MÉMOIRE SUR LA LOI SUR LA NORMALISATION JURIDIQUE DES NOUVELLES TECHNOLOGIES DE L'INFORMATION

(Avant-projet de loi)

Août 2000

MÉMOIRE DU BARREAU DU QUÉBEC

SUR

LA LOI SUR LA NORMALISATION JURIDIQUE DES NOUVELLES TECHNOLOGIES DE L'INFORMATION

(Avant-projet de loi)

Présenté à la

Commission de l'Économie et du Travail

3ième trimestre 2000

LE BARREAU DU QUÉBEC

Créé en 1849, le Barreau du Québec a abordé sous peu le 21ième siècle fort de ses 150 années d'existence marquées par de nombreuses transformations. Celles-ci n'ont toutefois nullement altéré le rôle du Barreau comme institution essentielle à la protection des valeurs d'une société libre et démocratique comme la nôtre. À ce titre, il veille à assurer la primauté du droit, à maintenir la séparation des pouvoirs, à promouvoir l'égalité de tous devant la loi et à protéger l'équilibre souvent précaire entre les droits du citoyen et les pouvoirs de l'État.

Le Barreau du Québec regroupe un peu plus de 18 600 membres en règle. Ses effectifs comptent près de 41% de femmes. Il a comme principal mandat d'assurer la protection du public. Pour ce faire, il doit veiller à la discipline de la profession, au respect de la déontologie ainsi qu'à la vérification de la compétence tant de ses membres que des personnes qui veulent joindre ses rangs.

LE COMITÉ DU BARREAU DU QUÉBEC SUR L'INFOROUTE :

M^e^ Danyel Laporte, président
M^e^ Pierre A. Fournier
M^e^ Claude Gravel
M^e^ Véronique Wattiez-Larose
M^e^ Mariette Pilon
M^e^ Michel Racicot
M^e^ Jean-Claude Royer, personne-ressource

M^e^ Suzanne Vadboncoeur, secrétaire
Directrice du Service de recherche et de législation
Barreau du Québec

Dépôt légal - Troisième trimestre 2000
Bibliothèque nationale du Québec

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 1

PARTIE I : COMMENTAIRES GÉNÉRAUX 4

1.1 ATTEINTE DES OBJECTIFS MISE EN PÉRIL 5

1.1.1 Utilisation élargie des nouvelles technologies de l'information 5

1.1.1.1 Unicité du modèle québécois 5
1.1.1.2 Quantité et complexité des règles 8

1.1.2 Uniformisation des normes juridiques 12

1.2 INTRODUCTION DE NOUVEAUX CONCEPTS ET UTILISATION D'UN VOCABULAIRE NON JURIDIQUE ET NON FAMILIER 15

PARTIE II : COMMENTAIRES SPÉCIFIQUES 18

2.1 CHAPITRE I 18

2.2 CHAPITRE II 20

2.2.1 Section I 20
2.2.2 Section II 22
2.2.3 Section III 23
2.2.4 Section IV 27

2.3 CHAPITRE III 32

2.4 CHAPITRE IV 34

CONCLUSION 35

INTRODUCTION

Le monde occidental — et plus particulièrement l'Amérique du Nord — vit depuis environ cinq ans un essor sans précédent sur le plan de son développement technologique, notamment au niveau des techniques de communication qui empruntent de plus en plus la voie électronique. Le commerce électronique, à peu près inutilisé il y a à peine cinq ans, se développe de façon vertigineuse et est appelé d'ici quelques années à devenir la principale source d'activités commerciales.

Depuis quelques années, on assiste, dans différentes juridictions, à l'adoption de législations offrant aux commerçants et aux consommateurs un encadrement juridique permettant de conférer aux transactions qui s'opèrent par voie électronique une plus grande certitude sur le plan des droits et obligations des parties contractantes. À cet égard, outre la *Loi type sur le commerce électronique* adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (ci-après appelée « CNUDCI »), puis par l'Assemblée générale des Nations Unies en novembre 1996, et qui sert de modèle à plusieurs pays ou États dans ce domaine, signalons la toute récente loi américaine signée le 30 juin 2000 par le Président Clinton et intitulée *Electronic signatures in Global and National Commerce Act* (S.761). Au Canada, la *Loi uniforme sur la preuve électronique* ainsi que la *Loi uniforme sur le commerce électronique* furent respectivement adoptées par la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada en 1998 et en 1999, et, au niveau fédéral, le projet de loi C-6 est devenu le chapitre 5 des Lois du Canada (2000) le 13 avril dernier (*Loi visant à faciliter et à promouvoir le commerce électronique en protégeant les renseignements personnels recueillis, utilisés ou communiqués dans certaines circonstances, en prévoyant l'utilisation de moyens électroniques pour communiquer ou enregistrer de l'information et des transactions et en modifiant la Loi sur la preuve au Canada, la Loi sur les textes réglementaires et la Loi sur la révision des lois*). Mentionnons également le projet de loi S-19 (*Loi modifiant la Loi canadienne sur les sociétés par actions et la Loi*

canadienne sur les coopératives ainsi que d'autres lois en conséquence) présenté au Sénat le 21 mars 2000 et qui, s'il est adopté, permettra entre autres aux sociétés par actions régies par la loi fédérale de recourir aux nouvelles technologies pour communiquer avec leurs actionnaires.

Plusieurs provinces canadiennes ont emboîté le pas en présentant ou en adoptant des projets de loi en cette matière : en effet, en Saskatchewan, la loi intitulée *An Act respecting Electronic Information and Documents* a reçu la sanction royale le 21 juin 2000 (Bill 38) ; par ailleurs, des projets de loi sont présentement à l'étude en Ontario (P.L. 88), au Manitoba (P.L. 31), et en Colombie britannique (Bill 32). Pour sa part, le Québec a décidé de procéder d'abord par l'examen d'un avant-projet de loi, lequel fut présenté à l'Assemblée nationale le 16 juin dernier. C'est sur ce document ministériel que porte le présent mémoire.

Le Barreau du Québec, résolument engagé dans le virage technologique, ne pouvait ignorer cet avant-projet de loi. Il se voit par contre dans l'obligation de déplorer le peu de temps laissé aux différents organismes pour réagir et commenter en profondeur cette volumineuse pièce législative et tous les impacts qu'elle ne manquera pas d'avoir sur la vie quotidienne de la plupart des citoyens et des entreprises du Québec. Il s'agit d'un domaine relativement nouveau qui nécessite de se familiariser avec les lois ou projets de loi existants afin d'analyser l'avant-projet québécois dans une optique de droit comparé ; le texte législatif québécois présente des notions nouvelles et introduit dans notre droit de nouveaux concepts juridiques en plus de modifier de façon substantielle plusieurs de nos règles de droit civil, notamment les règles de preuve. Il faut plus que quelques semaines pour faire tout ce travail et s'assurer l'aide d'experts, surtout en période estivale, alors que la majorité des gens sont en vacances. Y a-t-il à ce point urgence ? Deux ans ont été nécessaires pour en arriver au texte présentement sous étude : une véritable consultation et une analyse sérieuse ne méritent-elles pas quelques mois ? Il aurait été nettement préférable pour tout le monde que le Gouvernement présente un projet de loi dès juin et qu'il le soumette à la

consultation seulement en octobre : ainsi, personnes et organismes auraient disposé du temps nécessaire pour en faire un examen intelligent et le Gouvernement aurait pu travailler à des amendements en temps utile et faire adopter son projet avant l'ajournement des Fêtes comme il le souhaite. On aurait pu, alors, parler de véritable consultation.

Compte tenu de ce qui précède, le mémoire du Barreau du Québec ne peut qu'être assez sommaire. Il présentera en première partie des commentaires d'ordre général suivis, en seconde partie, de commentaires plus spécifiques portant sur chacun des chapitres de l'avant-projet de loi. Le fait de formuler des commentaires spécifiques ne doit toutefois pas être considéré comme une acceptation par le Barreau du Québec de l'avant-projet de loi dans sa facture actuelle, bien au contraire : le texte doit être repris dans son entier, la structure doit être simplifiée et, idéalement, la démarche doit être repensée en s'inspirant davantage des lois (ou projets de loi) existant ailleurs sur le sujet de façon à éviter d'isoler le Québec sur le plan international et de nuire à son développement économique.

Le Barreau tient à remercier les avocats et avocates qui ont consacré, de façon bénévole, plusieurs heures, voire plusieurs journées à l'analyse de cet avant-projet de loi. Sans eux, la production de ce mémoire aurait été impossible. Leurs noms figurent au début du mémoire.

PARTIE I : COMMENTAIRES GÉNÉRAUX

La lecture et l'examen de l'avant-projet de loi ont suscité chez tous les membres du comité quelques constats, certaines inquiétudes et de nombreuses interrogations. La première de ces interrogations consiste à se demander si cet avant-projet de loi a suivi la démarche appropriée. Avant d'arriver à ce texte législatif, a-t-on véritablement identifié les problèmes que l'on cherche à résoudre? S'est-on interrogé à savoir si les lois actuelles – notamment le *Code civil*,[1] le *Code de procédure civile*,[2] la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*[3] et la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*[4] – permettent de les résoudre et, dans l'hypothèse où elles seraient insuffisantes pour ce faire, s'est-on demandé si on ne pourrait pas les amender plutôt que de créer une nouvelle loi?

Cet avant-projet de loi comporte sans doute plusieurs objectifs. L'un d'entre eux consiste à prévoir un encadrement juridique aux communications effectuées par voie électronique et à assurer une certaine uniformisation des normes juridiques entourant la production, la consultation, la conservation, le transfert et la transmission d'un document, quel que soit son support. Un second objectif peut être identifié comme étant d'encourager les personnes physiques, associations et entreprises à prendre le virage technologique et à utiliser le plus possible les nouvelles technologies de l'information non seulement dans leurs transactions commerciales mais également à des fins de simple communication. Le Barreau du Québec non seulement partage ces objectifs mais aussi se réjouit de ce que le gouvernement ait décidé d'emboîter le pas à diverses autres juridictions et de légiférer en cette matière. Il est toutefois d'avis que l'avant-projet de loi

1 1991, c. 64.
2 L.R.Q., c. C-25.
3 L.R.Q., c. A-2.1.
4 L.R.Q., c. P-39.1.

québécois, tant par sa forme que par son contenu, ne saurait atteindre ces objectifs.

1.1 ATTEINTE DES OBJECTIFS MISE EN PÉRIL

1.1.1 Utilisation élargie des nouvelles technologies de l'information

L'atteinte de cet objectif, qui consiste à favoriser et à encourager l'utilisation par les personnes physiques, les associations et les entreprises des nouvelles technologies de l'information et que le Barreau partage d'emblée, risque d'être mise en péril à cause de l'unicité du modèle québécois qui ressort du texte de l'avant-projet de loi et de la complexité des règles qu'il préconise. Le fait que l'avant-projet se démarque de la plupart des législations existantes (ou à l'étude) ailleurs au pays et dans le reste de l'Amérique du Nord notamment, de même que les règles complexes et contraignantes qu'il impose constitueront un frein à l'utilisation des moyens électroniques et auront ainsi un effet contraire à celui recherché. On peut d'ores et déjà imaginer le fardeau très lourd que représentent ces deux caractéristiques pour les petites et moyennes entreprises qui, faut-il le rappeler, constituent la majorité des entreprises au Québec. Et que dire des particuliers pour qui la rédaction de cet avant-projet est plutôt indigeste : quelle compréhension auront-ils de ces nouvelles règles ? se sentiront-ils vraiment protégés et confiants lorsqu'ils transigeront par voie électronique ?[5]

1.1.1.1 Unicité du modèle québécois

Examinons d'abord en quoi les dispositions de l'avant-projet font qu'il se démarque des autres législations bien que le temps mis à notre disposition pour l'étudier ne nous ait pas permis de faire une étude exhaustive et détaillée de toutes

[5] Voir notamment les articles 11 et 51 de l'avant-projet de loi, qui constituent un exemple éloquent de complexité et d'inaccessibilité pour le commun des mortels.

les lois ou projets de loi existants en matière de reconnaissance de documents électroniques. Le contexte nord-américain dans lequel nous vivons et le fort courant visant à y encourager et à favoriser le commerce électronique nous ont toutefois amenés à nous pencher davantage sur ce qui existe en Amérique du Nord et plus particulièrement au Canada.

Si l'on compare l'avant-projet de loi québécois avec la *Loi uniforme sur le commerce électronique* adoptée par la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada (ci-après appelée *Loi uniforme*), la loi de la Saskatchewan et les projets de loi de Colombie britannique, du Manitoba et de l'Ontario, qui ont tous comme modèle la *Loi type sur le commerce électronique* de la CNUDCI (ci-après appelée la *Loi type*), force nous est de constater que le projet québécois se distingue des autres sous plusieurs aspects :

- Contrairement aux autres textes législatifs qui prévoient spécifiquement certaines exceptions (les testaments ou les fiducies créées par testament par exemple), le champ d'application de l'avant-projet québécois n'est aucunement limité.
- À cause de la définition de « document » contenue à l'article 3, sa portée est infiniment plus étendue, la loi québécoise touchant toutes les activités, commerciales ou autres, impliquant la création ou la communication d'un document — peu importe son support —, que cette activité soit individuelle, bipartite ou multipartite, que les parties soient des particuliers, des sociétés, des associations ou des personnes morales, celles-ci pouvant être de droit public ou de droit privé.
- Contrairement à ce qu'on est habitué de voir dans la façon civiliste de rédiger les lois où on se limite à des énoncés de principe concis et précis alors que les lois des provinces de *common law* sont rédigées de façon très détaillée, la loi québécoise va beaucoup plus dans les détails que les autres : comptant 99 articles (alors que les autres en comptent

entre 22 et 50 environ), elle établit un tout nouveau régime de responsabilité — civile et pénale, nous semble-t-il — en énonçant toutes et chacune des obligations touchant la conservation, le transfert, la consultation et la transmission du document, elle privilégie clairement une technique de signature électronique (cryptographie asymétrique) et en explique même le fonctionnement, elle crée toute une procédure de repérage des personnes, des documents et des objets pouvant faire l'objet d'une communication et met sur pied un système complexe de répertoire et de certification.

- Alors que les autres lois ou projets de loi utilisent des concepts déjà connus, l'avant-projet de loi québécois introduit dans notre droit de nouveaux concepts tels que « pleine valeur juridique », « sécurité juridique », « collationnement », « support », « cycle de vie d'un document », « communication », « règle de droit — pris de toute évidence dans un sens différent de l'expression anglaise *rule of law* », « espace nominatif local ou universel », etc.
- Les autres législations ont des définitions similaires (par exemple celle de « électronique », « document électronique » ou de « message de données ») alors que la définition de « document » contenue à l'avant-projet de loi est différente et a une portée beaucoup plus large.
- Contrairement aux autres législations, l'avant-projet québécois crée un régime de responsabilité unique et propose une série de règles, assez complexes, régissant les droits et obligations qui entourent les différents stades d'utilisation d'un document électronique.
- Contrairement aux autres, l'avant-projet de loi crée un nouveau régime de preuve.
- Les critères d'équivalence fonctionnelle ne sont pas les mêmes que dans les autres législations.

Il nous semble que le Québec, au lieu de s'isoler en faisant preuve d'originalité dans la rédaction d'un texte législatif visant à encadrer et à encourager l'utilisation des nouvelles technologies de l'information, devrait au contraire tenter de se rapprocher le plus possible de ce qui se fait ailleurs de façon à se positionner sur le plan du commerce international et à demeurer concurrentiel.

1.1.1.2 Quantité et complexité des règles

Bien que le Barreau soit favorable à ce que la législation québécoise prévoie des dispositions favorisant la communication de documents technologiques à l'intérieur des entreprises, entre les entreprises et les consommateurs, et entre les entreprises elles-mêmes, il nourrit de sérieuses réserves à l'égard de certaines orientations de l'avant-projet de loi, notamment celles :

- voulant que tous, individus comme entreprises, soient soumis éventuellement à des normes de sécurité prescrites par règlement du gouvernement. Que le gouvernement prescrive des normes pour les documents qu'il reçoit ou qu'il transmet nous semble normal mais les communications privées doivent demeurer privées et le gouvernement ne doit pas s'y immiscer en imposant au secteur privé des normes ou mesures réglementaires sur la façon d'assurer l'intégrité des documents et encore moins sur les conditions d'utilisation d'un support ou d'une technologie spécifique (art. 6). Il revient à chacun de prendre les moyens pour être en mesure de prouver, en cas de besoin, que la technologie utilisée est fiable et que les documents transmis offrent des garanties suffisantes pour pouvoir s'y fier ;
- obligeant le secteur privé à recourir à des procédés de traitement (art. 11), à des normes ou standards techniques de transfert de support (art. 18-2°), à des normes et standards pour la constitution du répertoire d'identification des personnes (art. 55), établis par un des organismes

de normalisation mentionnés à l'article 69 de l'avant-projet de loi. Comment ces organismes — surtout les organismes internationaux — peuvent-ils savoir que leurs normes respectent les exigences de notre droit interne ?

- empêchant toute preuve quant à la fiabilité ou à la qualité mauvaise ou inférieure du procédé, du système ou de la technologie (on ne pourrait qu'en prouver une mauvaise application — voir article 16). La légalité d'une telle disposition pourrait sans doute être attaquée en se basant sur la *Charte des droits et libertés de la personne* ;
- soumettant la personne physique qui désire détruire un document transféré sur un autre support que celui du document original aux prescriptions des articles 17 et 19 requérant une vérification (on ne sait par qui ni sous quelle forme) que le support et la technologie utilisés pour le transfert offrent des garanties assurant la préservation de l'intégrité du document original, requérant aussi une comparaison des documents ainsi que des mentions spécifiques dans les cas de transfert sur support papier. Sauf erreur, aucune obligation légale de conservation de documents n'existe pour les particuliers : pourquoi alors toutes ces formalités ?
- soumettant les personnes morales aux obligations édictées par les articles 17 à 24 lorsqu'elles désirent détruire des documents transférés sur un support autre que le support original. Ces exigences semblent lourdes pour bon nombre d'entreprises (petites et moyennes entreprises, compagnies d'assurance, cabinets de professionnels, etc.) ;
- obligeant l'expéditeur d'un document qui transmet plus d'un exemplaire à vérifier l'intégrité des autres exemplaires générés à partir du système du destinataire (art. 35) : comment une telle exigence peut-elle être rencontrée ?

- prescrivant des obligations aux intermédiaires et, par voie de conséquence, un régime de responsabilité relié à certains actes ou omissions de leur part (art. 27 à 30, 39 et 40) ;
- établissant, en matière d'accès et de protection des renseignements personnels, un troisième régime, parallèle à ceux déjà prévus par les deux lois existantes[6], plutôt que de compléter ces deux lois, risquant ainsi de créer des problèmes d'interprétation en cas de divergence (art. 26 à 30, 45 à 50) ;
- donnant l'impression de donner au destinataire du document la possibilité de refuser de recevoir un document envoyé sur un support autre que le papier alors que la loi peut l'y obliger (art. 34) ;
- favorisant le système de cryptographie asymétrique comme technique de signature électronique alors que la technologie dans ce domaine évolue très rapidement (art. 44) ;
- établissant un régime complexe et détaillé d'identification et de localisation des personnes, documents ou objets, incluant les services de certification et de répertoire et précisant même le contenu minimal de l'énoncé de politique des personnes qui offrent ces services (10 items), leur processus d'accréditation de même que le régime de responsabilité qui s'applique à elles (art. 45 à 66) — on introduit ici sans raison apparente un régime de responsabilité sans faute (art.65-2^{e} al.) ;
- obligeant à effectuer un nombre incalculable de vérifications ou d'attestations dans le cadre d'une communication au moyen d'un document technologique, peu importe à qui cette communication est faite et sans égard à l'importance de la communication ni au lien de confiance qui a pu s'établir (art. 64 notamment) ;
- prévoyant que seul le gouvernement peut accréditer un prestataire de services de certification selon des conditions et critères à être établis

[6] Supra, voir notes 3 et 4.

par règlement, ce qui nous paraît aller à l'encontre du principe de liberté contractuelle et de la pratique de la certification croisée qui se fait actuellement de façon conventionnelle ;

- donnant au gouvernement le pouvoir d'imposer ses normes au secteur privé, notamment par son pouvoir réglementaire, de même que ses choix quant aux procédés, systèmes ou technologies à utiliser, choix qui seront publiés dans la *Gazette officielle du Québec*. En outre, il n'appartient pas à un comité qui relève du gouvernement de définir les normes, critères et standards permettant de réaliser un document technologique, ni d'établir les mesures de sécurité susceptibles d'assurer l'intégrité des documents technologiques (art. 68). De l'avis du Barreau, le gouvernement peut établir et imposer ses normes pour les communications qui le concernent mais il n'a pas à s'immiscer dans les relations commerciales ou autres à caractère strictement privé.

Une loi doit être technologiquement neutre; celle-ci privilégie pourtant une technologie malgré l'évolution très rapide dans ce domaine; elle va même dans les détails pour en expliquer le fonctionnement. Le projet québécois n'accorde pas suffisamment de liberté de choix aux différents acteurs et réserve à l'État un pouvoir réglementaire beaucoup trop envahissant. Tous ces irritants, plutôt que de stimuler l'utilisation des nouvelles technologies de l'information, et plus particulièrement l'utilisation du commerce électronique, risquent au contraire de freiner l'enthousiasme de ceux et celles qui seraient portés à suivre cette tendance. Enfin, une loi doit pouvoir être appliquée mais la complexité de celle-ci et les trop nombreux détails qu'elle contient feront que non seulement elle sera difficilement applicable mais nombre de ses dispositions seront vraisemblablement violées à tout moment, dès lors qu'on se servira d'un ordinateur.

1.1.2 Uniformisation des normes juridiques

Le processus de normalisation comporte deux aspects selon les définitions que l'on retrouve dans les principaux dictionnaires de la langue française : il vise d'abord et avant tout à établir des normes comme le mot lui-même l'indique, mais il vise aussi une certaine standardisation des objets ou produits auxquels ces normes s'appliquent. D'ailleurs, l'avant-projet n'a-t-il pas pour objet d'assurer une équivalence fonctionnelle des documents, d'accorder une valeur juridique équivalente à tout document, quel que soit son support et d'assurer l'interchangeabilité des supports ? C'est du moins ce que les notes explicatives de l'avant-projet ainsi que l'article 1 de celui-ci nous enseignent.

À l'analyse, on peut toutefois se demander si l'avant-projet atteint ce but. En effet, plutôt que de compléter les lois existantes, tels le *Code civil du Québec*[7], la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*[8] et la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*[9], le législateur a choisi d'ajouter au *corpus* législatif une toute nouvelle loi dont les dispositions, loin de s'harmoniser aux règles existantes, y sont souvent contraires. Par exemple, sur le plan du droit civil, n'aurait-il pas mieux valu, à l'instar de ce que la France a fait récemment[10], modifier le *Code civil* afin d'étendre la portée de certaines règles — notamment en matière de formation des contrats, de responsabilité ou de preuve — au lieu de créer un tout nouveau régime dont plusieurs éléments dérogent au Code actuel et en contredisent certains principes fondamentaux ? Le *Code civil* contient déjà des dispositions intéressantes sur les documents informatisés – notamment en matière de preuve – qui étaient avant-gardistes au moment de leur adoption : pourquoi ne pas les compléter et les mettre à jour ? Si le législateur veut prévoir des

7 Supra, voir note 1.
8 Supra, voir note 3.
9 Supra, voir note 4.
10 *Loi no 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique.*

dispositions particulières sur la formation des contrats lorsque ceux-ci impliquent des documents technologiques, pourquoi ne pas le faire dans le *Code civil* qui est notre loi fondamentale en matière de droit privé ? Le fait de devoir recourir à la fois au *Code civil* et à une loi particulière aura pour effet d'engendrer des problèmes d'interprétation, de rendre incertaine l'interprétation judiciaire et d'insécuriser encore davantage les personnes physiques et morales auxquelles la loi s'adresse alors qu'elle a précisément pour but de les sécuriser.

On ne peut certes pas parler d'harmonisation lorsque le nouveau texte législatif modifie substantiellement les règles actuelles du fardeau de preuve : en effet, alors qu'en vertu du droit civil actuel, celui qui invoque un écrit au soutien du droit qu'il veut faire valoir doit en prouver la provenance et la fiabilité, l'avant-projet, à son article 15, semble renverser ce fardeau : « *Il n'y a pas lieu de faire la preuve de la fiabilité d'un document, à moins que celui qui la conteste n'établisse, par prépondérance de preuve, qu'il y a eu atteinte à l'intégrité du document*. ». En outre, compte tenu de la définition très large de la notion de document à l'article 3 de l'avant-projet de loi et de l'extension qui en est donnée à toutes les lois du Québec par l'article 70, cette nouvelle règle de preuve s'appliquera à tout « document » quel qu'il soit, c'est-à-dire tant à un écrit, authentique, sous seing privé ou autre, peu importe son support, qu'à une image ou à un enregistrement sonore. Quelle règle prévaudra : celle du *Code civil* ou celle de la loi nouvelle? Plusieurs débats judiciaires en perspective.

On ne peut davantage parler de normalisation lorsque, par les présomptions de fiabilité qui leur sont reconnues, on donne aux documents dits technologiques une valeur probante plus grande qu'aux écrits traditionnels ou lorsqu'on tente de mettre de côté la règle de la meilleure preuve ou encore que, par le biais de

l'article 33 de l'avant-projet, on risque de faire accroc aux règles de formation du contrat (art. 1387 C.c.Q.[11]).

Mentionnons deux autres exemples d'absence d'harmonisation : l'article 78 de l'avant-projet, par l'ajout d'une phrase à l'article 2855 du *Code civil* et le renvoi qu'il fait à la *Loi sur la normalisation juridique des nouvelles technologies de l'information*, renverse, quant à l'élément matériel de preuve qui est aussi un document technologique, la règle de recevabilité prévue à cet article du Code ; enfin, l'article 79, qui amende l'article 2874 C.c.Q., enlève toute discrétion au tribunal pour évaluer la fiabilité de la technique d'enregistrement utilisée en assujettissant cette dernière au respect des normes prévues à la *Loi sur la normalisation juridique des nouvelles technologies de l'information*. Pourtant, toutes les questions de preuve sont des questions de fait dont l'évaluation de la force probante, s'il en est, doit être laissée à la discrétion du tribunal.

Le même raisonnement pourrait être invoqué à l'égard des dispositions de l'avant-projet qui créent un régime spécifique d'accès aux documents, de protection de la vie privée et de protection des renseignements personnels dans un contexte de communications électroniques : pourquoi ne pas amender et compléter les deux lois existantes sur le sujet[12] plutôt que d'établir un régime parallèle et risquer ainsi de créer des divergences, donc des applications différentes et, partant, des débats judiciaires tout aussi inutiles que coûteux pour les justiciables ?

Une dernière remarque s'impose au chapitre de l'atteinte des objectifs par rapport à l'unification des normes : alors qu'il est censé assurer une certaine neutralité quant au support utilisé pour communiquer un document, voire une équivalence

---

[11] Article 1387 : *Le contrat est formé au moment où l'offrant reçoit l'acceptation et au lieu où cette acceptation est reçue, quel qu'ait été le moyen utilisé pour la communiquer et lors même que les parties ont convenu de réserver leur accord sur certains éléments secondaires*.

[12] Supra, voir notes 3 et 4.

des documents peu importe leur support[13], on constate néanmoins que l'avant-projet de loi crée un régime tout à fait particulier aux documents technologiques, dont les règles diffèrent substantiellement de celles applicables aux documents sur support papier, et que la grande majorité des dispositions qu'il contient présentent les paramètres de ce régime particulier (une partie importante du chapitre II et le chapitre III dans son entier).

1.2 INTRODUCTION DE NOUVEAUX CONCEPTS ET UTILISATION D'UN VOCABULAIRE NON JURIDIQUE ET NON FAMILIER

L'étude et l'interprétation de l'avant-projet de loi ont été rendues plus laborieuses en raison de l'introduction de concepts et de mots nouveaux ou dont l'utilisation n'est pas fréquente en matière juridique. Puisque, contrairement à la rédaction législative utilisée en *common law*, la tradition civiliste — tout au moins au Québec — n'incorpore à peu près pas de définitions dans sa législation, l'opération n'en a pas été facilitée.

Ainsi, des expressions comme « sécurité juridique », « valeur juridique ou pleine valeur juridique », « support », « communication », « règle de droit », « éléments structurants », « délimitation et structuration de l'information », « cycle de vie d'un document », « fiabilité d'un document », « collationnement », « journalisation, journalisée », « identifiant », « espace nominatif local, espace nominatif universel » ont nécessité qu'on réfléchisse sur leur signification et sur le sens qu'on pouvait leur donner dans le contexte particulier de cette loi. Certaines pouvaient même différer d'interprétation selon le chapitre où elles se trouvaient.

[13] Voir à cet égard notamment la définition très large de « document » à l'article 3 de l'avant-projet de même que les articles 8 et 9.

Par exemple, l'expression « valeur juridique » peut tantôt avoir le sens de « comporter des effets juridiques » — c'est notamment le cas à l'article 1-3°—, tantôt celui de « valeur probante », ce dernier pouvant se vérifier à l'article 8. Le fait qu'une même expression puisse être interprétée de plusieurs façons ne facilite évidemment pas la compréhension de ce texte législatif qui, rappelons-le, est déjà d'une lecture plutôt indigeste.

L'utilisation de l'expression « règle de droit » porte aussi à confusion. Elle ne réfère à rien dans un contexte de droit civil. Cette expression est généralement employée dans la langue anglaise — *rule of law* — et signifie alors la suprématie de la loi et de la légalité par opposition au règne de l'arbitraire et à de larges pouvoirs discrétionnaires du gouvernement de même que, en droit public, la soumission de l'État à la loi et le contrôle judiciaire de son activité administrative par des tribunaux indépendants.[14] De toute évidence, là n'est pas le sens qu'on veut lui donner dans le contexte de l'avant-projet de loi lorsqu'on écrit « respecter la règle de droit ».[15] Ne devrait-on pas, à l'instar de plusieurs textes législatifs, utiliser tout simplement les mots « la loi » pour assurer une meilleure compréhension ? Puisque le mot « loi » est généralement pris dans son sens générique à moins qu'il ne désigne un texte législatif précis, il est suffisant pour englober un règlement ou tout autre acte ayant force de loi. L'avant-projet l'a d'ailleurs utilisé à quelques reprises, notamment à l'article 34. Si le législateur tient absolument à conserver l'expression « règle de droit », il faudrait alors l'employer au pluriel « respecter les règles de droit » ou encore lui accoler l'article indéfini « une » si on vise une exigence légale en particulier.

Il faut donc déplorer que plusieurs articles de l'avant-projet de loi ouvrent la porte à de nombreuses interprétations, ce qui compliquera sensiblement les choses au

---

[14] Voir à ce sujet François CHEVRETTE et Herbert MARX, *Droit constitutionnel – Notes et jurisprudence*, 1982, Presses de l'Université de Montréal, p.33, et André TREMBLAY, *Droit constitutionnel – Principes*, 1993 Les Éditions Thémis, p. 97.

[15] Voir entre autres l'article 2 (2e al.) de l'avant-projet de loi.

lieu de les simplifier. Cela occasionnera sans doute beaucoup d'incertitude sur le plan de l'interprétation judiciaire et, par voie de conséquence, freinera l'utilisation des nouvelles technologies et du commerce électronique, retardant d'autant le développement économique du Québec, déjà passablement en retard dans ce domaine.

PARTIE II : COMMENTAIRES SPÉCIFIQUES

Le peu de temps mis à la disposition du Barreau (comme de tout autre organisme d'ailleurs) par l'Assemblée nationale pour étudier et commenter l'avant-projet de loi l'empêche de présenter des commentaires aussi détaillés qu'à l'habitude. Les commentaires se feront donc par chapitre ou par section, selon le cas, et porteront à l'occasion sur des articles spécifiques.

CHAPITRE I

Ce premier chapitre fournit quelques exemples de l'introduction de nouveaux concepts. Celui de « sécurité juridique » (art. 1-1°) qui se veut probablement le contraire de « incertitude juridique », vient peut-être du texte de la Résolution adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies faisant sienne la *Loi type sur le commerce électronique de la CNUDCI* en 1996. Cette expression, tout comme celle de « valeur juridique », s'y retrouve mais cette résolution ne constitue pas le texte législatif lui-même, lequel emploie plutôt « validité », « force exécutoire » ou « effets juridiques ».[16] Une certaine uniformisation du langage serait sans doute souhaitable si on veut éviter d'isoler le Québec par rapport au reste de l'Amérique du Nord.

Contrairement à toutes les autres lois (adoptées ou sous étude) examinées, l'avant-projet de loi québécois ne se limite pas au commerce ou aux transactions électroniques : il vise tous les aspects de la communication, quels que soient le contexte et le nombre de personnes à qui cette communication s'adresse, que ce soit dans le secteur public ou privé. On peut s'interroger sur la pertinence d'un tel choix politique et d'une telle orientation législative et espérer qu'ils n'aient pas pour effet d'isoler le Québec du reste de l'Amérique du Nord.

---

[16] Voir notamment l'article 5 de la *Loi type*. La *Loi uniforme sur le commerce électronique* adoptée par la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada emploie aussi les termes « « effet juridique » et « force exécutoire » à son article 5.

Le paragraphe 2° de l'article 1 nous semble beaucoup trop détaillé lorsqu'il s'agit de décrire l'objet de la loi. Il devrait se terminer au mot « autres », le reste ayant davantage sa place dans la définition de la notion de « document » à l'article 3. En outre, puisqu'on parle de cohérence des règles de droit, pourquoi ne pas viser ici tous les documents, technologiques ou autres, à l'instar du paragraphe 3°?

Quant au paragraphe 3°, bien que le but en soit d'assurer une équivalence fonctionnelle des documents, quel que soit leur support, cette question demeurera une question de fait dont l'appréciation, sur le plan de l'admissibilité en preuve et de la force probante, sera laissée à la discrétion des tribunaux en fonction des garanties de fiabilité mises en preuve devant eux. Cet objectif, tel que décrit à ce paragraphe, ne doit pas avoir pour effet d'écarter la règle de la meilleure preuve, reconnue et appliquée quotidiennement en droit civil.

On peut se demander si le paragraphe 4°, par l'emploi exclusif du mot « personne », veut exclure les associations, les sociétés et l'État mentionnés expressément au paragraphe 1°. En outre, puisque l'avant-projet de loi vise l'équivalence fonctionnelle des documents, quel que soit leur support, ne serait-il pas indiqué de retrancher le mot « technologique » de ce paragraphe de façon à ce que, par exemple, la signature électronique (ou toute autre façon d'établir le lien) remplisse les mêmes fonctions et ait les mêmes effets juridiques que la signature manuscrite ?

Tel que mentionné dans les commentaires généraux, il n'appartient pas au gouvernement de s'immiscer dans le secteur privé en imposant ses normes techniques et ses choix. Quant à l'harmonisation, elle se fera avec l'évolution des technologies et des marchés. Ce paragraphe devrait donc être retranché.

Le comité du Barreau s'est interrogé sur l'utilité du second alinéa de l'article 2 : est-il vraiment nécessaire ? ajoute-t-il un élément essentiel ? en quoi cet alinéa se rapporte-t-il à l'objet de la loi ? Il pourrait être retranché, son principe étant

réaffirmé à l'article 34. S'il ne l'est pas, il y aurait lieu d'employer le singulier plutôt que le pluriel conformément aux techniques habituelles de rédaction législative. Voir aussi les commentaires généraux sur l'utilisation de l'expression « la règle de droit ».

2.2 CHAPITRE II

2.2.1 Section I

La notion de document telle que définie à l'article 3 est très vaste[17] et vise autant l'écrit traditionnel que l'image, l'enregistrement sonore ou le logiciel. Elle est encore plus étendue lorsqu'on lit cet article avec l'article 70 de l'avant-projet qui en élargit l'interprétation en assimilant tous les autres termes similaires employés dans les textes législatifs à la notion de document. Inclut-elle un tableau ? celui-ci peut-il être considéré comme une image ou ce serait plutôt uniquement la reproduction du tableau sous forme de photographie, de vidéo ou de fichier-images qui serait considérée comme un document ? Quoi qu'il en soit, on peut s'interroger sur la façon dont certaines dispositions du *Code de procédure civile* qui réfèrent à cette notion de document s'appliqueront : pensons par exemple aux dispositions sur la communication des pièces (art. 331.1ss C.p.c.) où on fait une nette distinction entre « élément matériel de preuve » et « document » ou encore à l'article 89 de ce Code qui régit la contestation d'une signature, d'une partie importante d'un acte sous seing privé ou la contestation d'un document reproduisant les données d'un acte juridique inscrites sur support informatique. Comment concilier ces dispositions avec celles de l'avant-projet de loi ? Si, malgré nos commentaires généraux, cet avant-projet de loi devait se traduire dans une loi particulière, il faudrait s'assurer d'un arrimage parfait avec le reste de la

[17] Voir nos commentaires relatifs à l'article 1-1° où on s'interroge sur la pertinence d'avoir un champ d'application aussi vaste. En le restreignant aux transactions électroniques, cela aurait un impact évident sur la notion de « document » qu'il faudrait alors limiter à celle de « document électronique » à l'instar des autres lois ou projets de loi existants sur le sujet.

législation, et plus spécifiquement avec les pièces législatives maîtresses que sont le *Code civil* et le *Code de procédure civile.*

La définition englobante de « document », liée à l'objectif d'équivalence fonctionnelle des documents et de leur valeur juridique, engendrera sans doute des problèmes en pratique. Par exemple, un testament fait sur vidéo n'aura pas la même valeur juridique qu'un testament sur support papier puisque, outre le fait que le *Code civil* requiert que le testament soit fait sous forme d'écrit, celui sur support papier sera admis comme preuve écrite alors que l'autre ne pourra être admis que comme élément matériel de preuve, lequel nécessitera une preuve additionnelle d'authenticité pour avoir une force probante (art. 2855 C.c.Q.). Pourtant, l'article 15 de l'avant-projet énonce qu'il n'y a pas lieu de faire la preuve de la fiabilité d'un document à moins que celle-ci ne soit contestée : un autre problème d'arrimage. Le *Code civil* constitue la loi de base qui régit le droit privé au Québec et en énonce les grands principes : aussi, il n'est pas souhaitable, tant sur le plan de la cohérence du droit que sur celui de son interprétation, que ceux-ci se trouvent disséminés dans des lois particulières et c'est exactement ce qui se produit entre autres avec le droit de la preuve.

Il existe une autre difficulté reliée à l'étendue de la définition de « document » : le fait que les banques de données soient assimilées à un document pose le problème des présomptions de fiabilité contenues dans l'avant-projet. Le comité du Barreau a beaucoup d'hésitation à admettre que les banques de données puissent bénéficier de telles présomptions ; à cet égard l'article 4 accentue la difficulté. Prenons un exemple : un informaticien travaillant à Montréal pour une firme multinationale qui recueille à partir de différents endroits sur la planète des données informatiques dans plusieurs autres pays pourrait venir témoigner de la fiabilité d'une telle banque de données, prétextant qu'il s'agit d'un même document bien que fragmenté en plusieurs emplacements. Une telle possibilité nous semble dangereuse, voire inadmissible.

Le contenu de l'article 4 nous paraît davantage être une question de fait devant être laissée à l'appréciation du tribunal.

2.2.2 Section II

L'expression « cycle de vie » utilisée à l'article 5, nous paraît curieuse lorsqu'appliquée à un document. Si la définition de « document » inclut la copie de celui-ci (voir les articles 13 et 14 de l'avant-projet), peut-on utilement parler de cycle de vie du document puisque théoriquement, celui-ci peut être reproduit à l'infini ? On peut également se demander si le mot « destruction », à cet article, couvre la situation où le support lui-même est détruit. Pensons entre autres aux premiers télécopieurs qui utilisaient des feuilles dont le contenu s'effaçait au bout d'un certain temps ou encore aux confirmations de transactions bancaires faites par l'entremise d'un guichet automatique, qui subissent le même sort : on ne saurait pourtant parler ici de « destruction » et encore moins de « destruction du document ». Est-ce nécessaire de faire allusion au cycle de vie d'un document ? la fiabilité et l'intégrité de celui-ci ne sont-elles pas des questions de fait, donc matière de preuve ?

Le troisième alinéa de l'article 5 fait référence aux mesures de sécurité prises comme indice d'appréciation de l'intégrité d'un document. Or, il ne s'agit que d'un indicateur parmi d'autres, le tribunal devant aussi tenir compte de toutes les circonstances pertinentes eu égard à l'objet pour lequel le document a été créé. Ce critère englobant est d'ailleurs celui retenu dans les autres lois ou projets de loi examinés de même qu'à l'article 2837 du *Code civil*.

En ce qui concerne le pouvoir réglementaire du gouvernement aux fins de prescrire des mesures de sécurité visant à assurer l'intégrité des documents, le Barreau du Québec réitère son commentaire général à l'effet que la portée de ces règlements doit se limiter aux documents transmis par ou au gouvernement sans s'immiscer dans les relations commerciales ou autres de nature strictement privée.

Le principe établi par l'article 7 de l'avant-projet ne doit pas empêcher qui que ce soit de soulever une possible atteinte à l'intégrité d'un document qui rencontrerait certaines caractéristiques énoncées à cet article.

Cette section ne pourrait-elle pas plutôt se retrouver au *Code civil*, plus particulièrement dans un article 2837 élargi ? Contrairement aux provinces de *common law* où le droit civil n'est pas codifié bien qu'il existe des lois particulières sur la preuve, au Québec le droit de la preuve est régi par le *Code civil.*[18] Il apparaît donc beaucoup plus indiqué d'apporter des changements au Code plutôt que de le modifier en partie et de le compléter par d'autres dispositions d'une loi particulière. Cette remarque vaut également pour la section III de l'avant-projet de loi qui touche directement le droit de la preuve. Le *Code civil* étant la loi de base du droit privé, il ne doit pas être au service des lois particulières ; or, c'est précisément ce que fait l'avant-projet de loi, particulièrement en matière de preuve.

2.2.3 Section III

Cette section suscite plusieurs commentaires en regard du droit de la preuve qu'elle modifie de façon substantielle et ce, à plusieurs égards. L'une des sources de ces changements provient du concept très large de « document » tel que défini à l'article 3 et du fait qu'il ne distingue aucunement l'acte juridique du fait matériel. Ceci a comme conséquence que l'avant-projet de loi confère la même valeur probante et les mêmes effets juridiques à tout document dont la fiabilité n'est pas contestée, que ce document soit signé ou non, qu'il constate un acte juridique ou non. Ce n'est certainement pas ce qu'on peut appeler de l'harmonisation. Une véritable harmonisation serait en premier lieu de parler de « valeur probante » ou d'«effets juridiques » et non de « valeur juridique » ; deuxièmement d'utiliser la terminologie des articles du *Code civil* ; troisièmement

[18] Livre septième du Code, articles 2803 à 2874.

de distinguer les documents technologiques signés qui constatent un acte juridique — et qui devraient avoir la même force probante que les écrits sous seing privé[19] — de ceux qui ne sont pas signés ou qui, bien que signés, rapportent des faits et qui, eux, devraient être régis par les articles 2831 à 2836 C.c.Q. ; quant aux autres documents technologiques non écrits, soit ceux présentés sous forme d'image ou de son, et à ceux que l'on peut qualifier de non fiables, ils seraient régis par une disposition s'inspirant du troisième alinéa de l'article 8 de l'avant-projet de loi et pourraient donc servir de commencement de preuve. Quatrièmement, l'article 15 de l'avant-projet de loi, qui modifie les règles du fardeau de la preuve — on ignore toutefois jusqu'à quel point mais on suppose que la notion de fiabilité s'applique même à la signature, électronique ou manuscrite —, doit être retranché.

L'harmonisation souhaitée par le gouvernement serait complétée en cette matière en laissant jouer les moyens de contestation actuellement prévus au *Code de procédure civile*, notamment à l'article 89. Dans le cadre d'un litige, l'article 403 C.p.c. (mise en demeure de reconnaître l'exactitude ou la véracité d'une pièce) pourrait également être utilisé par une partie après production de la défense. Encore ici, le mot « pièce » s'entend d'un document ou d'un élément matériel de preuve conformément à l'article 331.1 C.p.c. ; il y aurait lieu d'arrimer ces dispositions à la définition très large de « document » que l'on retrouve à l'article 3 de l'avant-projet de loi, complétée par l'article 70. Enfin, en ce qui concerne la reconstitution d'un document, pourquoi ne pas référer aux articles 870 et suivants du *Code de procédure civile* en les complétant ?

Ces remarques générales sur la section III étant faites, le Barreau aimerait en commenter sommairement certains articles.

[19] Articles 2826 à 2830 C.c.Q.

Art. 8 : Le comité s'est d'abord demandé quand et dans quelles circonstances le troisième alinéa de cet article recevra application. En effet, un document dont la fiabilité n'est pas mise en doute tomberait sous les premier et second alinéas ; dans le cas contraire, aucun des alinéas de l'article 8 ne s'appliquerait ou alors on reviendrait aux premier et second alinéas selon que la contestation réussirait ou pas.

Une autre interrogation soulevée par l'article 8 tel que formulé : à quoi réfèrent les mots « admis à titre de preuve écrite » au second alinéa : aux règles du *Code civil* ? dans l'affirmative, à quelles règles précisément puisque le Code énonce des règles particulières aux actes authentiques, aux actes sous seing privé, aux actes non signés, et aux inscriptions informatisées ?

Art. 9 : Cet article découle naturellement du précédent et on peut s'interroger sur son utilité.

Art. 10 : 1er al. S'il y a divergence, on est certainement confronté à un sérieux problème de fiabilité. Par ailleurs, il est possible que l'écrit ait été altéré après son transfert vers un autre support : la règle voulant que l'écrit prévale toujours est donc dangereuse. Cela restera une question de preuve.

2e al. Comment peut-il être possible de vérifier que l'information n'a pas été altérée lorsqu'on fait face à deux documents non conformes ?

3e al. Quant à cet alinéa, il pourrait se limiter au dernier membre de phrase et devenir en soi l'article : *En cas de divergence entre l'information d'un document ayant fait l'objet d'un transfert vers un autre support et celle du document qui en résulte, le document qui dans les circonstances paraît le plus fiable prévaut.* Le reste est inutile puisqu'il est clair qu'une entente entre les parties prévaut toujours.

Art. 11 : Outre qu'on doit réaliser que la notion d'original ne veut rien dire dans un contexte informatique (ce qu'on voit sur notre écran est déjà une reproduction), le comité s'est d'abord interrogé à savoir s'il n'y aurait pas d'autres fonctions que les trois mentionnées à cet article qui pourraient être invoquées pour tenir lieu d'original. Il a ensuite conclu qu'il serait préférable de s'inspirer des autres lois ou projets de loi existants dont la formulation est plus simple et plus claire. L'une des conditions mentionnées dans ceux-ci pour que la fourniture d'un document électronique satisfasse à une exigence légale de fournir un original est que le document électronique puisse être conservé par la personne à qui le document doit être fourni pour consultation future.

Art. 12 : L'emploi du mot « scellé » peut porter à confusion puisque dans un contexte de droit civil, il est généralement utilisé en référence à la confidentialité d'un document.[20] Quant au second alinéa, il nous apparaît comporter des exigences que l'on peut qualifier d'irritants majeurs susceptibles de soulever d'innombrables objections de la part des plaideurs.

Art. 13 : Quel est le sens du mot « production » ? Dans un contexte juridique ou judiciaire, il a un sens bien précis : le document produit fait partie du dossier de la Cour. On veut sûrement lui donner un sens plus large, soit celui de présentation ou de fourniture, sinon le mot « permise » n'aurait pas sa place et devrait être remplacé par « requise ».

Cet article s'inspire des articles 2837 et 2838 du *Code civil*. Encore une fois, pourquoi ne pas plutôt élargir ces articles du Code ? Le Barreau réitère son commentaire à l'effet que les normes et standards n'ont pas à être reconnus par un

[20] À titre d'exemple, voir l'article 3 des Règles de pratique de la Cour supérieure du Québec en matière civile où on prévoit que le dossier médical et tout rapport d'expertise préparé par un médecin, un psychologue ou un travailleur social doivent être conservés au dossier de la Cour sous enveloppe scellée.

organisme gouvernemental ou international lorsqu'on est dans le cadre de communications privées.

Art. 14 : Que signifie « collationnement visuel ou manuel » pour la majorité des gens ? Employer le mot « comparaison » n'aurait-il pas fait preuve d'une plus grande accessibilité ?

Art. 16 : Tel que mentionné précédemment dans les commentaires généraux, cet article est inacceptable dans la mesure où il interdit à quiconque de prouver que le procédé, le système ou la technologie utilisé, bien qu'indiqué dans un décret du gouvernement, n'est pas fiable. Cette interdiction serait sans doute jugée contraire à la Charte comme limitant le droit à une défense pleine et entière.

2.2.4 Section IV

Toutes les exigences énoncées aux articles 17 et suivants de l'avant-projet devraient ne s'appliquer qu'au cas où le document a fait l'objet d'un transfert de support aux fins d'en conserver une preuve permanente. Or, cet élément est absent de ces dispositions, ce qui fait que les exigences qui y sont décrites s'appliquent dans tous les cas, même dans un contexte où un document est créé à des fins strictement personnelles. Pourquoi imposer une telle norme aux particuliers ? En outre, si on n'ajoute pas ce critère, cela signifie qu'au sein d'une entreprise, nul ne sera autorisé à détruire un document transféré sur un autre support à moins d'avoir satisfait à toutes et chacune des exigences, ce qui est tout à fait inapplicable au quotidien. Et pire, tout transfert de support devra être assujetti aux formalités des articles 17, 18 et 19 puisqu'il se peut qu'on ne décide que plus tard de l'opportunité de détruire le document source. Ceci est impossible. Enfin, compte tenu de la quantité de papier qui circule dans une entreprise, étatique ou privée, au cours d'une journée et dont une très large proportion provient originalement d'un autre support, le transfert vers le support papier prévu à l'article 19 ne devrait être assujetti à aucune exigence ou norme particulière.

Art. 20 : Encore une fois, il n'appartient pas au gouvernement d'établir des normes réglementaires destinées au secteur privé à moins qu'elles ne s'appliquent à des documents à être transmis au gouvernement ou par lui.

Art. 23 : Un doute subsiste quant à l'interprétation de l'article 23 : puisque dans ce contexte, un document doit préalablement avoir été transféré avant d'être détruit, faut-il comprendre que les conditions énumérées à cet article s'ajoutent à celles de l'article 18 ? Dans l'affirmative, une référence plus claire aux dispositions des articles 17 à 20, dans la mesure où ils sont applicables, serait appropriée.

Art. 24 : Quant à l'article 24, son application devrait être limitée aux cas de conservation obligatoire des documents ou lorsque la conservation est effectuée pour fins de preuve éventuelle.

Art. 25 : Le régime de responsabilité civile est prévu au *Code civil* et est d'application générale. Pourquoi ne pas modifier le Code pour y inclure des dispositions particulières visant les intermédiaires ? En outre, ce régime particulier aurait avantage, si on veut respecter l'objectif d'harmonisation, à être calqué sur les principes fondamentaux de responsabilité civile, à savoir qu'une personne est responsable des dommages subis par une autre en raison de sa faute ou de la faute des personnes qu'elle a sous sa garde.[21] Enfin, la formulation « peut devenir responsable » est pour le moins surprenante : la responsabilité civile n'est pas un phénomène évolutif, on ne devient pas responsable, on est responsable ou on ne l'est pas.

Art. 26 : À quoi réfère l'expression « droit d'accès » : s'agit-il d'un accès expressément prévu par une loi ? Cette expression nous semble trop limitative dans un contexte de communication générale de documents. Ne vaudrait-il pas

[21] Voir l'article 1457 du *Code civil*.

mieux amender les lois existantes sur le sujet ?[22] Cette question vaut d'ailleurs pour toute cette sous-section relative à la consultation des documents.

Qu'entend-on par « éléments structurants » dans ce contexte ? Encore une fois, le langage utilisé est pour le moins fermé et rend la lecture de ce texte législatif excessivement difficile et la prévisibilité de son interprétation judiciaire à peu près nulle.

Compte tenu de la réserve contenue au troisième alinéa quant au choix du support par la personne titulaire du droit d'accès, comment concilier cet alinéa avec l'article 34 de l'avant-projet de loi en vertu duquel seules la loi ou une convention peuvent contraindre une personne à recevoir ou à transmettre un document sur un autre support que le papier ?

Art. 27 et 28 : Avec les fonctions de recherche actuellement disponibles, il est possible de découvrir plusieurs éléments d'information sur une personne que celle-ci ne souhaite pas nécessairement voir dévoilés au grand jour et qu'il était pratiquement impossible de connaître auparavant. Au-delà des dispositions de l'avant-projet de loi, il y a un débat public sur le droit à l'anonymat qui n'a pas encore été fait et qui, nous semble-t-il, doit se tenir ; ce débat public doit être fait de façon transparente et ouverte. Or, les critères d'utilisation des fonctions de recherche extensive de même que les cas où il y aura obligation de détecter ou de prendre un moyen particulier pour ce faire seront déterminés par règlement du gouvernement, donc en l'absence de tout débat public. En outre, la personne visée par les renseignements personnels n'aura rien à dire dans tout ce processus. Ceci est fort regrettable. Une fois de plus, le Barreau se doit de déplorer le trop large pouvoir réglementaire que se réserve le gouvernement dans cet avant-projet de loi.

[22] Supra, voir notes 3 et 4.

Par ailleurs on comprend mal comment fonctionneront ces dispositions : comment pourra-t-on contrôler l'utilisation et l'ajout de fonctions de recherche aux moteurs de recherche ? Comment la journalisation assurera-t-elle le respect de la confidentialité ? Il semble relativement facile par le biais d'une adresse I.P. (*Internet Protocol*) de ne pas être retracé. De plus, il semble de moins en moins difficile d'entrer dans l'ordinateur d'une personne et de consulter des fichiers d'un troisième ordinateur par l'intermédiaire de cette personne : la détection peut donc mener à de fausses pistes.

Art. 30 : Compte tenu des termes de l'article 28, la personne responsable de l'accès au sein d'une entreprise pourrait être une des autorités responsables visées au second alinéa de l'article 30. C'est donc dire, en poussant loin le raisonnement, que cette personne pourrait se rendre chez un fournisseur de service de réseau de communication — par exemple Vidéotron — et s'enquérir de l'existence de moyens d'accéder aux informations confidentielles en contournant l'accès contrôlé ou encore lui imposer l'installation d'un logiciel de contrôle. Dans l'hypothèse où une telle chose serait possible — bien que ça nous semble peu vraisemblable — l'exercice de tels pouvoirs devrait être limité à des cas qui impliquent la sécurité publique.

Par ailleurs, le second alinéa de cet article 30 pourra avoir des effets inattendus, tel celui d'interdire l'usage d'un pseudonyme ou d'empêcher l'utilisation de mots de passe ou de toute autre technologie visant à assurer la confidentialité, ce qui irait à l'encontre de l'objectif recherché. Cet alinéa aura en outre pour résultat de placer l'intermédiaire en situation de conflit avec la personne responsable de l'accès.

Art. 33 : Cet article peut-il avoir un impact sur les dispositions générales du *Code civil* sur la formation des contrats, plus particulièrement sur l'article 1387 C.c.Q. ? Une étude plus approfondie serait nécessaire pour y répondre de façon certaine. Quoi qu'il en soit, il serait indiqué d'intégrer ces présomptions au *Code civil.*

Art. 34 : La liberté de choix que semble donner cet article au destinataire du document est passablement atténuée par le fait qu'une loi pourra exiger que quelqu'un se procure un support ou une technologie spécifique. Cette ouverture que le gouvernement s'accorde est socialement inacceptable.

Le comité du Barreau s'est interrogé sur la signification des mots « De même » au second alinéa : il croit comprendre qu'ils réfèrent au dernier membre de phrase du premier alinéa débutant par « à moins que cela… », auquel cas le destinataire se trouve encore limité dans sa liberté de choix.

Art. 35 : Comment l'expéditeur pourra-t-il vérifier l'intégrité des exemplaires ou des copies générés par le système du destinataire ? Le Barreau craint que les 2e et 3e alinéas ne soient perçus comme un frein au commerce électronique.

Art. 36 : Doit-on comprendre que la présomption de fiabilité s'applique à un document qui est en la possession de l'État même s'il provient d'un tiers ? Peut-on présumer que ce document initial est lui-même fiable ? Contrairement à l'article 13 qui prévoit aussi une présomption de fiabilité en faveur des tiers, on vise ici tout document, quel que soit son support et la présomption n'existe qu'en faveur des particuliers. Pourrait-on envisager d'intégrer cet article à l'article 13 ?

Art. 37 : Pourquoi établir ici un régime parallèle alors que deux lois[23] font déjà partie du *corpus* législatif et visent précisément à assurer la protection de la vie privée ? On devrait plutôt référer à ces deux lois, dont la rédaction est d'ailleurs beaucoup moins lourde[24], quitte à les compléter au besoin.

---

[23] Supra, voir notes 3 et 4.

[24] Voir à cet égard l'article 69 de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels* de même que l'article 10 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*.

Art. 38 : Autre exemple d'isolement du Québec : alors que les autres textes législatifs parlent de « agent électronique », l'avant-projet de loi utilise plutôt l'expression « document préprogrammé ».

Art. 39 : Le second alinéa de cet article ne peut-il pas avoir pour effet de faire fuir les intermédiaires par crainte d'être considérés comme étant à l'origine d'une transmission ?

Le régime de responsabilité des intermédiaires créé par l'avant-projet de loi est relativement complexe étant donné la dispersion des dispositions à l'intérieur de l'avant-projet et la formulation des règles qui se distingue nettement de celle des règles du *Code civil*. Or, ce dernier, loi de base en matière de droit privé, contient toutes les règles de responsabilité civile, tant contractuelle qu'extra-contractuelle. Si le législateur tient absolument à établir un régime de responsabilité pour les intermédiaires — la nécessité d'une telle mesure n'est toutefois pas démontrée — pourquoi ne pas les y intégrer ?

2.3 CHAPITRE III

Le Barreau réitère son commentaire à l'effet qu'il est dangereux de privilégier à ce stade-ci une technologie visant à établir un lien entre le document et une personne, en l'occurrence la cryptographie asymétrique, alors que les technologies évoluent tellement rapidement. Pourquoi ne pas se limiter aux règles du *Code civil* sur la preuve et sur la signature, quitte à les compléter pour prévoir, en termes larges et généraux, des dispositions particulières à la signature électronique, comme l'a d'ailleurs fait la France ?[25] Les autres textes législatifs examinés ont également des dispositions générales sur la signature électronique.

---

[25] La loi française du 13 mars 2000, amende le Code civil français en ajoutant ce qui suit :

Art.1316-4. *La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte.*

Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'état.

Ce chapitre est d'une lourdeur excessive : de l'avis du Barreau, il n'est pas approprié d'expliquer dans une loi le processus technique associé à un système, tel que le fait l'article 44 ni d'entrer dans tous les détails des services de certification et de répertoire. Qui voudra devenir agent de certification et s'astreindre à respecter toutes ces règles ? Comment exiger d'une entreprise privée qui voudrait agir comme agent de certification qu'elle remplisse toutes ces exigences techniques ? Il s'agit là d'un autre exemple de règles trop strictes qui représenteront un frein pour l'entreprise privée d'ici. Le Québec aurait avantage à s'inspirer des autres textes législatifs existants, lesquels ne prévoient de telles dispositions.

Une fois de plus, l'avant-projet de loi prévoit un régime de responsabilité civile applicable aux prestataires de services de certification et de répertoire, qui devrait plutôt se retrouver au *Code civil.* Le plus inquiétant est toutefois l'introduction d'un régime de responsabilité sans faute en vertu duquel les prestataires de services seraient tenus d'indemniser les victimes de préjudice même en l'absence de faute de leur part (art. 65). Comment prétendre alors qu'ils n'ont qu'une obligation de moyens ?

Art. 46 : L'obligation légale de préserver l'intégrité du document ne devrait-elle pas être prévue dans le contrat de service plutôt que dans la loi ? Les obligations énoncées à cet article ne doivent pas retomber sur les épaules de la partie appelée à faire la preuve de l'identité d'une personne (voir art. 47).

Art. 48 : Comment cet article peut-il être appliqué dans les faits ? Si on prend l'exemple des achats faits électroniquement (*on line*) — et il y en a tous les jours des centaines, voire des milliers —, on ne saurait prétendre que l'identité de l'acheteur virtuel est établie dans tous les cas. Comment pourrait-il en être autrement ? Veut-on paralyser le commerce ? En outre, cet article semble vouloir fermer les yeux sur l'existence des fraudeurs informatiques et interdire qu'une personne dont on aurait usurpé l'identité puisse se défendre ! Comment peut-on

créer ainsi une présomption sur ce qu'on a de plus personnel, sa propre identité ? Le dernier membre de phrase débutant par « et le procédé utilisé… » ne peut fonctionner ni techniquement ni juridiquement.

Art. 50 : Le Barreau est d'accord avec l'esprit de cette règle. Peut-être y aurait-il lieu d'ajouter quelques paramètres afin de mieux baliser la création d'une banque de caractéristiques ou de mesures biométriques telle qu'envisagée par le cinquième alinéa ; l'avis de la Commission d'accès et de la Commission des droits de la personne serait le bienvenu à cet égard.

Art. 51 : Autre exemple de limpidité et d'accessibilité à la législation pour les justiciables!

Art. 57 : La loi n'a pas à entrer dans le détail du contenu de l'énoncé de politique d'un prestataire de services de certification ou de répertoire.

Art. 62 : Le dernier alinéa ne saurait s'appliquer dans un contexte où les parties contractantes se connaissent ou ont établi un lien de confiance. Créer des interdits en matière commerciale est pour le moins risqué.

2.4 CHAPITRE IV

De l'avis du Barreau, il n'appartient pas à l'État de choisir les systèmes, procédés et technologies à utiliser sauf pour ses propres besoins. Même les organismes parapublics sont pour la plupart en mesure de déterminer leurs besoins à cet égard. Il ne lui appartient pas non plus de trouver des moyens susceptibles d'assurer la compatibilité ou l'interopérabilité des supports et des technologies ni de décider et d'établir des technologies de signature.

Art. 73 : Cet article semble contradictoire avec l'article 31 puisqu'il réfère à des lois qui prévoient des modes spécifiques de transmission alors que ces exigences spécifiques constituent justement l'exception au principe général de l'article 31.

CONCLUSION

Le Barreau du Québec, bien que tout à fait conscient de l'urgence de légiférer dans le domaine de l'électronique, s'avoue un peu déçu de l'avant-projet de loi sous étude. Sa structure, fort complexe, fait qu'au lieu d'être regroupées, les règles se retrouvent dans différents chapitres de la loi ; c'est le cas notamment des règles sur la preuve et de celles sur la responsabilité. En outre, cette structure nous oblige à consulter plusieurs dispositions afin de cerner une notion de façon complète : par exemple, la notion de « document » ne se comprend dans toute son acception qu'en lisant, en plus de l'article 3, l'article 70.

En outre, l'avant-projet introduit bon nombre de concepts et de notions non juridiques ainsi que plusieurs mots avec lesquels personne n'est familier. Ceci a pour conséquence d'alourdir la lecture du texte, d'en compliquer la compréhension et de créer une incertitude réelle au niveau de son interprétation.

L'avant-projet de loi s'éloigne des autres législations (adoptées ou encore à l'état de projets) qui existent ailleurs sur le sujet, non seulement par les nouvelles notions qu'il introduit et qui ne se retrouvent pas dans les autres textes législatifs mais aussi par la quantité et la complexité des règles qu'il impose. En outre, il prend déjà position sur une technologie (la cryptographie asymétrique) et expose dans les détails le fonctionnement des processus qui la soutiennent (la technique elle-même ainsi que le processus de certification et de répertoire, y compris le contenu de l'énoncé de politique que l'on retrouve auprès des agents de certification). Il impose enfin quantité d'obligations à toutes les étapes de l'utilisation d'une information créée par voie électronique. Plutôt que d'encourager l'utilisation des nouvelles technologies chez les personnes physiques comme chez les associations, les sociétés et les personnes morales, cet avant-projet de loi, dans l'état actuel des choses, risque fort de provoquer la réaction contraire. Non seulement le Québec sera-t-il isolé à cause de l'unicité du

modèle québécois mais cet isolement aura sans doute un effet négatif dans son développement économique et affaiblira son potentiel concurrentiel sur le plan international.

En conséquence, le Barreau du Québec suggère de reprendre l'exercice en s'inspirant des autres textes législatifs existants, notamment de la *Loi uniforme* de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada et de la *Loi type* de la CNUDCI dont se sont d'ailleurs inspirés la majorité des autres États, provinces ou pays, et en intégrant au *Code civil* et aux deux lois québécoises existant en matière de protection des renseignements personnels les modifications appropriées.