

Les nouvelles règles de la preuve par oui-dire en droit civil québécois

Claude FABIEN¹

I.	LA PREUVE PAR OUI-DIRE EST EN PRINCIPE INTERDITE	4
A.	Déclarations visées par l'interdiction de la preuve par oui-dire	6
B.	Déclarations qui échappent à l'interdiction de la preuve par oui-dire	7
II.	LA PREUVE PAR OUI-DIRE EST PERMISE À TITRE EXCEPTIONNEL	9
A.	Régime des exceptions	11
B.	Sources et sanction	16

¹ Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, Montréal, Québec.

Il y a preuve par oui-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 «extrajudiciaire» est généralement prouvée par un témoin qui vient la relater devant le tribunal en disant qu'il a «oui» 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 oui-dire.

Le droit anglais refuse en principe la preuve par oui-dire, pour des raisons de prudence. Il a fortement influencé le droit civil québécois, dont les tribunaux ont adopté la même règle, sans pourtant qu'elle ne soit écrite où que ce soit. Son fondement est 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*.¹ Elle déclara dans cet arrêt que le fondement de la règle se trouvait à l'article 1205 C.c.B.-C. qui référait au *Code de procédure civile*,² 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 le serment et le contre-interrogatoire.

Dans le même arrêt, la Cour suprême décida d'ajouter aux maigres exceptions du droit québécois, la prohibition du oui-dire, en déclarant les exceptions créées par la common law applicables en droit québécois. Dans une étonnante interprétation de l'article 1206 C.c.B.-C., elle décida que le droit anglais était le droit suppléatif applicable à la preuve par oui-dire, autant en matières civiles qu'en matières commerciales. Depuis cette époque, le droit civil québécois s'est considéré lié par la common law sur cette question. Il a d'abord tenu compte des exceptions classiques énoncées par les interprètes de la common law. Il s'est ensuite enligné sur les grands arrêts de la Cour suprême qui ont libéralisé la common law sur la preuve par oui-dire par la création des grands principes directeurs de nécessité et de fiabilité.

L'arrêt *Morrow* est critiquable sur le plan de la technique juridique. La Cour suprême n'avait nul besoin d'invoquer les exceptions de common law pour décider du litige: il s'agissait de la preuve d'un aveu extrajudiciaire, entièrement régi par l'article 1244 C.c.B.-C. Ses

remarques, à cet égard, sont *obiter*. En second lieu, le recours à quelque droit suppléif n'était pas techniquement justifié. Le droit civil n'est pas silencieux sur la question. Il a prévu des exceptions, notamment aux articles 294.1 et 320 C.p.c. Si étroites soient-elles, ces exceptions témoignent de la volonté du législateur de n'en point créer d'autres. Enfin, s'il y avait lieu de chercher un droit suppléif, l'article 1206 C.c.B.-C. ne permet pas de rendre le droit anglais suppléif aux silences du Code en matière civile. Cet article édicte une règle d'exception suivant laquelle le droit anglais est suppléif en matière commerciale. En déduire que le droit anglais est aussi suppléif en matière civile est une conclusion qui heurte le bon sens et les règles d'interprétation.

Il s'agissait de mauvais droit, toutefois inspiré de bonnes intentions. C'est en effet sur le plan de la politique judiciaire que l'arrêt trouve un mérite certain. Le droit québécois en matière de *oui-dire* n'avait pas évolué depuis le début du siècle. Il était devenu archaïque. Il était opportun de faire bénéficier les justiciables québécois de l'évolution jurisprudentielle qu'avait connue la common law. Si la technique pour le faire paraissait discutable, elle envoyait un message clair au législateur québécois, l'invitant à moderniser son droit de la preuve.

La vaste entreprise de révision du Code civil a fourni l'occasion de cette modernisation. Le *Code civil du Québec*, qui entrera en vigueur 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 *oui-dire*. Si l'interdiction de principe a été réaffirmée (I), un nouveau régime d'exceptions (II) rapproche considérablement le droit civil de la common law, en évitant toutefois de maintenir l'état de dépendance dans lequel la Cour suprême l'avait plongé en 1974.

I. LA PREUVE PAR OUI -DIRE EST EN PRINCIPE INTERDITE

Le *Code civil du Québec* interdit en principe la preuve par oui-dire. Bien que le législateur n'ait pas cru bon d'inclure le terme «oui-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. Le témoin doit comparaître en personne devant le tribunal (art. 294 C.p.c.), prêter serment (art. 299 C.p.c.) et se soumettre au contre-interrogatoire de la partie adverse (art. 314 C.p.c.).

Il ne faut pas en conclure que toute déclaration extrajudiciaire constitue une preuve par oui-dire. L'habileté à discerner celle qui constitue une preuve par oui-dire de celle qui ne l'est pas est une clé indispensable à la 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!

Le témoin X dit: «Monsieur Y m'a déclaré que Z a mis 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? Tout dépend de la finalité poursuivie par la partie qui fait entendre le témoin X dans le litige. 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 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 ouï-dire est d'abord 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 ouï-dire. Il faut ensuite aller au-delà des apparences et reconnaître à travers le régime de la preuve par ouï-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. 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 ouï-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 qui en fait la preuve est recevable. Si le fait de la déclaration n'a pas de pertinence immédiate et que les seuls faits pertinents sont ceux affirmés dans la déclaration extrajudiciaire (comme dans l'affaire où l'assureur cherchait à prouver l'incendie de son assuré), alors le témoignage qui en fait la preuve est irrecevable. Il constitue un moyen détourné pour faire témoigner quelqu'un qui ne comparait pas à l'instance.

Ces balises s'avèrent utiles pour faire l'inventaire des déclarations extrajudiciaires qui constituent une preuve par ouï-dire et de celles qui n'en constituent pas, sous réserve de la relativité de la notion.³

A. Déclarations visées par l'interdiction de la preuve par ouï-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 sera déclaré irrecevable.

Dans les exemples ci-haut mentionnés, il s'agissait d'une déclaration extrajudiciaire que l'on cherchait à prouver par témoignage. Il s'agit alors du témoignage par personne interposée, qui est en principe irrecevable. L'interdiction de la preuve par ouï-dire s'applique aussi lorsqu'on utilise un moyen autre que le témoignage pour faire preuve de cette déclaration. C'est la raison pour laquelle est proscrit l'écrit qui voudrait faire une telle preuve. Les déclarations signées ou non, assermentées ou non 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 magnétoscopique 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 entourée 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 par ouï-dire a été poussée jusqu'à interdire l'utilisation en preuve de la déclaration extrajudiciaire d'une personne qui comparait 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. Appelons-les «faux ennemis» ! Une première catégorie résulte du test de la pertinence. Une seconde catégorie résulte de la qualification 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. Par exemple, 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. 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 dis que ...; il m'a répondu que ...». Une tierce personne qui aurait assisté à cette conversation pourrait également venir en témoigner.

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. Une déclaration menaçante peut causer la crainte. La dénonciation auprès d'un policier peut prouver sa bonne foi lorsqu'il intervient. On admet aussi la preuve de la déclaration qui témoigne d'un état psychologique particulier, comme l'intention suicidaire, l'intention malicieuse. Il peut s'agir enfin d'un état physiologique, lorsqu'il échappe à l'observation. Par exemple, un médecin pourrait

rapporter les cris de douleur de son patient, lorsqu'il a pressé son dos, même si aucun moyen clinique ne permet d'objectiver la douleur.

Il n'y a pas lieu de parler de preuve par ouï-dire lorsque la déclaration extrajudiciaire reçoit une autre qualification dans notre droit. Il s'agit ici de l'écrit instrumentaire et de l'aveu extrajudiciaire.

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.). 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.

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 qu'il reconnaît (art. 2850, 2852 C.c.Q.). L'article 2867 C.c.Q. indique de quelle manière il doit être prouvé à l'instance.

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 et qui prouvent non seulement le fait même qu'une telle déclaration a été faite mais aussi la véracité des faits déclarés. Ce serait peut-être 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, par l'effet de la loi qui a fait de l'écrit instrumentaire et de l'aveu extrajudiciaire des procédés de preuve autonomes, le problème du ouï-dire ne se pose pas. Le régime de ces 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 par oui-dire est une règle sévère. Cette sévérité s'explique peut-être 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. Le législateur a édicté peu d'exceptions et les tribunaux les ont appliquées restrictivement. Juges et praticiens ont rivalisé de conservatisme autour de ces règles dans lesquelles d'aucuns voient 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 de la technologie ont fait que l'ordinateur est utilisé pour mémoriser des faits et même pour en produire, alors que la prohibition de la preuve par oui-dire rend suspecte l'utilisation des listages extraits de l'ordinateur pour prouver de tels faits.

L'interdiction de la preuve de oui-dire doit 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.

Un mot peut qualifier le comportement du droit québécois face à ce besoin d'évolution: l'immobilisme. Alors que la common law tissait petit à petit un écheveau d'exceptions, que les tribunaux canadiens se démarquaient par rapport à la common law traditionnelle pour évoluer vers des critères généraux, les juristes québécois demeuraient plus catholiques que le pape, ou plutôt plus protestants que la reine. Il a fallu que la Cour suprême prenne en 1974 une initiative

paradoxale pour que le bénéfice de cette évolution parvienne aux justiciables québécois sous la forme d'un lien de dépendance avec la common law.

La leçon de droit a heureusement portés fruits, puisque la réforme du Code civil accorde une place nouvelle et notoire à un régime de la preuve par ouï-dire, avec son train d'exceptions. La réforme pose toutefois la question des sources d'interprétation de ces nouvelles règles et celle de leur sanction.

A. Régime des exceptions

Les nouvelles règles de la preuve par ouï-dire ont été placées au Livre de la preuve, sous 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 C.c.Q.

Ces articles énoncent les conditions que doit remplir une déclaration extrajudiciaire pour être recevable. Nulle part n'apparaît le terme «ouï-dire». Tout est implicite: le principe de l'interdiction de la preuve par ouï-dire énoncé au titre 2 (art. 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 placés.⁴ Le titre 3 parle de la recevabilité des éléments et des moyens de preuve. La matière de la preuve par ouï-dire se rattache davantage aux conditions de fiabilité que doivent avoir les éléments de preuve, conformément au moyen de preuve auquel ils se rattachent. 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 ouï-dire, alors que sur le plan de la recevabilité des moyens de preuve, la recevabilité de la preuve par ouï-dire suit celle de la preuve testimoniale.

Cette précision permet de mettre en lumière une condition additionnelle de recevabilité de la preuve par ouï-dire et d'analyser l'ensemble des règles pertinentes en quatre étapes.

1. Première étape

Dans tous les cas, pour que la preuve par ouï-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 (art. 2832 C.c.Q.). Ainsi, une preuve par ouï-dire ne serait pas admise pour prouver un acte civil d'une valeur supérieure à 1 500 \$, ni l'indice d'une présomption de faits visant à prouver un tel acte.

2. Deuxième étape

Pour être admise à titre de témoignage, la preuve par ouï-dire doit, lorsque son auteur ne comparaît 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. 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 au prix du transport du témoin.

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 vraisemblablement les registres comptables d'une entreprise et ses relevés de production et d'opération. La seconde catégorie semble couvrir, 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 a déjà un contour bien tracé par la jurisprudence.⁵ Les présomptions légales de fiabilité sont relatives: elles pourront être contredites (art. 2847 C.c.Q.).

La condition procédurale exige que la partie qui veut produire la preuve par ouï-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 cette preuve, accorde la permission de produire cette preuve. Le professeur Ducharme déplore que le *Code de procédure civile* ne dise rien de plus sur cette requête.⁶ Il suggère ingénieusement que la requête soit faite avant procès mais présentable devant le juge du fond le jour du début de l'enquête. Il lui semble que la fiabilité de la déclaration peut difficilement être dissociée de sa force probante. Sa suggestion aurait aussi l'avantage de permettre au juge d'entendre la preuve sous réserve du sort de cette requête.

Le Code envisage aussi l'hypothèse où l'auteur de la déclaration extrajudiciaire comparait comme témoin. Dans un tel cas, il n'y a pas de contrainte procédurale à 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 comparait 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 pourra-t-il désormais référer à ses

propres déclarations antérieures, ou se les faire opposer au point de devenir son véritable témoignage.

3. Troisième étape

Après que le tribunal se soit prononcé sur la recevabilité de principe de la déclaration extrajudiciaire, il y a lieu de s'assurer de son authenticité. La partie qui l'invoque devra en faire la preuve. Trois systèmes sont proposés. En premier lieu, la déclaration écrite doit être prouvée sous cette forme; la déclaration verbale doit l'être par tout témoin de la déclaration (art. 2872 C.c.Q.). En second 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 enregistrement, à condition qu'on en prouve l'authenticité (art. 2874 C.c.Q.).

4. Quatrième étape

Après tout cet exercice, la déclaration extrajudiciaire, élevée à la dignité de témoignage (art. 2869 C.c.Q.), est soumise à la règle d'appréciation du témoignage par le tribunal (art. 2845 C.c.Q.). Il s'agit d'une opération distincte de celle de la réception en preuve de la déclaration. 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 cet examen sur le fond, le tribunal peut être amené à écarter une déclaration, malgré la décision de la recevoir en preuve. Il y a là une sauvegarde dont il ne faut pas sous-estimer l'importance.

Ce régime de base de réception des déclarations extrajudiciaires continue d'être complété par certaines dispositions du *Code de procédure civile*. L'article 294.1 C.p.c. a été victime d'une modification maladroite qui donne l'impression que le législateur veut soumettre les documents qu'il énumère aux conditions de recevabilité des articles 2869 à 2874 C.c.Q.. Une telle intention serait étonnante, puisque la règle de l'article 294.1 C.p.c. n'a jamais soulevé de difficulté d'application ni de controverse. Il semble plus vraisemblable que le législateur ait voulu laisser la règle intacte, tout en la raccordant au régime général par une référence de pure concordance à l'article 2843 C.c.Q.

L'article 320 C.p.c., qui permettait d'utiliser en preuve un témoignage rendu dans une autre instance lorsque certaines conditions étroites étaient réunies, a été abrogé. Il faut y voir la volonté du législateur d'élargir cette exception en laissant au tribunal le soin d'apprécier la fiabilité du témoignage rendu ailleurs en appliquant les critères généraux des articles 2870 et 2871 C.c.Q. Il serait dommage que les tribunaux appliquent cette exception de manière aussi étroite que si l'article 320 C.p.c. n'avait pas été abrogé.

Il n'est pas inutile de rappeler par ailleurs que le témoignage par voie d'affidavits détaillés est largement pratiqué en matière de recours extraordinaire (art. 835.3 C.p.c.), d'injonction (art. 754.1 C.c.Q.), de certaines procédures en matière familiale (art. 813.10 C.c.Q.). La croissance récente et rapide de ce mode de preuve semble indiquer que l'expérience est fructueuse et destinée à élargir son champ d'action. Cette tendance pourrait contribuer à diminuer l'importance du régime de la preuve par oui-dire.

B. Sources et sanction

L'introduction au Code d'un régime de preuve par oui-dire laisse deux questions dépourvues de réponses toutes faites. Elles fourniront matière à discussion.

La première touche les sources d'interprétation du Code civil en cette matière. Jusqu'au 1^{er} janvier 1994, le droit civil québécois en matière de preuve par ouï-dire est enligné sur la common law qui lui sert de source formelle de droit. Il faut donc lire les interprètes autorisés de la common law pour connaître l'état du droit québécois sur la question. Ce fait a profondément influencé le législateur québécois qui adopte dans le *Code civil du Québec* des solutions très voisines de la common law canadienne, et incorpore certains des acquis des arrêts *Ares c. Venner*,⁷ *R. c. Khan*,⁸ *R. c. Smith*⁹ et *R. c. B.(K.G.)*.¹⁰ Notamment, le législateur a retenu en les adaptant les critères généraux de nécessité et de fiabilité développés par cette jurisprudence. Il a eu recours à certaines exceptions classiques de common law pour établir les présomptions de fiabilité de l'article 2870 C.c.Q. Faut-il en conclure que le législateur décide ainsi d'arrimer définitivement le droit québécois de la preuve à la common law?

Une telle solution paraît inopportune. Tout indique que la common law cessera de constituer une source formelle de droit, même à titre suppléif, à compter de l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*.

Cette idée s'impose par volonté législative. Le législateur a abrogé l'article 1206 C.c.B.-C. et sa référence au droit anglais. De plus, il a solennellement déclaré dans la disposition préliminaire que le *Code civil du Québec* établit le droit commun du Québec et constitue le fondement de ses lois.¹¹ Il est de l'essence du droit commun d'être exhaustif et de se suffire à lui-même. Il serait anormal de continuer à dépendre d'une source de droit étrangère pour régir un segment non négligeable de notre droit de la preuve. Le législateur et les tribunaux québécois n'ont aucun contrôle sur la common law. Sur le plan théorique, l'assujettissement du droit civil à cette source constitue une aliénation de souveraineté. Enfin, le droit civil peut fort bien emprunter des solutions étrangères, mais en les empruntant, il les fait siennes et contrôle parfaitement leur façonnement et leur évolution.

Le rôle de la common law devrait désormais se limiter à celui d'une source d'inspiration, qui ne s'impose que par la valeur persuasive de ses solutions. Il s'agit d'un modèle à traiter selon

les méthodes du droit comparé. Les tribunaux québécois sont maîtres de leur propre interprétation. Ils devraient retenir de la common law qu'elle n'a pas craint d'innover et de libéraliser.

Le second problème est celui de la sanction de ces règles. Selon le droit actuel, la plupart des règles de preuve sont d'ordre privé. Très peu sont d'ordre public. Le tribunal doit intervenir d'office pour protéger le secret professionnel (art. 9, *Charte des droits et libertés de la personne*).¹² En revanche, l'obtention illégale d'un élément de preuve ne le rend pas nécessairement irrecevable en preuve. Pour les règles d'ordre privé, l'initiative de la sanction est laissée au plaideur. Ce dernier peut renoncer au bénéfice d'une règle. S'il ne fait pas d'objection, la preuve illégale est reçue et sa force probante appréciée par le tribunal. Son silence est interprété comme une renonciation tacite à invoquer l'illégalité. L'article 2859 C.c.Q. maintient cette règle à propos des règles de recevabilité des moyens de preuve.

Le professeur Ducharme¹³ estime que les règles sur la preuve par oui-dire sont d'ordre public et que le tribunal doit d'office en assurer la sanction, même en l'absence d'objection de la partie qui aurait intérêt à la formuler. Il interprète *a contrario* l'article 2859 C.c.Q.: si le législateur dit que les règles du chapitre 2 sont d'ordre privé, on doit considérer que celles du chapitre 3 ne le sont pas. Il emploie aussi un argument fondé sur la force probante nulle de la déclaration extrajudiciaire, suivant l'article 2843 C.c.Q. Enfin, en l'absence de requête et de décision favorable, le tribunal peut-il considérer que la preuve par oui-dire, entendue sans objection, fait partie de la preuve?

La thèse inverse mérite d'être défendue. Les règles de la preuve par oui-dire ne sont pas d'ordre public. Premièrement, les parties peuvent y consentir (art. 2843, 2869 C.c.Q.). Une véritable prescription d'ordre public ne peut généralement pas être contournée par accord des parties. Deuxièmement, rien n'indique que le législateur veuille écarter ici la règle générale selon laquelle l'absence d'objection rend l'élément de preuve recevable. Lorsqu'il institue une règle d'ordre public, le législateur s'exprime clairement comme à l'article 2858 C.c.Q.

Troisièmement, l'article 2859 C.c.Q. n'a pas à être interprété *a contrario*. Il ne vise que les règles du chapitre 2. Il n'a pas nécessairement d'incidence sur le chapitre 3. Il n'en a pas davantage sur le titre 2, qui énonce plusieurs règles de recevabilité, dont la plupart sont d'ordre privé. Nous avons d'ailleurs établi plus haut que le chapitre 3 relatif à la preuve par ouï-dire aurait dû être placé au titre 2. L'écrit sous seing privé, dont l'authenticité n'est pas prouvée, est admis en preuve, si aucune objection n'est faite au moment de sa production.

Quatrièmement, l'argument tiré de l'article 2843 C.c.Q., quant à la force probante nulle de la déclaration extrajudiciaire, méconnaît que lorsqu'elle est admise, elle acquiert la force probante du témoignage. C'est le cas, s'il est juste de soutenir que le silence de la partie qui ne s'objecte pas, constitue un consentement implicite qui satisfait à l'exigence de l'article 2869 C.c.Q. .

Cinquièmement, la condition procédurale ne fait pas obstacle à cette solution. Sa finalité est d'éviter que la partie adverse ne soit prise par surprise et de permettre qu'elle prépare sa preuve en conséquence. Si elle garde silence, elle signifie qu'elle n'avait besoin ni de préavis, ni de préparation de preuve. Une partie produit l'extrait d'un dossier hospitalier. La partie adverse se tait parce qu'elle sait qu'il serait futile de faire objection, compte tenu de l'arrêt *Ares c. Venner*.¹⁴ Le tribunal devra-t-il alors d'office intervenir pour rejeter l'élément de preuve, soit parce qu'il n'y a pas eu de requête, soit parce qu'il n'y a pas eu de preuve de nécessité et de fiabilité? Imposer un tel fardeau au tribunal paraît stérile.

Enfin, devant une preuve par ouï-dire présentée sans objection, si le tribunal a un doute sur la fiabilité de la preuve, il serait prudent de sa part d'agir suivant l'article 292 C.p.c. Il devrait signaler à la partie cette lacune dans sa preuve de fiabilité et lui permettre de la combler. Ainsi, la déclaration extrajudiciaire deviendra un élément de preuve utile dont il pourra, en délibérant sur le fond, apprécier la force probante.

FOOTNOTES

1. *Royal Victoria Hospital c. Morrow*, [1974] R.C.S. 501 [ci-après *Morrow*].
2. *Code de procédure civile du Québec*, L.R.Q., c. C-25.
3. L. Ducharme, *Précis de la preuve*, 4^e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1993 à la p. 403, n^o 1243 et s.
4. G. Massé «Le oui -dire admissible» dans *Développements récents en droit civil (1992)*, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Montréal, Yvon Blais, 1992, 33 à la p. 49.
5. *Little c. The London and Lancashire Guarantee and Accident Company of Canada*, (1940) 7 I.L.R. 281 (C.S.). *Bean c. Asbestos Corporation of Canada*, (1915) 21 R.L. 378 (C.S.).
6. *Supra* note 3 à la p. 431, n^o 1331.
7. *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608.
8. *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531.
9. *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915.
10. *R. c. B.(K.G.)*, J.E. 93-466 (C.S.C.).
11. J.-M. Brisson, «Le droit civil, droit commun?» dans LES JOURNÉES MAXIMILIEN-CARON 1992, *Le nouveau Code civil) interprétation et application*, Montréal, Thémis, 1993, 292.
12. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12.
13. *Supra* note 3 à la p. 445, n^o 1365-1368.
14. *Supra* note 7.