



IV

---

**PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE  
ET TECHNOLOGIES DE L'INFORMATION**





## NORMATIVITÉS ET DROIT DU TECHNIQUE

Vincent GAUTRAIS\*

<b>I. Normativité multilatérale &amp; droit du technique</b> .....	315
A. Efficacité des normes multilatérales formelles.....	317
1. Efficacité formelle en doute .....	317
2. Efficacité fonctionnelle .....	320
B. Efficacité des normes multilatérales informelles .....	323
1. Efficacité conceptuelle à construire .....	323
2. Efficacité pratique en doute.....	325
<b>II. Normativité individuelle &amp; droit du technique</b> .....	327
A. État des lieux de la normativité individuelle en droit du technique.....	327
1. Généralisation naturelle de la normativité individuelle...	328
2. Illustrations de cette généralisation juridique de la normativité individuelle.....	335
B. Critiques d’une technique normative du droit du technique.....	335
1. Difficultés conceptuelles autour de la normativité individuelle .....	335
2. Difficultés relatives à l’arrimage avec les normes techniques .....	337

---

\* Professeur titulaire, directeur du CRDP, Faculté de droit, Université de Montréal; titulaire de la Chaire en droit de la sécurité et des affaires électroniques. Courriel: [vincent.gautrais@umontreal.ca](mailto:vincent.gautrais@umontreal.ca) – Twitter: @gautrais – Sites: [www.gautrais.com](http://www.gautrais.com).



Professeur Ejan Mackaay fut à la fois un collègue à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, un cochercheur et mon directeur au Centre de recherche en droit public (CRDP), un collaborateur dans le cadre de divers projets financés, un coauteur dans un article conjoint<sup>1</sup>. Mais peut-être que la pensée qui me vient la plus naturellement le concernant est son caractère dédié à la cause étudiante ; alors au doctorat, à la fin des années quatre-vingt-dix, j'ai pu largement bénéficier de son immense disponibilité vis-à-vis du chercheur en devenir que je me préparais à être. Nombreux sont ceux qui pourraient en témoigner, Ejan Mackaay partage largement ses lectures ; il alimente régulièrement ses proches de références susceptibles d'intéresser autrui. Si ses très nombreuses références à l'analyse économique du droit me furent moindrement utiles, n'ayant pas été en mesure d'instrumentaliser ce courant, j'ai en revanche en mémoire deux textes fondateurs, de 1979 et de 1988, respectivement sur la « notion floue »<sup>2</sup> et sur « l'ordre spontané »<sup>3</sup>. Ces deux références me furent directement utiles dans ma thèse<sup>4</sup>.

Dans le premier texte, professeur Mackaay s'interroge sur l'efficacité des lois, notamment par rapport à la jurisprudence et son adaptation aux faits. Au-delà de cette analyse concernant ces deux sources juridiques fondamentales, dans le second article, de 1988, c'est bien davantage à l'émergence de normes provenant de structures autonomes qu'il s'intéresse :

<sup>1</sup> Vincent GAUTRAIS et Ejan MACKAAY, « Les contrats informatiques », dans Denys-Claude LAMONTAGNE (dir), *Droit spécialisé des contrats*, vol. 3, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, aux pages 279-315.

<sup>2</sup> Ejan MACKAAY, « Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision », (1979) 12-53 *Langages* 33, 33-50.

<sup>3</sup> Ejan MACKAAY, « L'ordre spontané comme fondement du droit », (1988) 22 *R.J.T.* 347, 347-383.

<sup>4</sup> Vincent GAUTRAIS, *Le contrat électronique international*, Bruxelles, Bruylant Academia / Bruylant, 2002

« sans intervention d'une intelligence coordonnatrice, des individus agissant de manière autonome arrivent à concerter leur comportement par des règles stables. »<sup>5</sup>

Bien sûr, cette émergence peut émaner de relations contractuelles (normativité contractuelle)<sup>6</sup> entre deux ou plusieurs individus ; elle peut aussi être le fruit de productions plus « communautaires » issues de différentes catégories d'intérêts ayant avantage à proposer des normes plus consensuelles. Ainsi, il existe une normativité que nous qualifierions de « multilatérale » qui peut provenir, d'une part, de normes formelles issues, directement ou par délégation, de l'État et, d'autre part, de règles informelles issues de regroupements plus spontanés producteurs de normes.

Dans notre première partie, nous voulons envisager ces deux perspectives relativement au droit des technologies ; plus exactement, notre domaine d'analyse est peut-être même plus le droit du technique, ne se limitant pas à l'aspect « communication », à la « parole », au « logos » qui caractérisent le premier. En effet, ces deux types de normativité multilatérale disposent d'avantages et d'inconvénients respectifs qu'il importe d'évaluer quand vient le temps d'encadrer des situations nouvelles que les techniques présentent forcément. Dans une seconde partie, nous allons aussi évoquer une situation qui, sans être propre au droit du technique, fleurit particulièrement dans ce domaine : la normativité individuelle. Par cette expression, et non sans lien avec une mesure de l'efficacité des règles prônée par le professeur Mackaay, nous apercevons que la normativité multilatérale précitée, tant formelle qu'informelle, adresse, souvent, une main tendue vers une obligation de la part des acteurs à documenter leur propre diligence.

<sup>5</sup> E. MACKAAY, préc., note 3, 358.

<sup>6</sup> Normativité dont nous avons pris le loisir de ne pas traiter dans le présent article.

## I. Normativité multilatérale & droit du technique

Comme dit plus tôt, nous avons avec l'analyse économique du droit un manque d'atomes crochus faisant en sorte que notre capacité à instrumentaliser cette méthode d'analyse dans nos travaux fut bien faible. Cet état de fait est sans doute d'abord lié au manque de prédispositions que nous avons pour la capacité de mesure et de prédiction que le domaine revendique. Ensuite, on ne peut nier une idéologie, construite, qui sous-tend ce courant. Non qu'une pensée idéologique soit en soi dommageable, le « bon droit » ne pouvant sans aucun doute s'exonérer d'un idéal construit ; mais peut-être que dans ce cas, la négation de son existence semble poser problème. L'économie est trop souvent considérée comme de l'« être », ce qui se conçoit bien, alors qu'elle est aussi une pensée ancrée dans des pré-supposés idéologiques. Nous y reviendrons.

Justement, notre moindre utilisation de la doctrine en la matière est peut-être tout simplement justifiée par le fait que nous n'avons pas épuisé notre quête de l'analyse du phénomène normatif par un équilibre délicat entre ce qui est « est » et ce qui « devrait être ». La théorie du droit est donc cette matière, préalable à l'édiction de normes, qui cherche à définir la trame conceptuelle des règles applicables aux administrés<sup>7</sup>, selon des critères que l'on peut séparer en deux : un critère qualitatif qui apporte un point de vue subjectif sur ces lignes directrices du droit ; un critère de fidélité descriptive liée à l'observation<sup>8</sup>. Cette dichotomie peut être rapprochée sans aucun doute

<sup>7</sup> Christian ATIAS, *Théorie contre arbitraire*, coll. « Les voies du droit », Paris, PUF, 1985, p. 106-107. Cet auteur, sans prendre vraiment parti, présente les diverses fonctions que peuvent suivre une bonne théorie : ce peut être « celle qui rend mieux compte du droit positif. [...] celle qui fournit des réponses satisfaisantes [...] aux questions nouvelles » ou celle qui favorise « la sélection de solutions justes ». [...] Dès lors, les résultats obtenus par la théorie juridique seront fonction du tempérament de chacun.

<sup>8</sup> En effet, cela semble être les deux critères donnés par le professeur Atias pour justifier une théorie. Si les motivations du pourquoi d'une théorie présentées par cet auteur sont au nombre de trois (précité), nous croyons en effet possible de regrouper sous le critère descriptif les deux premières acceptions présentées.

des « deux modèles généraux de connaissance » présentés par Vittorio Villa<sup>9</sup>, l'un prônant le contact avec la réalité, l'autre la mise en avant d'un préalable construit, subjectif.

Aussi, le « fait économique »<sup>10</sup> est sans aucun doute un élément à considérer dans cette première analyse sur ce qui « est ». La fidélité descriptive précitée passe donc notamment par la prise en compte telle que l'histoire, la sociologie, etc. Il est sans aucun doute déterminant ; sans être unique non plus.

Quant à l'analyse plus subjective, souvent, elle met en opposition un équilibre délicat entre juste et utile. Un équilibre souvent utilisé en droit des contrats,<sup>11</sup> mais qui s'exporte dans bien des domaines. Un équilibre qui, surtout, lie deux notions qu'il n'est pas possible de totalement opposer<sup>12</sup>. Toujours est-il que si l'utilité est déterminante, à « juste » titre, dans l'analyse économique du droit, elle doit intégrer une notion de justice immanente, plus humaniste<sup>13</sup>. Aussi, fort de ces prérequis, il n'en demeure pas moins nécessaire d'évaluer l'efficacité que les différentes formes de normativité sont susceptibles d'avoir. À

<sup>9</sup> Vittorio VILLA, « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme », dans Paul AMSELEK (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, P.U.F., 1994, p. 288.

<sup>10</sup> Mustapha MEKKI, « L'efficacité et le droit », dans M. MEKKI et K. YOSHIDA (dir.), *L'efficacité et le droit, Regards croisés franco-japonais pour une nouvelle politique juridique des gouvernances pluridimensionnelles*, Les éditions de Yuhikaku, 2010, p. 405 et suiv., n° 14, citant notamment Louis JOSSELAND, « Un ordre juridique nouveau », *D.* 1937.chr., p. 41 et suiv., spéc. p. 41 : le droit a subi « progressivement l'attraction et le joug des faits économiques ».

<sup>11</sup> Par exemple Jacques GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », (1981) 26 *Archives de philosophie du droit* 35.

<sup>12</sup> Rudolf von JHERING, *Droit romain dans les différentes phases de son développement*, 3<sup>e</sup> éd., t. 4, Paris, Librairie Marescq Aîné, 1888, p. 327, où un lien direct est instauré entre droit et utile, et ce, selon des propos qui s'intègrent parfaitement dans notre démonstration : « Les droits ne produisent rien d'inutile. L'utilité non la volonté, est la substance du droit. » Michel VILLEY, *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire*, coll. « Philosophie du droit », Paris, Dalloz, 1969, p. 30.

<sup>13</sup> M. MEKKI, préc., note 10, n° 24.



cet égard, conformément au courant économique, où le rôle de l'utilité est prépondérant, nous allons considérer tant la place de la Loi dans l'encadrement de comportements souvent encore balbutiants du droit du technique que la possibilité de normes alternatives, informelles, le droit « dur » n'ayant pas le monopole de la juridicité. Deux idées qui sont fort présentes aussi dans le courant plus social du pluralisme juridique, et ce, même si le développement des deux approches s'effectua en totale ignorance de l'une par rapport à l'autre<sup>14</sup>. Ce qui est sans aucun doute bien dommage ! Ainsi, nous allons nous intéresser davantage aux questions que l'analyse économique pose qu'aux réponses offertes.

### A. Efficacité des normes multilatérales formelles

Cette évaluation des normes formelles doit d'abord s'envisager au regard des lois qui ne manquèrent pas d'apparaître – et qui fleurissent encore régulièrement – pour tenter d'encadrer les nouvelles pratiques suscitées par les nouvelles techniques. Aussi, nous croyons qu'au-delà de l'émergence de ces nouveaux textes, souvent critiquables, il pourrait être intéressant de s'appesantir davantage sur les fonctions des lois, parfois anciennes, au regard des situations nouvelles imposées par les techniques.

#### 1. Efficacité formelle en doute

Cœur du texte du professeur Mackaay en 1979, un débat doit avoir lieu quant au réflexe législatif qui a trop souvent cours. En droit du technique, le phénomène est assez patent ; les lois abondent, surtout en Europe ; les « passions »<sup>15</sup> autour du technique imposent une

<sup>14</sup> Karim BENYEKHLEF, « Autour de l'école de Montréal », document préliminaire à paraître en 2016.

<sup>15</sup> Al GORE, *La raison assiégée*, Paris, Seuil, 2007, p. 9. Un sociologue italien évoque la notion de « techno-magie » pour identifier ce phénomène de passions vis-à-vis de ce « totem autour duquel les tribus postmodernes actualisent l'expérience de l'extase mystique » : Vincenzo SUSCA, « Technomagie : la nature de la

réaction palpable, tangible, de l'exécutif. La rapidité inhérente aux technologies s'affronte à la lenteur propre au droit<sup>16</sup>. Si cette propension à légiférer n'est pas propre au domaine<sup>17</sup>, elle s'exprime pourtant, ici, dans des matières non encore sédimentées. De technique juridique, la loi devient «instrument du gouvernement»<sup>18</sup>, acte de communication<sup>19</sup>: un nouveau territoire où un représentant politique peut déposer son drapeau<sup>20</sup>.

mutation technologique», (2008) 29-2, en ligne: <<http://www.logos.uerj.br/PDFS/29/04%20VicenzoSusca.pdf>> (consulté le 29 janvier 2015).

- <sup>16</sup> Lyria BENNETT MOSES, «Agents of Change: How the Law 'Copes' with Technological Change», (2011) 20-4 *Griffith Law Review* 763. Michael KIRBY, «Medical Technology and New Frontiers of Family Law», (1987) 1 *Australian Journal of Family Law* 196, 212: «The hare of science and technology lurches ahead. The tortoise of the law ambles slowly behind.» Expression citée par Lyria BENNETT MOSES, «Recurring Dilemmas: The Law's Race to Keep Up With Technological Change», (2007) 21 *UNSW Law Research Paper* 4, en ligne: <<http://ssrn.com/abstract=979861>> (consulté le 26 janvier 2015).
- <sup>17</sup> Ce constat est perceptible tant en droit civil (CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport d'activité 2006*, Paris, Documentation française, 2006, p. 265 et 266: «D'une longueur moyenne de 15 000 pages par an au cours des années 1980, le Journal officiel comporte plus de 23 000 pages annuelles au cours des dernières années. Le Recueil des lois de l'Assemblée nationale est passé de 433 pages en 1973 à 1 067 pages en 1983, 1 274 pages en 1993, 2 400 pages en 2003 et 3 721 pages en 2004.») qu'en common law (Chris REED, «How to Make Bad Law: Lessons from Cyberspace», (2010) 73-6 *Modern Law Review* 903, 904 et 905: «Across all fields of law there is a clear trend UK Companies Act 1948 consisted of 462 sections and 18 Schedules, whereas the 2006 Act runs to 1,300 sections and 16 Schedules. Much of that increase is because of an attempt to spell out the law's requirements in exhaustive detail, rather than as broad obligations of principle. In 1948 the provisions relating to auditors occupied only seven sections of the Act; in 2006 a full 65 sections were needed, perhaps ten times as much detail.»)
- <sup>18</sup> Michel COUDERC, «Les fonctions de la loi sous le regard du commandeur», (2005) 114 *Pouvoirs* 21, 32, cité par M. MEKKI, préc., note 10, n° 39.
- <sup>19</sup> CONSEIL D'ÉTAT, préc., note 17, p. 265.
- <sup>20</sup> Christian ATIAS, «Tendance d'un temps ou inexorable loi du droit? De l'obligation au droit», (2010) *Recueil Dalloz* 2536: «l'idée de loi – l'idée que les phénomènes et les comportements obéissent à des lois – séduit. Parce qu'elle s'expose simplement et demeure en mémoire, parce que le nom d'un décou-

Or, bien au contraire, il nous semble que de façon paradoxale, souvent, le « vieux » droit – entendons celui dont l'introduction provient d'une date antérieure à l'avènement d'une technique – dispose d'une faculté d'adaptation plus grande que les lois nouvelles<sup>21</sup>. Ce propos peut s'expliquer d'abord selon une approche économique du droit, et ce, conformément au premier élément central de l'article du professeur Mackaay en 1979<sup>22</sup>. « La loi ne produit pas toujours l'effet escompté »<sup>23</sup>. Dans le même registre, les coûts associés à la Loi ne sont parfois pas comblés par les bénéfices encourus<sup>24</sup>. Par exemple, du moins en Amérique du Nord, il nous semble possible de constater la propension assez grande des tribunaux à favoriser l'utilisation des technologies<sup>25</sup>. L'absence de cadre formel n'est donc pas un empêchement à l'avancement du développement; aucun constat castrateur de l'économie ne semble pouvoir être décelé du fait de cette absence de règles formelles. Le coût de l'incertitude ne semble pas non plus considérable, d'autant qu'une capacité de négociation existe<sup>26</sup>. Encore, sauf exception, le « vide juridique » qui est

---

veur peut y être attaché, l'affirmation de la loi semble marquer une étape historique.»

<sup>21</sup> Vincent GAUTRAIS, *Neutralité technologique : rédaction et interprétation des lois face aux changements technologiques*, Montréal, Éditions Thémis, 2012.

<sup>22</sup> E. MACKAAY, préc., note 2, 49-50 : « les notions floues, et plus généralement la fluidité sémantique des termes juridiques, ne sont pas une entrave aléatoire à un système autrement parfait et certain, mais bien au contraire forment un élément essentiel au bon fonctionnement du droit. Elles reflètent la division du travail entre le législateur, les tribunaux et le pouvoir exécutif. »

<sup>23</sup> Ejan MACKAAY et Stéphane ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz /Éditions Thémis, 2007, p. 2.

<sup>24</sup> E. MACKAAY, préc., note 2, 37.

<sup>25</sup> Dans Vincent GAUTRAIS, *Neutralité technologique : rédaction et interprétation des lois face aux changements technologiques*, Montréal, Éditions Thémis, 2012, nous avons pu constater que les tribunaux canadiens disposaient d'une appétence.

<sup>26</sup> E. MACKAAY, préc., note 2, 40.



souvent évoqué par des parties non satisfaites<sup>27</sup> de l'état du droit est bien davantage un « flou » nécessaire et inhérent à l'interprétation.

## 2. Efficacité fonctionnelle

Non sans lien, un autre élément envisagé dans ce même texte de 1979, est la suspicion envers la précision qui est trop souvent recherchée par la Loi. Ejan Mackaay cite à propos cette phrase que Baker reprend de Hart selon laquelle il faut avoir une suspicion vis-à-vis de la

« loyauté obstinée à l'idéal séduisant, mais trompeur selon lequel tous les concepts doivent être susceptibles d'une définition au moyen d'un ensemble de conditions nécessaires et suffisantes ».<sup>28</sup>

Ce réflexe définitionnel est en effet souvent de mise en droit ; le juriste est naturellement amené à penser que « ce qui se conçoit bien, se définit aisément » et la définition constitue souvent la base nécessaire et préalable à toute analyse. Malheureusement, il existe quelques illustrations délicates où des définitions ont mal paru au regard des changements techniques. Par exemple, la notion d'original est ambiguë tant son appartenance au monde physique est inhérente. Également, même si moindrement, les notions d'écrit, de signature, de donnée personnelle, de vie privée, de sécurité, et de tellement d'autres, détiennent parfois autant de définitions que d'auteurs. D'ailleurs, certaines « définitions » prennent le soin de se limiter, plus humblement,

<sup>27</sup> André LUCAS, « La réception des nouvelles techniques dans la loi : l'exemple de la propriété intellectuelle », dans Ysolde GENDREAU (dir.), *Le lisible et l'illisible*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 125, à la page 134 : « Il y a un véritable fantasme, relayé par les médias et souvent par les responsables politiques, du vide juridique. La vérité est que les groupes de pression appellent vide juridique la règle existante qui ne leur convient pas. Prétendre légiférer à chaque nouvelle percée technique, c'est se condamner à une fuite en avant qui ne peut être que porteuse d'insécurité juridique. »

<sup>28</sup> E. MACKAAY, préc., note 2, 34. Il cite G. P. BAKER, « Defeasibility and Meaning », dans P. M. S. HACKER et J. RAZ (dir.), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Clarendon Press, 1977, p. 26, à la page 32.



à l'identification de fonctions que le concept doit remplir. Définition *versus* fonction ; deux manières différentes de se prédisposer à la recherche juridique. Deux manières qui ont été mises en perspective par l'excellent article de Guillaume Tusseau<sup>29</sup>, critiquant la très influente perspective du doyen Vedel en droit administratif<sup>30</sup>. Outre des interférences évidentes entre les deux<sup>31</sup>, on peut reconnaître à la première, en plus du poids de l'habitude, ce que le professeur Tusseau revendique quant à l'importance de concepts comme « métanotions » qui viendraient tel un « métalangage scientifique », de « science du droit », « se conformer à des exigences de rigueur, de précision et d'univocité. »<sup>32</sup> À la seconde, on y décèle aisément une capacité de souplesse<sup>33</sup>, d'une imprécision salutaire<sup>34</sup> et de résistance au temps avec cette fois un droit faisant davantage office d'objet, d'outil, que de science du droit.

<sup>29</sup> Guillaume TUSSEAU, « Critique d'une métanotation fonctionnelle : la notion (trop) fonctionnelle de "notion fonctionnelle" », (2009) *Revue française de droit administratif* 641.

<sup>30</sup> Georges VEDEL, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein (La légalité des actes administratifs devant les tribunaux judiciaires) », J.C.P. 1948.1.689 ; Georges VEDEL, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », J.C.P. 1950.1.851.

<sup>31</sup> G. TUSSEAU, préc., note 29, au n° 28, évoque cette interférence reconnue par le doyen Vedel lui-même.

<sup>32</sup> *Id.*, n° 52.

<sup>33</sup> *Id.*, n° 19 : « Une telle approche présente d'emblée l'avantage de refuser de s'arc-bouter sur une définition donnée de telle ou telle notion, que le droit positif, dans ses nuances, dément ».

<sup>34</sup> Denys SIMON, « L'usage des concepts élastiques dans la jurisprudence internationale : impressionnisme ou réalisme ? », dans *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration, Gedächtnisschrift für L.J. Constantinesco*, Köln / Berlin / Bonn / München, Heymans Verlag, 1983, p. 707, à la page 716 : « en déplorant l'incertitude attachée à l'utilisation jurisprudentielle de certains concepts ambigus, on néglige [...] l'idée selon laquelle dans tout ordre juridique existent nécessairement des notions se définissant moins par leur contenu que par leur fonction ».

Et en effet, cette capacité opérationnelle – cette possibilité d’instrumentalisation juridique – de l’approche fonctionnelle est largement reprise dans le domaine du technique. D’ailleurs, le concept d’équivalence fonctionnelle a été « généré » au début des années 1990 par certaines instances internationales dédiées à l’encadrement du commerce électronique<sup>35</sup>. Si l’on peut critiquer ce néologisme tant pour sa difficulté applicative<sup>36</sup> que pour les différents niveaux de fonctions qui sont associés à certaines notions<sup>37</sup>, servant à la fois de technique de rédaction des lois et d’interprétation, il n’en demeure pas moins conforme à cette même quête d’adaptabilité particulièrement efficace dans le cadre du passage du physique au numérique. Une approche fonctionnelle que l’on retrouve aussi beaucoup dans le domaine de la vie privée,<sup>38</sup> mais également d’une foultitude d’autres

<sup>35</sup> Par exemple ONU, *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation 1996 avec le nouvel article 5 bis tel qu’adopté en 1998*, New York, Nations Unies, 1999, en ligne : <[http://www.uncitral.org/uncitral/uncitral\\_texts/electronic\\_commerce/1996Model.html](http://www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html)> (consulté le 25 janvier 2015).

<sup>36</sup> C’est notamment l’application de ces méthodes rédactionnelles qui posèrent parfois problème pour certaines notions où les fonctions étaient parfois sujettes à caution. L’original par exemple ne dispose pas des mêmes fonctions selon les pays.

<sup>37</sup> La notion d’écrit est intéressante dans la mesure où il existe des fonctions liées à son état de document qui doit permettre une consultation ultérieure (par exemple selon l’article 9 al. 2 de la *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation 1996 avec le nouvel article 5 bis tel qu’adopté en 1998*, New York, Nations Unies, 1999) et d’autres, liés à la formalité que cette notion représente (soit une fonction de preuve, de protection et d’efficacité selon une dichotomie présentée par Lon FULLER, « Consideration and Form », (1941) 41-5 *Columbia Law Review* 799.) La même problématique prévaut pour la signature qui est présentée comme une notion avec des fonctions liées à l’*instrumentum* (à savoir les trois fonctions précitées identifiées par Lon Fuller) et celles concernant l’*actum* que l’on retrouve par exemple à l’article 2827 C.c.Q.

<sup>38</sup> ÉLOÏSE GRATTON, *Understanding Personal Information. Managing Privacy Risks*, Markham, LexisNexis Canada, 2012; AGATHE LEPAGE, « La notion de vie privée au sens de l’article 8 de la Convention européenne des droits de l’Homme ne cesse de prendre de l’ampleur », D.2001.1988.

domaines<sup>39</sup>. Ejan Mackaay évoquait la « fluidité des notions »<sup>40</sup> ; peut-être devrait-on prôner la « fluidité des fonctions ».

## B. Efficacité des normes multilatérales informelles

Outre les nuances quant à la pertinence d'ériger du droit « dur » dans un domaine non encore sédimenté, il est un second point moins classique que l'on a identifié dans les écrits du professeur Mackaay, selon lequel cette suspicion législative peut s'exercer d'autant plus lorsque le domaine d'analyse peut donner lieu à un ordonnancement naturel qui s'exerce à l'occasion dans le cadre de certains « ordres spontanés »<sup>41</sup>. Relativement à ce dernier point, nous aimerions développer la question des normes informelles dont la pertinence fut longtemps consacrée par la doctrine,<sup>42</sup> bien que rarement reconnue par la jurisprudence.

### 1. Efficacité conceptuelle à construire

En dépit d'une reconnaissance jurisprudentielle limitée, nous y reviendrons, nous militons pour une véritable intégration des normes informelles dans le droit positif. Cette déclaration d'efficacité publique des normes informelles se comprend d'abord du fait des défauts propres au droit dur qui, nous l'avons vu, s'il a perdu de sa généralité, n'en a pas pour autant gagné en suffisance. Nous l'avons vu dans le paragraphe précédent, la précision, l'approche circonstanciée, est un

<sup>39</sup> G. TUSSEAU, préc., note 29, n° 17.

<sup>40</sup> E. MACKAAY, préc., note 2, 33.

<sup>41</sup> E. MACKAAY, préc., note 3, 347.

<sup>42</sup> Il est difficile de citer une partie représentative des auteurs qui contribuèrent au développement de ce courant, tant aux plans national qu'international. Égoïstement, doctement aussi, je me limiterais aux auteurs qui participèrent à ce que nous nous plaisons à nommer « l'école de Montréal » regroupant des professeurs de l'Université de Montréal et de l'université McGill souhaitant contrer le courant cruellement positiviste d'avant les années 1980 (Rocher, MacDonald, Janda, Noreau, Lajoie, etc.). Voir à ce sujet Karim BENYEKHLEF, « Autour de l'école de Montréal », document à paraître en 2016.

leurre d'efficacité. Mais les normes informelles sont aussi à privilégier pour ce qu'elles sont : leur première vertu est assurément leur capacité d'adaptation qui est particulièrement déterminante dans une situation comme celle du droit du technique où la rapidité des faits ne peut pas toujours s'accommoder des lenteurs inhérentes, souvent salutaires même, du droit. En deuxième lieu, les normes informelles disposent souvent d'une capacité expressive qui permet d'objectiver les silences là encore nécessaires du droit formel. En troisième lieu, et bien que ce soit parfois à relativiser, on peut sans doute dire que ces normes constituent un outil de dialogue plus direct entre l'émetteur de normes et les utilisateurs<sup>43</sup> ; un langage d'interaction<sup>44</sup>.

Cela étant dit, le constat pour une reconnaissance accrue de telles normes implique une réflexion tout aussi soutenue quant à la conception même de celles-ci et de l'arrimage qu'il peut en être fait avec le droit positif. Parmi les questions à considérer, il y a d'abord celle concernant le degré de normativité, de juridicité, que l'on doit leur attacher. En effet, il est assez courant de considérer ce droit mou comme une normativité de suggestion ; dénuées d'aucune contrainte, ces normes sont du non-droit, suggestif, mais non contraignant. Pourtant, il est possible de croire que la donne est plus compliquée que cela ; la normativité s'identifie mal ; ses frontières, ses fonctions, sa définition ne peut s'exonérer d'un clair-obscur<sup>45</sup> qui rend le juriste, avide de sécurité juridique, inconfortable.

<sup>43</sup> Qui n'est pas sans travers comme nous le verrons dans la partie 2.

<sup>44</sup> Lon L. FULLER, *The Principles of Social Order*, Durham (North Carolina), Duke University Press, 1981, p. 176 et p. 213.

<sup>45</sup> Catherine THIBIERGE, « *Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit* », (2003) *RTD Civ.* 599, 607 : « *c'est l'idée même d'une frontière nette entre le droit et le non-droit qui se brouille ; il faudrait alors faire son deuil de la croyance en un seuil net de juridicité* ». cité par M. MEKKI, préc., note 10, n° 54.



## 2. Efficacité pratique en doute

Au-delà du « militantisme » que nous avons pu exprimer relativement à cette forme de normativité multilatérale, il y a pourtant un constat : la jurisprudence ne reconnaît que bien peu ces normes informelles. Plus exactement, le courant majoritaire promeut le caractère contractuel de ces normes ce qui nous apparaît bien peu conforme à la réalité des choses.

En effet, il y a un je-ne-sais-quoi d'artificiel à considérer l'usage comme l'expression d'une volonté implicite<sup>46</sup>, et ce, même si cela constitue la position reconnue le plus communément par la jurisprudence<sup>47</sup>. La thèse de Philippe Jacques est à cet égard convaincante :

« En voulant démarquer à tout prix l'usage de la coutume, Gény “lui ôte toute originalité par rapport au contrat pur et simple : ce n'est plus un usage, mais une simple norme contractuelle”. En somme, si les parties ont convenu de son application, il les oblige non à titre d'usage, mais de convention ! Il n'est pas utile d'effectuer un détour par l'usage si l'on prétend qu'un effet contractuel est soutenu par la volonté exprimée des parties. Il suffit de dire, simplement, qu'il s'agit d'un effet de cette volonté [...] »<sup>48</sup>

<sup>46</sup> V. GAUTRAIS, préc., note 4, Partie 2 ; Pascale DEUMIER, *Le droit spontané. Contribution à l'étude des sources du droit*, coll. « Recherches juridiques », Paris, Économica, 2002, n° 235, p. 224 : « [P]arce ce que l'usage est une règle de droit extérieure à la volonté des parties, il s'applique de lui-même ; parce qu'il est une véritable norme, les parties, si elles peuvent l'écarter, ne peuvent l'anéantir ; parce qu'il est un élément de droit objectif, il s'impose en l'absence du moindre indice de la volonté, même tacite ; parce que l'usage repose sur la collectivité, il n'a pas besoin de l'appui des volontés individuelles. »

<sup>47</sup> Didier LUELLES, « Du bon usage de l'usage comme sources de stipulations implicites », (2002) 36 *R.J.T.* 83.

<sup>48</sup> Philippe JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », Paris, Dalloz, 2005, p. 70 et 71 [notes omises]. De l'auteur de citer, dans le même sens, Daniel ACQUARONE, *La coutume : réflexions sur les aspects classiques et les manifestations contemporaines d'une source du droit*, thèse de doctorat, Nice, Faculté de droit, Université de Nice, 1987, p. 152 : « ces usages sont des normes générales de droit objectif et le qualificatif “conventionnel”

Si l'usage n'est donc pas de nature conventionnelle, il faut donc localiser son origine ailleurs. À cet égard, les normes que nous analysons pour l'encadrement du droit du technique proviennent souvent d'organismes de standardisation nationaux ou internationaux. Si nous analysons l'approche récurrente qui semble de mise par ceux-ci pour objectiver les obligations des acteurs en la matière, notamment par la mise en place d'une documentation technique, nous pouvons d'ores et déjà dire que le droit n'a que mal conceptualisé les critères de reconnaissance que l'on pourrait identifier pour tenter de faire le tri entre ces différentes normes. En effet, et même s'il existe des différences culturelles, Europe/Amérique notamment<sup>49</sup>, les critères habituellement retenus par les tribunaux sont plus de nature substantielle. Ainsi, certains, plus objectifs, font généralement état de la « matérialité » de l'usage en référant à des termes tels que « fréquence », « constance », « répétition » pour identifier sa qualité, son acceptation dans un groupe donné<sup>50</sup>. D'autres, plus subjectifs, évoquent des notions plus vagues de « généralité », de « publicité », de « raisonnable », voire de « légalité » ou de « justice »<sup>51</sup>.

---

leur est abusivement attribué. Le raisonnement suivi [...] revient à admettre que n'importe quelle norme de droit positif s'appliquant à un contrat est une norme conventionnelle.»

<sup>49</sup> Joel R. REIDENBERG, « Governing Networks and Rules-Making in Cyberspace », (1996) 45 *Emory Law Journal* 911. L'auteur établit une différence importante entre les visions européenne et américaine quant à la façon de percevoir l'application du droit dans les sphères privées. Alors que les premiers ont une tendance centralisatrice assez marquée, les seconds sont plus portés vers une auto-réglementation. En l'occurrence, en ce qui concerne le cyberspace, il est facile de croire en la pertinence de la seconde option.

<sup>50</sup> *Montréal (Ville de) c. Environnement routier NJR*, 2011 QCCA 1251, par. 51, la Cour reprend les propos du professeur Royer (Jean-Claude Royer, *La preuve civile*, 4<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, n° 108) qui définit les usages de la façon suivante : « Règle qui s'est formée par une pratique constante, répétée, publique, uniforme et générale à laquelle les parties intéressées ont donné une force obligatoire. »

<sup>51</sup> On retrouve par exemple la notion de « raisonnabilité » des usages à l'article 1.9 (2) des principes Unidroit : « Elles sont liées par tout usage qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par

Mais au-delà de ces critères classiques, nous croyons que, d'une part, dans une volonté de meilleure objectivation et, d'autre part, afin de remplir un objectif de fidélité descriptive, il est possible d'ajouter des critères institutionnels pour reconnaître l'existence d'usages. L'usage peut donc être reconnu en fonction de l'institution dont elle tire son origine ; sa permanence, sa représentativité, la qualité de son dialogue, la transparence de ses procédés d'élaboration, etc.

## II. Normativité individuelle & droit du technique

Face aux possibles et fréquentes limites intrinsèques et extrinsèques de cette normativité qui « vient d'ailleurs » (entendons par là qui est issue de groupes producteurs de normes s'appliquant à des administrés), nous aimerions envisager une manière de faire plus processuelle, plus introspective aussi, où les acteurs sont amenés à élaborer eux-mêmes leur propre cadre normatif. Si le phénomène n'est pas propre au droit du technique, il constitue assurément un environnement propice au développement d'une telle manière de faire ; manière de faire qui fait preuve à cet égard d'une certaine adolescence tant sa maturité ne semble pas consommée.

### A. État des lieux de la normativité individuelle en droit du technique

Mais partons de ce qui est. En effet, cette mesure de la diligence par les acteurs eux-mêmes est susceptible de s'expliquer dans les faits et de se constater dans le droit.

---

les parties à des contrats dans la branche commerciale considérée, à moins que son application ne soit déraisonnable».



## 1. Généralisation naturelle de la normativité individuelle

Une **première raison** pour justifier l'explosion de ce phénomène est, selon nous, la généralisation du numérique<sup>52</sup>; du « tout » numérique. Par leur nature même, les documents technologiques sont aisés à altérer et requièrent par conséquent une procéduralisation afin de combler cette carence inhérente<sup>53</sup>. « Paper contracts bind parties to an act. The electronic contract binds parties to a process »<sup>54</sup>.

En d'autres mots, alors que les documents papier demandent une gestion statique, ceux sur support technologique en exigent une plus dynamique<sup>55</sup>, où il importe de tenir compte du document certes, mais aussi de sa structure, de son contexte c'est-à-dire de l'environnement général, tant physique que logiciel, dans lequel il a été conservé<sup>56</sup>. Cette approche processuelle se retrouve d'ailleurs à l'occasion

---

<sup>52</sup> Jean-Michel SALAÛN et Jean CHARLET, « Introduction : Comprendre et maîtriser la redocumentarisation du monde », dans Roger T. PÉDAUQUE (dir.), *La redocumentarisation du monde*, Toulouse, Cepadues Édition, 2005, p. 17 : « Le numérique a déplacé la question du support du document, qui en assurait la stabilité grâce à la fixité de l'inscription, vers la problématique de sa structure. »

<sup>53</sup> V. GAUTRAIS, préc., note 4.

<sup>54</sup> E. KATSH, *Law in a Digital World*, coll. « MyiLibrary », New York, Oxford University Press, 1995, p.129.

<sup>55</sup> François SENÉCAL, « Du témoin à l'écrit; du papier à l'électronique : la notion de faux en toile de fond », (2014) 26-1 *Cahiers prop. intel.* 161 : « le document électronique est par nature fragmenté et fait appel à une suite d'opérations pour devenir lisible à un humain. Sa conservation est dynamique (pensons à l'obsolescence des logiciels et du matériel informatique) et une "chaîne de titre" supplée à l'original pour revenir au moment de la formation de l'acte. Avec l'électronique, les indices de l'authenticité deviennent externes au document lui-même ».

<sup>56</sup> Robert NAHUET, « Évaluation et documents informatiques : problématique et défis », dans GROUPE INTERDISCIPLINAIRE DE RECHERCHE EN ARCHIVISTIQUE, *3<sup>e</sup> Symposium en archivistique : l'évaluation des archives : des nécessités de la gestion aux exigences du témoignage*, Montréal, GIRA, p. 97, à la page 102, en ligne : <[http://www.giraarchives.org/documents/GIRA\\_1998.pdf](http://www.giraarchives.org/documents/GIRA_1998.pdf)> (consulté le 22 août 2013) : l'auteur note « le caractère indispensable de conserver l'infor-

dans le droit<sup>57</sup>, nous y reviendrons. De la même manière, les documents numériques sont simples à transmettre ; or, cette facilité à les communiquer à autrui, alors qu'ils pourraient contenir des renseignements personnels, tend à hausser la responsabilité des gestionnaires documentaires afin qu'il fasse preuve de davantage de diligence en la matière. Ce risque propre aux technologies est souvent invoqué pour hausser la responsabilité des acteurs<sup>58</sup>. D'ailleurs, une illustration de cette spécificité processuelle des documents technologiques peut se « matérialiser » sous l'appellation de « métadonnées ». Avec le numérique, on voit se généraliser ces « données sur les données » qui sont enchâssées dans le document lui-même (par exemple l'auteur, la date, le titulaire des droits d'auteur, le contenu, etc.). C'est la raison pour laquelle certaines lois reconnaissent que cette documentation peut être interne (métadonnée) ou externe (documentation)<sup>59</sup>. Dans les deux cas, et pour reprendre une dichotomie utilisée par Bernard Stiegler, ces informations sont à la fois la maladie (informations qu'il faut protéger, gérer, considérer) et le médicament (moyen de s'assurer que celles-ci qualifient le document)<sup>60</sup>.

---

mation, son contenu, sa structure et son contexte. Une volonté indéniable existe afin d'assurer l'indépendance (non-dépendance) de l'information face aux logiciels et équipements.»

<sup>57</sup> Il est intéressant de voir à cet égard que la loi fédérale sur la preuve (L.R.C. 1985, c. C-5) mise beaucoup plus sur la qualité du système, extérieur au document, dans lequel le document est géré. Voir notamment l'article 31.2. Cette position est sensiblement différente de celle que l'on trouve au Québec où le droit est davantage ciblé sur le document que sur l'environnement.

<sup>58</sup> Nicolas VERMEYS, *Responsabilité civile et sécurité informationnelle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 71. Une hausse de la responsabilité que l'on retrouve aussi dans plusieurs domaines tant de la protection des renseignements personnels (*Infra*[laisser en bleu à compléter avec la version finale]), du domaine de l'environnement, de la santé (Catherine RÉGIS, «The Accountability Challenge in Health Care: the Contribution of a Health Ombudsman», (2014) 4-1 *Journal of Arbitration and Mediation* 89).

<sup>59</sup> *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, RLRQ, c. C-1.1, art. 17 al. 3.

<sup>60</sup> Bernard STIEGLER, «Pharmacologie des métadonnées», dans Bernard STIEGLER, Alain GIFFARD et Christian FAURE (dir.), *Pour en finir avec la mécroissance* :

Une **seconde raison** de la hausse de cette façon de procéder n'est sans doute pas étrangère au fait que nos sociétés contemporaines sont source de plus de **complexité** ; une raison qui n'est d'ailleurs pas sans lien avec les technologies. La gestion documentaire fait aujourd'hui face à une hausse quantitative (le phénomène de « Big Data » [mégadonnées] en est une illustration), dans de multiples formats, par un nombre croissant de personnes. Le contrôle des données devient en bien des cas illusoire et il importe davantage de s'assurer d'une certaine surveillance des comportements du gestionnaire de données ; une surveillance basée sur l'analyse de politiques et procédures mises en place par le gestionnaire<sup>61</sup>. Pour reprendre une opposition souvent faite en droit antique, pour gérer cette complexité, on préfère privilégier le droit comme un « processus », comme présenté par Platon, plutôt que de le considérer comme un principe substantiel, conformément aux écrits d'Aristote. En effet, la quête d'objectivation du droit ne peut plus passer uniquement par le respect de principes substantiels généraux tels que la sécurité « adéquate », la gestion « raisonnable », etc., mais requiert de plus en plus une procéduralisation du droit qui peut donner lieu à une appréciation *a posteriori*.

Celle-ci pourra être faite dans l'absolu par des juges qui vont ainsi évaluer si ces documentations se basent sur des « justifications rationnelles »<sup>62</sup>. Également, ces procédures pourront souvent répondre à des exigences validées par des personnes en autorité, que ce soient des certificateurs, des auditeurs<sup>63</sup>, internes ou externes, etc. Bien sûr, cette objectivation par la documentation n'est pas autonome et sou-

---

*quelques réflexions d'Arts Industrialis*, Paris, Flammarion, 2009, p. 87.

<sup>61</sup> Daniel J. WEITZNER, Harold ABELSON, Tim BERNERS-LEE, Joan FEIGENBAUM, James HENDLER et Gerald Jay SUSSMAN, « Information Accountability », (2007), 34 *CSAIL*, en ligne : <<http://dspace.mit.edu/bitstream/1721.1/37600/2/MIT-CSAIL-TR-2007-034.pdf>>.

<sup>62</sup> Jacques LENOBLE, *Droit et communication : la transformation du droit contemporain*, coll. « Humanités », Paris, Éditions du Cerf, 1994.

<sup>63</sup> Michael POWER, *The Audit Society. Rituals of Verification*, Oxford University Press, 1999.

vent elle passera, notamment dans les domaines à haute saveur technologique, par le recours à des normes techniques (standards). C'est vrai en droit de la preuve où plusieurs organisations nationales<sup>64</sup> et internationales<sup>65</sup> proposeront leurs propres normes. C'est aussi vrai en droit des renseignements personnels où des normes voient le jour tant aux niveaux national qu'international<sup>66</sup>. Et dans tellement d'autres matières...

<sup>64</sup> AFNOR, NF Z42-013, Archivage électronique – Spécifications relatives à la conception et à l'exploitation de systèmes informatiques en vue d'assurer la conservation et l'intégrité des documents stockés dans ces systèmes, mars 2009; CONSULTATIVE COMMITTEE FOR SPACE DATA SYSTEMS, Recommendation for Space Data System Practices – Reference Model for an Open Archival Information System (OAIS), Recommended Practice CCSDS 650.0-M-2, Magenta Book, June 2012; CONSULTATIVE COMMITTEE FOR SPACE DATA SYSTEMS, Report Concerning Space Data System Standards – Information Security Glossary of Terms – Green Book, CCSDS 350-.8 G-1, November 2012.

<sup>65</sup> ISO 23081-2:2009 Information and documentation – Managing metadata for records – Part 2: Conceptual and implementation issues; ISO/TR 26122:2008 Information and documentation – Work Process Analysis for Records; ISO 16175-1:2010 Information and documentation – Principles and functional requirements for records in electronic office environments – Part 1: Overview and statement of principles; ISO 16175-2:2011 Information and documentation – Principles and functional requirements for records in electronic office environments – Part 2: Guidelines and functional requirements for digital records management systems; ISO 30300:2011 Information and Documentation – Management Systems for Records – Fundamentals and Vocabulary; ISO 30301:2011 Information and Documentation – Management Systems for Records – Requirements; ISO 15489-1, Information and Documentation – Records Management, Part. 1 – General, 2001; ISO/TR 15489-2, Technical Report, Information and Documentation – Records Management, Part. 2 – Guidelines, 2001.

<sup>66</sup> ISO 27018, Information technology – Security techniques – Code of practice for protection of personally identifiable information (PII) in public clouds acting as PII processors, 2014; ISO/IEC 29100:2011, Information technology – Security techniques – Privacy framework. 2011; ISO/IEC WD 29134, Privacy Impact Assessment – Methodology.



## 2. Illustrations de cette généralisation juridique de la normativité individuelle

Sans évidemment tenter une quelconque exhaustivité, qui eut été fort illusoire, on trouve cette approche plus processuelle dans de nombreux domaines du droit. Ainsi, premier exemple, la notion de documentation s'est fortement développée dans plusieurs lois récentes en droit de la preuve. De façon explicite, la *Loi québécoise concernant le cadre juridique des technologies de l'information* demande une telle exigence à plusieurs reprises<sup>67</sup>. Implicitement, il en est de même dans la loi fédérale sur la preuve<sup>68</sup>; parfois, certaines résistances de nature jurisprudentielle<sup>69</sup> sont même contournées explicitement par d'autres textes en droit français<sup>70</sup>. Ces références sont encore plus évidentes dans des textes de nature technique, communautaire, où le phénomène tient lieu du réflexe: que ce soit ISO<sup>71</sup>, ANSI<sup>72</sup>, ARMA<sup>73</sup>,



<sup>67</sup> *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, RLRQ, c. C-1.1 et notamment les articles 17, 20, 31, 34, etc.

<sup>68</sup> *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, c. C-5, art. 31.1 et suiv. Ken Chasse, un auteur canadien, prétend même que la référence aux standards techniques est devenue nécessaire; une référence qui devrait être « officialisée » par le droit. Ken CHASSE, « Electronic Records as Documentary Evidence », (2007) *Canadian Journal of Law and Technology* 141, 157: « In short, these arguments do not address the fundamental difference between electronic record systems and traditional paper record systems. As a result, the UEEA perpetuates old legal concepts into a realm of new RIM technology. They do not fit and they will not work. »

<sup>69</sup> *Infra* [laisser en bleu; à compléter lors de la mise en page finale], quant aux questionnements sur la preuve à soi-même.

<sup>70</sup> Par exemple, le *Décret n°2005-973 du 10 août 2005 modifiant le décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires*, J.O.R.F. 11 août 2005, p.13096 vient spécifiquement encadrer comment la migration d'un acte authentique d'un support vers un autre doit s'effectuer par le biais d'une documentation explicitant le processus.

<sup>71</sup> International Standard Organization.

<sup>72</sup> American National Standard Institute.

<sup>73</sup> American Records Management Association.





Moreq<sup>74</sup>, etc., ces organisations élaborent des textes qui requièrent systématiquement la mise en place de procédures.

Cet état du droit est, en deuxième lieu, également de mise en droit des renseignements personnels où la documentation ressort soit expressément dans les textes de loi, tant au Canada<sup>75</sup> qu'en Europe<sup>76</sup>, soit implicitement par le biais de terminologie à la mode qui consacre ce même phénomène<sup>77</sup>. On peut même dire que de tous les concepts en la matière, la notion d'imputabilité, ou de reddition de compte,

<sup>74</sup> Model Requirements for the Management of Electronic Documents and Records.

<sup>75</sup> Dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, c. 5, précisément dans son annexe 1, on réfère près de 25 fois à des termes tels que « politique », « documentation », « procédure », etc. Bien que moins explicite, on trouve le même principe dans les lois québécoises que sont la *Loi sur la Protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, RLRQ, c. P-39.1 et la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, RLRQ, c. A-2.1. La Commission d'accès à l'information a d'ailleurs fait savoir que ces deux dernières lois devaient mieux intégrer dans le futur cette notion de documentation. COMMISSION D'ACCÈS À L'INFORMATION DU QUÉBEC, *Rapport quinquennal 2011 – Technologies et vie privée à l'heure des choix de société*, 2011, p. 24, en ligne : <[http://www.cai.gouv.qc.ca/documents/CAI\\_RQ\\_2011.pdf](http://www.cai.gouv.qc.ca/documents/CAI_RQ_2011.pdf)>.

<sup>76</sup> Voir notamment Jan Philipp ALBRECHT, *Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation) (COM(2012)0011 – C7-0025/2012 – 2012/0011 (COD))*, November 21, 2013. (dénommé Amendement Albrecht) et particulièrement les articles 40 et suivants.

<sup>77</sup> Comme nous le verrons plus tard, plusieurs expressions, certaines très à la mode, réfèrent toutes à ce processus de normativité individuelle. Ainsi, que ce soit « privacy by design », « modélisation », « documentation », « audit », « imputabilité », ces expressions relèvent toutes d'une même diligence soit auto-imposée soit prescrite où l'acteur va élaborer lui-même l'étendue de son obligation.



est celle qui a pris le plus d'importance ces derniers mois<sup>78</sup>. Là encore, les normes techniques ne sont pas en reste<sup>79</sup>.

Troisième et dernière illustration, il est surprenant de voir combien le monde du droit de l'environnement a également versé dans une pareille démarche. Aussi, selon une approche juridique plus collaborative, de nombreuses entreprises ou regroupements d'entreprises ont tenté d'élaborer des normes exigeant de leur part ce même processus proactif<sup>80</sup>. Clairement, « les référentiels nationaux foisonnent »<sup>81</sup>. D'ailleurs, les technologies ne sont pas sans lien avec ce phénomène, l'information sur la pollution permettant désormais d'être grâce à elles connue à moindre coût<sup>82</sup>.

En résumé, la loi, tout comme les normes informelles, valident donc ce double phénomène : d'une part, explicitement, l'acteur institutionnel en question doit élaborer sa propre normativité pour étayer sa diligence. D'autre part, le plus souvent implicitement, une main



<sup>78</sup> Colin J. BENNETT, « The Accountability Approach to Privacy and Data Protection: Assumptions and Caveats », dans Daniel GUAGNIN, Carla ILTEN, Inga KROENER, Daniel NEYLAND et Hector POSTIGO (dir.), *Managing Privacy through Accountability*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2012, p. 40.

<sup>79</sup> D'autant, outre les normes déjà citées, que certaines lois vont « phagocyter » certains textes techniques. Par exemple, l'annexe 1 de la Loi fédérale provient d'une norme élaborée en 1996 par le CSA (*Canadian Standard Association*).

<sup>80</sup> Nous pouvons citer par exemple SIGMA de la BSI ; SD 21000 de l'Afnor ; la Global Reporting Initiative (GRI) du Ceres, Telus Institute et Association of Chartered Certified Accountants (ACCA) ; etc.

<sup>81</sup> Thibault DAUDIGEOS, « Des instituts de normalisation en quête de profit et de légitimité. Étude comparée de la production de normes de développement durable en France et en Angleterre », dans Corinne GENDRON, Jean-Guy VAILLANCOURT et René AUDET (dir.), *Développement durable et responsabilité sociale, de la mobilisation à l'institutionnalisation*, Montréal, Presses internationales Polytechnique, 2010, p. 175.

<sup>82</sup> Daniel C. ETSY, « Environmental Protection in the Information Age », (2004) 79 *New York Law Review* 115, 117 ; Douglas A. KYSAR et James SALZMAN, « Foreword: Making Sense of Information for Environmental Protection », (2008) 86 *Texas Law Review* 1347.



est tendue vers des normes techniques, d'origine communautaire, afin d'objectiver si cette diligence est effectuée à un degré suffisant.

## **B. Critiques d'une technique normative du droit du technique**

Cela étant dit, si l'on peut constater l'ampleur de ce phénomène, il est possible de le critiquer, cette prolifération de normes individuelles se faisant alors que très peu d'analyses ont été produites pour tenter de la considérer juridiquement. Cette carence analytique peut se mesurer tant en ce qui a trait à cette forme de normativité que sur les normes techniques qui, souvent, leur servent de base.

### **1. Difficultés conceptuelles autour de la normativité individuelle**

En premier lieu donc, la normativité individuelle pêche par un certain nombre de faiblesses conceptuelles liées au droit traditionnel. D'abord, il faut considérer la réticence de certains juristes<sup>83</sup> selon lesquels, en conformité avec l'adage « nul ne peut se constituer de preuve à soi-même »<sup>84</sup> l'autoconfection de preuve<sup>85</sup>, le traitement individuel

<sup>83</sup> André NADEAU et Léo DUCHARME, *La preuve en matières civiles et commerciales*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1965, n° 389, p. 297 : « [L]es livres de commerçants ne font, par ailleurs, aucune espèce de preuve en leur faveur, servant au plus d'indices ou de présomptions qu'ils leur faut compléter par une autre preuve plus concluante ». Dans le même sens, Henri KELADA, *Notions et techniques de preuve civile*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1986, p. 89 et suiv. : « Les registres et papiers domestiques ne peuvent jamais être invoqués contre les tiers par celui qui les a écrits, car on ne crée pas de titre à soi-même, mais ils peuvent servir de preuve contre lui. »

<sup>84</sup> Clémence MOULY-GUILLEMAUD, « La sentence “nul ne peut se constituer de preuve à soi-même” ou le droit de la preuve à l'épreuve de l'unilatéralisme », (2007) *Revue trimestrielle de droit civil* 253. Cette auteure française, malgré une jurisprudence qui évoque à plusieurs reprises cet adage, considère au contraire qu'il s'agit d'un « précepte bien creux ».

<sup>85</sup> Daniel GUTMANN, « À propos du principe “nul ne peut se constituer une preuve à lui-même” », (1997) 11 *Petites affiches* 19.

de données personnelles et la divulgation de données environnementales par le « pollueur » lui-même, sont des approches documentaires suspectes. En effet, traditionnellement, les documents mis en preuve sont soit le fruit de tierces parties auxquelles on peut raisonnablement se fier, soit de documents utilisés à l'encontre de celui qui les a produits.

Ensuite, et peut-être surtout, les juges ont de la difficulté à mesurer jusqu'où l'obligation substantielle du gestionnaire des documents doit aller. Le droit ne permettant que très imparfaitement d'objectiver l'étendue de cette obligation, les gestionnaires ont parfois l'impression « de tuer une souris avec un canon »<sup>86</sup> afin d'être sûrs de satisfaire aux exigences requises. Nous sommes donc face à des hypothèses de « surprotection » ou de « sous-protection »<sup>87</sup>. Ainsi, il faudrait par exemple éviter le « fiasco » retentissant dont fut l'objet le domaine des valeurs mobilières en ce qui a trait aux règles de conformité<sup>88</sup>, où des sommes folles ont été dépensées pour documenter la gestion des données financières des entreprises sans que de réelles garanties ne soient apportées quant à leur intégrité financière<sup>89</sup>.

Enfin, au-delà du contenu de cette obligation, c'est son existence même qui est sujette à caution. Si l'obligation de moyens semble de mise dans plusieurs situations<sup>90</sup>, et non une obligation de résultat,

<sup>86</sup> Jean-François DE RICO et Dominic JAAR, « Le cadre juridique des technologies de l'information », dans S.F.C.B.Q., *Développements récents en droit criminel*, 2008, n° 18.

<sup>87</sup> L. BENNETT MOSES, « Recurring Dilemmas: The Law's Race to Keep Up With Technological Change », préc., note 16.

<sup>88</sup> Vincent GAUTRAIS, « La gestion électronique de l'information financière : illustration de l'acculturation du droit des affaires électroniques », dans Jean-Louis NAVARRO et Guy LEFEBVRE (dir.), *Acculturation du droit des affaires*, Montréal, Éditions Thémis, 2007, aux pages 379-432.

<sup>89</sup> Henry N. BUTLER and Larry E. RIBSTEIN, *The Sarbanes-Oxley Debacle*, Washington, AEI Press, 2006.

<sup>90</sup> Que ce soit dans les lois, qui évoquent la notion de documentation, ou dans les normes plus techniques, il apparaît clair que la plupart du temps cette obligation correspond à une obligation de moyens et non de résultats

une tendance tend à renforcer la diligence que les gestionnaires doivent assurer. C'est vrai dans le domaine de la preuve où une meilleure sécurisation des réseaux tend à être exigée par la doctrine<sup>91</sup> et la jurisprudence<sup>92</sup>; c'est aussi vrai en matière de vie privée où, plus qu'avant, même s'il demeure encore une différence assez sensible entre l'Europe et l'Amérique du Nord à ce sujet<sup>93</sup>, une plus grande exigence semble de mise<sup>94</sup>. Au-delà des contrats qui existent en la matière, au-delà des principes généraux en matière de responsabilité civile, un meilleur arrimage doit être considéré entre principes fondamentaux et cette nouvelle situation factuelle.

## 2. Difficultés relatives à l'arrimage avec les normes techniques

En second lieu, une partie de la difficulté à appréhender les normes individuelles tient au fait que celles-ci prennent souvent appui sur des normes informelles dont la portée est là encore mal encadrée

<sup>91</sup> Paul OHM, «The Argument Against Technology-Neutral Surveillance Laws», (2010) 88-7 *Texas L. Rev.* 1685, 1710; Nicolas VERMEYS, *Responsabilité civile et sécurité informationnelle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 71.

<sup>92</sup> Voir par exemple *Sécurité des Deux-Rives ltée c. Groupe Meridian construction restauration inc.*, 2013 QCCQ 1301; *Chambre de l'assurance de dommages c. Kotliaroff*, 2008 QCCDCHAD 19078.

<sup>93</sup> Vincent GAUTRAIS, «Proposition de Règlement général sur la protection des données : un regard d'ailleurs...», dans Nathalie MARTIAL-BRAZ (dir.), *La proposition de règlement européen relatif aux données à caractère personnel*, coll. «Trans Europe Experts», Paris, Société de législation comparée, 2014, aux pages 464-493.

<sup>94</sup> Délibération de la formation restreinte de la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL) n° 2014-298 du 7 août 2014 prononçant un avertissement à l'encontre de la société ORANGE; Willy DUHEN, «Le fair-play de la CNIL en question, à propos de la sanction d'Orange à la suite de la notification d'une faille de sécurité», (2 septembre 2014) *droitdu.net*, en ligne : < [http://droitdu.net/2014/09/le-fair-play-de-la-cnil-en-question-a-propos->](http://droitdu.net/2014/09/le-fair-play-de-la-cnil-en-question-a-propos-); Article 29 Data protection Working Party, *Opinion 7/2014 on the protection of personal data in Quebec*, June 4 th, 2014.

par le droit<sup>95</sup>. En effet, l'obligation de documenter est souvent objectivée en référant à des standards techniques qui précisent l'ampleur de cette obligation. Or, ces normes informelles ne sont pas sans difficulté<sup>96</sup>. D'abord, leur multiplicité est grande et les gestionnaires de données, privés et publics, ne savent à « quel saint se vouer ». Une cacophonie normative existe donc, ce qui constitue un facteur d'insécurité juridique pour les différents acteurs. Ensuite, cette diversité à outrance a parfois été expliquée par le fait que nous sommes face à une véritable « industrie des normes »<sup>97</sup>. Ces normes de l'industrie se multiplieraient donc à cause de l'argent qu'elles génèreraient auprès des communautés qui les élaborent ou certifient leur application<sup>98</sup>. Encore, le caractère mercantile de nos sociétés « normalisées », « standardisées » est amplifié par le caractère payant de ces

<sup>95</sup> Vincent GAUTRAIS, *Neutralité technologique : rédaction et interprétation des lois face aux changements technologiques*, Montréal, Éditions Thémis, 2012, notamment p. 92.

<sup>96</sup> Bernt HUGENHOLTZ, « Code of Conduct and Copyright Enforcement in Cyberspace », dans Irimi A. STAMATOUDI (dir.), *Copyright Enforcement and the Internet*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2010, aux pages 303-320. L'auteur est assez critique quant à la capacité des normes informelles à réguler le cyberspace. Il est vrai que l'hypothèse étudiée du droit d'auteur, domaine où les intérêts catégoriels sont très polarisés, exige que le dialogue effectué au sein de l'institution soit représentatif de chacun d'eux. On peut notamment lire à la page 320 : « All this is not to say that codes of conduct have no role to play at all in the realm of digital copyright enforcement. Codes might, for instance, implement certain information duties, as contemplated by the E-Commerce Directive, or standardize terms of use, and thus increase transparency. But when fundamental rights and freedoms are at stake, what we really need, like else-where in the law, are duly codified rules and procedures that further the interests of authors and content owners in effectively protecting their rights, while warranting citizens' rights to due process, to free speech and to privacy. » (Les notes de bas de page ont été enlevées).

<sup>97</sup> Nicolas VERMEYS, *Responsabilité civile et sécurité informationnelle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 103.

<sup>98</sup> Dans T. DAUDIGEOS, préc., note 81, à la page 181, on peut voir que le financement varie beaucoup d'un pays à l'autre. Dans certains cas, comme en Angleterre (BSI), la certification et le conseil par l'organisme de normalisation lui-même constituent une source importante de revenu. La situation est

normes, de surcroît avec des clauses de droit d'auteur d'une généralité dérangeante<sup>99</sup>. Enfin, il est difficile de clairement reconnaître les sources juridiques qui composent les normes individuelles dans les domaines d'analyse précités. D'une part, une grande variété définitionnelle demeure, les lois, règlements, normes techniques utilisant des termes variables dont les différences sont mal appréhendées (référentiels, procédures, politiques, méthodes, codes de conduites, lignes directrices, standards, normes, etc.). D'autre part, et afin de faire face à la grande variété de ces normes techniques, il importe de trouver des critères de reconnaissance qui puissent aider à une meilleure distinction entre le « bon grain et l'ivraie ». Ceci nous amène à reconsidérer ces critères en nous basant, conformément à une vision pluraliste des choses, non seulement sur la qualité des normes elles-mêmes, mais également sur leur légitimité<sup>100</sup>, l'effectivité<sup>101</sup> des organisations qui sont à l'origine de celles-ci.

Loin de nous l'idée de bannir ce phénomène de normativité individuelle ; il ne s'agit pas de jeter le bébé avec l'eau du bain. Dans le même ordre d'idées, il ne faut aucunement remettre en cause la capacité des normes informelles à objectiver ce processus documentaire par les acteurs eux-mêmes. Néanmoins, une maturité s'impose afin de développer plus harmonieusement l'internormativité<sup>102</sup>

---

très différente en France (Afnor) où les normes sont plus payantes du fait de moindres revenus quant au premier registre.

<sup>99</sup> Il est en effet assez rare de trouver des clauses de droit d'auteur ou de sécurité qui soient aussi restrictives (interdiction de faire plus d'une copie, interdiction de prendre des notes sur la copie électronique, interdiction d'imprimer plus d'une fois, etc.) ; d'autant que certaines de ces conditions ne sont disponibles qu'une fois la norme achetée, et ce, en contravention des « bonnes pratiques » usuelles en matière de vente en ligne.

<sup>100</sup> Guy ROCHER, « Pour une sociologie des ordres juridiques », (1988) 29 *Cahiers de droit* 91.

<sup>101</sup> Jacques CHEVALLIER, « L'ordre juridique », dans Jacques CHEVALLIER (Dir.), *Le Droit en procès*, Paris, Presses Universitaires de France, 1983.

<sup>102</sup> Jean CARBONNIER, « Les phénomènes d'inter-normativité », (1977) *European Yearbook in Law and Society* 42-52 ; Jean-Guy Belley (dir.), *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, coll. « Droit et société », Paris,

nécessaire afin d'encadrer des situations nouvelles, techniques, mouvantes, qui ne peuvent se satisfaire des sources usuelles du droit (lois – jurisprudence – contrat). Une réflexion s'impose à cet égard, assurément<sup>103</sup>.

---

L.G.D.J., 1996 ; Adélie Pomade, « Penser l'interdisciplinarité par l'internormativité. Illustration en droit de l'environnement », (2012) 68 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 85-106, en ligne : <[www.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-2012-1-page-85.htm](http://www.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-2012-1-page-85.htm)> <<http://www.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-2012-1-page-85.htm>>.

<sup>103</sup> Karim BENYEKHLEF, « Autour de l'école de Montréal », document à paraître en 2016 : « Le thème de l'internormativité a fait l'objet de peu de développement dans les travaux des chercheurs du Centre. Une théorie opératoire de l'internormativité reste à élaborer. Une théorie propre à faciliter les passages, les prises en compte et les traductions d'un ordre juridique à un autre. Le droit global, c'est-à-dire ce droit qui n'est ni national ni international et qui occupe ces interstices laissés vacants par la mondialisation, offre un formidable terrain empirique d'analyse et de conception. » (notes omises).