

# Libres propos sur le droit des affaires électroniques

Vincent GAUTRAIS\*

*Lex Electronica*, vol.10 n°3, Hiver/Winter 2006  
<http://www.lex-electronica.org/articles/v10-3/gautrais.htm>

<b>INTRODUCTION</b> .....	<b>2</b>
<b>PARTIE 1 – ÉTAT DU DROIT DES AFFAIRES ÉLECTRONIQUES</b> .....	<b>2</b>
SECTION 1 – DROIT DU TECHNIQUE : ÉTAT D’UNE RÉVOLUTION .....	3
1 – <i>Un droit neuf quant à sa substance</i> .....	3
A – Le droit des technologies de l’information et le droit des chevaux .....	3
B – Le « vague à l’âme » du droit des technologies de l’information .....	5
2 – <i>Un droit neuf quant à sa forme</i> .....	6
A – La « processualisation » du droit.....	6
B – Les trois modes de rédaction des lois relatives aux technologies de l’information .....	8
SECTION 2 – TECHNIQUES DU DROIT : ÉTAT D’UNE ÉVOLUTION.....	10
1 – <i>Les outils utilisés dans les nouvelles lois</i> .....	10
A – Les fictions .....	10
B – Les présomptions .....	12
2 – <i>Les outils à revaloriser dans le droit ancien</i> .....	13
A – Les fondamentaux du droit : l’illustration des contrats électroniques.....	13
B – Une meilleure prise en compte des usages commerciaux .....	14
<b>PARTIE 2 – FONCTIONS DU DROIT DES AFFAIRES ÉLECTRONIQUES</b> .....	<b>16</b>
SECTION 1 – DROIT DES AFFAIRES ÉLECTRONIQUES ET FACILITATION DES TECHNOLOGIES DE L’INFORMATION .....	16
1 – <i>Les nouveaux outils juridiques pour faciliter l’utilisation des technologies de l’information</i> .....	17
A – La neutralité technologique .....	17
B – L’équivalence fonctionnelle .....	19
2 – <i>Une illustration de cette facilitation législative : le droit de la preuve</i> .....	20
A – L’écrit .....	20
B – La signature .....	22
C – L’original.....	23
SECTION 2 – DROIT DES AFFAIRES ÉLECTRONIQUES ET PROTECTION DES INTÉRÊTS CATÉGORIELS .....	24
1 – <i>La nécessaire reconsidération des droits de protection des intérêts catégoriels</i> .....	24
A – Les droits de protection des intérêts catégoriels en expansion .....	24
B – Les technologies de l’information source de bouleversement des droits .....	25
2 – <i>Une illustration de cette réévaluation législative des intérêts catégoriels : le droit de la protection des renseignements personnels</i> .....	27
<b>CONCLUSION</b> .....	<b>29</b>

---

\* Professeur agrégé, avocat, Faculté de droit de l’Université de Montréal. Titulaire de la Chaire de l’Université de Montréal en droit de la sécurité et des affaires électroniques. Site Internet : [www.gautrais.com](http://www.gautrais.com). Courriel : [vincent.gautrais@umontreal.ca](mailto:vincent.gautrais@umontreal.ca). Cette recherche a été facilitée par une subvention FQRSC portant sur « La sécurité des documents électroniques ».

## Introduction

« Nouvelles technologies »! Près de 15 ans après l'intégration massive des technologies de l'information dans la vie de tous les jours, l'on peut légitimement se demander si elles sont si nouvelles que l'on veut bien le prétendre. « Les « nouvelles » technologies sont plus anciennes que nous ne le pensons généralement » affirme d'ailleurs Michel Serres<sup>1</sup>. Mais avant de même tenter d'offrir une réponse à cette question, il est en tout premier lieu important de se demander si elle mérite d'être posée? En effet, la nouveauté s'apprécie d'abord par le biais d'un regard subjectif qui consiste parfois, selon la réponse que l'on souhaite apporter, à déterminer si une bouteille est à moitié vide ou à moitié pleine. Aussi, il s'avère que les spécialistes en droit des technologies de l'information sont davantage portés à insister sur les particularités de ce droit que les généralistes qui traitent, accessoirement, des technologies de l'information. Un phénomène qui somme toute est passablement humain; plus on scrute avec précision un phénomène, et plus on est porté à lui donner une importance.

Étant donné notre approche parfois quelque peu détachée du droit « traditionnel », positif, étant donné aussi que nous avons axé depuis plus de 10 ans une bonne partie de nos recherches sur ce domaine en émergence, notre cœur balance vers la position selon laquelle le droit des technologies de l'information est un droit différent à bien des égards. Mais les différences ne se matérialisent pas dans la sphère juridique de la même façon partout; d'abord elle est tout fait perceptible dans l'inhérence même du droit du technique alors qu'elle l'est moindrement dans la technique du droit qui est utilisée (Partie 1). Ensuite, si les fonctions essentielles du droit demeurent les mêmes quel que soit l'environnement technologique en cause, ces dernières sont l'objet d'une application nouvelle (Partie 2). Ainsi, les lois récentes qui sont venues, d'une part, faciliter les affaires électroniques et, d'autre part, s'assurer que les rapports de force soient préservés, ont parfois bouleversé le droit en tant que substance.

La première partie s'attachera davantage à ce qui « est »; la seconde plutôt à ce qui « doit ». Fidélité descriptive et point de vue plus subjectif. Cette dichotomie peut être rapprochée sans aucun doute des « deux modèles généraux de connaissance » présentés par Vittorio Villa<sup>2</sup>, l'un prônant le contact avec la réalité, l'autre la mise en avant d'un préalable construit, subjectif.

## Partie 1 – État du droit des affaires électroniques

« Droit du technique et technique du droit ». Par cette formule, nous souhaitons analyser l'état des lieux qui caractérise le droit des technologies de l'information. Deux sections qui, selon nous, présentent des degrés de changement, de nouveauté, qui sont distincts l'un par rapport à l'autre. Alors que ce droit opère une révolution marquée tant quant à sa substance que sur sa forme (Section 1), il n'est pas évident qu'il y ait autre chose qu'une seule évolution dès lors que l'on

---

<sup>1</sup> Michel SERRES, « La communication contre la culture - Entre Disneyland et les ayatollahs », (septembre 2001) *Le Monde diplomatique*, disponible à <http://www.monde-diplomatique.fr/2001/09/SERRES/15620>.

<sup>2</sup> Vittorio VILLA, « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme », dans Paul AMSELEK, *Théorie du droit et science*, Paris, P.U.F., 1994, p. 288. Dans cette même optique, nous pourrions citer Andrew S. BURROWS, « The Will Theory of Contract Revived - Fried's « Contract as Promise » », (1985) 38 *Current Legal Problems* 141, 150.

s'attarde à ce droit en tant que technique (Section 2). Au contraire, la nouveauté exige même parfois de revenir aux sources, au droit ancien.

## **Section 1 – Droit du technique : état d'une révolution**

Face au nouveau, il est prudent d'appréhender une matière avec une approche classique, presque sobre. C'est la raison pour laquelle nous envisagerons l'état du droit des technologies de l'information, en tant que domaine, d'une part en analysant sa substance (1) et, d'autre part, en envisageant sa forme (2).

### **1 – Un droit neuf quant à sa substance**

#### **A – Le droit des technologies de l'information et le droit des chevaux**

Dans une série de discussions passionnantes, et beaucoup plus théoriques que pratiques, le professeur Lawrence Lessig et le juge Easterbrook se sont interrogés sur la question suivante : le cyberspace est-il « neuf », particulier, à un point tel qu'il nécessite de repenser le droit qui lui est applicable<sup>3</sup>? Le droit classique, le « droit des chevaux »<sup>4</sup>, doit-il être différencié du droit du cyberspace? Le professeur Lessig prétend que oui; le juge Easterbrook que non.

Cette question ne peut selon nous être évacuée de façon tranchée, que ce soit vers la différence ou vers l'assimilation des deux droits. L'indépendance du droit du cyberspace, pourtant prônée à ses débuts par certains<sup>5</sup>, est désormais largement décriée. Le vide juridique, solution intermédiaire, est également considéré comme étant une erreur<sup>6</sup>; d'ailleurs le nombre de lois ou autres règlements en tout genre qui sont applicables à Internet est considérable<sup>7</sup>. De l'autre côté, il est difficile de nier que certains éléments de spécificités nous obligent, à nous juristes, de reconsidérer l'encadrement de ces nouvelles sphères.

En premier lieu, l'évolution constante du domaine ne peut pas être sans incidence sur la substance du droit. Cicéron, un siècle avant notre ère, ne disait-il pas que « le domaine du droit

---

<sup>3</sup> Laurence LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, Basic Books, 2000. Frank EASTERBROOK, « Cyberspace and the Law of the Horse », (1996) *University of Chicago Legal Forum* 206; Laurence LESSIG, « The Law of The Horse - What Cyberlaw Might Teach », (1999) *Harvard Law Review* 501. Voir aussi David G. POST, « What Larry Doesn't Get: Code, Law, and Liberty in Cyberspace », (2000) 52 *Stan. L. Rev.* 1439, également disponible à [http://cyber.law.harvard.edu/ilaw/Contract/Post\\_Full.html](http://cyber.law.harvard.edu/ilaw/Contract/Post_Full.html).

<sup>4</sup> L'expression « droit des chevaux » fait référence à l'expression de Karl Llewellyn, fondateur du *Uniform Commercial Code* (U.C.C.), qui justifia notamment l'existence d'un code moderne en prétextant qu'il était difficile de gérer juridiquement les transactions commerciales actuelles en utilisant des règles qui avaient été conçues pour des ventes de chevaux.

<sup>5</sup> John Perry BARLOW, « A Declaration of the Independence of Cyberspace », disponible à <http://www.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>; John Perry BARLOW, « The Economy of Ideas », (1994) disponible à <http://www.wired.com/wired/archive/2.03/economy.ideas.html>.

<sup>6</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>7</sup> Que ce soit par l'émergence de nouvelles lois spécifiques ou par le fait que les lois traditionnelles s'appliquent généralement de la même manière sur Internet.

commence là où finit la recherche de la vérité »<sup>8</sup>? Ainsi, le droit, conservateur par essence, dans un monde qui évolue très rapidement, se trouve confronté à un degré d'obsolescence sans précédent. Aussi, le phénomène évoqué par Grant Gilmore<sup>9</sup>, selon lequel le droit peut être analysé en une succession de courtes époques classiques, reconnaissant la pertinence d'un principe donné comme base théorique, cycliquement interrompues par des phases romantiques<sup>10</sup> beaucoup plus durables<sup>11</sup>, serait encore plus marqué dans un environnement instable comme le notre.

En deuxième lieu, les caractéristiques des technologies font qu'il est souvent, en soi, difficile de les réguler. D'abord, elles sont par définitions techniques, complexes, et cela sous-entend que dans un procès par exemple, leur compréhension ne puisse se faire qu'à travers la médiation d'un expert qui jouera le rôle, pour respecter l'analogie technologique, d'interface avec le juge. Ensuite, elles sont obscures dans le sens où elles sont souvent sous le contrôle de celui qui les utilise. Pour illustrer ce point de vue, la personne qui confie des renseignements personnels à un marchand électronique ne dispose que de bien piètres moyens pour s'assurer qu'il les utilisera en respectant un usage conforme au droit. La fluidité de l'information électronique et l'efficacité de son traitement accentuent sans aucun doute une problématique qui, si elle n'était pas absente du monde réel, est assurément décuplée dans un environnement technologique. Encore, mentionnons leur évolution pour le moins fuyante qui fait que, conformément à la citation de Cicéron précitée<sup>12</sup>, elles sont rapidement obsolètes et donc modifiées ou remplacées. En dernier lieu, et sans que la présente liste ne prétende à l'exhaustivité, l'on peut considérer que les technologies de l'information sont consécutives de changements dans les prérogatives des différentes catégories d'intérêts. Ainsi, des conséquences majeures peuvent avoir pour effet de rendre certaines lois, adaptées à un médium en particulier, difficilement applicables à un autre en émergence. Nous illustrerons ce point de vue tant en ce qui a trait à la protection des renseignements personnels<sup>13</sup> qu'en ce qui touche à l'avènement des réseaux « Peer-to-Peer »<sup>14</sup>.

Enfin, sur le plan économique, plusieurs bouleversements majeurs peuvent être constatés entraînant une réévaluation des équilibres entre les différents intérêts en jeu. Ainsi, les aléas économiques qui ont fait évoluer grandement le domaine depuis bientôt dix ans, ont donné lieu à la fabrication d'accointances tant économiques que politiques. On peut illustrer le phénomène économique par la vague de fusions, notamment au début des années 2000, entre l'industrie du

---

<sup>8</sup> Citation reprise dans Jean-Louis SCHEFER, « L'objet du droit », (1976) *Communications* 1. Ces doutes sont repris dans la doctrine moderne où il est permis de se demander s'il « n'existe pas un écart, peut-être considérable, entre la vision du droit, qui nous est familière, et la réalité? » : Paul DURAND, « La connaissance du phénomène juridique et les tâches de la doctrine moderne en droit privé », (1956) *Dalloz* 73.

<sup>9</sup> Grant GILMORE, *The Death of the Contract*, Columbus (Ohio), State University Press, 1974.

<sup>10</sup> Conformément à la définition de Julien BONNECASE, *Science du droit et romantisme - Le conflit des conceptions juridiques en France de 1880 à l'heure actuelle*, Paris, Sirey, 1928, p. 717 : « Le romantisme juridique, à l'instar du romantisme littéraire, rejette l'existence d'une règle s'imposant du dehors, et plus particulièrement d'une règle à caractère métaphysique, qui serait l'expression, socialement, de l'idée d'ordre inhérente à l'organisation même du monde ».

<sup>11</sup> Suivant une approche très similaire, on peut citer Gaston MORIN, « La désagrégation de la théorie contractuelle du code », (1940) *Archives de philosophie du droit* 7, 8; selon lequel « [u]ne loi sociologique bien curieuse veut que la vie du droit se développe non pas à ciel ouvert, mais en se cachant et en se protégeant sous des notions dont elle amènera finalement la ruine par un usage abusif ».

<sup>12</sup> *Supra*, note 8.

<sup>13</sup> *Infra*, Partie 2, Section 2, paragraphe 2, A.

<sup>14</sup> *Infra*, Partie 2, Section 2, paragraphe 1, B.

contenu et celle des contenants. Sur le plan plus directement politique, beaucoup s'interrogèrent sur la pertinence, voire la légalité, de certaines affaires retentissantes. La meilleure illustration à cet égard, c'est l'affaire Microsoft – compagnie qui porte bien mal son nom, n'étant ni petit, ni doux. Cette entreprise qui après 4 ans de multiples procédures<sup>15</sup>, pour la seule affaire la confrontant à *Netscape*, et ce, en dépit de deux jugements constatant l'infraction au *Sherman Act*<sup>16</sup> de 1890, a échappé à la scission qui avait été initialement souhaitée par le précédent gouvernement américain.

De la même manière, les alliés d'hier peuvent aujourd'hui confronter leurs points de vue, la dématérialisation de la musique ayant par exemple mis en opposition les différents acteurs qui autrefois participaient de façon presque symbiotique à la chaîne de distribution. D'abord, il y a l'industrie du contenu, qui souhaite assurer la protection des œuvres. Ensuite, il y a les fournisseurs d'accès qui souhaitent qu'Internet soit un espace luxuriant pour les internautes, et ce, sans avoir à jouer le gendarme assurant un contrôle qui pourrait être assez lourd. Encore, on peut penser aux grognements de l'industrie de la vente aux détails qui ne comprend ni les prix élevés, ni les taxes sur les supports vierges.

## **B – Le « vague à l'âme » du droit des technologies de l'information**

Outre ces éléments factuels caractérisant ce droit en émergence, il y a de surcroît une pluralité de phénomènes de « dilution » qui caractérise le droit des technologies de l'information.

D'abord, Il faut reconnaître que le droit et les affaires électroniques ne font *a priori* pas bon ménage. Le droit est par essence conservateur, par essence science de la réaction. À savoir, le temps que le juriste fixe à un moment « T » sa perception de la réalité, la réalité court déjà, s'échappe de la tentative d'encadrement que le juriste tente de lui donner. Le second, c'est tout le contraire. Il est fluide et volatile à plusieurs égards. D'abord, il est immatériel, nous y reviendrons, et le droit utilise souvent ce critère pour fixer certaines règles. Ensuite, il est changeant, mouvant, et laisse peu de place à la cristallisation. Encore, il est par essence international, presque communautaire, et de ce fait s'échappe quelque peu au traitement juridique habituel. Non que le droit international n'existe pas; non que les coutumes et usages ne soient pas juridiquement appréhendés<sup>17</sup>. Simplement, la création normative passe par la prise en compte d'intérêts catégoriels qu'il faut, d'une part, identifier et d'autre part, faire participer au processus d'élaboration des règles.

Autre élément d'opposition entre « droit » et affaires électroniques, il est difficile de traiter de la spécialité qu'est le premier sans la confronter à d'autres matières. En effet, face à la complexification du droit, l'une des approches possibles est celle de la multidisciplinarité. Le commerce électronique est un domaine hybride, bâtard, un domaine de convergence de matières qui n'avaient pas normalement pour habitude d'être confrontées. Mais le cyberspace oblige au rapprochement. Aussi, il importe assurément de sortir de l'isolement que tant le droit que l'informatique vénèrent, développent, consacrent, par leur spécialité et leur langue respectives.

Un autre élément de caractérisation du droit des affaires électroniques qui peut être souligné tient au fait que le domaine se prête bien à l'ouverture vers une pluralité de droits, tant le domaine est

---

<sup>15</sup> Voir notamment à [http://www.usdoj.gov/atr/cases/ms\\_index.htm](http://www.usdoj.gov/atr/cases/ms_index.htm).

<sup>16</sup> <http://www.apeccp.org.tw/doc/USA/Policy/sherman.html>.

<sup>17</sup> *Infra*, Partie 1, section 2, 2, B, s'intitulant « Une meilleure prise en compte des usages commerciaux ».

transversal par essence. Il est en effet difficile de trouver un domaine qui ne soit pas touché par les technologies de l'information.

Ainsi, face à cet éclatement du domaine « touche à tout », face à la pluridisciplinarité inhérente, face au nécessaire survol comparatiste que la discipline réclame, il est fascinant de constater l'opposition qu'il est possible de dessiner entre d'une part le droit, intemporel tellement il est vieux, docte et habituellement stable, et les affaires électroniques dont la mouvance limite la cristallisation.

Enfin, nous aurons l'occasion de remarquer combien ce droit du commerce électronique est adolescent. Après tout l'Internet commercial n'a qu'environ une dizaine d'année. En dix ans donc, ce droit s'est pourtant muni de nombreuses sources juridiques de tous les ordres tant il s'agit d'un domaine en vogue, d'un domaine à la mode. Or, par essence, Tout ce qui est à la mode est voué à disparaître. Aussi, il est légitime de se demander si certains domaines rapidement tricotés des affaires électroniques ne seraient pas déjà démodés. Un droit demandant à être revisité après les engouements et les espérances suscités au tout début. Le commerce électronique ne correspond plus en ce début de millénaire à l'euphorie riieuse qui l'accompagnait à la fin de l'ancien. Aussi, face au retour à la raison, on se met maintenant à douter de tout. Douter donc de ces prévisions excessivement optimistes et sur lesquelles se sont notamment basés les investissements massifs des années 1999-2000. Douter de l'utilité du passage à l'électronique, la gestion facile et connue du papier n'étant pas sans intérêts. Douter de la mise en place d'une technique de vente, le commerce électronique, alors que le domaine est encore en bien des points immature.

## **2 – Un droit neuf quant à sa forme**

Après avoir vite présenté quelques éléments de nouveauté liés à la substance de ce droit en émergence, il importe de la même façon d'identifier des éléments de changements portant sur la forme du droit des technologies de l'information. Sans prétendre à un point de vue exhaustif, nous croyons nécessaire d'évoquer un phénomène et une méthode législative. Dans le premier cas, il est remarquable de constater que le droit neuf se matérialise dans de nouveaux principes mais peut être davantage dans une forme processuelle des lois qui se limitent parfois à simplement déclarer la façon de faire plutôt que ce qu'il faut faire; le « comment » serait alors privilégié par rapport au « quoi » (A). Ensuite, nous développerons quelques propos en tentant de catégoriser les différents types de lois qui ne manquèrent pas d'émerger pour encadrer le cyberspace (B).

### **A – La « processualisation » du droit**

Cinq siècles avant notre ère, un débat d'une belle et rare vélocité cherchait à faire la distinction entre, d'une part, le droit « substance », le droit normatif, et, d'autre part, le droit « processus », le droit érigé à la suite d'une procédure prédéterminée. En caricaturant un peu, il est possible d'opposer Aristote, attaché au droit en tant que « valeur », et Platon qui voyait davantage le droit comme un apprentissage consécutif à une processus éducatif rigoureux.

Or, la première thèse, le droit substance qui semblait prédominante, et ce, jusqu'à l'émergence des Chartes, des Constitutions, est en train de faillir, ou du moins d'être concurrencée, face à la complexité de nos sociétés modernes. Car il est désormais difficile de prédire le droit dans une loi. Par nécessité, et non par le choix propre à certains systèmes juridiques, il est en effet

inéluçtable d'apercevoir les législateurs effleurer l'encadrement de situations dont la multiplicité oblige à se cantonner aux principes communs.

Aussi, plutôt que de dire le droit, il est plus facile de montrer le moyen de s'en approcher. Le droit n'est donc plus uniquement une norme mais aussi la diligence d'un comportement donné. Ces affirmations fort doctes nous semblent pourtant clairement vérifiées par les lois récentes qui se contentent de cet objectif. Notons que cette « modestie » législative dans la fixation de ses objectifs n'est sans doute pas moins bonne, même s'il n'est pas sûr qu'elle soit meilleure.

De manière encore plus significative, il est par exemple intéressant de constater que La *Loi canadienne sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*<sup>18</sup> illustre parfaitement cette « processualisation » du droit de la vie privée sur Internet. Ainsi, à plus de vingt reprises, le législateur, par le biais de son annexe 1, incite le gestionnaire responsable des renseignements personnels à mettre sur « papier » la façon dont il entend gérer ces renseignements personnels. La gestion des renseignements personnels, selon une gradation qui dépend de leur sensibilité, doit donc être documentée de manière préalable à l'utilisation de ceux-ci. Pour donner plus de réalité à ces propos, quelques illustrations peuvent être retenues au hasard des dix principes arrêtés dans l'annexe 1. Par exemple, il est prévu que le gestionnaire doit « assurer la mise en œuvre des procédures pour protéger les renseignements personnels »<sup>19</sup>; qu'il s'engage à « assurer la mise en place des procédures pour recevoir les plaintes et les demandes de renseignements y donnant suite »<sup>20</sup>, ou encore qu'il doive « rédiger des documents explicatifs concernant leurs politiques ou procédures »<sup>21</sup>. Dans la même veine, « l'organisation doit documenter les fins auxquelles les renseignements personnels sont recueillis »<sup>22</sup>. Plus généralement, près de trente références sont faites à des termes tels que « politiques », « procédures », « documenter », qui sont assez évasives sur le « quoi faire » mais qui élaborent assez précisément quant à l'obligation de le « faire ». De la même manière que dans la certification de type ISO, dont le CSA n'est d'ailleurs pas étranger, nul contrôle n'est fait sur la substance des politiques mises en place par l'entreprise certifiée; en revanche, il aura été vérifié que certains problèmes ont été « identifiés », « procéduralisés », « documentés » et qu'une solution aura été prévue au préalable, et ce, quelle qu'elle soit. Selon cette approche, et comme dans l'hypothèse de type ISO, il est pris pour acquis que si une entreprise décide de prévoir une façon de gérer les renseignements personnels, il y a de fortes chances qu'elle le fasse de façon diligente et respectueuse des intérêts des individus. Un risque normatif est donc pris sur le fait que la protection de la vie privée change de paradigme et évolue de la traditionnelle vision de coercition vers davantage de coopération. Mais nous en traiterons davantage en envisageant les spécificités liées au fond.

Nous croyons que cette approche présente un intérêt indiscutable, et ce, à plusieurs égards. D'abord, la vie privée, en dépit de beaux principes, est très difficile à contrôler. Aussi, les rares hypothèses où l'on voit de la jurisprudence survenir en la matière sont celles où le plaignant y trouve d'abord un intérêt financier. C'est par exemple le cas pour le contrôle des pourriels où les fournisseurs d'accès Internet perdent de l'argent à cause de l'encombrement de la bande passante

---

<sup>18</sup> Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques, <http://www.canlii.org/ca/loi/p-8.6/tout.html>.

<sup>19</sup> *Id.* article 4.1.4.

<sup>20</sup> *Id.* article

<sup>21</sup> *Id.* article

<sup>22</sup> *Id.* article 4.2.1.

que cela crée. En revanche, il est plus qu'improbable de voir un particulier capable de justifier un intérêt pour effectuer une démarche judiciaire à ce sujet. Ensuite, et bien que ce soit non étranger à la première raison, il est beaucoup plus facile de contrôler une obligation de faire qu'une obligation de ne pas faire. Certes, il existent plusieurs décisions où le détenteur des renseignements personnels utilisent de façon abusive lesdites données; c'est notamment le cas dans les hypothèses de licenciements par des employeurs contrôlant les activités de leurs employés, que ce soit quant à l'utilisation de courriels ou à l'accès à Internet. Néanmoins, cet exemple est très particulier dans la mesure où la preuve de l'utilisation et de la violation est apportée par le plaignant lui-même.

Face aux carences des lois, à leur contrôle et leur respect, face à l'impossibilité et aux faiblesses en bien des cas de contractualiser les relations entre le détenteur des renseignements personnels et l'individu concerné, il est intéressant d'envisager une autre voie, basée sur davantage de collaboration, où la loi privilégiera une approche volontaire pour parvenir à une fin : la protection des renseignements personnels<sup>23</sup>.

## **B – Les trois modes de rédaction des lois relatives aux technologies de l'information**

Mais ce phénomène de main tendue vers le concret, l'industrie, le para-juridique, n'est pas la seule caractéristique que l'on puisse constater en matière de lois portant sur les affaires électroniques. En effet, l'engouement pour le secteur d'activité s'est également manifesté dans le domaine juridique et il est devenu tout aussi populaire, pour les gouvernements, de légiférer, réguler et autrement tenter d'encadrer ce « réseau de réseaux » en pleine effervescence. Durant les années folles, avant et juste après que la « bulle » spéculative ne fasse perdre la raison à plus d'une personne, les lois éclosaient à travers le monde presque quotidiennement. Au Canada, de 1999 à 2002, les 10 provinces<sup>24</sup>, le fédéral<sup>25</sup>, certains territoires<sup>26</sup>, tous éprouvèrent le besoin impérieux, d'urgence légiférer pour dompter l'indompté. Une inflation législative qui ne fut d'ailleurs pas un phénomène local, les États-Unis<sup>27</sup> et encore davantage l'Europe<sup>28</sup> donnant lieu à

---

<sup>23</sup> *Infra*, Partie 2, Section 2, paragraphe 2.

<sup>24</sup> Alberta en 2001, (<http://www.ijcan.org/ab/laws/sta/e-5.5/20050927/whole.html>) et de deux règlements en 2003 (<http://www.ijcan.org/ab/laws/regu/2003r.34/20050927/whole.html> et <http://www.ijcan.org/ab/laws/regu/2003r.35/20050927/whole.html>); Colombie Britannique en 2001 ([http://www.qp.gov.bc.ca/statreg/stat/E/01010\\_01.htm](http://www.qp.gov.bc.ca/statreg/stat/E/01010_01.htm)); Île du Prince-Édouard en 2001 ([http://www.gov.pe.ca/law/statutes/pdf/e-04\\_1.pdf](http://www.gov.pe.ca/law/statutes/pdf/e-04_1.pdf)); Manitoba en 2000 (<http://www.canlii.org/mb/legis/loi/e-55/20050801/tout.html>); Nouveau-Brunswick en 2001 (<http://www.canlii.org/nb/legis/loi/e-5.5/20050801/tout.html>); Nouvelle-Écosse en 2000 (<http://www.canlii.org/ns/laws/sta/2000c.26/20050915/whole.html>); Ontario en 2000 (<http://www.canlii.org/on/legis/loi/2000c.17/20050801/tout.html>); Québec en 2001 (<http://www.ijcan.org/qc/legis/loi/c-1.1/20050915/tout.html>); Saskatchewan en 2000 (<http://www.qp.gov.sk.ca/documents/english/statutes/statutes/e7-22.pdf>); Terre-Neuve en 2001 (<http://www.ijcan.org/nl/laws/sta/e-5.2/20050913/whole.html>);

<sup>25</sup> *Précitée*, note 18.

<sup>26</sup> Yukon en 2002 (<http://www.canlii.org/yk/legis/loi/66/20041124/tout.html>). Les Territoires du Nord-Ouest et le Nunavut ne semblent pas avoir adopté de pareilles lois.

<sup>27</sup> On peut par exemple citer le UCITA (Uniform Computer Information Transaction Act) (<http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ucita/ucita01.htm>) et l'UETA (Uniform Electronic Transaction Act) (<http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/fnact99/1990s/ueta99.htm>).

<sup>28</sup> Voir notamment la Directive européenne sur le commerce électronique, *Journal officiel* n° L 178 du 17/07/2000 p. 0001 – 0016, disponible à <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:FR:HTML>.

des dizaines de textes en tout genre. Une urgence donc qui pourtant ne s'imposait pas forcément<sup>29</sup>.

Ces nombreuses lois ont donné lieu à des approches distinctes qu'il est possible de catégoriser en trois grands groupes : nous sommes en effet face à des législateurs qui peuvent être soit « bavards », « bâtards » ou « avars ».

En tout premier lieu, certaines lois surprisent les commentateurs par leur désir de contrôler l'impossible. De ce fait, plusieurs lois donnèrent lieu à des textes dont l'accessibilité était limitée de par le champ d'application très vaste ainsi que par la longueur des textes desdites lois. Le législateur bavard fut donc souvent décrié à cause de la rupture occasionnée d'avec notamment les principes civilistes voulant qu'une loi n'expose que des principes directeurs larges qui mandatent implicitement le juge à davantage d'interprétation. La *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*<sup>30</sup> répond sans doute à ce premier travers qui n'a sans doute pas aidé à son acceptation tant dans le monde universitaire<sup>31</sup>, judiciaire<sup>32</sup> que dans le milieu des affaires.

En deuxième lieu, plusieurs lois répondent au qualificatif de « bâtarde » dans le sens où elles intègrent des concepts qui ne sont pas originaire du droit. Là encore, la Loi québécoise précitée en est un bon exemple<sup>33</sup> en étant capable de pallier cohérence juridique et fidélité descriptive, pour reprendre les deux directions que le droit positif doit maintenir à observer<sup>34</sup>. Ainsi, le concept de neutralité technologique<sup>35</sup>, plusieurs néologismes préalablement inconnus pour le commun des juristes (identifiant – cycle de vie – certification – normalisation – etc.), sont insérés dans le droit, sans doute avec raison, et ce, même si leur intégration dans le domaine juridique est source à incompréhension. Pour le moment du moins. En fait tout dépend des objectifs d'une loi : les professionnels du droit sont en effet passablement perdus; les administrés, du moins technologiques, risquent quant à eux d'être plus à l'aise avec un pareil texte.

Enfin, en troisième lieu, certains législateurs ont préféré privilégier une approche « avare », en se limitant au strict minimum, et en ne modifiant que les seuls concepts qui ne passent par l'épreuve d'une nouvelle technologie. Ce fut dans un premier temps l'approche française concernant les documents électroniques, en adoptant la *Loi du 13 mars 2000*<sup>36</sup> qui, selon une facture pour le moins lacunaire (environ une page), se limitait à définir les concepts d'écrit et de signature. La

---

<sup>29</sup> La jurisprudence n'a que rarement fait l'objet de « technophobie ». En effet, il est plus courant de déceler des décisions qui favorisent l'utilisation des technologies de l'information que le contraire. À titre d'exemple, la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Rolling c. Williann Investments Ltd.*, (1989) 70 O.R. 2d 578, a prétendu ce qui suit : « Where technological advances have been made which facilitate communications and expedite the transmission of documents we see no reason why they should not be utilized. Indeed, they should be encouraged and approved ».

<sup>30</sup> *Supra*, note 24.

<sup>31</sup> Voir par exemple Claude FABIEN, « La preuve par document technologique », (2004) 38-3 *Thémis* 535, également disponible à <http://www.themis.umontreal.ca/pdf/rjtvol38num3/fabien.pdf>.

<sup>32</sup> Il est sans doute dommage de constater dans les quelques décisions évoquant cette loi que les juges ne dominant que peu le concept de document technologique. Plutôt que de vérifier l'existence du concept central « d'intégrité », les décisions en cause tendent à admettre ou refuser les documents sur support électronique sans qu'aucune référence à ce critère ne soit utilisée. Voir par exemple *Citadelle, Cie d'assurance générale c. Montréal (Ville)*, 2005 IJCan 24709 (QC C.S.), disponible à : <http://www.ijcan.org/qc/jug/qccs/2005/2005qccs59101.html>.

<sup>33</sup> *Supra*, note 24.

<sup>34</sup> Voir les propos précédents dans l'introduction.

<sup>35</sup> *Infra*, Partie 2, Section 1, Paragraphe 1, A.

<sup>36</sup> Disponible à <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnTexteDeJorf?numjo=JUSX9900020L>.

situation se gâta par la suite avec d'autres règlements et d'autres lois qui quant à eux possédaient leur lot de complexité.

Tant la substance que la forme du droit méritaient un aperçu global quant aux changements opérés pour encadrer les technologies de l'information. Une fois cet exercice accompli, il nous importe de nous intéresser sur les techniques juridiques disponibles pour ce faire.

## **Section 2 – Techniques du droit : état d'une évolution**

« Techniquement », entendons par cet adverbe, « sur le plan juridique », il est raisonnable de croire qu'il faille appréhender la nouveauté du domaine avec une certaine dose de circonspection. Une prudence donc qu'il est raisonnable d'atteindre en utilisant au mieux les outils qui sont à la disposition des différents acteurs pour tenter d'encadrer ce droit nouveau. Comme nous l'avons vu, le droit des technologies de l'information est un domaine difficile à saisir qui nécessite une attention particulière. Aussi, au même titre que tout piéton ayant à traverser une rue passagère, il est nécessaire de regarder en arrière et en avant. Appliqué à notre situation, le regard en avant se comprend dans l'utilisation de procédés juridiques, principalement dans les lois nouvelles, afin de régir des situations liées aux technologies de l'information (1). Par l'image du regard en arrière, il importe de considérer que le droit dispose de procédés anciens permettant d'intégrer avec souplesse la nouveauté (2).

### **1 – Les outils utilisés dans les nouvelles lois**

Depuis la nuit des temps, le législateur disposa dans sa « caisse à outils » de procédés classiques pour tenter d'appréhender le futur. Des solutions classiques qui ne manquèrent pas de survenir dans les nouvelles lois sur les technologies de l'information que nous avons brièvement exposées. Deux d'entre elles méritent une attention particulière, à savoir, la fiction (A) et la présomption (B).

#### **A – Les fictions**

Commençons par la fiction et par sa définition. Une définition fort personnelle qui pourrait s'intituler comme l'altération ou l'émergence d'un concept juridique dont l'avènement est rendu nécessaire par la méconnaissance de la réalité des choses.

Nous ne nous attarderons pas sur cette définition si ce n'est pour dire, que face à une « réalité vivante » qui change, Internet, il importe d'adapter le droit positif tout en étant en accord avec les principes juridiques directeurs. Or, pour ce faire, certains travers « subjectifs » peuvent être instaurés. Des travers qui maltraitent ou forcent la conciliation entre ces trois niveaux de compréhension du droit.

Dans les différentes lois sur les technologies de l'information, les fictions sont fréquemment utilisées. Sans objectif d'exhaustivité, il est possible d'en citer quelques unes particulièrement marquantes et répétées dans les divers textes de droit nationaux.

En premier lieu, l'on peut évoquer par exemple le fait que la machine contracte au nom de son « maître », de son programmeur, au même titre que l'esclave pouvait sous l'antiquité conclure certains actes sans avoir pourtant la capacité juridique<sup>37</sup>. Ainsi, selon plusieurs lois, l'on ne peut

---

<sup>37</sup> Vincent GAUTRAIS, *Le contrat électronique international – encadrement juridique*, Bruxelles, Bruylant / Academia-Bruylant, 2002, p. 139 et suiv. Voir aussi tout le débat sur les agents électroniques, notamment ceux de

nier la conclusion d'un contrat sur la seule base qu'il ait été initié par une machine. C'est ce que reconnaissent, par exemple, les article 35 de la *Loi québécoise concernant le cadre juridique des technologies de l'information*<sup>38</sup> et 20 de la *Loi ontarienne sur le commerce électronique*<sup>39</sup>.

Une fiction peut aussi être décelée dans le principe selon lequel il y aurait un traitement distinct entre un document et son contenu. Cette indépendance du support d'un document et le document lui-même semble en effet s'appliquer désormais à tous les documents laissant présager que les deux étant dissociables<sup>40</sup>. Pourtant, il nous apparaît indiscutable que les deux entités vivent une relation symbiotique qui ne peut les rendre totalement étranger l'un par rapport à l'autre<sup>41</sup>.

L'on peut également citer les concepts centraux, que nous reverrons, de la neutralité technologique<sup>42</sup>, de l'équivalence fonctionnelle<sup>43</sup>, de la documentation sécuritaire<sup>44</sup>.

Mais ces fictions si elles constituent des raccourcis utiles et directifs, apportant facilitation forçant à plus de cohérence, ne devrait être utilisées qu'en dernier recours. Comme l'affirmait le doyen Cornu,

« Il serait préférable d'éviter la dénaturation inhérente à la fiction, lorsqu'un procédé plus neutre – et tout aussi ingénieux – permet d'obtenir un résultat équivalent. »<sup>45</sup>

Cet auteur dont la renommée n'est plus à consacrer, s'est en effet attaché à la dématérialisation des communications et évoqua l'utilisation de la fiction en matière du concept « d'écrit ». Aussi, il affirme :

« Ainsi, pour répondre au progrès de la technologie dans l'expression des signes, est-il vraiment nécessaire, comme le font ou envisagent de la faire certaines législations, d'énoncer que l'écrit consiste dans « toute expression lisible portée sur un support papier, optique ou magnétique »? Au lieu de déformer, dans sa définition, la notion millénaire d'écrit et de faire abstraction de la base tangible originelle qu'est l'original ne suffisait-il pas, substituant à la fiction le procédé lui aussi consacré et aussi imaginaire qu'est l'assimilation, de poser que ces procédés nouveaux – qui méritent en effet d'être valorisés – sont assimilés à l'écrit quant à leurs effets, dans la mesure où ils présentent, par leur caractère durable et fidèle (puisque ce sont les deux critères de valeur de la preuve écrite) des garanties équivalentes? Imagination pour imagination... »

---

Ian R. KERR, « Les dispositifs électroniques autonomes dans la Loi uniforme sur le commerce électronique », disponible à <http://www.ulcc.ca/fr/cls/fkerr.pdf>.

<sup>38</sup> *Précitée*, note 24.

<sup>39</sup> *Id.*, cet article pour le moins laconique affirme doctement : « Un contrat peut être formé par l'interaction d'un agent électronique et d'un particulier ou par l'interaction d'agents électroniques. »

<sup>40</sup> *Id.*, l'article 2 ne précise-t-il pas que : « Ainsi, les supports qui portent l'information du document sont interchangeables et, l'exigence d'un écrit n'emporte pas l'obligation d'utiliser un support ou une technologie spécifique. »

<sup>41</sup> Marshall MCLUHAN, *Understanding Media : The Extensions of Man*, MIT Press, 1994, disponible à <http://heim.ifi.uio.no/~gisle/overload/mcluhan/umtoc.html>.

<sup>42</sup> *Infra*, Partie 2, Section 1, paragraphe 1, A.

<sup>43</sup> *Infra*, Partie 2, Section 1, paragraphe 1, B.

<sup>44</sup> *Supra*, Partie 1, Section 1, paragraphe 2, A.

<sup>45</sup> Gérard CORNU, « L'imagination à bon droit? », 2<sup>e</sup> conférence Albert-Mayrand, Montréal, Éditions Thémis, 1998, p. 15.

Il s'agit donc d'un moyen qui entre assurément dans la « caisse à outils » du législateur désireux d'encadrer les nouvelles technologies. Néanmoins, son utilisation n'est pas toujours anodine, pas neutre comme nous le verrons plus tard.

## B – Les présomptions

Là encore, commençons par la définition, d'autant que nous avons la chance d'en avoir une dans le C.c.Q. où l'article 2846 C.c.Q. dispose que « La présomption est une conséquence que la loi ou le tribunal tire d'un fait connu à un fait inconnu. » Une formule fort élégante et pleine d'affirmation où l'on met de nouveau de l'avant le caractère docte, affirmé, péremptoire de la loi qui affirme, qui écrase, qui adoube, qui trie le bon grain de l'ivraie.

Là encore, l'usage de cette technique juridique est pour le moins fréquente, et nous pouvons une nouvelle fois en donner pour preuve la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*<sup>46</sup> qui l'utilise relativement à la réception d'un document<sup>47</sup>, à l'envoi d'un document<sup>48</sup>, à l'utilisation d'un certificat par son détenteur<sup>49</sup>, à l'intégrité du document détenu par un tiers<sup>50</sup>, etc.

Mais je me permettrai de revenir sur une présomption qu'il importe d'identifier, lourde de conséquences, qu dispose d'un traitement tel qu'elle fut directement intégré dans le Code civil du Québec, à savoir, l'article 2840 C.c.Q. qui prévoit :

« Il n'y a pas lieu de prouver que le support du document ou que les procédés, systèmes ou technologies utilisés pour communiquer au moyen d'un document permettent d'assurer son intégrité, à moins que celui qui conteste l'admissibilité du document n'établisse, par prépondérance de preuve, qu'il y a eu atteinte à l'intégrité du document. »

Cette présomption est particulièrement importante dans le sens où n'est pas neutre quant aux avantages qu'elle autorise à certaines personnes.

Notons que cette présomption ne vaut que pour le support et non pour le document lui-même. Dans le cas plus global d'une présomption de l'intégrité de l'ensemble du document technologique, ceci eût été un changement radical du droit de la preuve et de la philosophie qui la sous-tend<sup>51</sup>. La preuve de l'intégrité de l'information contenue dans un document reste donc à prouver par celui qui veut invoquer ledit document. Néanmoins, il est loisible de se demander ce qui justifie une telle « faveur » probatoire à l'utilisateur d'un document technologique. Peut-être ne voulait-on pas, comme mentionné plus haut, diversifier les éléments de preuve que l'intéressé aurait dû présenter. En fait, on a sans doute voulu calquer la situation qui prévaut dans le domaine des contrats papier où celui qui l'invoque doit présenter le document, mais pas l'ensemble du processus d'archivage qui la caractérisait.

Le problème pratique auquel on risque en revanche d'être confronté, c'est que ces deux éléments, l'information et le support, sont très intimement reliés. Ainsi, il y a fort à parier que la personne

---

<sup>46</sup> *Précitée*, note 24.

<sup>47</sup> *Id.*, art. 31.

<sup>48</sup> *Id.*

<sup>49</sup> *Id.*, art. 57.

<sup>50</sup> *Id.*, art. 33.

<sup>51</sup> Et de l'adage latin « actor incumbit probatio ».

qui voudra faire valoir l'intégrité d'un document technologique aura tendance à se fonder également sur son support et sur la fiabilité de l'environnement qui le caractérise.

Une autre présomption très souvent utilisée, mais pas dans la loi québécoise, consiste à considérer une signature comme étant présumée valide dès lors qu'elle respecte certaines conditions particulières. Cette façon de faire est particulièrement utile dans le sens où elle donne un guide aux acteurs sans leur empêcher d'utiliser d'autres modes de signatures. C'est par exemple le cas de la *Directive européenne sur les signatures électroniques*<sup>52</sup> qui propose une définition de signature « en général » et une autre dite « renforcée » qui bénéficie d'une présomption de validité.

## **2 – Les outils à revaloriser dans le droit ancien**

Mais les technologies nouvelles ne sont pas uniquement régies par le droit nouveau. Loin s'en faut. D'ailleurs, il est fascinant de voir qu'au Canada pour le moins, où la réaction législative pour encadrer les technologies de l'information a été assez lente, la plupart des réponses jurisprudentielles l'ont été sur la base du droit « traditionnel »<sup>53</sup>. Loin de critiquer cette lenteur qui est généralement associée à davantage de réflexion, de pondération aussi, il est en revanche nécessaire que le droit positif extériorise son regard tant vers davantage de théorie (A) que vers plus de normes informelles (B). En effet, face à la nécessaire généralité des lois, qui doivent par essence être capable de s'appliquer à une grande variété de situations, il importe d'élargir sa vision afin de gérer le neuf aussi avec le vieux.

### **A – Les fondamentaux du droit : l'illustration des contrats électroniques**

L'une des illustrations qui peut être facilement apportée à ce nécessaire regard vers les principes généraux du droit est le droit des contrats électroniques. En effet, avec l'avènement des technologies de l'information, plusieurs modes pour signifier un consentement sont apparus. Une trilogie plus connue sous l'appellation d'origine anglaise est souvent utilisée pour montrer cette variété possible : le « shrink-wrap », le « clic-wrap » et le « browse-wrap ». Alors que le premier, qui est à l'origine du suffixe « wrap », correspond au contrat selon lequel un adhérent est censé accepter un certain nombre de clauses contractuelles en déchirant une pellicule de cellophane qui entoure généralement un logiciel ou un disque, les deuxièmes, comme leur nom l'indique en partie, sont ceux qui lient les adhérents par le biais d'un simple clic. Les troisièmes enfin, correspondent à la même problématique où un contrat est conclu par le seul fait de rendre disponible un lien hypertexte généralement en bas d'une page avec plusieurs stipulations contractuelles expliquant que le seul fait d'utiliser le présent site Internet correspond à une acceptation des clauses disponibles par ledit hyperlien.

Si les interrogations sur la validité de telles façons de faire ont été assez souvent présentées devant les tribunaux, c'est généralement sans qu'aucune précision législative n'ait été apportée.

---

<sup>52</sup> *Directive 1999/93/CE du parlement européen et du conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques*, Journal officiel n° L 013 du 19/01/2000, p. 0012 – 0020.

<sup>53</sup> Par exemple, on peut citer l'ensemble des décisions touchant aux communautés « Peer-to-Peer » (comme par exemple *BMG Canada c. Joe Doe*, 2004 CF 488, disponible à <http://decisions.fct-cf.gc.ca/cf/2004/2004cf488.shtml>). Même chose pour les rares décisions québécoises en droit des contrats (telle que *Aspender l.com c. Paysystem*, 2005 IIJCAN 6494, disponible à <http://www.ijcan.org/qc/jug/qccq/2005/2005qccq52994.html>). D'ailleurs, la situation ne pouvait être différente : en effet, aucune loi n'est encore venue statuer sur ces domaines du droit.

Plus naturellement, c'est en se basant sur les principes généraux du consentement que le débat fut tranché. Au cas par cas donc, les juges ont déterminés si l'existence du consentement était réelle. Pour ce faire, là encore, il importe d'osciller entre ce qui « est » et ce qui « doit ». En ce qui a trait à la fidélité descriptive d'abord, il importe de s'assurer que l'écran permet une lecture facile des clauses qui vont s'imposer à l'adhérent. Plusieurs décisions tiennent compte de cet élément mais en ayant trop souvent tendance à considérer que l'écran ne change rien au papier; que la mise à la connaissance du document électronique était toute aussi bonne que celle que l'on pourrait avoir avec un papier. Ce que nous récusons<sup>54</sup>.

Quant à l'application du droit, la seule question qui prévaut en l'espèce porte sur l'existence du consentement. Aussi, il s'agit de s'assurer que l'adhérent a eu une connaissance suffisante des clauses du contrat. C'est d'ailleurs le critère qui est clairement mis de l'avant dans le vieil arrêt albertain *King*<sup>55</sup>, trop souvent oublié, portant sur un contrat « shrink-wrap », où le juge d'appel considère que les efforts entrepris pour mettre à la connaissance de l'adhérent les clauses en question avaient été suffisants. En revanche, la situation n'est pas claire dans le cas des « clic-wraps » où des jugements semblaient s'opposer quant à la validité d'un pareil procédé. Si l'arrêt phare, *Rudder c. Microsoft*<sup>56</sup>, a longtemps été invoqué pour justifier trop rapidement la validité d'un clic, certains jugements postérieurs, comme par exemple l'affaire *Aspender I*<sup>57</sup>, ont fait preuve d'une plus grande retenue pour le moins salvatrice. Enfin, concernant les « browse-wraps », si la situation n'était pas forcément claire au départ<sup>58</sup>, il est désormais assez unanimement reconnu que ce mode de consentement n'est généralement pas satisfaisant étant donné le fait que les chances que l'adhérent prenne connaissance du contenu contractuel sont pour le moins ténues.

Ainsi, la plupart des décisions sur la question ont donc évalué l'existence du consentement en se basant à la fois sur des éléments objectifs (forme des contrats, faculté de renoncement, etc.) et subjectifs (qualité des parties, connaissance du médium, etc.) sans qu'aucun changement législatif<sup>59</sup> n'est été nécessaire, les juges eurent « simplement » à appliquer les critères habituels en la matière.

## **B – Une meilleure prise en compte des usages commerciaux**

Comme nous l'avons vu précédemment, le droit des technologies de l'information ne peut se limiter ni au droit neuf qui a été construit spécifiquement pour lui, ni par le droit vieux qui s'applique indépendamment du mode de communication utilisé.

Concernant les usages commerciaux comme outils pour compléter le droit parfois flou des technologies de l'information, il est possible de prendre pour exemple la sécurité des documents électroniques. En effet, il est fascinant de constater combien les lois susceptibles de s'appliquer en la circonstance sont muettes quant à la concrétisation de ce critère. Par exemple, la *Loi*

---

<sup>54</sup> Voir notamment Vincent GAUTRAIS, « Les contrats de cyberconsommation sont presque tous illégaux! », (2005) *Revue du Notariat* 617 – 65.

<sup>55</sup> *North American Systemshops c. King*, (1989) 68 *Alberta Law Reports* (2d) 145, 26 C.I.P.R. 165 (C.A.).

<sup>56</sup> *Rudder c. Microsoft*, (1999), 2 C.P.R. (4th) 474.

<sup>57</sup> Par exemple, *Aspender I.com. c. Paysystems*, 2005 IIJCan 6494 (QC C.Q.), précitée, note 53.

<sup>58</sup> *Kanitz v. Rogers Cable Inc.*, (2002), 21 B.L.R. (3d) 104.

<sup>59</sup> On peut simplement évoquer les tous récents amendements à la *Loi ontarienne sur la protection des consommateurs* qui prévoit un certain nombre de dispositions sur les conventions électroniques. On peut également citer l'article 35 de la *Loi québécoise concernant le cadre juridique des technologies de l'information*.

*concernant le cadre juridique des technologies de l'information*<sup>60</sup> utilise à cet égard les expressions « moyen approprié »<sup>61</sup>, « moyens technologiques appropriés »<sup>62</sup>, « mesures de sécurité propres à en assurer la confidentialité »<sup>63</sup> ou encore « moyens technologiques convenus »<sup>64</sup> pour préciser l'obligation. Or, il apparaît clairement que tout cela manque cruellement de précision, laissant une importante part d'appréciation tant à l'entité responsable du système de sécurité informatique qu'au juge qui aurait à statuer sur un éventuel litige. Là encore, nul besoin de critiquer l'approche législative qui ne peut que difficilement être plus prolix. D'ailleurs, il s'agit d'une façon de faire pour le moins commune : c'est le cas, par exemple, de la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*<sup>65</sup>, Les articles 4.7 et suivants de l'Annexe 1 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*<sup>66</sup>, la *Loi sur les banques*<sup>67</sup>, et bien d'autres.

Malheureusement, les usages commerciaux jouissent d'une perception juridique pour le moins insatisfaisante. En premier lieu, il est à noter que les juges sont récalcitrants à reconnaître l'existence d'une pareille norme, quelque peu enclin à favoriser le réflexe positiviste se limitant aux lois, à la jurisprudence et aux stipulations contractuelles. Ce conservatisme se matérialise d'ailleurs dans l'utilisation de critères mal adaptés qui considèrent un usage réalisé dès lors qu'il est ancien, fréquent, uniforme ou général. Mal définis, ces critères ne permettent pas de reconnaître facilement la présence d'une telle norme et ils sont trop souvent balancés sans contestation possible justement de façon ancienne, fréquente, uniforme ou générale<sup>68</sup>. Pire, ils ne permettent pas de décrire adéquatement la réalité normative que l'on tente de mettre de l'avant tant au plan de la qualité des institutions qui sont à l'origine de ces normes que de celle des règles à proprement parler. Ainsi, sur la base des critères classiques précités, il est difficile à dire si un juge pourrait reconnaître des normes ISO, MEHARI ou COBIT comme étant une source capable de mesurer le respect d'une obligation légale de sécurité. Ces normes sont en effet récentes, utilisées différemment selon les secteurs d'activité. Il est loisible de s'interroger sur la pertinence de mettre de l'avant d'autres critères qui pourraient davantage tenir compte de l'effort institutionnel à mettre de l'avant ces normes, du processus de consensus entrepris, de l'effectivité de leur application ou de la légitimité attachée aux normes à proprement parler. Certes, l'évanescence de ces concepts risque de les rendre tout aussi imprécis que ceux que nous condamnons. Néanmoins, le fait qu'ils correspondent à une description plus fidèle de la réalité nous amène à croire qu'ils permettraient assurément de faciliter grandement au lien nécessaire entre « droit » et « normes techniques ».

En second lieu, la difficile perception des usages commerciaux au sein des sources juridiques tient également au fait qu'une partie dominante de la doctrine tend à les considérer comme étant des sources d'origine contractuelle plutôt que comme une norme autonome, indépendante de ce que les parties ont pu stipuler. Outre le fait que la perception contractuelle des usages est contraire tant à la réalité du cyberspace que l'on tente d'encadrer (la volonté les parties étant

---

<sup>60</sup> *Précitée*, note 24.

<sup>61</sup> *Id.*, art. 34.

<sup>62</sup> *Id.*, art. 24.

<sup>63</sup> *Id.*, art. 2.

<sup>64</sup> *Id.*, art. 26.

<sup>65</sup> L.R.Q. c. P-39.1, disponible à <http://www.ijcan.org/qc/legis/loi/p-39.1/20050915/tout.html>, art. 10.

<sup>66</sup> *Précitée*, note 18.

<sup>67</sup> *Loi sur les banques et les opérations bancaires*, [1991], c. 46, art. 244 et suivants.

<sup>68</sup> Voir V. GAUTRAIS, *op. cit.*, note 37, pp. 229 et suivantes.

pour le moins illusoire) qu'à bon nombre d'auteurs en droit commercial (beaucoup plus prompts que les civilistes à reconnaître le caractère normatif aux usages), elle se perçoit aussi étant donné l'incapacité conceptuelle de mettre les usages ailleurs. Cette incapacité à préciser la nature des usages commerciaux se traduit d'ailleurs par quelques décisions étranges qui considèrent certains contrats comme étant un usage même si la personne à qui on l'applique n'est pas une partie contractante<sup>69</sup>.

Flous par essence, les usages commerciaux sont laissés de côté par une jurisprudence et une doctrine dominantes quelque peu empêtrées dans un classicisme castrateur tant au point de vue de leur nature que de leurs critères d'existence. Pourtant, un meilleur arrimage entre droit et normes de la communauté d'affaires apporterait la prévisibilité qui manque assurément dans un domaine neuf et qui demande à être mieux maîtrisé. Un apport de conceptualisation du droit sur le sujet aurait pour effet de légitimer certains processus, parfois extrêmement bien structurés, et qui méritent une reconnaissance juridique plus assise que celle qui prévaut pour le moment. Dans le cas contraire, le risque est de justement voir le monde des affaires se construire à l'orée du droit; sans l'apport du droit.

## **Partie 2 – Fonctions du droit des affaires électroniques**

Et tout ce droit nouveau, à quoi sert-il ? Bien sûr, nous l'avons vu, il vise à rassurer face aux présumés « vide » ou « flou » juridiques qui sont évoqués par plusieurs. Ce rôle d'adaptation du droit qui est de plus en plus souvent changé par le législateur est sans doute nécessaire et constitue assurément une réalité bien contemporaine; surtout quand la réalité vivante à réguler est, comme nous l'avons vu, extraordinairement évolutive.

Mais de façon plus analytique, conformément à ce que prétendait Clare Dalton, le droit dispose de deux fonctions essentielles, deux objectifs qui, sans s'opposer, sont plus ou moins présents selon les domaines, selon les lois<sup>70</sup>. Le premier est de considérer le droit comme un « outil » facilitant une meilleure efficacité des relations au sein d'une communauté donnée (Section 1); le second vise davantage à assurer un rôle de « censeur », de partage des prérogatives au gré des intérêts catégoriels en cause (Section 2). C'est donc autour de ces deux axes que nous développerons la présente partie.

### **Section 1 – Droit des affaires électroniques et facilitation des technologies de l'information**

La fonction du droit comme « outil » fut particulièrement présente dans le droit du commerce électronique avec l'avènement des premières lois, de 1999 à 2002. En effet, il fallait intervenir afin d'éviter les situations de blocage qui ne manquaient pas de survenir entre le droit ancien et les situations nouvelles. Pour y parvenir, ces lois que nous qualifierons de première génération, sont venues empêcher que l'on ne puisse pas utiliser une nouvelle technologie du fait d'une disposition législative faisant référence au papier. C'est donc principalement en droit de la preuve que ces changements se firent sentir (2), et ce, en se basant sur de nouveaux concepts phare (1).

---

<sup>69</sup> 1267623 Ontario c. Nexx Online, [1999] O.J. No. 2246 (CS), disponible à <http://www.cyberspacelaw.org/loren/netiquette.html>.

<sup>70</sup> Clare DALTON, « An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine », (1985) 94 *Yale Law Journal* 999.

## 1 – Les nouveaux outils juridiques pour faciliter l'utilisation des technologies de l'information

Parmi les créations conceptuelles de toute première importance, il en est deux qui méritent une attention particulière tant à cause du fait de leur innovation intrinsèque que de la place prédominante qui leur a été conférée. Aussi, nous évoquerons successivement la neutralité technologique (A) et l'équivalence fonctionnelle (B).

### A – La neutralité technologique

La neutralité technologique est un outil intervenu afin de répondre à au moins deux préoccupations déclarées des législateurs en charge d'encadrer les technologies de l'information : d'abord, il importait de ne pas favoriser une technologie plutôt qu'une autre. Ensuite, il fallait s'assurer que le traitement d'un document soit indépendant du support utilisé, qu'il devait être interprété et évalué juridiquement sans référence directe à son support mais simplement quant à la qualité de son contenu.

Relativement à la première catégorie qui consiste donc à considérer la neutralité technologique comme une « façon de faire », les interprétations ont donné lieu à certaines nuances plus ou moins floues. Une première approche est de clairement faire un lien entre le principe de neutralité technologique et la façon de faire une loi. Pour souligner cette vision, nous retiendrons d'abord la définition proposée par les professeurs Trudel et Poulin dans le cadre de la *Loi québécoise concernant le cadre juridique des technologies de l'information* qui définissent le concept de la façon suivante :

« Neutralité technologique : Caractéristique d'une loi qui énonce les droits et les obligations des personnes de façon générique, sans égard aux moyens technologiques par lesquels s'accomplissent les activités visées. La loi est désintéressée du cadre technologique spécifique mis en place.

La loi ne spécifie pas la technologie qui doit être installée pour la réalisation et le maintien de l'intégrité des documents et l'établissement d'un lien avec un document. De plus, elle n'avantage pas l'utilisation d'une technologie au détriment d'une autre. La détermination de la valeur juridique des documents et des procédés d'authentification s'appuie sur des critères n'emportant pas l'obligation d'agir selon des normes ou standards particuliers. »<sup>71</sup>

Cet élément s'est également traduit dans plusieurs lois ou textes internationaux par le fait que l'on ne puisse refuser une technologie sur la seule base qu'elle est de nature électronique<sup>72</sup>, ce qui

---

<sup>71</sup> Daniel POULIN et Pierre TRUDEL (dir.), *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, texte annoté et glossaire*, Centre de recherche en droit public, septembre 2001, disponible à l'adresse suivante : [http://www.autoroute.gouv.qc.ca/loi\\_en\\_ligne/glossaire/g109.html](http://www.autoroute.gouv.qc.ca/loi_en_ligne/glossaire/g109.html).

<sup>72</sup> Par exemple, la Loi modèle de la CNUDCI sur les signatures électroniques, 05 juillet 2001, A/CN.9/483, disponible à <http://www.uncitral.org/french/texts/electcom/ml-elecsign.pdf>, article 3 : « Aucune disposition de la présente Loi, à l'exception de l'article 5, n'est appliquée de manière à exclure, restreindre ou priver d'effets juridiques une quelconque méthode de création de signature électronique satisfaisant aux exigences mentionnées au paragraphe 1 de l'article 6 ou autrement satisfaisant aux exigences de la loi applicable. » Voir aussi l'article 2 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, précitée, note 24.

d'ailleurs ne s'est quasiment jamais révélé dans la jurisprudence<sup>73</sup>. D'autres sources misent davantage sur le fait qu'aucune discrimination ne soit faite<sup>74</sup> ou, ce qui peut être considéré comme étant similaire, qu'une technologie ne soit favorisée<sup>75</sup>.

La seconde approche est plus substantielle et dispose de liens si forts avec la première qu'il existe souvent une confusion, voire une fusion, des deux éléments. Cette fusion, justement, est susceptible d'être aperçue à l'article 2 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* qui prévoit :

« À moins que la loi n'exige l'emploi exclusif d'un support ou d'une technologie spécifique, chacun peut utiliser le support ou la technologie de son choix, dans la mesure où ce choix respecte les règles de droit, notamment celles prévues au Code civil.

Ainsi, les supports qui portent l'information du document sont interchangeables et, l'exigence d'un écrit n'emporte pas l'obligation d'utiliser un support ou une technologie spécifique. »<sup>76</sup>

Si le premier paragraphe établit clairement que sauf exception, aucune technologie ne peut être occultée, le second est davantage un jugement de valeur ayant des conséquences substantielles.

Pourtant, quelle que soit la compréhension que l'on privilégie, le concept de neutralité technologique apparaît désormais dans plusieurs lois nationales. C'est notamment le cas au Québec où la nouvelle Section 6 du Chapitre premier du Titre 2 du Livre 7 du *Code civil du Québec* s'intitule désormais « Des supports de l'écrit et de la neutralité technologique » au lieu et place des anciennes « Inscriptions informatisées »<sup>77</sup>. Ce seul intitulé semble en effet laisser croire que la neutralité technologique n'est pas seulement une façon de rédiger les lois mais bien un principe juridique substantiel, une fiction<sup>78</sup>. Sans qu'il apparaisse aussi explicitement intronisé dans les différents systèmes juridiques, le principe de neutralité technologique est sous-jacent aux lois ou règlements adoptés. Il est néanmoins atténué par certaines tendances.

---

<sup>73</sup> Une des rares illustrations que l'on peut déceler un juge faire preuve d'intransigeance à l'utilisation d'une nouvelle technologie est en droit français où, du fait de certaines dispositions du Code civil associant la signature au caractère manuscrit, quelques décisions semblaient faire état d'un refus sur cette seule base.

<sup>74</sup> CNUDCI, « Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente-huitième session, » (2001) A/CN.9/484, page 7, n°23, disponible à <http://www.uncitral.org/french/sessions/unc/unc-34/484.pdf>: « En ce qui concerne le paragraphe 5, on a demandé ce que signifiaient les mots « une approche techniquement neutre ». On a reconnu que ces mots, tels qu'ils étaient utilisés dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, exprimaient le principe de la non-discrimination entre l'information sur support papier et l'information communiquée ou stockée sous forme électronique. Il a été néanmoins généralement convenu que le projet de Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques devait également refléter le principe selon lequel aucune discrimination ne devait être faite entre les diverses techniques susceptibles d'être utilisées pour communiquer ou stocker électroniquement l'information, un principe souvent appelé « neutralité technologique. » Voir aussi UNCITRAL, « Electronic Signatures Draft Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures », (2001) A/CN.9/WG.IV/WP.88, p. 37, disponible à [http://www.uncitral.org/english/sessions/wg\\_ec/wp-88e.pdf](http://www.uncitral.org/english/sessions/wg_ec/wp-88e.pdf).

<sup>75</sup> John D. GREGORY, « Technology Neutrality and the Canadian Uniform Acts », dans Daniel POULIN, Actes du colloque international « Internet pour le droit », 2002, Montréal, disponible à <http://www.canlii.org/conf2002/actes/gregory.pdf>.

<sup>76</sup> *Précitée*, note 24.

<sup>77</sup> Articles 2837 et suivants C.c.Q.

<sup>78</sup> *Supra*, Partie 1, Section 2, paragraphe 1, A, s'intitulant Les fictions.

D'abord, si la neutralité technologique est également de mise en France, aux États-Unis ou en Angleterre, elle n'implique pas une absence de considérations techniques et il est possible de constater plusieurs lois qui intègrent de telles composantes. La technique est donc souvent indissociable du droit et notamment, comme au Québec, par le biais de son intégration directe dans les lois. D'autres pays, comme la France, ont plutôt choisi la voie du « botté en touche » où l'on disposa d'abord d'une loi assez peu technique mais qui fut ensuite complétée par des décrets, circulaires et arrêtés peut-être plus faciles à comprendre par des technologues que par des juristes<sup>79</sup>.

Toutes ces lois à haute teneur technologique illustrent néanmoins, selon nous, la confusion qui semble s'instaurer entre la neutralité technologique comme méthode législative et comme principe substantiel.

Le concept de neutralité technologique est donc une fiction, un dogme, dont nous comprenons la finalité; une finalité fonctionnelle, utilitariste, permettant, d'une part, d'éviter que des technologies ne soient invalidées par le seul fait d'être électroniques et, d'autre part, que des dispositions législatives empêchent, par leur attachement au papier, que les nouvelles technologies ne soient utilisées. À ces deux inquiétudes, pourtant, et sauf certaines juridictions plus formalistes<sup>80</sup>, la jurisprudence avait le plus souvent su répondre avec pragmatisme et un sens aguerri du progrès<sup>81</sup>.

## B – L'équivalence fonctionnelle

L'équivalence fonctionnelle est l'élément de matérialisation de la neutralité technologique. Produit originaire de la Commission des Nations Unies sur le Droit Commercial International, on entend généralement par ce concept l'approche qui consiste à rechercher les fonctions qu'un instrument juridique possède, tel un écrit, une signature ou un original, et de les transposer sur tout autre support qui sera susceptible de reproduire ces mêmes fonctions<sup>82</sup>. Il est important de

---

<sup>79</sup> Outre la *Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique*, J.O. n° 62 du 14 mars 2000 page 3968, disponible à <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnTexteDeJorf?numjo=JUSX9900020L>, on peut citer : *Décret pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique*, Décret n° 2001-272 du 30 mars 2001, lui-même modifié par le *Décret 2002-535 2002-04-18 art. 20 I JORF 19 avril 2002*, disponible à <http://www.legifrance.gouv.fr/texteconsolide/ARHCG.htm>; Arrêté du 31 mai 2002 relatif à la reconnaissance de la qualification des prestataires de certification électronique et à l'accréditation des organismes chargés de l'évaluation, J.O n° 132 du 8 juin 2002 page 10223, disponible à <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnTexteDeJorf?numjo=ECOI0200314A>.

<sup>80</sup> C'était notamment le cas de la situation française où plusieurs juges se sont cantonnés à la lettre de la loi et à une interprétation plus littérale que téléologique en refusant de reconnaître notamment la valeur probatoire de certains moyens modernes de communication.

<sup>81</sup> *Rolling c. Williann Investments Ltd.*, précitée, note 29.

<sup>82</sup> Éric A. CAPRIOLI et Renaud SORIEUL, « Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales », (1997) 2 *J. D. I.* 323, 380-382. Ces auteurs expliquent comment s'est formé ce concept. D'abord, il y a la position radicale selon laquelle l'écrit est irrécusable avec l'électronique; ensuite, existe une vision qui tend à redéfinir les concepts anciens pour y intégrer la nouveauté. Les équivalents fonctionnels, selon ces auteurs (p. 382), constituent « une voie médiane qui a été adoptée par la CNUDCI. [...] Il faut entendre par là que, dans leur tentative d'apporter une solution juridique à certains des obstacles rencontrés par le commerce électronique, les auteurs de la loi-type se sont constamment référés aux situations juridiques connues dans le monde des documents-papier pour imaginer comment de telles situations pourraient être transposées, reproduites ou imitées dans un environnement dématérialisé. Les dispositions de la loi-type se sont donc constituées sur la base d'un inventaire des fonctions assurées, par exemple, par l'écrit, la signature ou l'original dans les relations commerciales

noter que cette façon d'appréhender ces difficultés d'adaptation que présentent les supports électroniques nouveaux peut presque être considérée en ce qui concerne les concepts d'écrit et de signature comme universelle et faisant partie de la *lex mercatoria*, voire de la *lex electronica*<sup>83</sup>, tellement sa récurrence est assurée.

À cet égard, la loi québécoise<sup>84</sup> n'y déroge pas et prend même le soin d'asseoir ce principe dans son premier article en prévoyant que :

« La présente loi a pour objet d'assurer : [...]; 3) l'équivalence fonctionnelle des documents et leur valeur juridique. »

Le premier élément qu'il est possible de souligner vis-à-vis de ce concept est que tout document électronique peut remplir les mêmes fonctions qu'un document papier. En deuxième lieu, si cette méthode a bénéficié d'un accueil universel si grand, c'est qu'elle présente un certain nombre d'avantages. D'abord, elle permet de ne pas rejeter du revers de la main un document électronique pour le seul fait qu'il n'est pas sur un support particulier<sup>85</sup>. Ensuite, une telle démarche permet, tout comme la neutralité technologique, de ne pas avoir besoin de changer toutes les lois qui font référence à un concept d'écrit, de signature ou d'original, ce qui eut été, peut être, quel que peu laborieux.

Peut être. Mais d'un autre côté, la détermination des critères, et c'est ce que nous verrons maintenant, n'est pas chose aisée non plus.

## 2 – Une illustration de cette facilitation législative : le droit de la preuve

Si le principe demeure peu controversé, nous consacrerons quelques mots à la façon de le concrétiser. Car il n'est pas forcément aisé de déterminer les fonctions pour lesquelles un législateur exige une condition formelle tel un écrit (A), une signature (B) ou un original (C).

### A – L'écrit

Si le principe de l'équivalence fonctionnelle est unanimement reconnu, il existe en revanche un certain nombre de difficultés quant à la façon de déterminer qu'elles sont les fonctions de l'écrit et comment celles-ci se concrétisent sur le plan pratique. Aussi, loin d'être uniforme, des différences sensibles apparaissent entre certains textes internationaux ou nationaux qui à chaque fois tentent de définir les circonstances selon lesquelles un document électronique est susceptible de remplir les exigences d'un écrit.

La référence en la matière est sans doute celle qui a été élaborée par la *Loi modèle de la CNUDCI en 1996*<sup>86</sup>. Ce texte qui est de surcroît chronologiquement le premier offre un article spécifique,

---

traditionnelles. » Lire aussi le glossaire associé à la loi disponible à la page suivante : [http://www.autoroute.gouv.qc.ca/loi\\_en\\_ligne/glossaire/g129.html](http://www.autoroute.gouv.qc.ca/loi_en_ligne/glossaire/g129.html).

<sup>83</sup> V. GAUTRAIS, *op. cit.*, note 37, p. 229 et suiv.

<sup>84</sup> *Précitée*, note 24.

<sup>85</sup> Cela apparaît à l'article 2 de la loi : « À moins que la loi n'exige l'emploi exclusif d'un support ou d'une technologie spécifique, chacun peut utiliser le support ou la technologie de son choix, dans la mesure où ce choix respecte les règles de droit, notamment celles prévues au Code civil. »

<sup>86</sup> Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, Rés. AG 51/162, Doc. off. AG NU, 51e sess., Doc. N U A / R E S / 5 1 / 1 6 2 . Disponible à [http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral\\_texts/electronic\\_commerce/1996Model.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html).

l'article 6<sup>87</sup>, qui a été proposé afin de s'occuper de la réalisation des conditions de l'écrit sur support électronique. Cette disposition qui constitue le fruit de plus de dix ans de travaux onusiens, a décidé de centrer la satisfaction d'un écrit sur un critère unique, à savoir, la « consultation ultérieure ». Ainsi, tout document électronique qui permet la réalisation de cette condition pourra être adoué de la qualité d'écrit.

Ce critère de consultation ultérieure ne nous apparaît pourtant pas pleinement satisfaisant, et ce, relativement à deux niveaux : l'un par rapport au concept même et l'autre quant à l'application qui en est faite en droit comparé.

En premier lieu donc, la « consultation ultérieure » est un concept qui ne remplit pas pleinement les fonctions de l'écrit et qui par conséquent a pour effet de donner trop rapidement la qualité d'écrit au document électronique. En effet, parmi les onze fonctions citées précédemment par la CNUDCI, les deux principales et les deux premières dans la liste sont la preuve et la prise de conscience. Si la fonction probatoire est certes satisfaite par le fait de pouvoir consulter, par exemple une acceptation d'un contrat, postérieurement à sa formation, un document électronique est à cet égard dans une situation comparable à celle d'un écrit papier. En revanche, en bien des cas, l'exigence formelle d'un écrit est liée à une fonction de solennité, de prise de conscience comme dit précédemment, et donc à une volonté de s'assurer que la personne qui s'engage le fait en connaissance de cause. À titre d'exemple, prenons le cas de la *Loi modèle de la CNUDCI de 1985 sur l'arbitrage commercial international* qui prévoit à son article 7 alinéa 2 que la clause compromissoire doit être constatée par un écrit<sup>88</sup>. Dans une pareille hypothèse, la fonction de l'écrit n'est pas tant la preuve de ladite convention mais bien davantage une formalité afin de bien faire comprendre au signataire qu'il va ainsi renoncer à son droit d'aller porter tout litige subséquent devant un juge étatique. Or, cette fonction de solennité n'est selon nous pas reproduite par le critère de la « consultation ultérieure », dans la mesure où ce n'est pas parce que l'auteur de l'acceptation a la possibilité de la relire que cette prise de conscience est assurée. Ceci est d'autant plus vrai eu égard aux spécificités de rédaction et de lecture qu'un document électronique dispose par rapport au papier.

En second lieu, et cette fois de façon complètement indépendante aux travaux effectués par cette institution, il faut constater que ce critère unique n'a pas été unanimement suivi par les législations nationales postérieures à ce sujet. Si certains pays<sup>89</sup> ou provinces<sup>90</sup> on en effet repris à leur compte la *Loi modèle de la CNUDCI* dans son entièreté et donc son article 6, plusieurs autres utilisent des critères tout autre. On peut citer notamment la France et sa récente loi du 13 mars

---

<sup>87</sup> Article 6: « Lorsque la loi exige qu'une information soit sous forme écrite, un message de données satisfait à cette exigence si l'information qu'il contient est accessible pour être consultée ultérieurement. »

<sup>88</sup> Article 7 alinéa 2: « 2. La convention d'arbitrage doit se présenter sous forme écrite. Une convention est sous forme écrite si elle est consignée dans un document signé par les parties ou dans un échange de lettres, de communications télex, de télégrammes ou de tout autre moyen de télécommunications qui en atteste l'existence, ou encore dans l'échange d'une conclusion en demande et d'une conclusion en réponse dans lequel l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre. »

<sup>89</sup> Par exemple l'Australie et la Nouvelle Zélande.

<sup>90</sup> La plupart des provinces anglophones du Canada ont fait preuve d'une relative fidélité vis-à-vis de la Loi modèle de la CNUDCI. Par exemple l'Ontario (*précitée*, note 24, selon laquelle, à l'article 6 (1) « La fourniture de renseignements ou d'un document sous forme électronique respecte l'exigence légale portant qu'une personne doit fournir des renseignements ou des documents par écrit à une autre personne si les conditions suivantes sont réunies : a) l'autre personne y a accès de manière qu'ils soient utilisables pour consultation ultérieure; b) l'autre personne peut les conserver. »), mais aussi le Saskatchewan, la Colombie-Britannique, etc..

2000 où deux critères sont exigés, à savoir, l'identité de l'auteur et l'intégrité du document<sup>91</sup>. Différemment, le Québec préconise quant à lui dans *La loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*<sup>92</sup> le seul critère de l'intégrité<sup>93</sup>, et ce, quelle que soit la fonction recherchée, c'est-à-dire pour des fonctions probatoire ou formelle<sup>94</sup>. Enfin, mentionnons seulement les autres solutions choisies en droit américain c'est-à-dire, d'une part, par le *Uniform Electronic Transaction Act*<sup>95</sup> et, d'autre part, par le *Uniform Computer Information Transaction Act*<sup>96</sup>, ces deux textes instituant des concepts propres au support électronique, soit la notion de « record » (enregistrement).

L'objectif d'harmonisation qui était central dans la confection des travaux de la CNUDCI présente donc assurément des lacunes, en dépit des intérêts évidents que susciterent les discussions dans le cadre de ce forum. Cette situation de fait relativement à une question précise, la satisfaction du critère de l'écrit par un document électronique, ne saurait que par trop encourager les acteurs à prendre au sérieux contractuellement et préalablement les modalités de formation de leurs contrats électroniques<sup>97</sup>.

## B – La signature

La signature n'est pas, comme peut l'être l'écrit, une donnée hautement polémique. Le C.c.Q., depuis son origine, dispose de l'article 2827 pour définir ce qu'est une signature, et ce, dans les termes suivants :

« La signature consiste dans l'apposition qu'une personne fait sur un acte de son nom ou d'une marque qui lui est personnelle et qu'elle utilise de façon courante, pour manifester son consentement. »

Là où le panorama sur la question se corse un peu, c'est qu'un certain nombre de textes ont tenté d'éclairer les juges en apportant des critères plus techniques à sa définition. Ainsi, dans certaines législations<sup>98</sup> ou textes internationaux<sup>99</sup>, aux deux critères fonctionnels précités, il faut en ajouter

---

<sup>91</sup> *Précitée*, note 79. « Art. 1316-1. - L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité. »

<sup>92</sup> *Précitée*, note 24.

<sup>93</sup> *Id.*, article 5 alinéa 2 : « Le document dont l'intégrité est assurée a la même valeur juridique, qu'il soit sur support papier ou sur un autre support, dans la mesure où, s'il s'agit d'un document technologique, il respecte par ailleurs les mêmes règles de droit. »

<sup>94</sup> *Id.*, article 5 alinéa 1 : « 5. La valeur juridique d'un document, notamment le fait qu'il puisse produire des effets juridiques et être admis en preuve, n'est ni augmentée ni diminuée pour la seule raison qu'un support ou une technologie spécifique a été choisi. »

<sup>95</sup> *Précitée*, note 26. Article 2 (13) qui donne la définition de « record » selon laquelle « "Record" means information that is inscribed on a tangible medium or that is stored in an electronic or other medium and is retrievable in perceivable form. »

<sup>96</sup> *Précitée*, note 26, qui détient une même définition que le UETA à l'article 102 (55).

<sup>97</sup> Par exemple Karim BENYEKHLEF et Vincent GAUTRAIS, « Contrat de communication électronique de longue durée entre commerçants utilisant un « Réseau ouvert » », dans Éric LABBÉ, Daniel POULIN, François JACQUOT et Jean-François BOURQUE (directeurs), *Le guide juridique du commerçant électronique (rapport préliminaire)*, Montréal, Juris International, 2001, p. 245 et également disponible à [http://www.jurisint.org/pub/05/fr/guide\\_ann.pdf](http://www.jurisint.org/pub/05/fr/guide_ann.pdf).

<sup>98</sup> Par exemple l'article 11 de la loi ontarienne, *précitée*, note 24.

<sup>99</sup> « Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques », dans *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-quatrième session*, Doc. Off. AG NU, 56<sup>e</sup> sess., supp. N° 17, Doc. NU A/56/17 (2001), disponible à l'adresse suivante :

d'autres à caractère technologique qui viennent qualifier sa fiabilité, et ce, même s'il est toujours mentionné que cette dernière s'évalue au regard des circonstances et de l'intérêt en jeu.

## C – L'original

L'original n'est plus ce qu'il était... Considéré autrefois comme la pierre angulaire de la preuve documentaire<sup>100</sup>, il a perdu de son utilité dans les faits, notamment à cause de la duplicité du support papier, et dans le droit avec la multiplication des exceptions à la règle de la meilleure preuve. Le problème s'est encore davantage corsé avec l'avènement des technologies de l'information qui par leur nature même posent une difficulté face à ce concept, tant l'original que la copie n'étant pas compatibles avec un document technologique<sup>101</sup>. Celui-ci, bien que de moins en moins requis dans le commerce en général et dans le commerce international en particulier, fait référence dans sa définition même à du papier. Or, vouloir l'appliquer, l'adapter au support qu'est le nôtre, oblige à des tours de contorsions parfois difficiles à accomplir.

Néanmoins, un original est parfois demandé par des règles de formalisme direct imposées dans un droit national et c'est la raison pour laquelle la CNUDCI s'est interrogée la première sur l'hypothèse de tenter de trouver une solution pour l'appliquer au support électronique<sup>102</sup>.

L'approche utilisée dans la Loi québécoise répond à la même méthode d'équivalence fonctionnelle utilisée pour l'écrit et la signature et, dans un article 12 précis, opère une distinction des fonctions pour lesquelles l'original est exigé<sup>103</sup>.

---

<http://www.uncitral.org/french/texts/electcom/ml-elecsign.pdf>; Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, précitée, note 52.

<sup>100</sup> La doctrine s'accorde en effet sur l'idée que ce principe provient majoritairement de l'ordonnance de Carleton du 25 février 1777 qui substitua, en matières commerciales, les règles de preuve anglaises aux règles françaises en vigueur jusqu'alors. D'après l'article 7 de cette ordonnance: « Pour établir la preuve des faits, en matières commerciales, l'on aura recours, dans toutes les cours de juridiction civile dans la province du Québec, aux règles régissant la preuve prescrites par les lois anglaises ». Cité dans Arthur Georges DOUGHTY, *Documents concernant l'histoire constitutionnelle du Canada (1759-1791)*, t. 1, Ottawa, Archives canadiennes, 1911, p. 447.

<sup>101</sup> Par exemple Isabelle de LAMBERTERIE, « La valeur probatoire des documents informatiques dans les pays de la C.E.E. », (1992) 44 *R.I.D.C.* 641, 682.

<sup>102</sup> Article 8 de la *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique*, précitée, note 86 : « Lorsque la loi exige qu'une information soit présentée ou conservée sous sa forme originale, un message de données satisfait à cette exigence :

- a) S'il existe une garantie fiable quant à l'intégrité de l'information à compter du moment où elle a été créée pour la première fois sous sa forme définitive en tant que message de données ou autre; et
- b) Si, lorsqu'il est exigé qu'une information soit présentée, cette information peut être montrée à la personne à laquelle elle doit être présentée. (...)

3. Aux fins de l'alinéa (a) du paragraphe 1 :

- a) L'intégrité de l'information s'apprécie en déterminant si celle-ci est restée complète et n'a pas été altérée, exception faite de l'ajout de tout endossement et de toute modification intervenant dans le cours normal de la communication, de la conservation et de l'exposition; et
- b) Le niveau de fiabilité requis s'apprécie au regard de l'objet pour lequel l'information a été créée et à la lumière de toutes les circonstances y relatives. »

<sup>103</sup> *Id.* : « « Un document technologique peut remplir les fonctions d'un original. À cette fin, son intégrité doit être assurée et, lorsque l'une de ces fonctions est d'établir que le document :

- 1) est la source première d'une reproduction, les composantes du document source doivent être conservées de sorte qu'elles puissent servir de référence ultérieurement;
- 2) présente un caractère unique, les composantes du document ou de son support sont structurées au moyen d'un procédé de traitement qui permet d'affirmer le caractère unique du document, notamment par l'inclusion d'une composante exclusive ou distinctive ou par l'exclusion de toute forme de reproduction du document ;

Trois fonctions de l'original sont donc identifiées dans cet article que les juges auront à soutirer des lois faisant mention de ce concept. Trois fonctions qui nous paraissent intéressantes eu égard à la plus grande précision des fonctions que la loi présente par rapport à d'autres textes. À titre d'exemple, l'article 8 de la *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique*<sup>104</sup> ne fait pas référence à la fonction d'unicité qui peut qualifier un document original.

## **Section 2 – Droit des affaires électroniques et protection des intérêts catégoriels**

Enfin, à l'issue de ce survol des modifications apportées par une technologie sur un droit qui avait été souvent arrêté sous une autre, il est notable de constater que les raisons d'être du droit, des droits protégeant une catégorie de personnes en particulier, doivent être réévaluées au cas par cas. Ce travail d'adaptation peut en certain cas consister en un simple rafistolage; dans d'autres hypothèses, il nous apparaît nécessaire de changer en profondeur les règles applicables.

Nous voulons dans les quelques lignes qui suivent simplement montrer qu'un examen des prérogatives des groupes d'intérêts en cause s'avère souvent nécessaire et que des corrections s'imposent par la suite (1). Ceci est particulièrement vrai dans le domaine de la protection des renseignements personnels où le droit d'antan nous semble sur plusieurs de ses fondements à réévaluer (2).

### **1 – La nécessaire reconsidération des droits de protection des intérêts catégoriels**

Cette réévaluation, nous croyons, est d'autant plus nécessaire que l'espace virginal qu'est le cyberspace a donné lieu à ce que certains droits se développent sans que le droit, mal adapté, ne constitue une limite efficace. Un phénomène étonnant de droits en expansion nous semble donc pouvoir être observé, chaque droit de protection en particulier n'étant plus limité que par la présence de droits concurrents (A). Cette nouvelle réalité est assurément consécutive de bouleversement dans les équilibres que les lois souhaitaient consacrer (B).

#### **A – Les droits de protection des intérêts catégoriels en expansion**

Un autre élément à prendre en compte tient au fait que les technologies de l'information en général, et Internet en particulier, favorisent des nouvelles aires de contact entre des domaines du droit qui n'étaient antérieurement soit pas conflictuels, soit pas explicitement régulés par la loi. Autrefois, il pouvait n'y avoir aucune raison de limiter un droit par rapport à un autre lorsque la réalité ne posait pas de difficultés de friction entre certains intérêts catégoriels en cause. Or désormais, on peut à cet égard s'interroger quant à des nouvelles frontières qui n'existaient pas lorsque certains droits ont été conceptualisés. On peut donc se demander si l'article 4 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* ne présente un intérêt particulier du fait de la nouvelle donne technologique. En effet, ce principe fondateur ne spécifiait-il pas que

---

3) est la forme première d'un document relié à une personne, les composantes du document ou de son support sont structurées au moyen d'un procédé de traitement qui permet à la fois d'affirmer le caractère unique du document, d'identifier la personne auquel [*sic*] le document est relié et de maintenir ce lien au cours de tout le cycle de vie du document.

Pour l'application des paragraphes 2° et 3° du premier alinéa, les procédés de traitement doivent s'appuyer sur des normes ou standards techniques approuvés par un organisme reconnu visé à l'article 68 » [nos soulignements]. »

<sup>104</sup> *Id.* Même chose selon l'article 8 de la loi ontarienne (*Loi de 2000 sur le commerce électronique*, précitée, note 24, art. 8).

« [I]a liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi. »

Or, concrètement, de pareilles zones sismiques émergent à plusieurs niveaux et en opposant des droits qui pourraient *a priori* apparaître fort lointains.

En premier lieu, on peut citer le droit d'auteur qui n'a jamais été conçu en sachant qu'il puisse être attentatoire à des intérêts opposés. Pourtant, avec l'avènement du Peer-to-Peer, la question a laissée apparaître des perceptions fort différentes selon les intérêts à défendre. En effet, le droit des ayants droits est désormais régulièrement mise en opposition avec les intérêts de l'utilisateur-consommateur (avec le droit de la consommation), éventuellement celui de l'utilisateur-citoyen (avec certains droits de la personne), le droit de la concurrence<sup>105</sup>, le droit des fournisseurs d'accès Internet, des distributeurs d'exemplaires de musique, de fabricants de cédéroms vierges, le tout dans une optique où, tant sur le plan du droit que celui des pratiques, les prérogatives des ayants droits sont de plus en plus affirmées<sup>106</sup>. Ainsi, des domaines qui recherchent tous la protection d'une catégorie de personnes se voient mis en conflit sans que cela n'ait été planifié au départ.

Ces confrontations tectoniques des « continents » juridiques se multiplient dans une multitude de domaines. L'une des toutes récentes illustrations de ce risque aurait pu être développée dans l'opposition patente qui existe entre le droit de l'arbitrage d'une part, particulièrement à la mode et particulièrement fréquent dans les contrats de cyberconsommation, et, d'autre part, le droit des recours collectifs, tout aussi prisé par les législateurs et les juges. Cette opposition est au cœur de la première décision de cyberconsommation traitée par la Cour d'appel, à savoir, l'arrêt *Union des consommateurs c. Dell*<sup>107</sup>, et ce, même si elle a été volontairement évacuée par les juges<sup>108</sup>.

La même problématique d'opposition existe de façon aigüe en ce qui a trait au droit des marques de commerce et des noms de domaine qui identifient les sites Internet. Après l'insuccès de régler la question par le biais du droit, des solutions alternatives ont été proposées; assez efficacement d'ailleurs.

Enfin, la dernière illustration que nous proposerons ici concerne l'opposition entre le droit de la vie privée dont certains considèrent qu'elle est désormais confrontée à la liberté d'accès que tout citoyen est en droit d'obtenir sur l'information détenu par un gouvernement ou une compagnie sur ce qui le concerne personnellement. Cette question sera d'ailleurs reprise dans le prochain paragraphe.

## **B – Les technologies de l'information source de bouleversement des droits**

Si nous venons de constater ces excroissances de certains droits, il est important de bien avoir à l'esprit que ce phénomène concernant les technologies dites « nouvelles » n'est pas neutre et

---

<sup>105</sup> Marie-Christine PIATTI, « Commerce électronique et propriétés intellectuelles », (2004) 106 *Revue du Notariat* 581, aux pages 594 et suivantes.

<sup>106</sup> *Id.*, aux pages 586 et suivantes.

<sup>107</sup> 2005 QCCA 570 (IJCAn), <http://www.ijcan.org/qc/jug/qcca/2005/2005qcca570.html>.

<sup>108</sup> Vincent GAUTRAIS, « DELL Computer c. Union des consommateurs : Histoire d'un « Oops » ! », ((2005) Cahiers de la propriété intellectuelle (à paraître).

modifie grandement les prérogatives des joueurs en cause. Souvent donc, est évoqué le terme « d'équilibre » bouleversé, « d'équilibre » à revisiter.

Le meilleur exemple de cette modification du droit du fait de la modification du technique est là encore le droit d'auteur et notamment les communautés de partage de musique en ligne (Peer-to-Peer). Depuis 1999, depuis l'affaire *Napster*, l'efficacité technique a montré que l'équilibre qui prévalait avant, n'est plus contrôlable désormais. Or, le flou juridique créé par la transition qui en l'occurrence fut soudaine, fait que les prétentions des différents acteurs furent grandes et que chaque groupe revendiqua fermement ses prérogatives. Le droit d'auteur est donc assurément un droit suscitant quelques discours larmoyants qui ne se comprennent que par des appétits toujours plus difficiles à rassasier. Ce sentiment ressenti a un effet sur la matière qui a perdu de sa candeur, de son innocence. Comme l'indique la professeure Ginsburg :

« I have a theory about how copyright got a bad name for itself, and I can summarize it in one word: greed. »<sup>109</sup>

Aussi, face à un équilibre pluriséculaire, il faut faire face à un bouleversement que l'on ne peut plus nier. Or, cette situation de transition a donné lieu à une réponse pour le moins violente de l'industrie du disque qui a sans aucun doute eu un effet sur le Gouvernement fédéral qui propose actuellement un projet de loi assez en accord avec leurs intérêts<sup>110</sup>.

Comme la plupart des pays occidentaux, les législateurs voulaient répondre fermement à la capacité de copiage sans précédent dont dispose il est vrai les utilisateurs. Les lois furent donc modifiées en intégrant de nouvelles prérogatives pour les ayants droits sans toutefois considérer les intérêts d'autres groupes d'intérêts. Un certain « rafistolage » législatif fut généralement consacré par les États faisant fi du changement en profondeur que les technologies de l'information. Nous croyons donc que ces prérogatives sont soit injustes, soit inefficaces.

En effet, l'on peut douter de l'efficacité en premier lieu des règles qui condamnent la mise à la disposition du public d'œuvres protégées par le droit d'auteur, comme cela est proposée dans le projet de loi canadien sur la révision de la Loi sur droit d'auteur<sup>111</sup>. Les communautés Peer-to-Peer disposent d'un nombre important de ces fichiers qui sont rendus accessibles à tous sur un espace de chaque ordinateur personnel des individus membres de la communauté. Mais ce droit n'empêche pas de copier et il existe déjà tellement d'œuvres accessibles; et dans tellement de pays à travers le monde, que les internautes qui copient sans rien proposer au copiage peuvent continuer de fonctionner sans réelles difficultés.

En deuxième lieu, l'on peut également douter de l'efficacité de certaines mesures visant à permettre aux fournisseurs d'accès Internet d'identifier et de dénoncer les contrefacteurs<sup>112</sup>. Sur ce point, on trouve déjà sur le marché des outils gratuits ou presque qui de façon fort efficace « anonymise » les activités de téléchargement. Le droit n'est en l'occurrence pas sans limites et doit parfois avouer ses faiblesses, notamment par rapport au technologique.

---

<sup>109</sup> Jane C. GINSBURG, « Essay – How Copyright Got a Bad Name for Itself », (2002) 26-1 *Columbia Journal of Law & The Arts*, disponible à [http://ssrn.abstract\\_id=342182](http://ssrn.abstract_id=342182). Notons que l'auteure n'adresse pas plainte aux seuls ayants droits mais aussi aux utilisateurs.

<sup>110</sup> Disponible à [http://www.parl.gc.ca/PDF/38/1/parlbus/chambus/house/bills/government/C-60\\_1.PDF](http://www.parl.gc.ca/PDF/38/1/parlbus/chambus/house/bills/government/C-60_1.PDF).

<sup>111</sup> Id., voir l'article 2.4.1.

<sup>112</sup> Id. Voir notamment les articles 40.1 et 40.2.

Dernier type de mesures particulièrement fréquentes, il est possible de constater des lois ou des projets de lois qui permettent aux ayants droits d'attacher des mesures techniques à leurs fichiers protégés. Sur ce point, c'est peut être plus l'injustice que l'inefficacité qui doit être soulignée car en évitant de copier de telles œuvres, l'utilisateur-consommateur ne peut plus jouir d'abord des prérogatives que la loi lui a octroyées – telle que l'exception de la copie privée –, et ensuite ne justifie plus le paiement de taxes sur les supports vierges comme cela existe depuis plusieurs années maintenant. Le projet de loi fédéral permet en effet des recours contre toute opération qui contourne les mesures techniques mises en place par les ayants droits<sup>113</sup>.

Cette illustration liée au droit d'auteur avait pour objet de montrer que les technologies de l'information bouleversent l'équilibre qui avait été consacré à travers les décennies et que les ajustements généralement offerts par les lois ne font que retarder le débat pour une approche plus globale et plus en profondeur.

## **2 – Une illustration de cette réévaluation législative des intérêts catégoriels : le droit de la protection des renseignements personnels**

Mais un autre exemple qui illustre bien les particularités d'Internet, tient à la protection des renseignements personnels. Généralement, ce domaine du droit est traité comme étant un bouquet de normes recherchant à punir, pourchasser l'utilisateur non autorisé – qu'il soit une personne morale de droit privé ou de droit public – de ces informations dites sensibles. C'est d'autant plus étonnant et en rupture avec les tendances actuelles que lorsqu'on est confronté à d'autres corps de métiers, notamment les gestionnaires spécialisés dans les nouvelles technologies de l'information, on se rend compte que gérer diligemment des renseignements personnels passe souvent par une meilleure utilisation de ces derniers. C'est par exemple le cas lorsqu'on rencontre des spécialistes en CRM (Customer Relationship Management) où l'on s'aperçoit que l'apport qualitatif des clients nécessite une utilisation plus approfondie, plus experte et appliquée de leurs données personnelles. Les renseignements personnels sont donc des outils indispensables à la réalisation d'une meilleure qualité de service qui passe bien souvent par un service personnalisé<sup>114</sup> et donc très au fait des caractéristiques propres de la personne.

Ainsi, il importe d'opposer deux situations : l'une classique et une autre plus moderne et plus en rupture avec les règles applicables en droit positif. Dans le premier cas, on empêche, ou pour le moins on dissuade, l'utilisation des renseignements personnels pour mieux protéger les individus. Dans l'autre, correspondant davantage à une situation plus empreinte de perceptions commerciales et davantage en phase avec la réalité du moment, on favorise, on contrôle l'utilisation des renseignements personnels pour mieux satisfaire les intérêts des individus. Une chose est sûre, il est insatisfaisant de croire que le droit sanctionne et que le marchand abuse<sup>115</sup>; ce dernier est désormais au courant, en dépit de certains comportements abusifs souvent jugés comme étant adolescents sur le plan du marketing, qu'une utilisation rigoureuse et diligente de données sensibles comme sont les renseignements personnels est un outil fort précieux de satisfaction du client. Ainsi, une balance doit être établie entre une bonne connaissance du client,

---

<sup>113</sup> *Id.*, voir notamment les articles 34.1 et 34.2.

<sup>114</sup> Voir notamment Jacques NANTEL, « Opportunités d'affaires et l'Internet: où en sommes nous? », (2002) disponible à <http://www.hec.ca/pages/jacques.nantel/publications/recherche/gestion02.htm>.

<sup>115</sup> Pour sortir de la vision apocalyptique, voir Pierre TRUDEL, « Améliorer la protection de la vie privée dans l'administration électronique : pistes afin d'ajuster le droit aux réalités de l'État en réseau », (mars 2003) page 17, disponible à [http://www.aiprp.gouv.qc.ca/publications/pdf/Rapport\\_Me\\_Pierre\\_Trudel.pdf](http://www.aiprp.gouv.qc.ca/publications/pdf/Rapport_Me_Pierre_Trudel.pdf).

par le biais des renseignements personnels, et une utilisation de ces derniers qui ne puisse en aucune occasion laisser présager qu'une finalité autre, mercantile ou portant atteinte aux intérêts de l'individu, sous-tende les activités du commerçant. L'accès aux données devient alors moyen sinon de protection mais de satisfaction du particulier. Les sources d'inspiration du droit, là encore, se « bâtarisent », ne pouvant ignorer la réalité commerciale et ses atouts.

En discutant avec des gestionnaires en commerce électronique, il est fascinant de constater comment une relative correspondance existe entre les deux professions – juridique et commerciale –, et ce, en dépit de l'ignorance réciproque d'une profession par rapport à l'autre. En revanche, certains gestionnaires ont compris le caractère « vendeur » d'une approche transparente, diligente et de surcroît légale.

Le professeur Trudel est à ce sujet pour le moins catégorique :

« Le droit de la protection des renseignements personnels a été conçu pour protéger la vie privée des personnes contre les écueils que laissait entrevoir l'utilisation des technologies de l'information à des fins de surveillance. À l'usage, il s'est avéré que le droit de la protection des renseignements personnels ne vise pas tant à contrer la surveillance que d'assurer la qualité de l'information dans le cadre des processus décisionnels. Mais la persistance du paradigme de la surveillance a conduit à étendre la portée et l'interprétation de certaines notions au point de transformer ce qui devait protéger la vie privée en une protection tous azimuts de la vie personnelle. Il en résulte un ensemble de malentendus, de blocages et une complexification des processus de gestion de l'information sans gain pour la protection de la vie privée. »<sup>116</sup>

Il importe donc de repenser le droit de la vie privée en changeant le paradigme de suspicion vis-à-vis des gestionnaires de renseignements personnels et en introduisant de nouveaux critères fondateurs. En effet, et sans forcément bouleverser l'ensemble des principes, certains tels que la finalité, le consentement préalable systématique, la limitation de l'utilisation des renseignements personnels semblent peut-être devoir être réévalués. En revanche, d'autres nous semblent inexorables et l'on peut notamment citer le principe d'accès et de rectification des renseignements personnels, d'exactitude, qui s'appliquent quel que soit le support utilisé. Enfin, de nouveaux préceptes mériteraient une revalorisation.

Ce serait notamment le cas de la sensibilité qui exige à faire une distinction entre des informations vraiment à risque et d'autres qui n'apparaissent pas forcément problématiques<sup>117</sup>. L'on peut également citer le principe de sécurité qui va être encore plus déterminant dans un contexte électronique. Enfin, et conformément aux éléments de « processualisme » vus plus tôt, la transparence du gestion des renseignements personnels va devoir se matérialiser par la mise en place de documents préalables à leur utilisation où seront explicités aux usagers ce qui sera fait avec leurs informations et aux acteurs les limites et obligations qu'ils devront satisfaire.

---

<sup>116</sup> *Id.*, p. 14.

<sup>117</sup> *Id.*, p. 18: « Pour éviter la surveillance, il fallait que l'information soit confinée à l'organisme qui l'a collecté, qu'elle ne circule que moyennant consentement éclairé de l'intéressé et ce peu importe le degré de sensibilité de l'information. Le dossier médical d'une personne est mis sur le même pied que son adresse de courriel! Pour prévenir la surveillance, il faut éviter que l'information ne circule. On va donc préférer la redondance à la réutilisation de l'information. »

Bien sûr, il y a les affaires moins reluisantes comme celles de « Double Click » ou d'« Amazon » qui, bien que peu nombreuses<sup>118</sup>, ont laissé un goût d'amertume aux internautes qui se sentirent peu protégés. Ceci est d'autant plus vrai que les sanctions juridiques furent peu dissuasives et jugées par beaucoup comme symboliques. D'autres en revanche, d'une nature distincte, eurent néanmoins des effets plus significatifs. Ce fut notamment le cas des conséquences boursières qui suivirent certains écarts de conduite, sanctions qui à certains égards constituent une atteinte plus grande pour l'entreprise qu'une décision de justice.

On peut alors se demander si en l'occurrence, le juriste ne s'est pas comporté comme un journaliste, jouant le discours de la peur, pour montrer que le loup n'est pas loin. J'entends les critiques se plaindre de ma douce candeur. Quoi qu'il en soit, il nous apparaît assez clairement que la maturité du domaine passe par une « instrumentalisation » de la diligence et de la transparence. Au même titre que pour le droit des brevets, le salut, la protection, passe par une mise à nu de toutes les façons de faire.

## Conclusion

Cette interprétation relative au changement de donne opéré par les environnements technologiques est selon nous une illustration que dans le domaine de la vie privée, comme dans bien d'autres secteurs d'activités, des distinctions de traitement sont nécessaires selon la technologie de communication utilisée. Cette neutralité que nous avons pu décrier nous apparaît une nouvelle fois un leurre; un souhait de l'esprit qui ne peut qu'occasionner une distorsion de la réalité que le droit tente d'encadrer.

Le droit des technologies de l'information dispose donc, si ce n'est d'une autonomie, de particularismes dont la pire des choses serait de les nier, de les cacher. Du moins, s'il existe des possibilités de dissimuler certaines de ses « aspirités », notamment par le biais d'outils traditionnels comme les fictions et les présomptions, il existe en revanche des sources d'innovation qu'il faudrait au contraire clairement identifier. Ainsi, sans aucune volonté d'exhaustivité, on ne peut plus nier qu'Internet rend le droit des contrats en bien des cas fort loin de ses principes directeurs; on ne peut plus nier que le droit d'auteur mériterait un chantier beaucoup plus conséquent que les quelques cataplasmes juridiques offerts par les lois; on ne peut plus nier que le droit de la protection des renseignements personnels, dans son état actuel, donne une fausse impression de sûreté alors que dans les faits soit certains abus demeurent impunis, soit des actions anodines et peu dangereuses sont encadrées fortement et à grand frais.

Les « nouvelles technologies » ont environ 15 ans; une adolescence qui demande pour quelques temps encore une plus grande maturité.

---

<sup>118</sup> *Id.*, p. 17. Pierre Trudel qualifie ces litiges « d'anecdotes ».