



Les nouveaux chantiers de la doctrine juridique

**Actes des 4^e et 5^e Journées d'étude
sur la méthodologie et
l'épistémologie juridiques**

Sous la direction de Georges Azzaria

ÉDITIONS YVON BLAIS

MISE EN GARDE ET AVIS D'EXONÉRATION DE RESPONSABILITÉ: Tous droits réservés. Il est interdit de reproduire, de mémoriser sur un système d'extraction de données ou de transmettre, sous quelque forme ou par quelque moyen que ce soit, électronique ou mécanique, photocopie, enregistrement ou autre, tout ou partie de la présente publication, à moins d'en avoir préalablement obtenu l'autorisation écrite de l'éditeur, Éditions Yvon Blais.

Ni Éditions Yvon Blais ni aucune des autres personnes ayant participé à la réalisation et à la distribution de la présente publication ne fournissent quelque garantie que ce soit relativement à l'exactitude ou au caractère actuel de celle-ci. Il est entendu que la présente publication est offerte sous la réserve expresse que ni Éditions Yvon Blais, ni l'auteur (ou les auteurs) de cette publication, ni aucune des autres personnes ayant participé à son élaboration n'assument quelque responsabilité que ce soit relativement à l'exactitude ou au caractère actuel de son contenu ou au résultat de toute action prise sur la foi de l'information qu'elle renferme, ou ne peuvent être tenus responsables de toute erreur qui pourrait s'y être glissée ou de toute omission.

La participation d'une personne à la présente publication ne peut en aucun cas être considérée comme constituant la formulation, par celle-ci, d'un avis juridique ou comptable ou de tout autre avis professionnel. Si vous avez besoin d'un avis juridique ou d'un autre avis professionnel, vous devez retenir les services d'un avocat, d'un notaire ou d'un autre professionnel. Les analyses comprises dans les présentes ne doivent être interprétées d'aucune façon comme étant des politiques officielles ou non officielles de quelque organisme gouvernemental que ce soit.

Catalogage avant publication de Bibliothèque et Archives nationales du Québec et Bibliothèque et Archives Canada

Journée d'étude sur la méthodologie et l'épistémologie juridiques (4^e: 2014: Université Laval)

Les nouveaux chantiers de la doctrine juridique: actes des 4^e et 5^e Journées d'étude sur la méthodologie et l'épistémologie juridiques

Journées d'études tenues à l'Université Laval le 9 mai 2014 et le 16 octobre 2015.

Comprend des références bibliographiques.

ISBN 978-2-89730-274-0

1. Droit - Étude et enseignement - Congrès. I. Gutwirth, Serge. II. Azzaria, Georges, 1967- . III. Journée d'étude sur la méthodologie et l'épistémologie juridiques (5^e: 2015: Université Laval). IV. Titre.

K100.A3 2014

340.07

C2016-942184-8

Canada

Nous reconnaissons l'appui financier du gouvernement du Canada.

Dépôt légal : 4^e trimestre 2016
Bibliothèque et Archives nationales du Québec
Bibliothèque et Archives Canada
ISBN : 978-2-89730-274-0



Éditions Yvon Blais, une division de Thomson Reuters Canada Limitée

75, rue Queen, bur. 4700
Montréal (Québec) H3C 2N6
Canada

Service à la clientèle:
Téléphone : 1-800-363-3047
Télécopieur : 450-263-9256
Site Internet : www.editionsyvonblais.com

TABLE DES MATIÈRES

Présentation

George Azzaria ix

Le droit n'est pas une science, mais la science juridique existe bel et bien

Serge Gutwirth 1

La recherche et l'enseignement en faculté de droit: le cœur juridique et la périphérie interdisciplinaire d'une discipline éprouvée

Violaine Lemay et Michelle Cumyn 39

La volonté dans le savoir juridique: l'influence de la métaphysique sur la méthode des juristes

François Colonna d'Istria 95

Essai sur la nature de la raison juridique et sur l'ambiguïté des liens entre le droit et la science

Charles Tremblay Potvin 129

La recherche en droit au Québec: jalons pour une approche sociologique

Julie Paquin 151

Les juristes et la connaissance empirique du monde social: éclairages exploratoires à partir d'une étude de cas multiples

Hélène Zimmermann et Geneviève Brisson 171

Assumer son engagement en recherche juridique: entre évidence, nécessité et expérience

Emmanuelle Bernheim et Richard-Alexandre Laniel 199

Mobilisation du droit: formes et vecteurs

Christine Vézina 229

Épistémologie de la production scientifique en droit: une mise en scène de soi?	
Pag-yendu M. Yentcharé	259
Les juristes produisent-ils trop de textes?	
Sylvette Guillemard	287
Le plan en deux parties et deux sous-parties	
Jean-Pierre Relmy	295
Le tournant contextuel en droit: la prise en compte du contexte par la théorie de l'interprétation législative	
Stéphane Bernatchez	307
L'École de Bruxelles: origines, méthodes et chantiers	
Gregory Lewkowicz et Arnaud Van Waeyenberge	355
L'interdisciplinarité comme «contextes»: quels usages de l'Autre?	
Louise Lalonde	375
Les dichotomies en droit	
Günter Reiner	407
Éléments pour une analyse juridique du numérique	
Olivier Charbonneau	459
Exporter le droit: l'exemple de la pédagogie	
Louis Émond	481
Le développement de la théorie juridique à l'appui de la recherche empirique en droit: une étude de cas au Brésil	
Camila Silva Nicácio	505
Being Bjarne Melkevik: par-delà l'interprétation, l'argumentation et la compréhension	
Stéphane Bernatchez	529

PRÉSENTATION

Georges Azzaria

Intituler cet ouvrage *Les nouveaux chantiers de la doctrine juridique* peut paraître présomptueux. Quels sont en effet ces nouveaux chantiers ouverts par la doctrine juridique et en quoi se distinguent-ils de la doctrine plus classique?

La production littéraire des juristes est, de manière générale, rattachée aux développements que lui fournissent les législateurs, les juges et l'actualité sociale. Compte tenu de la fécondité de la machine juridique, il se trouve toujours quelque chose de nouveau à écrire. Dans ces conditions, les textes qui en ressortent assurent la cohérence d'un secteur du droit en demeurant à l'intérieur de celui-ci. La tâche consiste, si l'on veut, à replacer les meubles après le départ des invités. L'obsolescence programmée de cette doctrine, laquelle n'est pas ici condamnée, mais simplement mise en évidence, lui procure constamment des occasions de se renouveler. Les chapitres de cet ouvrage sont autres. Ils ne donnent pas, ou peu, d'informations qui seraient immédiatement utiles pour mettre de l'ordre dans le droit. Plutôt, ils jouent sur la durée, tablant sur la pertinence de sources externes et sur un regard plus réflexif pour appréhender les phénomènes juridiques.

Les conférencières et des conférenciers qui ont répondu présents aux deux dernières éditions des Journées d'étude sur la méthodologie et l'épistémologie juridiques ont eu l'amabilité de consigner leurs propos par écrit. À la lecture de leurs contributions, on découvre une doctrine originale, une communauté épistémologiquement mature et un réel souci de dialoguer avec le droit.

Plusieurs textes n'ont pas de frontières étanches et jouent simultanément sur les tableaux de la théorie, de l'épistémologie et de la méthodologie. Il y est question des relations entre droit et science

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval.

ÉLÉMENTS POUR UNE ANALYSE JURIDIQUE DU NUMÉRIQUE

Olivier Charbonneau*

TABLE DES MATIÈRES

1. Introduction	459
2. Analyse économique du droit d'auteur	461
2.1 Le paradoxe quantique	462
2.2 Le continuum du consentement	465
3. La sociologie du droit	469
3.1 L'approche systémique	470
3.2 L'internormativité contractuelle	472
4. Conclusion : l'émergence de normes dans le numérique	475
5. Bibliographie	476

1. INTRODUCTION

Le numérique impose son lot de difficultés aux juristes. Il constitue un environnement mondialisé, pris dans l'étau d'un renouveau socioéconomique et technologique constant. Les titans du Web semblent échapper à l'emprise de l'ordre régalién. Comment, donc, analyser en droit les questions qui découlent du numérique ? Sans toutefois prétendre détenir la réponse à cette question, et sachant pertinemment qu'une seule et unique réponse n'est pas envisageable, nous proposons de recenser certaines théories juri-

* Bibliothécaire, Université Concordia et candidat au doctorat en droit, Centre de recherche en droit public, Université de Montréal. Cette présentation fut captée et la vidéo est disponible à cette adresse : <<http://www.culturelibre.ca/2014/09/25/vers-un-e-analyse-bibliotheconomique-du-droit-dauteur-abeda/>>. Avis au lecteur : certains morceaux de ce texte figurent originellement dans la thèse doctorale de l'auteur, surtout les explications des cadres théoriques des sections 2.1, 3.1 et 3.2. La section 2.2 constitue un remaniement du billet publié sur le blogue de l'auteur à l'adresse <culturelibre.ca> sous le titre « À l'intersection du droit, de l'économie et du numérique » à cette adresse : <<http://www.culturelibre.ca/2013/08/15/a-lintersection-du-droit-de-leconomie-et-du-numerique/>>.

diques utiles pour poser un regard éclairant sur le numérique à la lumière du droit.

Nous proposons donc un survol des théories et des cadres conceptuels jugés pertinents. Spécifiquement, nous explorons les théories menant le droit à l'intersection d'autres disciplines, en particulier l'économie¹ et la sociologie². Il appert que le numérique impose son lot de mutations que l'on peut mesurer sur le plan économique ou social. Nous retenons ces deux approches, juxtaposées au droit, pour chacune des parties de ce texte. Certaines approches épistémologiques en analyse économique du droit ainsi qu'en sociologie du droit qui semblent prometteuses pour disséquer les questions numériques du jour sont présentées.

Nous tenons à préciser que d'autres disciplines pourraient également contribuer à la réflexion en cours. Nous retenons l'économie et la sociologie, car ces domaines sont connexes au bagage de connaissances de l'auteur de ce texte. Notre choix s'opère donc sans préjudice pour la pertinence des autres disciplines à l'analyse des questions juridiques du numérique.

Par ailleurs, nous limitons notre réflexion à un cadre juridique précis, celui du droit d'auteur. Dans ce contexte, l'œuvre protégée par le droit d'auteur numérique (ci-après œuvre) devient le cas de figure grâce auquel nous tenterons d'articuler une conceptualisation nouvelle des outils multidisciplinaires, dont le droit constitue une partie centrale. L'œuvre, comme particule élémentaire de notre modèle théorique, évolue dans des sphères économiques et sociales. Notre objectif est d'en comprendre les ramifications juridiques par une théorisation nouvelle du droit.

Le choix de se limiter au régime juridique du droit d'auteur se veut manifestement pragmatique vu l'étendue de la sphère d'influence du numérique sur le droit³. Nous proposons donc une articulation de cadres socioéconomiques au domaine du droit d'auteur, tout en reconnaissant qu'une extrapolation à d'autres domaines juridiques

est souhaitable – tâche que nous devons malheureusement laisser de côté pour le moment.

Nonobstant ces choix, nous souhaitons que notre étude apporte une contribution nouvelle à l'épistémologie du droit pour analyser le numérique. D'ailleurs, nous visons à informer et à habilitier les intervenants du domaine des technologies de l'information et des communications, surtout ceux œuvrant à l'élaboration des politiques publiques, ainsi que les étudiants en droit aux cycles supérieurs, à bâtir des théorisations où le numérique joue un rôle central.

Maintenant que nous avons établi les paramètres de notre étude, il est grand temps de commencer notre exposé. Nous proposons certaines théories économiques dans la première partie, présentées comme deux axiomes qui sauront guider les chercheurs dans l'élaboration d'analyses juridiques du numérique. La première constitue le « paradoxe quantique » et invite le chercheur à considérer de plein fouet deux positions à première vue antinomiques. Ensuite, le « continuum du consentement » propose une approche où le rôle du titulaire du droit doit être mis en perspective selon une articulation du risque encouru selon les modalités proposées par un régime juridique. Quant à notre seconde partie, nous proposons un survol de deux familles de théories de sociologie du droit. La première, l'approche systémique, propose le paradigme du système social pour comprendre un ordre social. Il s'agit d'une trousse d'outils conceptuels qui permettent de formaliser une situation afin d'en comprendre les ramifications juridiques. La seconde approche sociologique du droit invoque la théorie de l'internormativité contractuelle pour mieux cerner l'émergence d'ordre dans un système social donné.

Ces quatre grandes familles de théories juridiques offrent les éléments nécessaires pour mieux cerner les enjeux juridiques de l'univers numérique. Nous vous offrons donc une analyse du contexte du droit d'auteur à la lumière de ces théories.

2. ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT D'AUTEUR

Si le numérique alimente les forces schumpéterienne de l'innovation, le droit d'auteur est donc le théâtre d'après affrontements. Déjà, en 1945, Chafee notait :

Copyright is the Cinderella of the law. Her rich older sisters, Franchises and Patents, long crowded her into the chimney-corner. Suddenly the

1. Ejan MacKAAY, *Law And Economics For Civil Law Systems*, Northampton, MA, Edward Elgar, 2013; Richard A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, New York, Aspen Publishers, 2011; Ejan MacKAAY et Stéphane ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, 2^e éd., coll. « Méthodes du droit », Montréal, Paris, Éditions Thémis, Dalloz, 2008.

2. Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 2008.

3. Pierre TRUDEL, *Droit du cyberspace*, Montréal, Éditions Thémis, 1997.

fairy godmother, Invention, endowed her with mechanical and electrical devices as magical as the pumpkin coach and the mice footmen. Now she whirls through the mad mazes of a glamorous ball.⁴

Mais l'analogie belliqueuse, une formule entachée de jérémiades, cache une réalité plus fondamentale. Le numérique exacerbe les tensions⁵ pourtant déjà présentes dans un marché (ou, si nous voulions parler de sociologie, dans un système social). Le chercheur attentif aux nuances aura tôt fait de reconnaître les pôles autour desquels gravitent les arguments. Ensuite, il suffit de tracer les multiples moyens de passer d'un pôle à l'autre.

Ainsi, puisque l'objet de notre étude est l'œuvre numérique protégée par le droit d'auteur, il convient de se questionner sur la nature économique de celle-ci⁶. Nous explorerons justement dans notre première section les deux conceptualisations principales. Puis, nous explorerons les moyens juridiques de passer d'un état à l'autre.

2.1 Le paradoxe quantique

Pour comprendre la nature économique d'une œuvre numérique protégée par droit d'auteur, procédons par analogie. L'œuvre protégée par le droit d'auteur, en tant que « particule élémentaire » de notre modèle, réagit comme un photon⁷ : deux « états » paradoxaux et possiblement mutuellement exclusifs se chevauchent sur le plan économique. D'un côté, l'œuvre peut se concevoir comme un bien privé, de l'autre, comme un bien public.

Les biens privés sont connus de tous, ils découlent du régime de propriétés privées, issues de marchés des commodités et régies par l'offre et la demande. Ils sont dits exclusifs et rivaux, car manger une

4. Zechariah CHAFEE, Jr., « Reflections on the Law of Copyright: I », (1945) 45 *Columbia Law Review*, p. 503.
5. Stewart BRAND, « Keep Designing: How the Information Economy is Being Created and Shaped by the Hacker Ethic », (1985) *Whole Earth Review*, p. 49.
6. Ejan MacKAAY, « The Economics of Intellectual Property Rights in Civil Law Systems », dans Aristides N. HATZIS (dir.), *Economic Analysis of Law – A European Perspective*, Cheltenham, UK, Edward Elgar, 2008, p. 1-23 ; William M. LANDES et Richard A. POSNER, « An Economic Analysis of Copyright Law », (1989) 18 *Journal of Legal Studies* ; William M. LANDES et Richard A. POSNER, « Indefinitely Renewable Copyright », (2003) 70 *University of Chicago Law Review* ; William M. LANDES et Richard A. POSNER, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 2003.
7. Vlatko VEDRAL, *Decoding Reality: the Universe as Quantum Information*, Oxford, England, New York, Oxford University Press, 2010.

pomme interdit aux autres de la posséder et la détruit. Mais, qui-conque ayant déjà téléchargé un fichier musical de l'ordinateur d'une amie sait que les œuvres protégées numériques n'ont rien d'exclusif ni de rival. D'où l'importance de l'intervention du législateur dans le cadre du régime juridique du droit d'auteur.

Ainsi, les œuvres protégées par le droit d'auteur numérique se comportent comme des biens rivaux et exclusifs grâce à cette intervention du législateur, car seul le titulaire peut autoriser, d'une part, la multiplication des œuvres par la technologie, et de l'autre, leur diffusion. L'effet de rareté imposé par la loi permet à un marché d'émerger et les titulaires peuvent ainsi utiliser les outils de l'offre et de la demande pour organiser leur production. Une large production de biens physiques offre des économies d'échelle par des efficacités marginales accrues. Par contre, l'impact de l'effet de rareté est tout autre dans le contexte numérique.

Donc, il est essentiel de comprendre que les objets numériques sont naturellement des biens publics tandis que l'action du législateur permet d'introduire un régime qui s'apparente à celui de la propriété – l'exclusion et la rivalité. Ironiquement, cette dichotomie persiste depuis très longtemps, bien avant l'avènement du numérique.

Justement, dans son analyse historique du droit d'auteur, Hesse note l'émergence, et ce, depuis les Lumières, de deux positions épistémologiques polarisées :

Those legal thinkers who sided with the objectivist position of Condorcet elaborated the utilitarian doctrine that there was no natural property in ideas, and that granting exclusive legal rights to individuals for unique forms of their expression could only be justified because such an arrangement was the best legal mechanism for encouraging the production and transmission of new ideas, a manifest public good. Conversely, those who sided with Locke, Young, Diderot, Fichte, and the subjectivist camp argued that there was a natural right to perpetual property in ideas and that legal recognition of that right was simply the confirmation in a statute of a universal natural right.⁸

Hesse démontre comment ces deux rhétoriques résistent à l'effet du temps et se propagent parallèlement aux développements technologiques. Baldwin⁹ suit dans la même veine. Il fournit une analyse

8. Carla HESSE, « The Rise of Intellectual Property, 700 B.C.–A.D. 2000: an Idea in the Balance », (2002) 131 *Daedalus*, p. 36.
9. Peter BALDWIN, *The Copyright Wars: Three Centuries of Trans-Atlantic Battle*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 2014.

plus détaillée des approches nationales en décortiquant l'évolution du droit d'auteur durant les 300 dernières années en Allemagne, en France, en Grande-Bretagne et aux États-Unis. Il démontre que l'Allemagne et la France se campèrent dans la conceptualisation du droit d'auteur comme droit naturel. De surcroît, il établit que les États-Unis se trouvaient, jusqu'à tout récemment, dans le camp opposé: celui de l'utilitarisme. Enfin, Baldwin explique que la Grande-Bretagne cherche un compromis mitoyen.

La Cour suprême du Canada a reconnu cette tension naturelle concernant le droit d'auteur en 2002. Ainsi, la Cour affirme:

[30] La Loi est généralement présentée comme établissant un équilibre entre, d'une part, la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles et, d'autre part, l'obtention d'une juste récompense pour le créateur (ou, plus précisément, l'assurance que personne d'autre que le créateur ne pourra s'approprier les bénéfices qui pourraient être générés). [...]

[31] On atteint le juste équilibre entre les objectifs de politique générale, dont ceux qui précèdent, non seulement en reconnaissant les droits du créateur, mais aussi en accordant l'importance qu'il convient à la nature limitée de ces droits. D'un point de vue grossièrement économique, il serait tout aussi inefficace de trop rétribuer les artistes et les auteurs pour le droit de reproduction qu'il serait nuisible de ne pas les rétribuer suffisamment. Une fois qu'une copie autorisée d'une œuvre est vendue à un membre du public, il appartient généralement à l'acheteur, et non à l'auteur, de décider du sort de celle-ci.¹⁰

D'ailleurs, il est possible d'observer cette dichotomie dans l'article 27 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*:

Article 27

1. Toute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent.

2. Chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur.¹¹

10. *Théberge c. Galerie d'art du Petit Champlain inc.*, 2002 24 (CSC), en ligne: <http://canlii.ca/t/51tp>.

11. *Déclaration universelle des droits de l'homme*, 1948, Assemblée générale des Nations Unies, Résolution 217 A (III), en ligne: <http://www.un.org/fr/documents/udhr/index2.shtml>, consulté le 20 août 2013.

Le premier alinéa évoque l'argument utilitaire tandis que le second traite du droit naturel à la propriété.

Ces exemples illustrent la codification des deux camps épistémologiques, qui suivent les lignes de démarcation distinguant les biens privés et publics. Afin de sortir des analogies belliqueuses et leur lot de jérémiades, il est essentiel de comprendre qu'il ne faut privilégier ni l'une, ni l'autre de ces deux positions. Il faut appréhender pleinement les ramifications en science économique de chacune de ces réalités.

Ainsi, une politique publique qui privilégie le côté des biens privés impose un poids économique disproportionné à la société. Gordon¹² a détaillé plusieurs contextes sociaux où il n'est pas opportun d'imposer des formalités pour utiliser une œuvre protégée, comme la critique artistique. L'inverse est tout aussi véridique par contre, privilégier l'aspect public des biens numériques nuit aux titulaires. Relâcher les droits de propriété intellectuelle introduirait un foisonnement de réappropriation créative, mais limiterait l'intérêt des titulaires d'investir dans leurs œuvres.

À ce stade-ci, il convient de retenir que chacun des pôles épistémologiques, celui des biens privés et celui des biens publics, est valide et nécessite une juxtaposition. Ainsi, notre premier axiome, qui découle de la science économique, implique qu'étudier un seul côté de cette équation introduirait un biais méthodologique dans l'analyse d'un régime juridique. Il est essentiel de considérer les deux côtés de la médaille sur le plan d'une abstraction nécessaire pour effectuer une analyse juridique du numérique.

2.2 Le continuum du consentement

Le réflexe du juriste civiliste est d'associer le *consentement* à la *force* des obligations contractuelles. Il semble donc trivial, à première vue, de suggérer que le consentement, et plus largement, le contrat, soit la base des rapports économiques du numérique comme l'a fait Lemley¹³ en 2006. Mais cette affirmation n'est pas si directe en économie. En fait, les théories économiques classiques indiquent plutôt que le consentement est exogène aux transactions présentes

12. Wendy J. GORDON, «Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors», (1982) 82 *Colum. L. Rev.* 1600.

13. Mark A. LEMLEY, «Terms of Use», (2006) 91 *Minn. L. Rev.* 459.

dans un marché. Les transactions sont plutôt motivées par des forces extérieures à l'individu, comme celles de l'offre et de la demande, pour ne citer qu'elles.

Il faut donc réconcilier le consentement et la théorie économique et c'est justement ce qu'Elkin-Koren et Salzberger¹⁴ ont fait. Leurs efforts sont essentiels pour considérer la théorie économique émergente, soit l'école économique néo-institutionnelle, comme étant celle à privilégier en analyse économique du droit dans un contexte numérique.

Elkin-Koren et Salzberger¹⁵ explorent la théorie économique de l'intervention de l'État dans un contexte de cyberspace. Les auteurs passent en revue les différentes écoles économiques afin d'en proposer un sommaire, puis d'exposer les failles paradigmatiques de chacune. Ils identifient trois « générations » économiques : la néoclassique ou l'École de Chicago, l'analyse transactionnelle et les néo-institutionnels. Cette dernière école est « émergente » dans l'univers économique et est la préférée des auteurs pour étudier le numérique.

Les auteurs évoquent les changements de paradigmes que suscite l'apparition du cyberspace et proposent des pistes de réflexion pour les explorer. Ainsi, leur texte s'avère une brève introduction aux théories économiques relativement au numérique. Les auteurs divisent leur texte en trois sections : la première porte sur l'introduction au cyberspace, la seconde porte sur les deux premières « générations » économiques et la dernière sur la « génération » néo-institutionnelle.

Les tenants de la « génération » néoclassique ou de l'École de Chicago emploient généralement les outils de l'offre et de la demande, soit l'économie de marché traditionnelle. Les auteurs retiennent quatre thèmes problématiques, proposant un chapitre pour chacun : l'émergence de monopoles, les biens publics, l'information imparfaite et les externalités. Tous ces thèmes mènent généralement à des défaillances de marché et nécessitent une intervention extérieure au marché, lire ici, l'intervention de l'État par une réglementation desdits marchés.

14. Niva ELKIN-KOREN et Eli M. SALZBERGER, *The Law and Economics of Intellectual Property in the Digital Age: the Limits of Analysis*, Abingdon, Oxon, England, New York, Routledge, 2013.

15. Niva ELKIN-KOREN et Eli M. SALZBERGER, *Law, Economics and Cyberspace*, Cheltenham, Northampton (Mass.), E. Elgar, 2004.

Cette école vise à maximiser l'utilité des biens par les marchés et, à défaut de pouvoir la mesurer convenablement, se base sur la maximisation de la richesse (*wealth*).

Ensuite, il est question de la « génération » de l'analyse transactionnelle, qui explore le concept de « coût de transaction » dans les dynamiques du marché. Il s'agit ici des travaux menés par Coase¹⁶ qui explore en particulier les problèmes d'externalité. Puisque cette approche intellectuelle en économie est plus récente, elle ne mérite qu'un seul chapitre.

Finalement, la « génération » néo-institutionnelle en économie offre un cadre théorique plus souple et incorpore plus de complexité sociale dans l'exploration économique :

The traditional models also view as exogenous other crucial factors, like the existence of states, the borders between them, their central governments, and their enforcement powers. [...] Neo-Institutional law and economics regard institutional structures as endogenous variables within the analysis of law.¹⁷

L'exploration du thème néo-institutionnel mène les auteurs à identifier le code informatique comme outil de réglementation, l'émergence de la production par les pairs (Benkler)¹⁸ et une critique du triumvirat État-firme-individu en économie.

Il semble, à l'instar des travaux de Elkin-Koren et Salzberger, que nous pouvons maintenant élargir notre champ d'études pour considérer que le consentement à une transaction économique puisse être un objet d'étude valable. Cette ouverture mène à une conceptualisation épistémologique qui introduit de nouvelles perspectives de recherche tout en accommodant des situations *a priori* paradoxales.

Par exemple, un usager pourrait considérer que les rouages du droit d'auteur¹⁹ nuisent à sa jouissance de la technologie et décide

16. Ronald COASE, «The Problem of Social Cost», (1960) *Journal of Law and Economics*.

17. N. ELKIN-KOREN et E.M. SALZBERGER, *Law, Economics and Cyberspace*, Cheltenham, Northampton (Mass.), E. Elgar, 2004, p. 111.

18. Yochai BENKLER, «Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production», (2004) 114 *The Yale law journal*.

19. Siva VAIDHYANATHAN, *Copyrights and Copyurongs: the Rise of Intellectual Property and How it Threatens Creativity*, New York, New York University Press, 2001.

de pirater²⁰ des œuvres. La piraterie, ou la contrefaçon de l'œuvre, constitue le moyen le plus risqué de l'utiliser. À l'inverse, obtenir le consentement du titulaire par cession, comme l'édicte l'article 13 de la *Loi sur le droit d'auteur*²¹, est le moyen le plus sûr d'avoir recours à l'œuvre.

Plusieurs moyens intermédiaires subsistent dans le régime juridique du droit d'auteur. Par exemple, le régime des exceptions au droit d'auteur, dont l'utilisation équitable (art. 29 et suiv.²²), introduit des moyens licites d'utiliser l'œuvre sans le consentement du titulaire ni contrepartie financière. Par contre, ces moyens introduisent un grand risque de contrôle judiciaire. Nous positionnons ces moyens comme étant un peu moins risqués que la contrefaçon dans notre modèle. D'une manière analogue, la gestion collective du droit d'auteur suppose une limitation au droit, soit une utilisation licite sans le consentement du titulaire, mais nécessitant une contrepartie financière. Il s'agit d'un moyen un peu plus risqué que la cession à proprement parler, mais certainement moins que le recours aux exceptions ou à la contrefaçon.

Ainsi, il est possible de définir que le degré de consentement du titulaire du droit entretient une relation inversement proportionnelle avec le risque encouru par l'utilisateur de l'œuvre. Dans un contexte où la volonté du titulaire est endogène à la transaction économique, cette relation définit le continuum du consentement et permet de faire basculer la nature privée de l'œuvre protégée vers sa nature publique. Il devient possible de modéliser les rapports d'un marché en fonction du risque encouru par les acteurs économiques de celui-ci.

Mais l'argent ne définit pas tout. Il est nécessaire d'explorer une seconde série de théories afin d'enrichir notre modèle. Par exemple, le concept de risque peut facilement s'exprimer en économie, mais peut avoir des conséquences désastreuses pour un système social, surtout lorsqu'il est question d'œuvres protégées par le droit d'auteur. Quelles sont les conséquences sociales d'un système économique mal calibré? En droit d'auteur, il est facilement possible d'imaginer un système qui impose de trop lourdes formalités de consentement et qui mène à de lourdes frictions sur divers plans sociaux. Pour tout

20. Hector POSTIGO, *The Digital Rights Movement the Role of Technology in Subverting Digital Copyright*, Cambridge, Mass., The MIT Press, 2012.

21. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, c. C-42, en ligne: <<http://canlii.ca/t/68zhm>>, consulté le 4 septembre 2013.

22. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, c. C-42, en ligne: <<http://canlii.ca/t/68zhm>>, consulté le 4 septembre 2013.

dire, un mauvais régime de droit d'auteur mène à l'ignorance et à l'oubli de notre culture et il serait désastreux de se limiter à l'économie pour exprimer cette réalité.

3. LA SOCIOLOGIE DU DROIT

Pierre Noreau²³ s'interroge sur le caractère interdisciplinaire du droit, en le relativisant par la sociologie et par la science politique. Le droit est centré sur lui-même et l'étude de Noreau en redéfinit les contours afin d'introduire plus de porosité entre le droit et les sciences sociales. Cette nécessaire hybridation implique, selon Noreau, un examen réflexif de la part du juriste :

[...] le juriste – ici le théoricien du droit – ne peut participer à la définition d'une véritable science du droit qu'à la condition de reconnaître que le droit ne se suffit pas à lui-même et qu'il participe de la relation sociale, en tant que cadre d'action socialement construit en même temps que producteur de relations sociales; un moment particulier des rapports sociaux.²⁴

À l'instar des travaux de Noreau, nous commencerons notre exploration de la sociologie du droit en nous attardant sur certaines théories issues de l'approche systémique²⁵, que Rocher²⁶ nomme ordre juridique, et qui s'insère plus largement avec le courant intellectuel de la cybernétique²⁷ ou du droit souple²⁸. L'approche systémique permet de poser une topographie générique d'un système social et nous avons recours aux travaux de Luhmann pour formaliser le rôle du système juridique. Ensuite, nous explorons les théories du droit en réseau, qui constitue une topographie particulière de systémisme. Nous démontrons, grâce à l'internormativité contractuelle de Jean-Guy Belley, comment des acteurs agissant en réseau peuvent réglementer un

23. Pierre NOREAU, «La norme, le commandement et la loi: le droit comme objet d'analyse interdisciplinaire», (2000) 19 *Politique et sociétés*.

24. Pierre NOREAU, «La norme, le commandement et la loi: le droit comme objet d'analyse interdisciplinaire», (2000) 19 *Politique et sociétés*, p. 168.

25. François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? – Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

26. Guy ROCHER, «Pour une sociologie des ordres juridiques», (1988) 29 *Les Cahiers de droit*.

27. Céline LAFONTAINE, *L'empire cybernétique: des machines à penser à la pensée machine: essai*, Paris, Seuil, 2004.

28. *Le droit souple*, coll. «Étude annuelle», Paris, La documentation française, 2013; Jacques CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, coll. «Droit et société», n° 35, Paris, L.G.D.J., 2008; C. THIBIERGE, «Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit», 2003 *Revue trimestrielle du droit civil*.

système social grâce à la multiplication de rapports contractuels automatisés et systématisés.

3.1 L'approche systémique

Thomas Paris²⁹ a recours aux théories systémiques pour étudier le droit d'auteur. Justement, «le droit d'auteur échappe à tout contrôle extérieur, qu'il soit juridique ou politique: c'est un système qui évolue, mais dont l'évolution est autonome, résultant d'une dynamique propre.»³⁰

Le cœur de la thèse de Paris³¹ repose sur deux problèmes qui expliquent l'émergence de la propriété intellectuelle et artistique. Il s'agit, dans un premier temps de la tension entre le caractère public et privé de l'œuvre protégée. Dans un second temps, Paris s'attarde à la question de la gestion de la coopération entre divers acteurs sociaux. De plus, pour lui, le droit d'auteur s'est bâti autour de deux facteurs additionnels: une sédimentation normative à la suite de divers développements technologiques, puis un mythe romantique où le droit d'auteur représente une justice sociale ou économique au profit de l'auteur. Ces quatre éléments forment le modèle systémique de Paris et la gestion collective constitue un système structurant à part entière du droit d'auteur. Ainsi, Paris détermine trois facteurs de diffusion liés à la gestion collective: (1) l'identification du public; (2) l'obligation de transaction; (3) le degré de création collective. Ces trois facteurs de diffusion influencent les quatre modèles systémiques qu'il présente dans son analyse. Les travaux de Paris introduisent une nouvelle série de problématiques auxquelles doivent répondre les conceptualisations du droit d'auteur.

Si nous débutons avec les travaux de Paris, c'est pour exposer la force du système pour comprendre les dynamiques sociales. Luhmann³² offre une théorisation conceptuelle étanche du système, tout

29. Thomas PARIS, *Le droit d'auteur: l'idéologie et le système*, coll. «Sciences sociales et sociétés», Paris, Presses universitaires de France, 2002.

30. Thomas PARIS, *Le droit d'auteur: l'idéologie et le système*, coll. «Sciences sociales et sociétés», Paris, Presses universitaires de France, 2002, p. 219-220.

31. Thomas PARIS, *Le droit d'auteur: l'idéologie et le système*, coll. «Sciences sociales et sociétés», Paris, Presses universitaires de France, 2002, p. 104.

32. Niklas LUHMANN, «Law as a Social System», (1988) 83 *Nu. U. L. Rev.* 136; Niklas LUHMANN, «Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System Closed Systems and Open Justice: The Legal Sociology of Niklas Luhmann», (1991) 13 *Cardozo L. Rev.* 1419; Niklas LUHMANN, *Social Systems*, Stanford, Calif., Stanford University Press, 1995; Niklas LUHMANN, Klaus A. ZIEGERT et Fatima KASTNER, *Law as a Social System*, coll. «Oxford Socio-Legal Studies», Oxford, New York, Oxford University Press, 2004; Niklas

en prenant soin d'établir explicitement le rôle du sous-système fonctionnel du droit dans la société. Pour Luhmann, un système social est composé de divers éléments qui entrent en relation, ce qui peut le complexifier. Par ailleurs, un système social peut se subdiviser en sous-systèmes qui peuvent, eux-mêmes se subdiviser ou interagir avec d'autres systèmes sociaux. Un système social (ou un sous-système ou un système interne) peut être ouvert ou fermé en fonction de la manière dont il réagit aux risques inhérents de son environnement ou selon les méthodes qu'il emploie pour communiquer avec les autres systèmes ou sous-systèmes sociaux. Ces éléments et leurs relations peuvent constituer des sous-systèmes sociaux qui interagissent entre eux.

Enfin, qu'il s'agisse des éléments et de leurs relations qui mènent à la complexité ou de systèmes qui émergent d'environnements risqués, Luhmann avance que la communication est l'élément essentiel pour comprendre la coordination au sein d'un environnement. La communication, comme point d'ancrage entre les agents d'un système ou entre les systèmes eux-mêmes, se manifeste par un comportement, une information et une articulation qui peuvent être formels ou informels. Il s'agit là d'une force majeure de la théorie des systèmes sociaux de Luhmann, le modèle est récursif, modulable et évolutif (*scalable*) ce qui permet sa théorisation à large échelle et son application à un sous-système microscopique.

En ce qui concerne le droit, Luhmann précise que le droit comme système social opère une codification des communications qui lui sont présentées. Cette codification impose soit la valeur d'«illégal» ou de «légal» aux communications. Une codification issue d'un choix fermé indique que le droit est un système fermé. Ainsi, le droit comme système social concerne la coordination des comportements et la diminution des risques par les autres systèmes sociaux par la formalisation des règles tout en considérant la communication comme fondamentale. Le système politique est lié à l'écriture de ces règles.

Les théories de Luhmann ont été employées dans plusieurs études récentes. Par exemple, Guibentif³³ a effectué une opérationnalisation empirique de l'approche communicationnelle de Luhmann dans l'analyse de la représentation sociale du crime par les médias au Portugal.

LUHMANN, *Systèmes sociaux: esquisse d'une théorie générale*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2010.

33. Pierre GUIBENTIF, «Le chameau dans le laboratoire: la théorie des systèmes et l'étude de la communication juridique quotidienne», (2001) 1 *Droit et société*.

Par ailleurs, Valois³⁴ a récemment déposé une thèse qui étudie l'indépendance judiciaire de la Cour suprême du Canada en appliquant l'approche systémique de Luhmann dans l'analyse de l'articulation de ce concept dans les jugements déposés par le plus haut tribunal du Canada.

Notre intérêt pour les travaux de Luhmann porte, outre sa conceptualisation novatrice du sous-système fonctionnel du droit dans un environnement social donné, sur le rôle que joue la communication au sein de celle-ci. Si la communication évoque un lien entre deux agents d'un système social, le contrat serait donc une communication qui manifeste un haut degré de formalité³⁵. Nous pouvons donc conceptualiser le contrat comme source potentielle d'ordre dans un système social³⁶. Nous étayons cette approche grâce aux théories de l'internormativité contractuelle dans la prochaine section.

3.2 L'internormativité contractuelle

L'univers interconnecté de l'informatique moderne facilite grandement l'informatisation et l'automatisation des rapports contractuels³⁷. Mais, le juriste soucieux de proposer un cadre conceptuel solide se doit de réconcilier dans quelle mesure les contrats, en tant que communications formelles entre agents d'un système social, introduisent un ordre qui s'apparente à celui du sous-système fonctionnel du droit au sens de Luhmann. Place, donc, à l'internormativité contractuelle de Belley.

Dans son étude du rôle d'une multinationale dans l'économie d'une région du Québec, Jean-Guy Belley³⁸ a développé une théori-

34. Martine VALOIS, *Évolution du droit et de la fonction de juger dans la tradition juridique occidentale: une étude sociohistorique de l'indépendance judiciaire*, Montréal, Université de Montréal, 2009.
35. Lon L. FULLER, «Consideration and Form», (1941) 41 *Colum. L. Rev.* 799; Lon L. FULLER, «Human Interaction and the Law», (1969) 14 *Am. J. Juris.* 1; Lon L. FULLER, «Law as an Instrument of Social Control and Law as a Facilitation of Human Interaction Essay», (1975) 1975 *BYU L. Rev.* 89.
36. François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, «Problématique générale», dans *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988, p. 19-32.
37. Philippe LE TOURNEAU, *Contrats informatiques et électroniques*, 6^e éd. rem. et augm., coll. «Daloz référence», Paris, Daloz, 2010; Darryl MOUNTAIN, «XML E-Contracts: Documents that Describe Themselves», (2003) 11 *Int'l J.L. & Info. Tech.* 274; Margaret Jane RADIN, «Online Standardization and the Integration of Text and Machine. The Robert L. Levine Distinguished Lecture Series», (2001) 70 *Fordham Law Review* 1125.
38. J.G. BELLEY, «Le contrat comme phénomène d'internormativité», dans J.G. BELLEY (dir.), *Le droit soluble: contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 195-232.

sation des relations découlant des interactions entre agents sociaux. Le chercheur propose que :

[...] la problématique de l'internormativité se ramène pour l'essentiel à l'étude des types de conjonction des normativités ou des modes de combinaisons des éléments légaux, statutaires et contractuels à travers lesquels se réalise la régulation des échanges économiques.³⁹

Ainsi, l'internormativité se greffe aux concepts de système et de réseau afin d'offrir une opportunité supplémentaire de lier la transaction économique telle que représentée par le contrat à ces théories sociologiques. La structure même de l'internormativité permet de concevoir avec plus de nuance et de pertinence le rôle des vecteurs ou des liens entre les éléments d'un système social.

Un des objectifs de Belley consiste à théoriser sur le rôle du contrat non seulement dans un système social, mais aussi du point de vue du droit. Ainsi, il propose une typologie orientant la problématique générale de l'analyse de l'internormativité contractuelle :

En reconnaissant que les contrats ont leurs sphères d'opérations propres, mais entretiennent aussi des rapports d'interaction du fait de l'inclusion des espaces et des temps les uns dans les autres, on est logiquement conduit à distinguer deux ordres différents de problèmes dans la problématique générale de l'internormativité contractuelle. Dans une perspective statique, il s'agit de comprendre et d'expliquer la réalité de chaque type de contrat dans sa sphère propre. L'objectif est dans ce cas de rendre compte des manifestations et du contenu obligationnel spécifiques des contrats légal, réglementaire, normalisé, social et moral [...]. Dans une perspective dynamique, il s'agira, d'une part, d'étudier les effets d'un type de contrat sur les autres en mettant en évidence des phénomènes de législation, réglementation, normalisation, socialisation et moralisation du contrat. Cette double perspective permet de mesurer à quel point le recours à certains concepts fondamentaux peut s'avérer improductif pour la compréhension adéquate des choses si l'on ne se soucie pas d'en dédogmatiser l'acception courante.⁴⁰

L'internormativité contractuelle propose donc une structure ainsi qu'une méthodologie à suivre pour étudier le phénomène du

39. J.G. BELLEY, «Le contrat comme phénomène d'internormativité», dans J.G. BELLEY (dir.), *Le droit soluble: contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 197.
40. J.G. BELLEY, «Le contrat comme phénomène d'internormativité», dans J.G. BELLEY (dir.), *Le droit soluble: contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 230.

contrat dans un système social. Les contrats dits légaux « s'exercent en rapport explicite avec deux logiques externes liées à la présence de l'État et de son ordre juridique »⁴¹. Pour sa part, le contrat dit réglementaire se conforme plus étroitement à la « légalité interne de l'entreprise »⁴² et cherche à harmoniser l'interaction des fournisseurs avec la logique bureaucratique propre à l'entreprise, telle qu'établie par sa mission et son fonctionnement particulier.

Quant à lui, le contrat normalisé systématise les relations contractuelles afin d'articuler de nouvelles opérations de gestion de l'organisation. Par exemple, l'informatisation permet de gérer les relations avec les fournisseurs, pour automatiser le traitement des commandes matérielles. Le contrat normalisé vise les interactions correspondant à des normes techniques ou des modalités quantifiables. Puis,

Le contrat social est celui qui se ressent significativement de l'existence d'une collectivité dont les besoins et les normes sont pris en compte par les contractants. [...] Le contrat social se distingue, par ailleurs, du contrat auquel se réfèrent les doctrines classiques de la science économique et de la science juridique par au moins trois caractéristiques majeures. Premièrement, il définit un projet d'échange économique général, une association multidimensionnelle et de longue durée, plutôt qu'un projet limité à un échange spécifique. Deuxièmement, le rapport contractuel entre les parties se conçoit dans l'asymétrie des statuts et fonctions plutôt que dans l'égalité postulée par la doctrine classique. Troisièmement, les normes du contrat social sont implicites et de contenu indéterminé, la nature et les circonstances de l'association entre les parties sont censées leur dicter intuitivement les obligations à respecter au gré de l'évolution des choses, sans qu'il soit besoin de recourir à un tiers pour les déterminer d'autorité ou pour en forcer le respect.⁴³

Finalement, le contrat moral « participe de la normativité d'une relation établie au fil des années entre deux individus et deux organisations »⁴⁴. La confiance et le décorum jouent un rôle de premier plan dans ce contexte.

41. J.G. BELLEY, « Le contrat comme phénomène d'internormativité », dans J.G. BELLEY (dir.), *Le droit soluble: contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 205.
42. J.G. BELLEY, « Le contrat comme phénomène d'internormativité », dans J.G. BELLEY (dir.), *Le droit soluble: contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 208.
43. J.G. BELLEY, « Le contrat comme phénomène d'internormativité », dans J.G. BELLEY (dir.), *Le droit soluble: contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 213-214.
44. J.G. BELLEY, « Le contrat comme phénomène d'internormativité », dans J.G. BELLEY (dir.), *Le droit soluble: contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 217.

Belley ajoute que l'internormativité contractuelle permet de combiner les doctrines contractuelles dans des espaces et des moments variés d'un groupe d'agents. Il suffit de voir apparaître une énonciation commune de volontés ainsi qu'un degré suffisant d'autonomie des parties afin de pouvoir valider cette approche théorique. Par ailleurs, Belley note la relativité des concepts de loi, de statut et de contrat à la lumière de l'internormativité contractuelle.

L'intérêt de l'internormativité contractuelle est donc de proposer une typologie des relations contractuelles qui découlent naturellement des relations sociales et économiques d'un système donné. Ainsi, cette théorisation s'ajoute à l'analyse systémique, qui propose un cadre général pour décrire un environnement donné ainsi qu'à l'analyse des réseaux qui offre une typologie flexible pour étudier les relations sociales.

Ainsi, il devient possible d'attribuer un poids relatif à chacune des classes de relations contractuelles à l'intérieur d'un système social. Le contexte numérique impose au chercheur de porter une attention particulière aux contrats dits normalisés et d'en extrapoler l'origine vers les contrats sociaux ou moraux dont ils découlent. Cette approche permet de relativiser chacune des communications formelles dans un système social afin d'en établir un poids pour compléter la théorisation inhérente à une étude savante en droit.

4. CONCLUSION: L'ÉMERGENCE DE NORMES DANS LE NUMÉRIQUE

Le lecteur attentif aura compris que nous privilégions une approche téléologique, à l'opposé d'une approche comparative ou positiviste en droit. Ceci est fondamental pour deux raisons. Premièrement, le numérique est maintenant endogène à notre société et à notre économie. L'État, les banques et autres institutions analogues ne peuvent fonctionner sans systèmes informatiques et autres outils numériques. Même l'être le plus réfractaire ne peut s'émanciper d'une existence virtuelle. Le numérique a pris racine et fait maintenant partie de notre réalité. Deuxièmement, le numérique suppose un mouvement, une action ou une relation entre objets et personnes. Le numérique est un outil qui facilite l'échange de données et d'information. Ces flux rendent explicite une réalité jadis difficile à observer. Qui dit numérique, dit vecteur. Ainsi le droit, s'il vise à modifier le cours des activités humaines, est tributaire des finalités possibles en fonction des moyens juridiques mis en œuvre. *A priori* du moins, nous

retenons l'approche téléologique comme la plus pertinente pour observer l'émergence de normes, par induction, dans les rapports socio-économiques numériques.

La prémisse téléologique amène son lot de conséquences en matière d'approches épistémologiques et méthodologiques. Le droit s'avère un outil de premier ordre pour modifier les structures institutionnelles, mais il amène des conséquences économiques et sociales, voire politiques, philosophiques ou autres. Ainsi, le juriste observant le numérique ne peut plus simplement décrire l'état du droit ou comparer diverses approches législatives. Il nous semble donc qu'une hybridation des concepts et méthodes du droit avec d'autres disciplines ou domaines soit bénéfique pour tous.

5. BIBLIOGRAPHIE

Monographies

- Le droit souple*, coll. « Étude annuelle », Paris, La documentation française, 2013.
- BALDWIN, P., *The Copyright Wars: Three Centuries of Trans-Atlantic Battle*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 2014.
- CARBONNIER, J., *Sociologie juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 2008.
- CHEVALLIER, J., *L'État post-moderne*, coll. « Droit et société », n° 35, Paris, L.G.D.J., 2008.
- ELKIN-KOREN, N. et E.M. SALZBERGER, *The Law and Economics of Intellectual Property in the Digital Age: The Limits of Analysis*, Abingdon, Oxon, England, New York, Routledge, 2013.
- ELKIN-KOREN, N. et E.M. SALZBERGER, *Law, Economics and Cyberspace*, Cheltenham, Northampton (Mass.), E. Elgar, 2004.
- LAFONTAINE, C., *L'empire cybernétique : des machines à penser à la pensée machine : essai*, Paris, Seuil, 2004.
- LANDES, W.M. et R.A. POSNER, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 2003.
- LE TOURNEAU, P., *Contrats informatiques et électroniques*, 6^e éd. rem. et augm., coll. « Dalloz référence », Paris, Dalloz, 2010.
- LUHMANN, N., *Social Systems*, Stanford, Calif., Stanford University Press, 1995.

- LUHMANN, N., *Systèmes sociaux : esquisse d'une théorie générale*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2010.
- LUHMANN, N., ZIEGERT, K.A. et F. KASTNER, *Law as a Social System*, coll. « Oxford Socio-Legal Studies », Oxford, New York, Oxford University Press, 2004.
- MacKAAY, E., *Law and Economics for Civil Law Systems*, Northampton, MA, Edward Elgar, 2013.
- MacKAAY, E. et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, 2^e éd., coll. « Méthodes du droit », Montréal, Paris, Éditions Thémis, Dalloz, 2008.
- OST, F. et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? – Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.
- PARIS, T., *Le droit d'auteur : l'idéologie et le système*, coll. « Sciences sociales et sociétés », Paris, Presses universitaires de France, 2002.
- POSNER, R.A., *Economic Analysis of Law*, New York, Aspen Publishers, 2011.
- POSTIGO, H., *The Digital Rights Movement the Role of Technology in Subverting Digital Copyright*, Cambridge, Mass., The MIT Press, 2012.
- TRUDEL, P., *Droit du cyberspace*, Montréal, Éditions Thémis, 1997.
- VAIDHYANATHAN, S., *Copyrights and Copywrongs: The Rise of Intellectual Property and How it Threatens Creativity*, New York, New York University Press, 2001.
- VALOIS, M., *Évolution du droit et de la fonction de juger dans la tradition juridique occidentale : une étude sociohistorique de l'indépendance judiciaire*, Montréal, Université de Montréal, 2009.
- VEDRAL, V., *Decoding Reality: The Universe as Quantum Information*, Oxford, England, New York, Oxford University Press, 2010.

Chapitres de monographies

- BELLEY, J.G., « Le contrat comme phénomène d'internormativité », dans J.G. BELLEY (dir.), *Le droit soluble : contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 195-232.

- MacKAAY, E., «The Economics of Intellectual Property Rights in Civil Law Systems», dans A.N. HATZIS (dir.), *Economic Analysis of Law – A European Perspective*, Cheltenham, UK, Edward Elgar, 2008, p. 1-23.
- OST, F. et M. VAN DE KERCHOVE, «Problématique générale», dans *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988, p. 19-32.

Jurisprudence

- Théberge c. Galerie d'art du Petit Champlain inc.*, 2002 24 (CSC), en ligne: <<http://canlii.ca/t/51tp>>.

Articles

- BENKLER, Y., «Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production», (2004) 114 *The Yale law journal*.
- BRAND, S., «Keep Designing: How the Information Economy is Being Created and Shaped by the Hacker Ethic», (1985) *Whole Earth Review*.
- CHAFEE, Z., Jr., «Reflections on the Law of Copyright: I», (1945) 45 *Columbia Law Review*.
- COASE, R., «The Problem of Social Cost», (1960) *Journal of Law and Economics*.
- FULLER, L.L., «Consideration and Form», (1941) 41 *Colum. L. Rev.* 799.
- FULLER, L.L., «Human Interaction and the Law», (1969) 14 *Am. J. Juris.* 1.
- FULLER, L.L., «Law as an Instrument of Social Control and Law as a Facilitation of Human Interaction Essay», (1975) 1975 *BYU L.Rev.* 89.
- GORDON, W.J., «Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors», (1982) 82 *Colum. L. Rev.* 1600.
- GUIBENTIF, P., «Le chameau dans le laboratoire: la théorie des systèmes et l'étude de la communication juridique quotidienne», (2001) 1 *Droit et société*.
- HESSE, C., «The Rise of Intellectual Property, 700 B.C.–A.D. 2000: an Idea in the Balance», (2002) 131 *Daedalus*.

- LANDES, W.M. et R.A. POSNER, «An Economic Analysis of Copyright Law», (1989) 18 *Journal of Legal Studies*.
- LANDES, W.M. et R.A. POSNER, «Indefinitely Renewable Copyright», (2003) 70 *University of Chicago Law Review*.
- LEMLEY, M.A., «Terms of Use», (2006) 91 *Minn. L. Rev.* 459.
- LUHMANN, N., «Law as a Social System», (1988) 83 *Nw. U. L. Rev.* 136.
- LUHMANN, N., «Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System Closed Systems and Open Justice: The Legal Sociology of Niklas Luhmann», (1991) 13 *Cardozo L. Rev.* 1419.
- MOUNTAIN, D., «XML E-Contracts: Documents That Describe Themselves», (2003) 11 *Int'l J.L. & Info. Tech.* 274.
- NOREAU, P., «La norme, le commandement et la loi: le droit comme objet d'analyse interdisciplinaire», (2000) 19 *Politique et sociétés*.
- RADIN, M.J., «Online Standardization and the Integration of Text and Machine. The Robert L. Levine Distinguished Lecture Series», (2001) 70 *Fordham Law Review* 1125.
- ROCHER, G., «Pour une sociologie des ordres juridiques», (1988) 29 *Les Cahiers de droit*.
- THIBIERGE, C., «Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit», 2003 *Revue trimestrielle du droit civil*.

Lois

- Déclaration universelle des droits de l'homme*, 1948, Assemblée générale des Nations Unies, Résolution 217 A (III), en ligne: <<http://www.un.org/fr/documents/udhr/index2.shtml>>, consulté le 20 août 2013.
- Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, c. C-42, en ligne: <<http://canlii.ca/t/68zhm>>, consulté le 4 septembre 2013.