

Angle droit sur la visiojustice ! Petit décalogue à l'usage du praticien

Antoine Guilmain*

Introduction	171
I. Le temps et les coûts afférents au témoignage	174
II. La fiabilité de la technologie et des installations	175
III. La condition personnelle du témoin	177
IV. L'évaluation de la crédibilité du témoin	178
V. L'importance des témoignages pour trancher le litige	180
VI. La condition psychologique du témoin	180
VII. L'enjeu et la complexité du litige	181
VIII. La durée des témoignages	181
IX. Les enjeux linguistiques	182
X. Et les autres critères ?	182
Conclusion : Vers un principe de proportionnalité technologique	184

* Docteur en droit de l'Université de Montréal et de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, avocat chez Fasken (Montréal) au sein du groupe Protection de l'information et de la vie privée. L'auteur tient à remercier la Chaire LexUM en information juridique pour son soutien, ainsi que le professeur Nicolas W. Vermeys et M^e Gabriel Faure pour les discussions stimulantes et les relectures bienveillantes. Il va de soi que ce qu'il avance dans son texte n'engage que lui-même. La revue jurisprudentielle et doctrinale est à jour au 28 septembre 2015



Introduction

Comment garantir l'office du juge dans ce nouveau contexte ? Rien ne sert d'avoir peur de l'image, ni de se calfeutrer dans nos prétoires. Interdire purement et simplement l'image revient à se protéger d'un péril auquel, dans le fond, on ne s'attaque pas. L'autorité de la justice doit savoir se rendre télégénique.¹

Le recours judiciaire aux technologies audiovisuelles n'est plus une nouveauté au Canada. Dans toutes les provinces, à tous les niveaux juridictionnels, les comparutions à distance se généralisent², que ce soit par conférence téléphonique, visioconférence ou à l'aide de technologies intégrées combinant la voix, la vidéo, la reconnaissance vocale et de texte³.

Le Québec n'est pas en reste. En 2004, la Cour supérieure a modifié son *Règlement de procédure civile* pour autoriser les interrogatoires préalables, sur affidavit et hors Cour par « vidéo-conférence ou par tout autre mode de communication »⁴. L'article 18.5 du *Règlement de procédure civile de la Cour supérieure (district de Québec)*⁵ est au même effet. Le nouveau Code de procédure civile⁶ (ci-après « NCPC ») confirme et intensifie cette tendance⁷. Les interrogatoires à distance avant procès et lors

¹ Antoine GARAPON, Sylvie PERDRIOLLE et Boris BERNABÉ, *La Prudence et l'Autorité. Juges et procureurs du XXI^e siècle*, Paris, Odile Jacob, 2014, p. 99.

² Voir Benoit A. AUBERT, Gilbert BABIN et Hamza AQALLAL, « Providing an Architecture Framework for Cyberjustice », (2014) 3 *Laws* 721.

³ Pour une analyse approfondie sur les aspects techniques de la visioconférence, voir Erich P. SCHELLHAMMER, « Les comparutions à distance : une possibilité technologique pour la modernisation des tribunaux », janvier 2013, en ligne : http://wiki.moderncourts.ca/images/7/77/Les_comparutions_%C3%A0_distance_-_une_possibilit%C3%A9_technologique_pour_la_modernisation_des_tribunaux.pdf.

⁴ Article 45.2 du *Règlement de procédure civile*, RLRQ, c. C-25, r. 11.

⁵ Article 18.5 du *Règlement de procédure civile de la Cour supérieure (district de Québec)*, RLRQ, c. C-25, r. 12.

⁶ *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01.

⁷ Pour aller plus loin, voir Antoine GUILMAIN, « Le nouveau Code de procédure civile au prisme des technologies de l'information », (2015) 73-2 *R. du B.* 471, 494-501.

de l'audience sont maintenant autorisés devant toutes les juridictions provinciales (articles 227 et 279 NCPC)⁸, la comparution à distance est privilégiée lorsque le témoin réside dans une autre province du Canada (article 497 NCPC)⁹, les interrogatoires hors la présence du tribunal peuvent être tenus par un moyen technologique (article 296 NCPC)¹⁰.

Il faut d'emblée souligner que la notion de « présence » n'est pas synonyme de matérialité et peut tout à fait s'envisager sur le plan virtuel¹¹ – contrairement au régime ontarien¹² et à une certaine interprétation de l'article 294 al. 1 C.p.c.¹³ Cette idée, avancée par la juge Guylaine

⁸ *Id.* Ces deux articles unifient désormais le régime des interrogatoires à distance par un moyen technologique sur le plan juridictionnel (Cour supérieure et Cour du Québec) et sur le plan procédural (avant procès et lors de l'audience).

⁹ Cet article vient préciser que la comparution à distance est la règle lorsque le témoin réside dans une autre province ou un territoire du Canada. Toutefois, si le tribunal considère que la présence physique dudit témoin est nécessaire ou qu'elle peut être assurée sans inconvénient majeur, la comparution ne se fera pas par un moyen technologique. Le tribunal a donc un pouvoir d'appréciation relativement large. Pour aller plus loin, voir Gabriel FAURE et Noah ZUCKER, « La convocation de témoins extra-provinciaux : vers une meilleure harmonisation avec le reste du Canada ? », (2015) 74 *R. du B.* 73.

¹⁰ Cet article autorise le tribunal à ordonner l'interrogatoire du témoin à distance par un moyen technologique « si la maladie ou le handicap d'un témoin l'empêche de se rendre à l'audience » ou « s'il y a lieu d'éviter des déplacements à un témoin qui réside en un lieu éloigné ».

¹¹ Cet aspect est discuté dans le récent ouvrage du professeur Vermeys. Voir Nicolas W. VERMEYS, *Droit codifié et nouvelles technologies : le Code civil*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2015, p. 205-207.

¹² La règle 1.08 (5)(a) des *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194 dispose par exemple que « le principe général selon lequel les témoignages et les plaidoiries devraient être présentés oralement en audience publique ». Pour aller plus loin, voir Amy SALYZYN, « A New Lens : Reframing the Conversation about the Use of Video Conferencing in Civil Trials in Ontario », (2012) 50-2 *Osgoode Hall L.J.* 429.

¹³ Certains juges ont en effet refusé la tenue d'interrogatoire à distance en se fondant sur une interprétation assez restrictive du *Code de procédure civile*. Voir *Enterprise Rent-a-Car (Canada) Ltd. c. Mihic*, 2012 QCCQ 99 (refus d'ordonner la tenue d'un interrogatoire hors Cour car les témoins sont interrogés à l'audience en vertu de l'article 294 C.p.c.); *Groupe Pages jaunes Corp. c. Unitoit inc.*, 2014 QCCQ 5652 (refus de procéder à l'audience au fond par conférence téléphonique au motif que les témoins sont interrogés à l'audience). Pour aller plus loin, voir A. GUILMAIN, préc., note 7, 496-499.

Tremblay¹⁴, nous semble confirmée par le NCPC qui parle parfois de « présence physique »¹⁵, expression qui est à distinguer de celle plus large de « présence »¹⁶. L'obligation de « présence » du témoin ne fait donc aucunement obstacle aux technologies audiovisuelles.

Malgré tout, les comparutions à distance restent une *possibilité* à l'entière discrétion du tribunal¹⁷. Il lui revient, seul, de déterminer si le moyen technologique est « proportionné aux circonstances de l'affaire »¹⁸. L'article 26 al. 2 NCPC¹⁹ est encore plus explicite : le tribunal peut soit ordonner soit interdire le recours aux technologies pour tenir des interrogatoires, et ce, malgré l'accord des parties²⁰. Le tribunal a donc toujours le dernier

¹⁴ *Entreprises Robert Mazeroll Ltée c. Expertech – Bâtisseur de réseaux Inc.*, 2005 CanLII 131 (QC C.Q.), par. 13 : « L'article 294 du Code de procédure civile, applicable aux interrogatoires au préalable par le biais de l'article 395, prévoit que sauf lorsque qu'il est autrement prescrit, dans toutes causes contestées, les témoins sont interrogés à l'audience, la partie adverse présente ou dûment appelée. Il est possible d'imaginer différentes façons technologiques d'être présent. Le Code de procédure civile ne définit pas ce qu'est l'audience et n'implique pas forcément que les parties soient en présence physique l'une de l'autre. Le Code de procédure civile n'interdit pas qu'une partie interrogée au préalable soit dans un endroit différent de celui où se trouve le procureur qui l'interroge dans la mesure où la technologie est fiable. Ce qui est le cas de la vidéoconférence doublée par la présence d'un sténographe. »

¹⁵ Articles 26 ou 497 NCPC, par exemple.

¹⁶ Articles 163 ou 382 NCPC, par exemple.

¹⁷ Voir Antoine GUILMAIN, « Les facettes technologiques du NCPC : les interrogatoires à distance (4/7) », Laboratoire de cyberjustice, mars 2015, en ligne : <http://www.cyberjustice.ca/actualites/2015/03/02/les-facettes-technologiques-du-ncpc-les-interrogatoires-a-distance-47/>.

¹⁸ Il s'agit là de la lettre des règlements des tribunaux. Notons que cette « économie normative » est propre au Québec, les provinces de l'Ontario et de la Colombie-Britannique ayant des règles bien plus détaillées ; voir respectivement la règle 1.08 des *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194 et l'article 73 du *Evidence Act*, RSBC 1996, c. 124.

¹⁹ « Le tribunal peut utiliser un tel moyen ou ordonner qu'il le soit par les parties, même d'office, notamment dans la gestion des instances ; il peut aussi, s'il le considère nécessaire, exiger, malgré l'accord des parties, qu'une personne se présente physiquement à une audience, à une conférence ou à un interrogatoire. »

²⁰ Notons tout de même que le consentement des parties à recourir aux technologies a un poids important, que le tribunal prend en compte. Voir par exemple *Pagé c. SSQ société d'assurance-vie inc.*, 2010 QCCS 6205 ou encore *Poirier c. Audet*, 2010 QCCS 317.

mot. Le praticien se demandera alors : quels sont donc les éléments à prendre en compte pour autoriser/refuser un interrogatoire dématérialisé ? Comment évaluer le caractère « proportionné aux circonstances de l'affaire » ? Ces questions ne sont pas évidentes et défrayent encore aujourd'hui la jurisprudence²¹. Le présent travail se propose donc de déterminer dix critères – relativement constants – pour solliciter un interrogatoire à distance par voie technologique.

I. Le temps et les coûts afférents au témoignage

La majorité des décisions s'appuie sur cet élément, qui recoupe directement la lettre et l'esprit de l'article 4.2 C.p.c.²² La durée de déplacement, le prix du voyage et les frais de séjour découlant de l'interrogatoire sont souvent pris en compte, par exemple si le témoin habite dans des régions éloignées par rapport au lieu d'audition (Alma à Montréal²³, Baie-Comeau à Québec²⁴, etc.) ou dans un autre pays (Émirats arabes unis²⁵, États-Unis²⁶, etc.). Par ailleurs, les coûts pour tenir un interrogatoire hors Cour à l'étranger doivent également être considérés²⁷. Ce critère doit être replacé dans une perspective de « bonne administration de la justice », qui est rebattue par la Cour suprême du Canada²⁸ et tient une place de choix

²¹ Voir particulièrement la récente décision 2786630 *Canada inc. c. Accent Architectural/Accent Architectural Canada inc.*, 2015 QCCQ 2550. Voir également *Charae c. Internic Services de déménagement inc.*, 2015 QCCQ 5247.

²² *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25 : « Dans toute instance, les parties doivent s'assurer que les actes de procédure choisis 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 ; le juge doit faire de même à l'égard des actes de procédure qu'il autorise ou ordonne. »

²³ *Postras c. Maison André Viger (1994) inc.*, 2008 QCCQ 12761, par. 4.

²⁴ *Arsenault c. Turcotte*, 2007 QCCS 454, par. 11-12.

²⁵ *Gameday Leadership Management Consultants Inc. c. Kirdy*, 2012 QCCS 6211, par. 13.

²⁶ *Cimi inc. c. CNH Canada inc.*, 2012 QCCS 4959, par. 6.

²⁷ *Manwin Holding c. IBS Capital*, 2013 QCCS 4146, par. 12.

²⁸ Voir par exemple *Marcotte c. Longueuil (Ville)*, [2009] 3 R.C.S. 65, 2009 CSC 43 *passim* et par. 43.

dans le NCPC²⁹. La justice est un service public à ménager³⁰. Ce qui ne veut surtout pas dire qu'il faut économiser à tout prix³¹ et moderniser en déshumanisant³². L'efficacité et les technologies doivent rester des *moyens* et non une *fin* en soi – sous peine de sombrer dans le « solutionnisme technologique »³³. À nos fins, la diminution du temps et des coûts afférents au témoignage est donc un élément important, mais insuffisant. C'est en ce sens que la Cour supérieure est venue préciser que « la distance est un facteur, mais elle n'est pas si importante »³⁴.

II. La fiabilité de la technologie et des installations

La communication doit être d'une qualité suffisante tant en matière de perception (audition et visuelle) que de synchronisme de l'échange³⁵. Cette exigence est plus complexe qu'il n'y paraît et génère deux questions. Premièrement, la technologie audiovisuelle est-elle fiable ? On comprend qu'il s'agit d'une question largement subjective, certainement pas juridique. Certains juges se sont prononcés, l'un considérant par exemple que « la technologie actuelle de transmission par ligne téléphonique ou Internet

²⁹ L'article 18 al. 2 NCPC y fait explicitement référence et c'est l'économie même du deuxième alinéa de la Disposition préliminaire.

³⁰ Voir notamment Adrian A. ZUCKERMAN, « Civil Litigation : A Public Service for the Enforcement of Civil Rights », (2007) 26 *Civil Justice Quarterly* 1, 3 : « The only reasonable demand that members of the community can make with respect to any public service is that its funding should be commensurate with available public resources and with the importance of the benefits that it has to deliver. In addition, members of the community have a right to expect that, within available resources, the service should provide adequate benefits to the community. »

³¹ Voir par exemple Loïc CADIEU, « Introduction à la notion de bonne administration de la justice en droit privé », *Justice & Cassation* 2013.13, 28 : « La justice ne doit pas être rendue au moindre coût, mais à un coût adéquat, c'est-à-dire dans une mesure qui ne porte pas substantiellement atteinte aux exigences de l'équité processuelle. »

³² Julien SIMON-DELCROS, « Visioconférence : moderniser sans déshumaniser » *Gaz. Pal.* 2010.131.10.

³³ Pour une critique acerbe et caustique, voir Evgeny MOROZOV, *To Save Everything, Click Here: The Folly of Technological Solutionism*, New York, PublicAffairs, 2014.

³⁴ *Gatti c. Barbosa Rodrigues*, 2011 QCCS 4693, par. 77.

³⁵ Les articles 45.2 *R.p.c.(C.S.)* et 18.5 *R.p.c.(C.S. district Québec)*, précités, vont en ce sens en exigeant un mode de communication (ou de visioconférence) qui « paraît fiable » et « compte tenu des installations accessibles ».

de l'image et de voix n'est pas et ne sera probablement jamais comme la présence physique»³⁶. Le juge Grenier relève, quant à lui, que la visioconférence est un outil «éprouvé, fiable, convivial et de plus en plus autorisé par les Tribunaux»³⁷. Deuxièmement, l'installation sur laquelle repose la technologie audiovisuelle est-elle fiable ? Cette question est bien plus pertinente, même si elle réfère à des aspects techniques difficilement évaluable. Dans un dossier donné et après vérification, la Cour supérieure «croit» ainsi que les systèmes de visioconférence d'un bureau d'avocats sont fiables³⁸. Dans une autre affaire, la Cour supérieure note qu'elle a «connaissance d'office de la disponibilité et de la fiabilité de l'installation au Palais de justice de Montréal»³⁹. Cependant, il lui est difficile d'évaluer la fiabilité des installations d'un bureau d'avocats situé au New Jersey, mais elle présume que ces installations sont adéquates⁴⁰. Le professeur Gautrais note quant à lui que l'accessibilité du système utilisé peut autoriser l'utilisation d'une grande variété de solutions, telles que le logiciel *Skype* ou un système propriétaire plus robuste⁴¹. Sur le plan pratique, retenons qu'il n'est pas obligatoire, mais préférable⁴², de donner des détails et garanties concernant les installations audiovisuelles envisagées pour interroger le témoin – évidemment lorsqu'elles sont situées à l'étranger ou dans un environnement privé. Ce qui peut être fait par «un avis confirmant les modalités techniques de l'interrogatoire [devant être] acheminé aux parties dans un délai raisonnable avant la tenue de celui-

³⁶ *Entreprises Robert Mazeroll Ltée c. Expertech – Bâtisseur de réseaux Inc.*, préc., note 14, par. 15.

³⁷ *SSQ, société d'assurances générales inc. c. Crane Canada Co.*, 2009 QCCQ 18041, par. 22.

³⁸ *Grenier-Cliche c. Bélanger*, 2011 QCCS 3732, par. 11.

³⁹ *Gatti c. Barbosa Rodrigues*, préc., note 34, par. 73.

⁴⁰ *Id.* : «Si le Tribunal a connaissance d'office de la disponibilité et de la fiabilité de l'installation au Palais de justice de Montréal, le dossier ne contient aucune information sur la fiabilité de l'installation au New Jersey au bureau de M. Levine. Il aurait été préférable de donner des détails, mais, de prime abord, on peut penser que le bureau de l'avocat possède des installations adéquates.»

⁴¹ Vincent GAUTRAIS, *La preuve technologique*, Montréal, LexisNexis, 2013, p. 329.

⁴² Une récente décision semble cependant largement pencher en faveur de l'obligation. Voir *2786630 Canada inc. c. Accent Achitectural/Accent Architectural Canada inc.*, préc., note 21, par. 35 : «La partie qui requiert la vidéoconférence doit s'assurer de l'accessibilité d'un système fiable et elle doit effectuer toutes les démarches utiles et nécessaires afin que toutes les autres parties aient accès à ce système.»

ci»⁴³, émis par le fournisseur de services par exemple. Finalement, la présence de nombreux documents au dossier ne nuit pas à la dématérialisation de l'interrogatoire⁴⁴; sous réserve qu'ils soient transmis préalablement aux parties dans un délai raisonnable et dans la mesure du possible⁴⁵. Cette situation est d'ailleurs similaire en Colombie-Britannique⁴⁶.

III. La condition personnelle du témoin

Les tribunaux prennent souvent en considération l'incapacité ou l'indisponibilité du témoin⁴⁷. L'incapacité peut résulter de plusieurs causes, telles que l'infirmité ou la maladie⁴⁸. Par exemple, un déplacement en fauteuil roulant⁴⁹ ou un âge avancé⁵⁰ ont été retenus pour faire comparaître un témoin par visioconférence. L'indisponibilité peut résulter d'un emploi du temps particulièrement chargé, ce qui a été pris en compte dans le cas

⁴³ *Id.*

⁴⁴ *Affiliated Customs Brokers Ltd. c. Oy Beweship AB*, 2008 QCCS 6627, par. 7.

⁴⁵ *2786630 Canada inc. c. Accent Achitectural/Accent Architectural Canada inc.*, préc., note 21, par. 35 : « La partie qui procède à l'interrogatoire doit, dans la mesure du possible, faire parvenir aux autres parties tous les documents qu'elle entend utiliser à l'interrogatoire dans un délai raisonnable avant la tenue de celui-ci. Cette condition s'applique également à la partie interrogée qui entend elle-même utiliser des documents. »

⁴⁶ *Slaughter v. Sluys*, 2010 BCSC 1576, par. 11 : « I am also mindful of the submission that cross examination of the experts will be difficult if conducted via videoconferencing, as a result of the number of documents each witness may be asked to review. However, videoconferencing can be accompanied by equipment at each end of the transmission that allows both the expert and the examiner to view the same document. Further, the experts' files are required, under the new Rules, to be produced for review by opposing parties, on request, at least 14 days before trial. File contents may be organized and numbered in such a way as to minimize any concerns with respect to the use of documents during direct or cross-examination via videoconferencing. I am satisfied that any need to refer experts to documents can be satisfactorily accommodated and does not mean that experts should not be permitted to testify via videoconferencing. »

⁴⁷ *Gatti c. Barbosa Rodrigues*, préc., note 34, par. 87.

⁴⁸ L'article 496 NCPC va d'ailleurs en ce sens.

⁴⁹ *Postras c. Maison André Viger (1994) inc.*, préc., note 23, par. 5.

⁵⁰ *Krygier c. Krygier*, 2012 QCCA 1152, par. 4.

d'un haut dignitaire des Émirats arabes unis⁵¹. Il faut cependant solidement démontrer le manque de disponibilité⁵², comme l'illustre une récente décision⁵³.

IV. L'évaluation de la crédibilité du témoin

Cette préoccupation est régulièrement soulevée par les parties, qui veulent pouvoir évaluer la crédibilité du témoin et son langage non verbal⁵⁴. Tout d'abord, ce facteur ne se suffit pas à lui-même ; la Cour supérieure a ainsi conclu que « les seuls motifs allégués par le procureur de la demanderesse, de préférer un interrogatoire en direct pour lui permettre de mieux percevoir le langage non verbal dégagé par l'éventuel témoin, ne peuvent justifier le refus de la demande d'interrogatoire par vidéoconférence »⁵⁵. Ensuite, l'influence des technologies sur l'appréciation de la crédibilité du témoin est perçue différemment selon les juges. Certains considèrent « qu'il est évident que la crédibilité est moins facilement évaluée lorsqu'on interroge par vidéoconférence »⁵⁶, alors que d'autres croient qu'« il est possible d'apprécier la crédibilité du témoin et son langage non verbal »⁵⁷. Le fait d'avoir pu observer au préalable le comportement du témoin peut également être un critère d'appréciation⁵⁸. Enfin, et surtout, il revient au tribunal de déterminer si la crédibilité des témoins est déterminante dans les circonstances de l'affaire. Par exemple, la Cour supérieure a pu considérer que les témoignages de quatre personnes étaient décisifs pour reconstituer un testament et que ce n'étaient pas des

⁵¹ *Gameday Leadership Management Consultants Inc. c. Kirdy*, préc., note 25, par. 13.

⁵² *Usital Canada inc. (Syndic de)*, 2012 QCCS 6436, par. 7.

⁵³ *Charae c. Internic Services de déménagement inc.*, préc., note 21. Le fait d'avoir deux enfants en bas âge et un conjoint qui travaille à temps plein n'a pas été jugé suffisant pour obtenir une audition par voie de visioconférence.

⁵⁴ V. GAUTRAIS, préc., note 41, p. 331 : « En résumé, le juge doit donc évaluer 1) l'éventualité d'une perte communicationnelle du fait de l'usage de la visioconférence, notamment suite à la moindre capacité de sonder le langage comportemental et 2) le cas échéant, si cette perte est supportable ou non eu égard aux circonstances du procès et à l'importance des témoins. »

⁵⁵ *Arsenault c. Turcotte*, préc., note 24, par. 13.

⁵⁶ *Manwin Holding c. IBS Capital*, préc., note 27, par. 10.

⁵⁷ *Grenier-Cliche c. Bélanger*, préc., note 38, par. 11.

⁵⁸ *Manwin Holding c. IBS Capital*, préc., note 27, par. 11.

témoins secondaires⁵⁹. Elle conclut que « dans ce procès, tout est affaire de crédibilité »⁶⁰ en ajoutant que « ces éléments militent en faveur d'une présence des témoins en salle d'audience »⁶¹. La doctrine est aussi abondante que partagée en ce qui concerne les effets de la visioconférence sur l'évaluation de la crédibilité d'un témoin⁶². La présence virtuelle affecte l'évaluation de la crédibilité négativement pour certains – la proximité physique agissant directement sur celle psychologique⁶³ – et positivement pour d'autres – la visioconférence permettant de camoufler les tics (simples ou complexes), qui sont souvent mal interprétés par les juges ou les avocats⁶⁴. Un consensus se forme toutefois autour de la non-neutralité des technologies audiovisuelles : « We can be certain that communications over videoconference links are different from face to face communications, and as a result the judicial process available through technologically mediated interaction is different from that available through non-mediated interaction. »⁶⁵

⁵⁹ *Gatti c. Barbosa Rodrigues*, préc., note 34, par. 79.

⁶⁰ *Id.*, par. 80.

⁶¹ *Id.*, par. 82.

⁶² Dans le contexte américain de litiges d'immigration, voir Frank M. WALSH et Edward M. WALSH, « Effective Processing or Assembly-Line Justice ? The Use of Teleconferencing in Asylum Removal Hearings », (2008) 22 *Georgetown Immigration Law Journal* 259. Voir également Mark FEDERMAN, « On the Media Effects of Immigration and Refugee Board Hearings via Videoconference », (2006) 19-4 *J. Refugee Stud.* 433. Dans un autre registre, on peut également citer Anne Bowen POULIN, « Criminal Justice and Videoconferencing Technology : The Remote Defendant », (2004) 78-4 *Tul. L. Rev.* 1089 ou Michael D. ROTH, « Laissez-Faire Videoconferencing : Remote Witness Testimony and Adversarial Truth », (2000) 48-1 *UCLA L. Rev.* 185.

⁶³ Voir Judee K. BURGOON, Joseph A. BONITO, Artemio RAMIREZ JR., Norah E. DUNBAR, Karadeen KAM et Jenna FISCHER, « Testing the Interactivity Principle : Effects of Mediation, Proximity, and Verbal and Nonverbal Modalities in Interpersonal Interaction », (2002) 52-3 *Journal of Communication* 657.

⁶⁴ Pour une revue de littérature sur le sujet, voir Jacquelyn BURKELL et Lisa DI VALENTINO, « Review of the use of videoconferencing in U.S and in Canada », Laboratoire de cyberjustice, Document de travail n° 4, octobre 2012, en ligne : http://www.cyberjustice.ca/docs/WP004_VideoconferencingLiteratureReviewSummary.pdf.

⁶⁵ Jane BAILEY, Jacquelyn BURKELL et Graham REYNOLDS, « Access to Justice for All : Towards an "Expansive Vision" of Justice and Technology », (2013) 31 *Windsor Y. B. Access Just.* 181, 203.

V. L'importance des témoignages pour trancher le litige

Ce critère rejoint celui de la crédibilité du témoin, avec certaines différences. Par exemple, un « simple interrogatoire sur affidavit »⁶⁶ ou un témoignage visant « à déterminer uniquement s'il y a eu paiement »⁶⁷ ont été jugés suffisants pour autoriser le recours à la visioconférence. Au contraire, dans une affaire où le témoin confirme que le défendeur a retourné un véhicule de location au demandeur (bien en litige), il a été considéré que « l'appréciation de la crédibilité du témoin aurait un impact important sur l'issue de la cause »⁶⁸. Tout est donc affaire d'appréciation du tribunal.

VI. La condition psychologique du témoin

La Cour d'appel a récemment confirmé qu'un intimé peut demander que son interrogatoire préalable soit tenu en l'absence physique des appelants pour cause d'intimidation⁶⁹. Dans cette cause, l'appelant « fait l'objet d'accusations criminelles pour menaces de mort »⁷⁰ et selon la Cour « cette situation exceptionnelle est suffisante pour permettre à l'intimée, à ce stade-ci, de ne pas témoigner des menaces et de l'intimidation dont elle aurait été victime en étant assise à côté de celui qui en serait l'auteur »⁷¹. À cet égard, la Cour d'appel reconnaît l'inconvénient supporté par l'appelant de ne pas être présent physiquement – « du fait de ne pas être à côté de son avocat pour lui suggérer des questions à l'oreille ou autrement »⁷². Cependant, cet élément ne constitue pas un préjudice et un ajournement peut toujours être demandé⁷³. Dans une autre affaire, un témoin souffrant de troubles d'anxiété et de phobie sociale a été autorisé à comparaître par visioconférence⁷⁴. La Cour considère en effet que « le témoin pourra se

⁶⁶ *SSQ, société d'assurances générales inc. c. Crane Canada Co.*, préc., note 37, par. 17.

⁶⁷ *Affiliated Customs Brokers Ltd. c. Oy Beweship AB*, préc., note 44, par. 8.

⁶⁸ *Enterprise Rent-a-Car (Canada) Ltd. c. Mihic*, préc., note 13, par. 10.

⁶⁹ *Dallaire c. Girard*, 2014 QCCA 1790.

⁷⁰ *Id.*, par. 17.

⁷¹ *Id.*, par. 18.

⁷² *Id.*, par. 19.

⁷³ *Id.*

⁷⁴ *Maskatel inc. c. Télécom Québec inc.*, 2006 QCCS 5403.

sentir à l'aise et en sécurité dans ces salles qui sont équipées de façon fort discrète, ne nécessitant pas la présence de technicien ou d'opérateur, mais que celle des participants pendant le déroulement»⁷⁵. Pour finir, notons que cette prise en compte de la condition psychologique du témoin a été confirmée par la Cour suprême du Canada, qui a pu autoriser un témoignage préenregistré dans le contexte d'une agression sexuelle sur mineur en considérant : «L'intérêt de l'État au bien-être physique et psychologique des enfants victimes de violence peut être d'une importance telle qu'il l'emporte, à tout le moins dans certains cas, sur le droit du défendeur d'être mis, dans la salle d'audience, en présence de ses accusateurs.»⁷⁶

VII. L'enjeu et la complexité du litige

La présence physique du témoin peut être rendue nécessaire lorsque l'enjeu ou la complexité du litige est important. À titre d'illustration, une succession de plusieurs millions de dollars est considérée comme un *enjeu important* sur le plan financier⁷⁷. Par ailleurs, une question de droits d'auteur mettant en jeu une somme importante s'apparente à un *dossier complexe*⁷⁸.

VIII. La durée des témoignages

Cet élément se comprend aisément⁷⁹. Un interrogatoire court (trente minutes, par exemple) ne justifie peut-être pas un déplacement du témoin. Au contraire, un interrogatoire qui risque de s'étendre peut légitimer la présence physique du témoin ; il faut donc évaluer le rapport temps-interrogatoire et temps-déplacement.

⁷⁵ *Id.*, par. 30.

⁷⁶ *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, 1993 CanLII 46 (CSC), p. 452. Voir également Nicolas W. VERMEYS et Karim BENYEKHLEF, «Premiers éléments d'une méthodologie de réformation des processus judiciaires par la technologie», dans Daniel Le MÉTAYER (dir.), *Les technologies de l'information au service des droits : opportunités, défis, limites*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 207, à la page 234.

⁷⁷ *Gatti c. Barbosa Rodrigues*, préc., note 34, par. 78.

⁷⁸ *Usital Canada inc. (Syndic de)*, préc., note 52, par. 5.

⁷⁹ *Gatti c. Barbosa Rodrigues*, préc., note 34, par. 75.

IX. Les enjeux linguistiques

Ce facteur comprend au moins deux aspects. D'une part, l'interrogatoire dans une langue étrangère. La Cour supérieure a pris en compte cet argument selon lequel « il y a le contexte de la langue anglaise qui est la langue maternelle [du témoin], ce qui peut nécessiter plus d'attention de la part d'un procureur francophone interrogeant en anglais »⁸⁰. En ce sens, elle a refusé le recours à la visioconférence en considérant que « la présence ensemble et du procureur qui interroge et du témoin s'avère utile et même nécessaire pour éviter toute difficulté ou ambiguïté quant à la compréhension des questions posées et des réponses données, à tous égards le moins possible »⁸¹. D'autre part, les difficultés liées à l'utilisation des services d'un interprète. La Cour du Québec a rejeté cet argument en notant « qu'il est impossible de conclure que les difficultés reliées à l'utilisation des services d'un interprète judiciaire seront accentuées ou plus difficiles à surmonter si l'interrogatoire se tient par vidéo-conférence »⁸².

X. Et les autres critères ?

Au risque de vous décevoir, cette liste n'est ni exhaustive ni immuable. Et c'est selon nous pour le mieux. Sur le plan intrinsèque, les technologies désignent une réalité plurielle qui est en constante évolution. Dans le domaine de la procédure civile, peut-on (sérieusement) regrouper dans une catégorie homogène la conférence téléphonique, la visioconférence et la réalité virtuelle ? Poser la question c'est déjà y répondre. Sur le plan extrinsèque, les technologies ne sont pas neutres, ce qui a fait l'objet d'une abondante littérature⁸³. Elles suscitent irrémédiablement un « effet papillon » qui peut – à nos fins – se formuler ainsi : le fait de ne pas pouvoir *sentir* l'odeur du témoin affecterait-il la décision du juge, voire la légitimité toute entière de l'institution judiciaire ? Grottesque, me direz-vous... À moi de vous répondre, caricatural mais plausible. La misère a une odeur (alcool), l'opulence a une odeur (parfum), l'angoisse a une odeur (sueur). Et, derrière son écran, le juge perd *nolens volens* cette faculté olfactive, il

⁸⁰ *Usital Canada inc. (Syndic de)*, préc., note 52, par. 4.

⁸¹ *Id.*, par. 8.

⁸² *Mancebo c. 3 Star Technologies s.e.n.c.*, 2007 QCCQ 2017, par. 9.

⁸³ Voir surtout Langdon WINNER, *The Whale and the Reactor: A Search for Limits in an Age of High Technology*, Chicago, Chicago University Press, 1986.

est dans un environnement « aseptisé » qui ne lui permet pas de décider en pleine connaissance de cause... et surtout de *sens* ! Cette observation isolée – la vision, l'audition, le toucher et le goût mériteraient tout autant d'attention – n'a pas vocation à effrayer. Elle vise simplement à insister sur la réaction en chaîne qui est inhérente à toute technologie. Il faut renverser cette « conception instrumentale de l'instrument, cette vision utilitaire de l'outil, tautologies naïves, mais fallacieuses qui restent ancrées dans une certaine réflexion humaniste sur le médium comme simple moyen »⁸⁴.

Bilan : chaque technologie fait gagner et perdre quelque chose (jusqu'ici tout va bien !) ... mais quoi exactement ? Nul ne le sait encore. Le sujet est inépuisable, il est temps pour nous de redescendre de l'étage supérieur au rez-de-chaussée juridique. Cette « muabilité technologique » – intrinsèque et extrinsèque – justifie de laisser une marge de manœuvre au juge et aux praticiens en matière de comparution à distance. Plus concrètement, il faut laisser la porte ouverte à de nouveaux critères d'appréciation, pour le moment inconnus ou invisibles. C'est la position que nous soutenons, qui semble avoir été retenue par les législateurs ontarien⁸⁵ et britanno-colombien⁸⁶. Voici quelques exemples de critères, non conventionnels, qui pourraient tout à fait être pris en ligne de compte : (a) les enjeux sécuritaires, par exemple en cas de terrorisme⁸⁷, (b) la perception du public pour un procès hautement médiatisé⁸⁸, (c) les considérations écologiques, la visioconférence permettant vraisemblablement de limiter les effets anthropiques néfastes sur l'environnement – il n'est d'ailleurs pas interdit de penser à une « analyse écologique de la procédure » où la règle de procédure serait évaluée par rapport à son impact sur l'environnement,

⁸⁴ Régis DEBRAY, *Manifestes médiologiques*, Paris, Gallimard, 1994, p. 153.

⁸⁵ La règle 1.08 (5) des *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194 dispose : « Lorsqu'il décide s'il doit autoriser ou ordonner la tenue d'une conférence téléphonique ou d'une vidéoconférence, le tribunal tient compte des facteurs suivants : (g) les autres questions pertinentes. »

⁸⁶ L'article 73 (3) du *Evidence Act*, RSBC 1996, c. 124 dispose : « If a party objects to the court receiving evidence in the manner described in subsection (2), the court may consider any of the following circumstances : (d) any other circumstance the court considers appropriate. »

⁸⁷ Voir Fredric I. LEDERER, « The Potential Use of Courtroom Technology in Major Terrorism Cases », (2004) 12 *Wm. & Mary Bill Rts. J.* 887.

⁸⁸ Voir V. GAUTRAIS, préc., note 41, p. 340.

(d) le décorum judiciaire dans certains cas de figure, (e) la fracture numérique, par exemple pour les itinérants⁸⁹, (f) les origines ethniques du témoin, les cas des autochtones en Australie est d'ailleurs significatif⁹⁰. Il faut maintenant compter sur la créativité des plaideurs et l'intelligence des tribunaux pour étoffer cet inventaire.

Conclusion : Vers un principe de proportionnalité technologique

En définitive, le recours aux technologies audiovisuelles nécessite une analyse contextuelle, où le tribunal balance plusieurs critères jurisprudentiels – qui pourrait d'ailleurs devenir normatifs par l'adoption des nouvelles règles de pratique⁹¹, à l'instar des autres provinces du Canada⁹².

Plus fondamentalement, notre étude laisse entrevoir une forme de « test de proportionnalité technologique » auquel devrait se soumettre le tribunal. Il doit s'assurer que le moyen technologique permet de limiter les coûts exagérés et les délais indus (ce que ne permettent pas toujours les technologies⁹³), tout en sauvegardant les exigences processuelles découlant de la nature de l'affaire et de la finalité de la demande. On se situe dans la droite ligne du principe directeur de proportionnalité⁹⁴, au cœur de la réforme du Code de procédure civile⁹⁵. Cette situation redéfinit

⁸⁹ Voir Suzanne BOUCLIN et Marie-Andrée DENIS-BOILEAU, « La cyberjustice comme réponse aux besoins juridiques des personnes itinérantes : son potentiel et ses embûches », (2013) 31 *Windsor Y. B. Access Just.* 23.

⁹⁰ *Id.*, 29-30. Voir également Suzie FORELL, Meg LAUFER et Erol DIGIUSTO, « Legal Assistance by Videoconferencing : What is Known », (2011) nov. 2011-15 *Law and Justice Foundation : Justice Issues* 1.

⁹¹ À l'heure où nous écrivons, aucune règle de pratique (anciennement « règlement des tribunaux ») n'a été publiée.

⁹² Voir, en Ontario, la règle 1.08 des *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194 et, en Colombie-Britannique, l'article 73 du *Evidence Act*, RSBC 1996, c. 124.

⁹³ Le recours aux technologies audiovisuelles peut par exemple s'avérer plus coûteux que le déplacement physique de la personne. Voir *Asco Construction Ltd. v. Epoxy Solutions Inc.*, 2011 ONSC 4464, par. 20 : « It was determined that it was less expensive to have the witnesses attend in person at trial than to have their evidence transmitted via video conference. »

⁹⁴ Voir notamment Catherine PICHÉ, « La proportionnalité procédurale : une perspective comparative », (2009-10) 40 *R.D.U.S.* 552, 555.

⁹⁵ Ce constat se dégage des notes explicatives et de la Disposition préliminaire ; selon cette dernière, le NCPC vise « l'application juste, simple, proportionnée et écono-

l'acte de juger et renforce l'office du juge, notamment par rapport aux technologies de l'information. Jacques Van Compernelle, qui s'est largement inspiré des travaux de François Rigaux⁹⁶, relève ainsi :

L'irruption du principe de proportionnalité dans la fonction de juger rompt radicalement avec pareille représentation [c'est-à-dire le juge est uniquement au service de la loi]. Du syllogisme – dont les prémices conduisent à la recherche du sens de la norme – l'on passe à une autre méthode de jugement : celle de la balance des intérêts et de la comparaison – en termes de raisonnable – des paramètres pris en considération.⁹⁷

La responsabilité est cependant toujours proportionnelle au pouvoir. Autrement dit, le tribunal a certes une marge de discrétion étendue pour apprécier la « proportionnalité » d'un moyen technologique, ce qui lui demande en contrepartie de motiver sérieusement ses décisions. Lorsqu'il refuse, accepte ou ordonne le recours aux technologies audiovisuelles, il faut que la « balance des intérêts » se donne à voir – c'est-à-dire présenter les intérêts, leur attribuer un poids respectif pour ensuite les comparer⁹⁸.

mique de la procédure». Par ailleurs, l'article 18 NCPC vient cristalliser l'objet et l'étendue du principe de proportionnalité. Il se lit comme suit : «Les parties à une instance doivent respecter le principe de proportionnalité et s'assurer que leurs démarches, les actes de procédure, y compris le choix de contester oralement ou par écrit, et les moyens de preuve choisis sont, eu égard aux coûts et au temps exigé, proportionnés à la nature et à la complexité de l'affaire et à la finalité de la demande. Les juges doivent faire de même dans la gestion de chacune des instances qui leur sont confiées, et ce, quelle que soit l'étape à laquelle ils interviennent. Les mesures et les actes qu'ils ordonnent ou autorisent doivent l'être dans le respect de ce principe, tout en tenant compte de la bonne administration de la justice.»

⁹⁶ François RIGAUD, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles, Bruylant, 1990.

⁹⁷ Jacques VAN COMPERNELLE, «Le rôle du juge dans la cité : vers un gouvernement des juges ?», dans *Le rôle du juge dans la cité*, coll. «Cahiers de l'Institut d'études sur la justice», Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 151, à la page 169.

⁹⁸ Les professeurs Ost et van de Kerchove proposent une analyse percutante sur la « pondération des intérêts » dans le droit en réseau. Voir notamment François OST et de Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Presses des Facultés Universitaires Saint Louis, 2002, p. 438 : « On le voit : la méthode de pesée des intérêts, propre au droit en réseau, confronte la pesée juridique à d'importants défis. Les questions se bousculent en effet. On se demandera d'abord quels intérêts il s'agit de prendre en compte. Comment les sélectionner ? Comment s'assurer de leur pertinence en la cause, ainsi que de leur représentativité ?

Ce faisant, le sentiment que « justice a été rendue » est rencontrée. Or, certaines décisions se livrent sommairement⁹⁹, ou pas du tout¹⁰⁰, à cet exercice, ce qui nous semble préjudiciable en termes de sécurité juridique. Il y a au contraire des décisions exemplaires, particulièrement *Gatti c. Barbosa Rodrigues*¹⁰¹ et la récente affaire *2786630 Canada inc. c. Accent Architectural*¹⁰².

Pour conclure, permettons-nous un angle de vue plus aérien. Ce papier laisse transparaitre un principe émergent pour réguler les technologies de l'information en procédure civile, celui de la « proportionnalité technologique ». Un autre principe néologique, contenant sans contenu, qui ne s'imposait pas ? Nous ne le croyons pas. La procédure civile a besoin d'un principe pour lui DONNER UN SENS en matière de technologies de l'information, c'est-à-dire à la fois pour lui *donner une signification (rédactionnelle)* et lui *donner une direction (interprétative)*. Sur le plan rédactionnel, la proportionnalité dépasse le simple constat de « matérialité » (propre à la neutralité technologique¹⁰³) et permet de donner une cohérence d'ensemble à un corpus juridique diffus et confus¹⁰⁴. Sur le plan interprétatif, la proportionnalité ne s'en tient pas à la seule « fonctionnalité » (propre à l'équivalence fonctionnelle¹⁰⁵) et ouvre la voie à l'analyse

Quand la responsabilité de la construction de la norme se déplace du Parlement au prétoire, il faut en effet s'assurer que le juge ait pu confronter tous les points de vue pertinents. Mais, dans la forme actuelle du droit procédural, les conditions d'une telle confrontation sont-elles assurées ? Et le juge dispose-t-il de l'expertise nécessaire pour arbitrer entre ces thèses concurrentes qui porteront tant sur le complexe factuel, y compris l'anticipation des effets futurs de la règle, que sur l'environnement juridique ? »

⁹⁹ C'est par exemple le cas dans la décision *4033744 Canada inc. c. Northern Star Mining Inc.*, 2008 QCCS 296.

¹⁰⁰ A. SALYZYN, préc., note 12, 436.

¹⁰¹ Préc., note 34.

¹⁰² Préc., note 21.

¹⁰³ Voir Vincent GAUTRAIS, *Neutralité technologique : rédaction et interprétation des lois face aux technologies*, Montréal, Éditions Thémis, 2012.

¹⁰⁴ Diffus, car le NCPC fait de nombreuses références aux technologies de l'information, la LCCJTI entre en ligne de compte concernant la transmission des actes de procédure et les règlements des tribunaux pourraient encore complexifier la donne. Confus, car les règles techniques ne sont pas toujours faciles à comprendre et utilisent une terminologie non unifiée.

¹⁰⁵ V. GAUTRAIS, préc., note 103.

contextuelle¹⁰⁶. Ce principe de proportionnalité technologique – qui a fait l'objet d'une thèse de doctorat – est présenté ici à gros coup de pinceau. Une esquisse imparfaite loin du tableau final. Et ce n'est d'ailleurs pas pour déplaire au soussigné...

« On se fatigue d'un tableau parfait. On ne peut plus rien en espérer. Une esquisse ne fatigue jamais – elle promet tant de choses ! On admire un tableau... on adore une esquisse. Il semble qu'on puisse la modifier encore et l'achever à sa façon. »¹⁰⁷

¹⁰⁶ Le principe d'équivalence fonctionnelle est trop mécanique et s'intéresse uniquement à des fonctions qui doivent être satisfaites. Le contexte n'entre à aucun moment en ligne de compte. Si cette propriété est intéressante dans certains domaines (notamment en preuve civile), elle est inadéquate en procédure civile. À titre d'exemple, en matière d'interrogatoires, il ne suffit pas de s'assurer que le témoin puisse être, en direct, identifié, entendu et vu (soit les fonctions fixées à l'article 279 al. 4 NCPC). Il faut également prendre en compte toute une série de facteurs humains, économiques, juridiques et technologiques – que nous venons de présenter. Ainsi, un système de visioconférence « fonctionnellement parfait » (identification, audition et vision en temps réel) pourrait être « proportionnellement imparfait ».

¹⁰⁷ Jean de la Fontaine.