cadre de la conférence préparatoire, de justifier l'utilité de la présence de chacun de ces témoins à l'audience, à la satisfaction du juge. Ainsi, l'enquête à l'audience se limiterait à faire entendre uniquement les témoins sélectionnés au terme de cet exercice. Une telle réforme repose sur un changement de paradigme. Alors que traditionnellement, le droit au contre-interrogatoire du témoin a été perçu comme absolu, il doit désormais être considéré comme relatif. Il doit composer avec l'intérêt des deux parties à réduire le coût et la durée de leur procès, avec le principe de proportionnalité entre l'enjeu du procès et les moyens déployés et surtout avec l'intérêt collectif à ce que soient significativement améliorées les conditions d'accès à la justice. Le recours plus généreux aux déclarations écrites comme substitut aux témoignages oraux à l'audience fait partie de l'arsenal des moyens qui devraient être déployés pour se rapprocher de cet idéal de justice.
