LA RECONNAISSANCE DES NORMES TECHNIQUES EN TANT QUE NORMES INFORMELLES : SOURCES DE JUSTICE ?

Kenza Sassi

Résumé

La justice, telle qu'on l'entend généralement, découle d'une volonté du législateur, qui lie ensuite les justiciables. On s'appuie sur l'élection démocratique des personnes ayant ce pouvoir pour justifier et légitimer les créations et modifications législatives qui en découlent. Or, certains aspects de la vie en société évoluent trop rapidement pour que le législateur puisse statuer en temps opportun. C'est dans cette avenue que certains types de normes informelles deviennent intéressantes, et c'est notamment le cas des normes techniques. On pourrait définir les normes techniques comme une liste des meilleurs standards d'une industrie. Si on parvient à démontrer qu'on répond à certains critères, on obtient une certification qui le confirme. Les normes techniques s'adaptent très rapidement aux nouvelles technologies, mais de leur accorder une valeur juridique pose plusieurs questions. Cet article ne prétend pas pouvoir offrir de réponse à ces questions qui méritent une recherche et une étude beaucoup plus approfondie. Il tente simplement d'éveiller le lecteur à cette possibilité, à ses implications, aux portes qu'elle ouvre, mais aussi aux difficultés qu'elle pose. Notamment, il soulève l'aspect de la légitimité requise ou nécessaire pour reconnaître une valeur juridique plus formelle à ces normes. C'est en partant de ces bases que s'amorce la présente réflexion. Une présentation de la réflexion préliminaire de l'auteure est faite, suivie des mises en garde qui doivent être soulevées.

Abstract

Justice, as it is generally understood, flows from a will of the legislator, which then binds the justiciable. The democratic election of those with this power is relied upon to justify and legitimize the resulting legislative creations and amendments. However, certain aspects of life in society evolve too quickly for the legislator to be able to rule in a timely manner. It is in this avenue that certain types of informal standards become interesting, such as technical standards. Technical standards could be defined as a list of the best standards in an industry. If you can demonstrate that you meet certain criteria, you get a certification that confirms it. Technical standards adapt very quickly to new technologies but giving them legal value raises several questions. This article does not pretend to be able to provide such answers to these questions, which deserve much more detailed research and study. It simply tries to awaken the reader to this possibility, to its implications, to the doors it opens, but also to the difficulties it poses. In particular, it raises the issue of the legitimacy required or necessary to give more formal legal value to these norms. It is on this basis that the present reflection begins. A presentation of the author's preliminary reflection is made, followed by the caveats that need to be raised.

INTRODUCTION

[1] Loin de nous l'idée de tromper le lecteur, nous nous devons donc de débuter le présent article en posant que la question présentée en titre, à savoir si les normes techniques et les normes informelles peuvent représenter des sources de justice, ne trouvera pas de réponse ici. En fait, tel qu'il sera exposé plus loin, la complexité de cette question est indiscutable et l'analyse qu'elle demande ne saurait parvenir à une réponse claire en si peu de mots.

[2] Cet article cherche plutôt à soulever une réflexion, à porter à la connaissance du lecteur les possibilités que présentent les normes techniques, mais aussi d'expliquer pourquoi il n'est pas si simple de leur reconnaître un statut juridique formel. Il tentera aussi de poser des bases d'analyse que des chercheurs dans divers domaines du droit pourront éventuellement appliquer dans leur domaine respectif, de manière à faire évoluer la discussion. En effet, bien que les questionnements présentés le soient ici dans un contexte de preuve technologique, ce même nœud juridique existe dans plusieurs domaines du droit.

[3] Pour ce faire, nous débuterons par une définition sommaire de ce qui est entendu par normes techniques et en quoi elles sont pertinentes à l'adaptabilité technologique du droit (section 1). Ensuite, nous poserons les fondements de notre questionnement et le cheminement qui a été fait jusqu'à présent (section 2). Cela nous mènera à la réflexion préliminaire qui découle des questionnements formulés (section 3). Finalement, nous aborderons la question de la légitimité et soulèverons quelques mises en garde (section 4) qui doivent être considérées.

1. NORMES TECHNIQUES : DE QUOI S'AGIT-IL ?

[4] Les normes, dont la portée coercitive et la force contraignante s'étalent et diffèrent sur un très large spectre, ont d'abord et avant tout pour objectif de protéger et d'encadrer la vie en société, tout comme la société elle-même, et ce, bien avant de contraindre l'individu et sa liberté de choix et d'action (Bassano, 2009, p. 56). Elles sont multiples et diverses. Difficile donc d'entamer une réflexion sur la place des normes techniques dans le

droit sans débuter par circonscrire ce que nous entendons par « normes techniques ».

[5] Les normes techniques entrent dans la grande famille des normes dites alternatives. Empruntant la définition offerte par le professeur Karim Benyekhlef, les normes alternatives peuvent être perçues suivant deux approches. Selon la première, il s'agirait de normes « douces et parallèles au droit étatique », alors que la deuxième approche pose plutôt que ces normes alternatives permettent de limiter la force contraignante du droit étatique. Que ce soit en suivant la première ou la deuxième approche, il demeure une chose centrale aux normes alternatives : elles cherchent à pallier les « limites inhérentes au droit moderne » (Benyekhlef, 2015, p. 733 et 734). Sur le même spectre, nous considérons les normes techniques comme appartenant à la grande famille des normes informelles.

[6] Qu'entendons-nous par normes informelles ? Un exemple évident pour les définir est le respect des règles de « courtoisie » dans certains endroits. Une image assez claire pour appuyer notre point : nul n'est besoin de préciser que les gens qui entrent dans un commerce doivent faire la file un derrière l'autre et attendre leur tour — les nouveaux arrivants se placent instinctivement à la fin de la file et patientent. Cet exemple est un peu grossier, mais cela tend surtout à illustrer à quel point les normes informelles font partie de nos vies. Et cela ne se limite pas aux normes au sens juridique strict. Bien sûr, toutes normes informelles ne se valent pas — certaines sont beaucoup plus près du droit positif que d'autres, leur valeur étant plus difficilement contestable. Mais dans tous les cas, cela ouvre des questionnements quant à la portée que nous pouvons leur accorder, bien que la ligne n'ait pas encore été tracée à cet effet.

[7] Une norme informelle le plus souvent peut être « reconnue en fonction de l'institution dont elle tire son origine » (Gautrais, 2012, p. 121). À plus grande échelle, nous pouvons parler de soft law et « [a]lthough the word "law" in "soft law" suggests an obligation that is legal in form, the wider definition is not confined to such a literal meaning. Rather, the term soft law is used as a convenient shorthand to include vague legal norms » (Gruchalla-Wesierski, 1984, p. 44). Les normes techniques, comme les normes informelles dans leur ensemble, sont donc multiples. D'ailleurs, un nouveau terme à fait émergence dans le vocabulaire juridique il y a

quelques années, soit celui de densification normative. Par une étude étendue menée sous la direction de la professeure Catherine Thibierge, 69 contributeurs ont tenté de poser les bases et les limites, non seulement du terme, mais du concept lui-même. Il ressort de cet ouvrage que la densification normative est un processus que l'on retrouve au-delà du droit (au sens large) et que le point commun des normes est le fait qu'elles constituent toutes « un modèle, une référence, un repère pour agir » (Thibierge, 2013, p. 1117).

[8] Les normes techniques sont donc incluses dans la définition qui est faite des normes informelles. Concrètement, nous pouvons nommer en exemple les normes « ISO » ou les normes « CEI » — deux types de normes techniques internationalement reconnues.

> *« On peut définir les normes techniques comme étant " une sélection de données techniques qui méritent d'être érigées au rang de références pour l'homme de l'art ". Contrairement au standard de fait qui n'est pas défini par des institutions mais imposé par le marché, la norme technique, appelée aussi standard technique officiel, est formalisée dans un document dont l'adoption est volontaire, fruit d'un consensus impliquant l'ensemble des parties intéressées, bénéficiant de l'approbation d'un organisme de normalisation mandaté et reconnu. » (Benyekhlef, 2015, p. 776-777).*

[9] On comprend de cette définition que les normes techniques peuvent jouer le rôle de repères. Ainsi, peu importe le domaine donné, un professionnel peut se baser sur les normes techniques applicables à son milieu pour avoir une meilleure idée du standard dans cette industrie. Cela permet aussi aux consommateurs de savoir qu'un certain niveau de qualité, de sécurité ou de conformité est atteint (Trudel, 2006, p. 11, citant Penneau, 1989, p. 261). On pourrait donc dire des normes techniques qu'il s'agit d'une liste des meilleurs standards d'une industrie. Si on parvient à démontrer qu'on répond à certains critères, on obtient une certification qui le confirme. Une telle certification joue alors un peu le rôle de garantie quant au niveau du standard atteint. C'est rassurant pour les consommateurs, tout en encourageant l'atteinte d'un niveau élevé de qualité pour les entreprises.

[10] Comme ces normes émanent généralement d'organismes privés, leur accès peut se trouver restreint. En général, on retrouve les normes techniques via les organismes qui les instituent. Par exemple, ISO – de l'International Organization for Standardization ou Organisation internationale de normalisation en français, propose des normes utilisées

partout dans le monde. Pour avoir accès aux critères qui composent une norme, il faut généralement être membre de l'organisme derrière sa création. Autrement, il est possible d'acheter le document — l'accès n'est donc pas offert sans contrainte au grand public, ni gratuitement.

[11] Généralement, l'élaboration d'une nouvelle norme technique passe par la constitution d'un comité technique regroupant des experts dans le domaine visé, puis par une consultation publique. Au niveau international, on y ajoute la participation d'organismes nationaux (Conseil canadien des normes, Élaboration des normes, en ligne).

[12] Des normes techniques existent pour encadrer toutes les sphères de la société. Nommons par exemple, à titre informatif :

- Les normes sur le management de la qualité pour travailler plus efficacement et limiter les produits défectueux (ISO 9000) ;

- Les normes sur la santé et la sécurité pour prévenir les accidents sur le lieu de travail (ISO 45001).

Plus spécifiquement en droit de la preuve technologique, nous pouvons penser à la norme ISO 5127:2017 Information et documentation — Fondations et vocabulaire, qui, bien que moins prescriptive, fournit des définitions techniques, ou encore à la norme ISO 15489-1:2016 Information et documentation — Gestion des documents d'activité, qui « détermine les concepts et les principes à partir desquels sont élaborées les méthodes de création, de capture et de gestion des documents d'activité. » (ISO, en ligne)

[13] Nous nommons ces quelques exemples parce qu'il nous semble qu'ils permettent de réaliser que certains aspects de nos vies sont possiblement déjà encadrés en partie par des normes techniques, sans même que nous en ayons une conscience active. D'ailleurs, dans les mots de la professeure Thibierge faisant référence à la norme technique, : « par-delà le domaine industriel d'où elle provient, elle concerne aujourd'hui la quasi-totalité des activités économiques et s'est même étendue aux services publics. Son extension est également territoriale (…) et couvre désormais toutes les échelles géographiques. » (Thibierge, 2013, p. 1128). Et de se tourner vers ces normes pour l'encadrement de choses aussi importantes que la santé et la sécurité dans les milieux de travail

nous semble indiquer qu'une certaine légitimité leur soit déjà accordée. Nous reviendrons sur cet aspect plus loin.

Le Conseil canadien des normes divise les avantages liés à la normalisation en trois catégories : les avantages pour les consommateurs, ceux pour les entreprises et l'économie, et ceux pour les organismes de réglementation. L'adaptabilité y figure évidemment, tout comme la stimulation de l'innovation, les économies en temps et en argent et la gestion des risques commerciaux (Conseil canadien des normes, Avantages liés à la normalisation, en ligne). Nous y ajoutons le fait que les normes techniques ne connaissent pas de frontières. Elles assurent une certaine uniformité qui transcende les limites étatiques, en appliquant le même standard peu importe le lieu géographique concerné (De Filippi, 2017, p. 60).

[14] De plus, les normes techniques présentent aussi l'avantage important de pouvoir être incorporées à même des textes législatifs ou des réglementations nationales, en y faisant référence. Nous abordons cet aspect dans la troisième partie du présent article.

2. FONDEMENTS DE LA RÉFLEXION : UNE UTILITÉ CERTAINE QUI REQUIERT ENCADREMENT

[15] Bien que cela pourrait faire l'objet d'une étude en soi, nous partons du principe positiviste suivant lequel la justice, telle qu'on l'entend généralement, découle d'une volonté du législateur (et donc de l'autorité étatique), qui lie ensuite les justiciables (Gouttefarde, 2007, p. 19). Une fois qu'une loi entre en vigueur, les citoyens sont tenus de s'y plier. Et pour assurer que cela soit accepté, on s'appuie généralement sur l'élection démocratique des personnes ayant le pouvoir d'édicter des lois pour justifier et légitimer les créations et modifications législatives qui en découlent. Bien qu'étant expliqué très sommairement et en omettant de nombreuses nuances, c'est, du moins la manière dont cela se produit généralement dans une société démocratique**.**

[16] Or, certains aspects de la vie en société évoluent trop rapidement pour que le législateur puisse statuer en temps opportun sur ceux-ci. Nous pouvons penser évidemment aux nouvelles technologies comme l'intelligence artificielle ou l'usage répandu des réseaux sociaux qui se multiplient, prennent de l'expansion et évoluent plus rapidement qu'une

séance à l'Assemblée nationale, mais c'est aussi le cas pour des changements de mœurs rapides et pour la progression dans certains domaines très spécialisés comme l'aviation. Cela est encore plus vrai lorsqu'une situation exceptionnelle monopolise les ressources gouvernementales, comme cela fût le cas en 2020 avec la pandémie de la Covid-19. Dans sa tentative d'encadrer les domaines en pleine évolution ou lorsque le gouvernement doit concentrer ses efforts ailleurs, des fossés se creusent entre la législation applicable et la possibilité pratique de son application. En somme, le droit formel peine parfois à s'adapter à certains domaines, non pas par manque de connaissance ou de volonté législative, mais bien parce qu'il n'arrive pas à tenir le rythme**.**

[17] C'est dans cette avenue que certains types de normes informelles deviennent intéressants, et selon nous, c'est notamment le cas des normes techniques.

Il faut savoir que ce n'est pas nouveau de voir des références aux normes informelles. En fait, elles sont partout et utilisées à différentes mesures dans notre société déjà, actuellement. Mais il importe peut-être de souligner ici une distinction fondamentale entre le droit formel et le droit informel : nul n'est besoin de faire la preuve du droit formel. D'ailleurs, l'article 2807 du Code civil du Québec consacre spécifiquement que « Le tribunal doit prendre connaissance d'office du droit en vigueur au Québec », alors que l'article 2806 indique que « Nul n'est tenu de prouver ce dont le tribunal est tenu de prendre connaissance d'office ». Ce faisant, le droit en vigueur au Québec – entendre ici le droit formel – n'a pas besoin d'être prouvé. A contrario, le droit informel devra faire l'objet d'une preuve distincte pour en justifier l'applicabilité et la pertinence. Le professeur émérite Léo Ducharme, abordant la question de l'usage, propose qu' « il ne saurait être assimilé, en ce qui concerne l'objet de la preuve, à la loi, mais il doit être considéré plutôt comme un fait qui doit être allégué et prouvé. » (Ducharme, 2005, para. 57)

[18] Ainsi, sachant que les normes informelles existent, on peut se demander jusqu'où leur portée peut s'étendre. En droit de la preuve technologique, cette question se pose et revêt une grande importance parce que l'on constate quotidiennement la difficulté à encadrer les technologies de l'information. La loi centrale dans ce domaine est la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information (RLRQ c C-1.1). Or, depuis son entrée en vigueur en 2001, les seules modifications

qu'elle a subies ne sont que des modifications essentiellement matérielles. Néanmoins, les changements technologiques qui se sont produits au cours des deux décennies qui nous séparent de l'entrée en vigueur de cette loi sont phénoménaux. L'usage répandu des téléphones intelligents et des « messages textes », la présence des réseaux sociaux et des plateformes numériques, les systèmes de localisation par satellite (GPS) et les encyclopédies numériques libres ne sont que quelques exemples marquants. À leur lecture, et malgré la présence de la neutralité technologique parmi les principes directeurs de la loi (Fondation du Barreau du Québec, 2005, p. 8), il nous paraît évident que l'encadrement des technologies de l'information tel que prévu il y a 20 ans nécessite une mise à jour importante, surtout considérant les différentes technologiques qui marquent ces deux décennies. En fait, bien qu'anecdotique, notre expérience pratique nous a permis de constater à quel point la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information est tout simplement délaissée du quotidien judiciaire. Ainsi, bien que dans la dernière année cette loi ait fait l'objet d'une étude visant à évaluer son application (Gautrais, 2020) et que nous avons bon espoir que les changements souhaités soulevés par cette étude seront éventuellement intégrés à la loi (Chaire L.R. Wilson, en ligne), il demeure que nous ne pouvons attendre qu'une mise à niveau se fasse tous les 20 ans. Si nous souhaitons que les technologies de l'information bénéficient d'un encadrement efficace qui assure le respect des règles en vigueur, encore faut-il que ces règles leur soient applicables et qu'elles soient appliquées.

[19] Dans le cas qui nous intéresse, nous posons que les normes techniques offrent une piste de réflexion intéressante, notamment pour des raisons fonctionnelles : elles s'adaptent très rapidement aux nouvelles technologies, elles couvrent les plus récentes innovations et elles le font avec une compréhension réelle des technologies qu'elles encadrent. Nous y ajoutons aussi des raisons plus substantielles, puisqu'elles permettent d'offrir un complément nécessaire aux lois qui se veulent souvent trop générales. De même, elles proposent des pistes intéressantes pour les personnes en charge d'interpréter les lois. Mais de leur accorder une valeur juridique soulève plusieurs questionnements. Comme il s'agit d'un droit de soft law qui entre dans la famille des normes alternatives, est-ce démocratique, sécuritaire et légitime de leur accorder une réelle valeur juridique ? Est-ce que cela présente suffisamment de bénéfices pour contrer les inconvénients qui en découlent ? Et dans

l'éventualité d'une réponse positive, dans quelles mesures les normes techniques peuvent et doivent être encadrées ?

[20] Essentiellement, nous cherchons à savoir si la justice peut être rendue sur la base de normes informelles ou s'il faut nécessairement passer par un processus plus « traditionnel ». Et tenter de répondre à cette question n'est pas mince tâche…

3. RÉFLEXION PRÉLIMINAIRE : UNE INTÉGRATION POSSIBLE SOUS RÉSERVE DU RESPECT DE LA LÉGITIMITÉ

[21] Le concept d'internormativité n'est pas nouveau et nous soumettons qu'il est de plus en plus facilement accepté. Certains chercheurs, comme le professeur émérite Guy Rocher, posent même que le droit nécessite un pluralisme normatif de manière à être efficace (Rocher, 2001, p. 882). C'est donc dire que les différentes normativités sont non seulement acceptées, mais qu'elles seraient même nécessaires à un système efficace. Le droit contemporain entraînant un lot de défis nouveaux de par son dynamisme, la densification normative est explorée à titre de solution aux limites du droit positif depuis quelques années (Thibierge, 2013, p. 63).

[22] Mais est-ce que cela veut nécessairement dire que les normes techniques peuvent être intégrées dans le droit sans plus de formalités ? C'est là que les questionnements sur le sujet se complexifient.

[23] En droit canadien, ce type de référence aux normes techniques est déjà relativement fréquent. En fait, la Loi sur les textes réglementaires (L.R.C. 1985, ch. S-22), une loi fédérale, prévoit depuis de nombreuses années la possibilité d'incorporer dans un règlement tout ou partie d'un document, par le biais de la technique du renvoi. Il ne s'agit pas là du seul mode de référence possible à une norme, mais puisque cette technique est importante dans certains domaines du droit canadien, nous nous y attardons le temps de la définir adéquatement :

> *« Technique de rédaction utilisée pour intégrer tout ou partie d'un document à un texte réglementaire, comme s'il y était reproduit directement. Il est possible d'incorporer une norme par renvoi dans un règlement. Le cas échéant, celle-ci devient obligatoire et légalement contraignante » (Conseil canadien des normes, 2018, p. 2).*

[24] Cette possibilité n'étant que peu encadrée par la Loi sur les textes réglementaires, une nouvelle loi est entrée en vigueur en 2015 pour créer cet encadrement, à savoir la Loi sur l'incorporation par renvoi dans les règlements (L.C. 2015, ch. 33). Cette dernière loi permet et prévoit l'incorporation par renvoi dans tous les textes réglementaires fédéraux et fournit les lignes directrices nécessaires à l'application de ce pouvoir. Étant une loi encore relativement récente, nous prenons garde des conclusions qui en découlent. Il demeure que cette loi démontre une ouverture certaine du législateur à l'intégration de normes informelles au droit en vigueur.

[25] En raison de cette possibilité, la réglementation fédérale, provinciale et territoriale au Canada contient plus de 5 000 références à des normes, mais c'est surtout dans le domaine du droit administratif qu'on les retrouve (F. Houle, 1999, p. 72 (note 172) et Conseil canadien des normes, 2018, p. 3). En effet, la « réglementation » dont il est question dans les lois précédemment mentionnées fait référence à un « [t]exte réglementaire établi en vertu de pouvoirs législatifs (…) pour imposer ou favoriser certains comportements ou résultats afin d'atteindre [d]es objectifs de politiques publiques (nos soulignements) » (Conseil canadien des normes, 2018, p. 2). Ce sont donc les autorités administratives qui édictent ces règlements, en vertu d'une loi habilitante (Émond, 2016, p. 160), et leur respect est soumis à un encadrement par le pouvoir judiciaire.

[26] En quoi cela diffère-t-il de l'incorporation qui pourrait être faite en droit de la preuve technologique ? Nous devons admettre que le domaine du droit administratif sort de notre champ de compétence, cependant nous pouvons tout de même indiquer qu'il ne répond pas aux mêmes exigences juridiques que le droit de la preuve, le droit administratif ayant ses propres sources. Au lieu d'un cadre clair et établi qui pose la procédure comme c'est le cas en matière civile, le droit administratif offre seulement « quelques articles qui ont pour objet d'établir le canevas général de l'audience » (St-Jean, Brière et Villaggi, 2020, p. 165 et 166). Il suffit d'assister à une audience administrative pour voir que les règles générales prévues au Code de procédure civile ne s'y appliquent pas obligatoirement. Bien que les juges administratifs puissent s'en inspirer (et le font régulièrement), il demeure que cet encadrement est optionnel et non pas intrinsèque à la judiciarisation des litiges administratifs. Le droit administratif québécois est en grande partie régi par sa propre loi, la Loi sur la justice administrative (RLRQ, c. J-3) et la jurisprudence y revêt

une importance centrale. Évidemment, des principes de base demeurent, comme le droit de se faire entendre (la règle du *audi alteram partem*) et le droit à une audience juste et impartiale. Par contre, plusieurs des formalités juridiques qui encadrent le droit judiciaire québécois ne s'y retrouvent pas. Et l'usage de « documents référents », ce qui inclut les normes techniques, est déjà reconnu comme une source de normativité importante en droit administratif, voire même de juridicité (Barraud, 2013, p. 15 en ligne). D'ailleurs, en droit français, les normes techniques homologuées rendues obligatoires découlant de l'AFNOR (Association française de normalisation) ont déjà été reconnues comme constituant des actes administratifs, puisqu'il a été considéré qu'elles répondaient aux critères du service public et de la puissance publique que demandent ces actes (Aubry-Caillaud, 1997, p. 462). Le droit français n'ayant pas le même rapport aux institutions étatiques que le droit administratif québécois, il n'est pas certain que le parallèle puisse se faire si aisément, mais nous trouvons tout de même le comparatif intéressant.

[27] Néanmoins, nous n'avons nullement été en mesure de retrouver une telle reconnaissance en droit public. Au contraire, il semble que la problématique ait été soulevée à plusieurs reprises sans qu'une réponse formelle n'y ait été donnée.

> *« La technique du renvoi est peut-être adaptée au contexte de l'internationalisation des normes technoscientifiques, mais le droit public a d'autres exigences pour la réception de ce droit externe ou, à défaut de "droit", d'éléments susceptibles de modifier le droit canadien. » (Mockle, 2002, p. 194).*

[28] Alors, même si l'on reconnaît un intérêt certain pour les normes techniques et que l'on accepte leur intégration aux règlements administratifs par le biais de la technique du renvoi, la possibilité de faire de même pour une loi publique demeure grandement incertaine. En fait, on réalise que la question à poser est peut-être plutôt la suivante : est-ce que les normes techniques peuvent se voir attribuer une reconnaissance formelle par le droit public ?

[29] Notre réflexion préliminaire est qu'il sera éventuellement possible de le faire, mais il est difficile de prévoir quand et comment. Comme cela implique des modifications importantes à la relation normative que nous avons avec les normes informelles, nous pensons que le besoin de déléguer à des normes techniques devra être marqué et chercher à répondre à un vide juridique problématique. De plus, les normes

techniques en question, et les institutions qui les créent et les régissent, devront répondre à un certain nombre de critères afin de se voir accorder la légitimité requise. Cela sera abordé dans la prochaine section.

4. LÉGITIMITÉ ET MISES EN GARDE

[30] Dans certains domaines, comme dans celui de la preuve technologique, il a été souligné que les normes techniques pourraient réellement se montrer une piste de solution efficace aux problèmes de capacités d'adaptation de la loi, mais leur utilisation en droit public est à un stade trop embryonnaire pour poser avec confiance que c'est par cette voie que les prochains changements doivent se faire (Gautrais, 2018, p. 166). Il demeure qu'elles offrent assurément des avantages non négligeables.

[31] D'un autre point de vue, il a aussi été soulevé qu'il faut faire preuve d'énormément de prudence lorsque l'on s'aventure sur ce terrain, puisque les méfaits potentiels d'une régulation technique sont bien réels et qu'ils pourraient rapidement affecter une grande proportion d'individus. Pour les défenseurs de la prudence, les normes techniques revêtent un caractère trop arbitraire. Le fait que les organismes qui édictent ces normes soient somme toute indépendants et ne sont aucunement tenus d'agir pour le meilleur intérêt des citoyens pose problème. Puisqu'aucun contrôle constitutionnel ne s'opère sur les normes techniques, un contrôle distinct de celui d'une disposition législative proposée par une assemblée démocratiquement constituée doit leur être appliqué (De Filippi, 2017, p. 59 et 63). Bien plus, les normes techniques telles qu'on les connaît aujourd'hui proviennent à leur essence même du domaine industriel, dont les règles et les usages diffèrent du domaine juridique (Farinelli, 2005, p. 9 (PDF)). Il y a donc de bonnes raisons de craindre qu'un encadrement inadéquat des normes techniques puisse ouvrir la porte à de nombreux problèmes sur le long terme, dont une perte du contrôle centralisé actuellement exercé par les instances gouvernementales. Nous ajoutons enfin le problème de l'accessibilité aux normes techniques qui, tel qu'expliqué plus haut, requièrent généralement un abonnement et/ou l'achat du document – contrevenant à un principe de base de notre démocratie.

[32] Et au milieu de tout ça, se trouve une position mitoyenne où l'on reconnaît non seulement la grande pertinence des normes techniques et

toute la kyrielle de solutions qu'elles permettent d'entrevoir, mais aussi qu'elles requièrent un encadrement particulier de manière à assurer — et c'est là selon nous la clé — une certaine légitimité. C'est à cette croisée des chemins que se situe la présente réflexion. Ainsi, les normes techniques ne seraient ni proprement légitimes ni nécessaires illégitimes : elles ont, selon nous, le potentiel d'être légitimées, dans la mesure où elles rencontrent certains critères, notamment quant aux objectifs qu'elles visent et à la manière dont elles sont élaborées. Et évidemment, ces critères sont loin d'être simples à définir. Notons au passage que c'est ce sort, à la fois positif et négatif, qui est généralement réservé aux normes, les normes techniques n'y faisant pas exception : quand on s'intéresse à une norme seule, il est plus facile de l'accueillir; à l'inverse, lorsque les juristes se questionnent relativement à un ensemble de normes, plus dense, qui complexifie l'ordre juridique, un regard critique se pose plus rapidement (Thibierge, 2013, p. 1114).

[33] Alors, comment assure-t-on la légitimité d'une forme de droit ? En posant cette question, nous amorçant une approche en terrain houleux et nous ne parviendrons malheureusement pas à y offrir de réponse formelle. Bien que le concept de la légitimité ait fait l'objet de nombreux ouvrages, il est encore extrêmement difficile d'en fournir une définition claire, reconnue et simple. À elle seule, cette constatation met en lumière une partie considérable du problème. Par contre, il demeure que l'on peut associer la légitimité à certains concepts, sans trop se tromper. C'est le cas du concept de légalité, bien que cela ne veuille pas dire qu'une disposition légalisée soit nécessairement légitime, mais un lien demeure indéniable entre les deux idées. Aussi, on considérera généralement légitime ce qui est fondé en droit — c'est d'ailleurs la première définition que fournit le Dictionnaire de droit québécois et canadien. Il ajoute aussi : « (2) Qui mérite d'être pris en considération par la loi. (3) Qui est conforme à la justice, à l'équité. » (Reid, « légitime », en ligne) Et en fouillant sur le sujet, on retient que la réponse est essentiellement circulaire : sera une disposition légitime ce que les gens visés par cette disposition considéreront comme légitime. Cela inclut donc, fort souvent, la nécessité que la disposition en question ait été instituée par une instance

légitimement constituée pour le faire. Or, il ne s'agit vraisemblablement (et heureusement) pas de la seule voie menant à la reconnaissance d'une forme de légitimité (Jean, 2014, p. 422-423).

[34] Tout de même, pour répondre à cette préoccupation, on remarque que certains organismes de normalisation accroissent la participation des différents acteurs à qui les normes seront ensuite adressées, à même le processus d'établissement de la norme. Par exemple, en intégrant les fabricants, les distributeurs et les consommateurs dans la création d'une norme ayant pour but d'encadrer un certain produit, l'organisme assure en partie non seulement l'efficacité de ladite norme, mais aussi son acceptabilité et sa légitimité (Farinelli, 2005, p. 9 (PDF)). D'autres éléments plaident aussi en faveur de la reconnaissance d'une certaine légitimité aux normes techniques, à commencer par le fait qu'elles tentent généralement de s'appuyer sur des fondements scientifiques. Cela permettrait d'induire une efficacité réelle de leur contenu et une certaine objectivité (Farinelli, 2005, p. 7-8 (PDF)).

[35] Plus généralement pour les normes informelles, il a été avancé qu'une « norme n'obtient sa juridicité qu'à travers un processus de légitimité offert par cette " hiérarchie des normes " si nettement associée à la théorie de Kelsen » (Gautrais, 1998, p. 348). En pratique, l'application de la théorie telle qu'exprimée par Kelsen est concevable notamment par le biais du processus judiciaire. Si la norme technique n'est pas reconnue dans les sources formelles du droit québécois, la jurisprudence, elle, l'est. Ainsi, suivant ce raisonnement, une analyse ou une interprétation formelle d'un juge qui offrirait un encadrement à une situation juridique donnée sur la base d'une norme technique induirait, indirectement, à la reconnaissance de cette norme à titre de source légitime du droit (dans le contexte spécifique et limité applicable à la décision, évidemment). Cela ne veut pas dire que la norme technique aurait alors une valeur absolue, et il n'est pas simple de poser la manière dont une telle reconnaissance pourrait être donnée par le pouvoir judiciaire (ou même s'il est possible en pratique de le faire), mais cette réflexion laisse tout de même entrevoir cette possibilité et rajoute à l'éventualité de l'attribution d'une certaine légitimité formelle aux normes techniques. Avec justesse à notre avis, le professeur Gautrais nuance cependant le propos de Kelsen en reconnaissant aussi potentiellement la juridicité d'une norme informelle avec pour fondement l'effectivité qu'elle revêt dans un contexte, une communauté donnée (Gautrais, 1998, p. 348).

[36] Demeure toutefois la question de la légitimité des organisations créatrices des normes techniques. En effet, alors que le professeur émérite Guy Rocher rattache les normes et règles de droit à l'ordre

juridique auquel elles appartiennent (Rocher, 1988, p. 107), il semble intéressant, voire nécessaire, de se questionner quant à la légitimité des organisations auxquelles on doit les normes techniques. Est-il possible de qualifier d'ordre juridique les organismes créateurs de normativités techniques ? À première vue, à la lumière des cinq critères établis par le professeur Rocher, il semblerait que cela soit possible dans la mesure où, de façon sommaire, (1) l'ensemble de normes est reconnu comme théoriquement contraignant par les personnes qu'il vise; (2) on reconnaît des individus spécialisés qui peuvent élaborer, modifier, interpréter, appliquer et faire respecter les règles; (3) on concède l'autorité nécessaire – la légitimité – aux individus en charge des actions établies par le deuxième critère; (4) toutes les actions du deuxième critère (élaborer, modifier, interpréter, appliquer et assurer le respect des normes) sont mises en application par « des agents ou des appareils différents, ou par les mêmes »; et (5) il doit y avoir une certaine stabilité temporelle quant aux règles et aux individus qui en assurent l'application. (Rocher, 1988, p. 104).

[37] Bien que de qualifier ces organismes d'ordre juridique nécessiterait une étude approfondie en soi, les critères du professeur Rocher viennent surtout concrétiser l'importance qu'il faut accorder à la reconnaissance de légitimité de l'ordre juridique pour pouvoir attribuer cette même légitimité aux normes qui en découlent. Mais comme les critères d'établissement d'un ordre juridique réfèrent eux-mêmes à la notion de légitimité (troisième critère), c'est un peu le serpent qui se mord la queue…

[38] En somme, bien qu'encore énormément de questions devront trouver réponse avant de pouvoir accorder une reconnaissance formelle des normes techniques en droit public, le point de départ semble se situer à cet encadrement de leur légitimité et à une éventuelle reconnaissance.

[39] User de raccourcis pour conclure à la force normative des normes techniques est risqué, et c'est pourquoi le présent article se limite au stade de la réflexion. Notre mise en garde principale est toutefois la suivante : conclure à la possibilité d'intégrer des normes techniques de manière formelle dans des domaines de droit public ne peut se faire en une seule étape. Cette réflexion nécessite de passer à travers différentes

strates de questionnements, dont celui de la légitimité, et devra éventuellement passer plusieurs tests.

[40] Il faut aussi être conscient que du moment où l'on s'aventure à fournir une réponse à cette question en ayant pour sujet d'analyse un domaine de droit spécifique — la preuve technologique dans notre cas — on ouvre la porte à l'application de cette théorie à d'autres domaines. Et c'est souhaitable, puisque le droit est un ensemble, entièrement relié. Mais c'est aussi risqué, puisque la portée de ces réflexions peut réverbérer jusqu'à bien plus loin que ce que l'on peut voir. C'est donc un chemin qui nous semble nécessaire à défricher, mais il requiert attention et prudence.

CONCLUSION

[41] Par le présent article, nous avons souhaité aborder la complexe question des normes informelles et de la portée de la reconnaissance juridique qui peut leur être attribuée. Après avoir défini les normes informelles, et plus particulièrement les normes techniques, nous avons abordé leur intérêt certain pour pallier certaines lacunes législatives, notamment dans le domaine de la preuve technologique. Comme les normes techniques sont déjà intégrées formellement en droit administratif par le biais de la technique du renvoi, il est prescrit de se demander si une telle méthode pourrait éventuellement se faire, avec certaines adaptations, en droit public. Pour y parvenir, nous avons posé que la notion de légitimité sera centrale, bien que de compléter une analyse sur cette question soit complexe.

[42] Il demeure que cette réflexion mérite, selon nous, d'être poursuivie. Comme il a été exposé précédemment, les normes techniques présentent des avantages certains qui répondent à certaines problématiques actuelles qui se présentent en droit public. À défaut de franchir le pas permettant l'intégration de normes techniques au droit public, et notamment en droit de la preuve technologique, des lacunes perdureront, faute d'avoir une alternative fonctionnelle.

Références bibliographiques

Législation

Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, *RLRQ c C-1.1*

Loi sur la justice administrative, *RLRQ, c. J-3*

Loi sur les textes réglementaires, *L.R.C. 1985, ch. S-22*

Loi sur l'incorporation par renvoi dans les règlements, *L.C. 2015, ch. 33*

Doctrine

Florence AUBRY-CAILLAUD, « La norme technique et la notion d'acte administratif », (1997) 50-298 *La Revue administrative* 456

Boris BARRAUD, « Les sources du droit administratif — Évolution et actualité de l'"exception administrative" » (2013) *La Revue administrative, Economica* 497

Marie BASSANO, « Lex Neminem ad perfectum duxit. Besoin de normativité et nature de l'homme dans la doctrine canoniste (XIIe-XVe siècle) », dans Albert RIGAUDIÈRE, *Normes et normativité : études d'histoire du droit rassemblées en l'honneur d'Albert Rigaudière*, Paris, Economica, 2009, p. 39

Karim BENYEKHLEF, U*ne possible histoire de la norme – Les normativités émergentes de la mondialisation*, 2e édition, Montréal, Québec, Éditions Thémis, 2015

Primavera DE FILIPPI, « Repenser le droit à l'ère numérique : entre la régulation technique et la gouvernance algorithmique » dans *Droit + Machine*, Pierre-Emmanuel MOYSE et Vincent GAUTRAIS (dir.), coll. Concurrence et innovation, Les éditions Thémis, Montréal, 2017, p.53

Léo DUCHARME, *Précis de la preuve*, 6e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2005

André ÉMOND, *Introduction au droit canadien*, 2e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2016

Magali Lanord FARINELLI, « La norme technique : une source du droit légitime ? » (2005) *RFDA* 738 (PDF)

Vincent GAUTRAIS, *Étude juridique sur le* Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information *(RLRQ c C-1.1) – Mandat du ministère de la Justice du Québec*, en ligne : < https://www.justice.gouv.qc.ca/fileadmin/user_upload/contenu/documents/Fr__francais_/centredoc/rapports/ministere/91995_LCCJTI_Etude_MJQ_VF.pdf>

Vincent GAUTRAIS, *L'encadrement juridique du contrat électronique international*, thèse de doctorat, Montréal, Faculté de droit, Université de Montréal, 1998

Vincent GAUTRAIS, Neutralité technologique. Rédaction et interprétation des lois face aux changements technologiques, Montréal, Les éditions Thémis, 2012

Vincent GAUTRAIS, *La preuve technologique*, 2e éd., Montréal, LexisNexis Canada Inc., 2018

Fabien GOUTTEFARDE, « Positivisme juridique et Modernité », (2007) 37-1 *Revue générale de droit* 7

Tadeusz GRUCHALLA-WESIERSKI, « A Framework for Understanding "Soft Law" », (1984) 30 *R. D. McGill* 38

France HOULE, *Les règles administratives et le droit public : aux confins de la régulation juridique*, thèse de doctorat, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1999

Mathieu JEAN, « L'autopsie d'une crise de légitimité », (2014) 55-2 *Les Cahiers de droit* 417

Daniel MOCKLE, « Gouverner sans le droit ? Mutation des normes et nouveaux modes de régulation », (2002) 43-2 *Les Cahiers de droit* 143

Hubert REID et S. REID, Dictionnaire de droit québécois et canadien, « Légitime » (en ligne)

Guy ROCHER, « Le droit et la justice : un certain regard sociologique », (2001) 42–3 *Les Cahiers de Droit* 873

Guy ROCHER, « Pour une sociologie des ordres juridiques », (1988) 29-1 *Les Cahiers de Droit* 91

Isabelle ST-JEAN, Jean-Yves BRIÈRE et Jean-Pierre VILLAGGI, « La justice administrative » dans École du Barreau du Québec, *Droit public et administratif*, Collection de droit 2020-2021, vol. 8, Montréal (Qc), Éditions Yvon Blais, 2020, 165

Catherine THIBIERGE, « Introduction » dans *La densification normative – découverte d'un processus*, Catherine THIBIERGE (dir) et al., les Éditions mare & martin, Paris, 2013, p. 43

Catherine THIBIERGE, « Conclusion » dans *La densification normative – découverte d'un processus*, Catherine THIBIERGE (dir) et al., les Éditions mare & martin, Paris, 2013, p. 1103

Pierre TRUDEL, « L'encadrement normatif des technologies : une gestion réseautique des risques », Le Caire, 2006 ; citant Anne PENNEAU, *Règles de l'art et normes techniques*, t. 203, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 1989

Sites internet et documents d'organismes

CHAIRE L.R. WILSON, Communiqué : Loi Concernant le Cadre Juridique des Technologies de l'Information RLRQ, c. C-1.1, 20 ans plus tard, état des lieux et perspective, en ligne : < https://www.chairelrwilson.ca/en/presses/lccjti-1921/ >

CONSEIL CANADIEN DES NORMES, *Avantages liés à la normalisation*, en ligne : < https://www.scc.ca/fr/avantages-lies-a-la-normalisation >

CONSEIL CANADIEN DES NORMES, *Élaboration des normes*, en ligne : < https://www.scc.ca/fr/normes/elaboration-des-normes >

CONSEIL CANADIEN DES NORMES, Lignes directrices sur l'incorporation par renvoi de normes dans la réglementation en appui aux objectifs de politiques publiques, septembre 2018, en ligne : < https://www.scc.ca/fr/system/files/publications/SCC_IBR-Guidelines_v1_2018-09-05_FR.pdf >

FONDATION DU BARREAU DU QUÉBEC, *Afin d'y voir clair — Guide relatif à la gestion des documents électroniques*, 2005, en ligne : < https://www.fondationdubarreau.qc.ca/wp-content/uploads/2016/10/Guidetech_allege_FR.pdf >

ISO, *Les normes les plus connues*, en ligne : < https://www.iso.org/fr/popular-standards.html >

ISO, ISO 15489-1:2016 Information et documentation — Gestion des documents d'activité — Partie 1: Concepts et principes, en ligne : < https://www.iso.org/fr/standard/62542.html >

ISO, ISO 5127:2017 Information and documentation — Foundation and vocabulary, en ligne : < https://www.iso.org/standard/59743.html >