

Université de Montréal

Émergence de normes dans les systèmes économiques et sociaux d'œuvres
numériques protégées par droit d'auteur

par
Olivier Charbonneau

Faculté de Droit

Thèse présentée à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de *LL.D.* en droit

Printemps 2017

© Olivier Charbonneau, 2017

Université de Montréal
Faculté des études supérieures

Cette thèse intitulée :

Émergence de normes dans les systèmes économiques et sociaux d'œuvres
numériques protégées par droit d'auteur

présenté par

Olivier Charbonneau

a été évaluée par un jury composé des personnes suivantes :

Professeur Vincent Gautrais, Université de Montréal
président-rapporteur

Professeur Pierre Trudel, Université de Montréal
directeur de recherche

Professeure Pascale Chapdelaine, Université de Windsor
examinatrice externe

Professeure Marie Demoulin, Université de Montréal
membre du jury

Professeur Nicolas Vermeys, Université de Montréal
membre du jury

Résumé et mots-clés

Pris dans le maelström des révolutions technologiques, de la mondialisation et des revendications de divers groupes sociaux, le droit d'auteur édicte tant bien que mal les dispositions qui règlementent les systèmes économiques et sociaux où transitent les œuvres protégées. Notre thèse a comme objectif principal de repérer les normes qui émergent des pratiques de développement des collections numériques par les bibliothèques. Un but accessoire consiste à théoriser sur la « frontière » qui sépare le recours aux licences et le recours aux exceptions du droit d'auteur, tel que l'utilisation équitable. Nous articulons notre cadre conceptuel et analytique autour de la perspective des utilisateurs d'œuvres numériques protégées par le droit d'auteur.

La première partie de notre thèse traite de notre objet d'étude : l'œuvre numérique protégée par droit d'auteur. Nous employons l'analyse économique du droit pour articuler deux axiomes intrinsèquement liés à la nature de l'œuvre. D'une part, l'œuvre oscille naturellement entre la nature économique d'un droit de propriété, un bien privé, et la conception utilitariste qui se comprend mieux par les biens publics. Nous nommons cette réalité le paradoxe quantique de l'œuvre. De l'autre, l'œuvre change d'un état à l'autre grâce à une multitude d'institutions ou moyens édictés par le droit d'auteur, par exemple : les concessions, les limitations et les exceptions. Si nous ordonnons ces dispositions sur une droite formée par le niveau de risque engendré par chaque utilisation, nous obtenons ce que nous nommons le continuum du consentement, où le risque est inversement proportionnel au consentement du titulaire.

La seconde partie de cette thèse considère les sujets de droit : les agents des systèmes sociaux qui utilisent des œuvres numériques protégées par le droit d'auteur. Nous étoffons notre cadre conceptuel autour des théories sociologiques du droit, afin d'articuler comment les systèmes sociaux peuvent générer des normes. Pour ce faire, nous puisons dans les

nouvelles théories du droit en réseau, de la gestion des risques et de l'internormativité contractuelle. Nous proposons un cadre d'analyse socioéconomique, où se juxtaposent les objets de droit et les sujets de droit. Nous opérationnalisons ce cadre en combinant les éléments de notre modèle dans une matrice œuvres-utilisateurs où chaque cellule constitue un cadre juridique précis.

La troisième et dernière partie de notre thèse concerne le cadre juridique qui émerge d'un système social particulier, celui des bibliothèques universitaires agissant en réseau grâce à des consortiums d'acquisition. Nous employons les développements récents en mécanisation et informatisation des rapports contractuels pour analyser le contenu normatif d'une classe de licences d'accès à des œuvres numériques protégées par droit d'auteur. Les métadonnées représentent le contenu normatif desdites licences et les données d'instances offrent l'occasion d'effectuer des analyses statistiques pour confirmer l'émergence de normes.

Nous concluons que les activités qui mènent à la formation d'ententes d'accès au sein des bibliothèques universitaires au Québec permettent l'émergence de normes dans les systèmes socioéconomiques des œuvres numériques protégées par le droit d'auteur. Par ailleurs, nous confirmons que ces ententes portent sur des utilisations visées par plusieurs régimes juridiques édictant des exceptions aux droits d'auteur. Nous croyons qu'il s'agit d'un exemple où les institutions emploient des moyens économiques et sociaux pour dépasser le simple cadre juridique édicté par le droit d'auteur et qui vise l'établissement d'un ordre basé sur un contrat social lié à la mission des bibliothèques.

Mots-clés :

Marchés d'information numérique ; bibliothèques universitaires ; droit d'auteur ; Canada ; Aspects patrimoniaux (économiques) des œuvres numériques protégées par droit d'auteur ; autopoïèse en droit ; systèmes sociaux ; analyse économique du droit ; droit en réseau ; licences ; sociétés de gestion collective ; bibliothéconomie

Summary and keywords

Caught in the perfect storm formed by technological revolutions, globalization and lobbying by special interest groups, copyright governs the economic and the social systems of protected works. The main objective of this doctoral dissertation is to survey the norms, which emerge from the digital markets and social systems where libraries are present. A secondary goal entails theorizing the « border » between licensing and exceptions to copyright, namely fair dealings. Our conceptual framework is centered on users and uses of protected works.

The first part of our dissertation deals with our object of study: digital copyrighted works. We use Law and Economics (also called economic analysis of law) to articulate two axioms inherent to the economic nature of digital protected works. On the one hand, the economic nature of a digital protected work shifts from a public good to a private good. We call this reality the quantum theory of the digital protected work. On the other hand, a digital work shifts from one state to the other by following a series of means set out in copyright legislature. These include assignments, licenses, limitations, exceptions and violations. Ordering these by the amount of risk generated by social use, we posit that they form a consent continuum, where the risk is inversely proportional to the consent of the rightholder.

The second part of our thesis explores parties to the legal system: social agents using digital copyrighted works. We add to our conceptual framework sociological theories of law in order to determine how social systems may generate their own legal systems. We use new social theories of law, such as network law, risk management and contractual internormativity. We posit a socio-economic analytical framework bound by our objects of study, copyrighted works, and social agents. We form a work-user matrix, whereby homogenous groups of copyrighted works and users are combined in a series of cells defined by their legal framework.

The third and final part deals with the legal framework which emerges from a particular social system, that of academic libraries acting in unison through consortia. We base our analysis on the mechanisation and computerization of private ordering to analyse the normative content of a class of access licences to digital copyrighted works. The licensing metadata represents the normative content and the licence data allows us to observe the emergence of norms.

We conclude that the activities which lead to the private ordering of access rules in academic libraries in Québec allow for the emergence of norms in the economic and social systems of digital copyrighted works. In addition, we confirm that licensing occurs despite the myriad of exceptions to copyright recently enacted by the legislator. We believe that this is a case where institutions practice reflects the social contract of libraries and transcends the direct order established by law.

Keywords:

Markets of digital copyrighted works; academic libraries; copyright; Canada; economic aspects of copyrighted works; autopoiesis; social systems; sociology of law; network law theory; licensing; librarianship

TABLE DES MATIÈRES

Résumé et mots-clés.....	i
Summary and keywords	iii
TABLE DES MATIÈRES.....	v
Listes des figures; tableaux; sigles et abréviations.....	ix
Remerciements	xi
Introduction.....	1
Partie 1 Nature économique du droit d’auteur.....	24
Chapitre 1.1 Paradoxe quantique de l’œuvre	31
Section 1.1.1 L’intérêt du public et la demande d’œuvres.....	34
1.1.1.1 L’accès dans le droit d’auteur numérique.....	37
1.1.1.2 Particularités économiques des biens publics	42
Section 1.1.2 La rhétorique propriétaire et ses limites.....	45
1.1.2.1 La nature juridique du droit de propriété.....	46
1.1.2.2 La conceptualisation propriétaire	48
Section 1.1.3 Les frontières jurisprudentielles du paradoxe quantique	56
1.1.3.1 L’utilisation équitable comme droit des utilisateurs	57
1.1.3.2 La neutralité technologique	62
Section 1.1.4 Représentation du paradoxe quantique	66
Chapitre 1.2 Continuum du consentement.....	68
Section 1.2.1 Concession : cessions et licences.....	70
Section 1.2.2 Limitation	73
1.2.2.1 Cas spécial : licence collective étendue	76
1.2.2.2 Cas spécial : la Commission du droit d’auteur du Canada.....	77
Section 1.2.3 Exception	79
Section 1.2.4 Violation	85

Section 1.2.5	Représentation du continuum du consentement.....	86
	Conclusion de la première partie : l'impasse économique	88
Partie 2	La socialisation de l'œuvre	93
Chapitre 2.1	Conceptualisations sociales du droit.....	99
Section 2.1.1	Institutions et acteurs	101
2.1.1.1	L'institutionnalisation.....	101
2.1.1.2	L'interaction symbolique.....	105
Section 2.1.2	Système social et communication	107
2.1.2.1	Luhmann et la communication dans un système social.....	109
2.1.2.2	Entropie, information, rétroaction	114
2.1.2.3	Le pouvoir communicationnel, vers les réseaux	120
2.1.2.4	La quantification des réseaux.....	126
Chapitre 2.2	Le réseau et le droit.....	131
Section 2.2.1	Internormativité contractuelle	135
Section 2.2.2	Exemples de réglementation par les réseaux	139
2.2.2.1	Aires de partage et gestion des risques des données personnelles	140
2.2.2.2	Communauté de brevets.....	143
	Conclusion de la deuxième partie: cadre d'analyse socioéconomique	147
Partie 3	L'empire des institutions sur le droit d'auteur	158
Chapitre 3.1	Mise à disposition en bibliothèque universitaire	163
Section 3.1.1	Mutations dans la diffusion savante	168
3.1.1.1	Le patrimoine informationnel commun.....	173
3.1.1.2	La nouvelle école économique du numérique.....	179
Section 3.1.2	Bâtir le patrimoine informationnel commun.....	187
3.1.2.1	Les <i>big deals</i> et l'offre en bouquet	189
3.1.2.2	La réponse des bibliothèques.....	192

3.1.2.3	Illustration du contexte numérique par les dépenses des bibliothèques universitaires au Québec.....	194
Chapitre 3.2	Mécanisation et informatisation des licences	199
Section 3.2.1	Gestion informatisée des données des licences.....	202
3.2.1.1	Représentation des termes des licences.....	203
3.2.1.2	Les métadonnées contractuelles existantes.....	206
3.2.1.2.1	Questions à caractère public	211
3.2.1.2.2	Questions uniquement pour les employés de la bibliothèque.....	213
Section 3.2.2	Analyse empirique des clauses contractuelles.....	216
3.2.2.1	Validité interne des données	220
3.2.2.2	Validité externe.....	222
3.2.2.3	Permutations et dénombrements.....	224
3.2.2.4	Récapitulatif des résultats	230
	Conclusion de la partie troisième partie : impacts normatifs des bibliothèques.....	235
	Conclusion générale : bibliothéconomie et numérimorphose	246
	Bibliographie	254
	Monographies	254
	Thèses et mémoires.....	266
	Monographies éditées	266
	Chapitres de monographies.....	267
	Articles de revues	269
	Rapports et documents gouvernementaux.....	278
	Législation	280
	Jugements	281
	Annexe 1 : Lettre de demande d'accès à des documents	282
	Annexe 2 : Liste des responsables de l'accès au sein des établissements d'enseignement supérieur au Québec.....	285

Annexe 3 : Sommaire de la procédure de communication avec les entités universitaires du Québec	289
Annexe 4 : Protocole de réception des documents demandés.....	291
Annexe 5 : Manipulation de données reçues	292

Listes des figures; tableaux; sigles et abréviations

Liste des figures

FIGURE 1 : CONTINUUM DU CONSENTEMENT DU POINT DE VUE DU TITULAIRE PAR RISQUE CROISSANT DE MÉCANISME NORMATIF D'UNE UTILISATION	87
FIGURE 2 : DÉPENSES EN RESSOURCES DOCUMENTAIRES ET ÉLECTRONIQUES DES BIBLIOTHÈQUES UNIVERSITAIRES QUÉBÉCOISES (SOURCE : CRÉPUQ [BCI])	196
FIGURE 3 : SAISIE D'ÉCRAN D'UNE FICHE DE MÉTADONNÉES DES TERMES D'UNE LICENCE DIFFUSÉE PAR INTERNET POUR L'UNIVERSITÉ LAVAL (15 AVRIL 2016)	208
FIGURE 4 : SAISIE D'ÉCRAN DE L'ADDENDA INTERNE DE LA LICENCE DE L'UNIVERSITÉ LAVAL.....	208

Liste des tableaux

TABLEAU 1 : PARADOXE QUANTIQUE DE LA NATURE ÉCONOMIQUE DE L'ŒUVRE PROTÉGÉE PAR LE DROIT D'AUTEUR	66
TABLEAU 2 : DÉNOMBREMENT DES LICENCES NÉGOCIÉES PAR CONSORTIUM PAR INSTITUTION EN ORDRE ALPHABÉTIQUE.....	221
TABLEAU 3 : DÉNOMBREMENT DES COMBINAISONS DISTINCTES POUR TOUTES LES LICENCES NÉGOCIÉES EN CONSORTIUM.....	228
TABLEAU 4 : DÉNOMBREMENT DES COMBINAISONS DISTINCTES DE LICENCES N'AYANT PAS ÉTÉ NÉGOCIÉES EN CONSORTIUM ET AYANT AU MOINS 4 INSTANCES	229
TABLEAU 5 : TABLEAU RÉCAPITULATIF DES STATISTIQUES CONCERNANT LES COMBINAISONS DE CONDITIONS DES LICENCES	232

Liste des sigles et abréviations

N/A

À Tania

Remerciements

Avant tout, je tiens à chaudement remercier mes collègues à la bibliothèque de l'Université Concordia qui ont su m'épauler tout au long de mes recherches.

Je remercie grandement Marjolaine Poirier pour sa précieuse relecture et ses commentaires.

Également, j'ai une dette envers les bénévoles de la station de radio étudiante *CISM 89.3FM* qui m'ont proposé une programmation musicale pour accompagner la rédaction et la correction de cette thèse.

De plus, je tiens à remercier mes collègues qui m'ont invité à appliquer mes théories dans leur milieu professionnel.

Introduction

[1] Du point de vue des utilisateurs d'œuvres protégées, le droit d'auteur¹ interdit ce que la technologie permet. Les technologies de l'information et de la communication ainsi qu'Internet permettent une appropriation et une diffusion à grande échelle, bouleversant les industries et les pratiques sociales. Internet n'est pas simplement un nouveau moyen de reproduction et d'exécution en public, il s'agit d'un nouvel environnement qui impose un changement de paradigme². Nous entamons une réflexion de fond sur le droit d'auteur, sur ses conceptualisations économiques, sociales et sur les manifestations réglementaires qui organisent les interactions entre les œuvres numériques protégées par droit d'auteur et les agents sociaux, leurs marchés et leurs institutions. Notre objectif global consiste à observer l'émergence de normes dans les systèmes économiques et sociaux d'œuvres numériques protégées par le droit d'auteur, surtout en ce qui concerne les bibliothèques.

[2] Dans cette partie introductive, nous présentons les mutations qui ont façonné le droit d'auteur, c'est-à-dire la technologie, la mondialisation et les revendications sociales. Ensuite, nous définissons notre champ d'étude aux domaines du numérique et des bibliothèques. Nous offrons donc un survol de ces concepts. Puis, nous articulons les objectifs de

¹ *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, c. C-42 <http://canlii.ca/t/68zhm> . Les droits réservés aux titulaires

² THOMAS S. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1972

² THOMAS S. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1972

recherche et la structure de notre thèse. Enfin, nous posons quelques justifications épistémologiques et méthodologiques. Nous poursuivons donc par des propos introductifs reliés au droit d'auteur.

[3] Si la norme est l'élément central de l'analyse juridique, l'étude de son histoire révèle une multiplicité de conceptualisations possibles³. À juste titre, le droit d'auteur a suivi une trajectoire sinueuse à travers son histoire. Le droit d'auteur prend racine dans les systèmes des « privilèges » octroyés sous l'autorité de la Couronne, comme ce fut le cas en *Grande-Bretagne*⁴ et en *France*⁵. Ensuite, la première loi édictée au monde fut le *Statute of Ann* en 1710, en réponse aux revendications des éditeurs.⁶ Pour ce qui est du *Canada*, Bannerman⁷ et MacLaren⁸ constatent que le droit d'auteur est l'occasion pour le jeune *Dominion* d'affirmer sa souveraineté naissante⁹ face aux tensions commerciales du domaine de l'édition entre la *Grande-Bretagne* et les *États-Unis*. En

³ KARIM BENYEKHLIF, *Une possible histoire de la norme : Les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Éditions Thémis, 2008

⁴ MARK ROSE, *Authors and owners : the invention of copyright*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1993

⁵ ELIZABETH ARMSTRONG, *Before copyright : the French book-privilege system, 1498-1526*, Cambridge England ; New York, Cambridge University Press, 1990

⁶ RONAN DEAZLEY, *On the origin of the right to copy*, Hart Publishing, 2004 ; RONAN DEAZLEY, MARTIN KRETSCHMER et LIONEL BENTLY, *Privilege and property : essays on the history of copyright*, Cambridge, U.K., OpenBook, 2010 ; aussi, le *Houston Law Review* propose un numéro spécial sur le *Statute of Ann*, voir : vol. 47, no. 4 (2010)

⁷ SARA BANNERMAN, *The struggle for Canadian copyright : imperialism to internationalism, 1842-1971*, Vancouver; Toronto, UBC Press, 2013

⁸ E. MACLAREN, *Dominion and agency : copyright and the structuring of the Canadian book trade, 1867-1918*, Toronto :, University of Toronto Press, 2011

⁹ MEERA NAIR, «The Copyright Act of 1889: A Canadian Declaration of Independence», (2009) 90 *The Canadian Historical Review* 1

parallèle, les auteurs ont revendiqué, au 19^e siècle¹⁰, une reconnaissance de leurs droits, et ce, sur la scène internationale. Ces revendications ont éventuellement mené à la mise en œuvre de la *Convention de Berne*¹¹.

[4] Ainsi, le droit d'auteur est né de la volonté propre du souverain et a poursuivi son évolution vers une norme positive. Il est ensuite aspiré par le tourbillon de la mondialisation¹² et des revendications des auteurs. Il semble donc que le droit d'auteur revêt, selon les pays¹³, les caractéristiques du droit naturel¹⁴, positif¹⁵ ou pluraliste¹⁶. En effet, plusieurs distinguent le *copyright* du droit d'auteur, pour rendre explicite ces nuances inhérentes à son riche bagage sémantique et historique. Nous considérons, comme Strowel¹⁷, que les développements internationaux des dernières décennies rapprochent les deux systèmes de droits suffisamment pour confondre leur spécificité. C'est pourquoi

¹⁰ JAN BERENBOOM ALAIN BAETENS, *Le combat du droit d'auteur : anthologie historique, suivie d'un entretien avec Alain Berenboom*, Paris, Les Impressions nouvelles, 2001

¹¹ ALFREDO ILARDI, *La propriété intellectuelle: principes et dimension internationale*, coll. «Collection L'esprit économique», Dunkerque; Paris, Innoval; L'Harmattan, 2005

¹² GUY ROCHER, «Hégémonie, fragmentation et mondialisation de la culture», (2000) 11 *Horizons philosophiques* 125

¹³ PIERRE-EMMANUEL MOYSE, «La Nature du droit D'auteur: Droit de Propriete ou Monopole», (1997) 43 *McGill, L. J.* 507 ; MARIE CORNU, ISABELLE DE LAMBERTERIE, PIERRE SIRINELLI et CATHERINE WALLAERT (dir.), *Dictionnaire comparé du droit d'auteur et du copyright*, Paris, CNRS Éditions, 2003

¹⁴ JOEL FEINBERG et HYMAN GROSS, *Philosophy of law*, 5th, Belmont, Calif., Wadsworth Pub. Co., 1995, p.7

¹⁵ HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART, *The concept of law*, 2nd ed., Oxford ; New York, N.Y., Oxford university press, 1997 ; RONALD DWORKIN, «Le Positivism», (1985) 1 *Droit et Société* 35

¹⁶ JEAN-GUY BELLEY, «Le pluralisme juridique comme orthodoxie de la science du droit», (2011) 26 *Canadian Journal of Law and Society / La Revue Canadienne Droit et Société* 257 ; FRANÇOISE MICHAUT, «Le rôle créateur du juge selon l'école de la « Sociological Jurisprudence » et le mouvement réaliste américain», (1987) 2 *Revue Internationale de Droit Comparé* 343

¹⁷ ALAIN STROWEL, *Droit d'auteur et copyright : divergences et convergences, étude en droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1993

nous employons l'expression droit d'auteur dans un sens générique et mondialisé¹⁸.

[5] Sur un autre ordre d'idées, les changements technologiques, dont l'émergence des technologies numériques¹⁹, ont sans contredit un impact sur le droit d'auteur²⁰. Les développements technologiques successifs imposent au droit d'auteur un « délai » et de « l'incertitude » qui engendrent un coût social²¹ :

« Legal delay is caused by the dynamic and unpredictable nature of technological innovation. Delay is further amplified in a fast-changing technological environment because (1) uncertainty postpones the timing of lawmaking and (2) copyright law requires open-ended standards rather than specific rules. As a result, the legal adaptation of copyright law necessarily lags behind technological change. Legal uncertainty results because the general social and economic ramifications are typically unknown when a new technology is introduced. As these ramifications become clear, the process of legal

¹⁸ PAUL GOLDSTEIN, *International copyright principles, law, and practice*, Oxford ; New York, Oxford University Press, 2001 ; PAUL GOLDSTEIN, *International intellectual property law: cases and materials*, coll. «University casebook series», New York, N.Y., Foundation Press, 2001 ; CHRISTEL MAHNKE, «WSIS, IFLA, UNESCO and GATS: networking for libraries on an international level», (2006) 24 *Library Hi Tech* 540

¹⁹HERVÉ FISCHER, *La planète hyper : de la pensée linéaire à la pensée en arabesque : essai*, Montréal, VLB, 2004 ; HERVÉ FISCHER, *Le choc du numérique : essai*, Montréal, VLB, 2001 ; DARIN BARNEY, *Communication Technology: The Canadian Democratic Audit*, Vancouver, UBC Press, 2005 ; DARIN BARNEY, *One Nation Under Google: Citizenship in the Technological Republic*, Toronto, Hart House Lecture Committee, 2007 ; MICHEL CARTIER, *Le nouveau monde des infrastructures*, Saint-Laurent, Québec, Fides, 1997 ; NICHOLAS NEGROPONTE, *Being Digital*, New York, Vintage Books, 1995 ; NEAL STEPHENSON, *In the beginning ...was the command line*, New York, Avon Books, 1999 ; TIM JORDAN, *Hacking : digital media and technological determinism*, Cambridge, UK, Polity, 2008 ; STEVEN LEVY, *Hackers : heroes of the computer revolution*, New York, N.Y., Penguin Books, 1994 . Pour une critique de la technologie, voir, entre autres : EVGENY MOROZOV, *The net delusion : the dark side of Internet freedom*, New York, NY, PublicAffairs, 2011 ; EVGENY MOROZOV, *To save everything, click here : technology, solutionism, and the urge to fix problems that don't exist*, London, Allen Lane, 2013 ; HUBERT L DREYFUS, *On the Internet*, New York, Routledge, 2009

²⁰ PAUL GOLDSTEIN, *Copyright's Highway : The law and lore of copyright from Gutenberg to the Celestial Jukebox*, New York, Hill and Wang, 1994 ; JAMES BOYLE, *Shamans, software, and spleens : law and the construction of the information society*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1996

²¹ Plusieurs auteurs traitent de cette thématique, notons uniquement les suivants : JONATHAN ZITTRAIN, *The future of the Internet and how to stop it*, New Haven Conn. ; London, Yale University Press, 2008 ; DAVID L. JOHNSTON, SUNNY HANDA et CHARLES MORGAN, *Cyberlaw : what you need to know about doing business online*, Toronto, Canada, Stoddart, 1997 ; JONATHAN ROSENBERG, *Cyberlaw : the law of the Internet*, New York, Springer, 1997

impact sur le droit d'auteur. Celui-ci épouse toutes les complexités d'une norme dynamique, multiforme³⁰ et contestée.

[8] Parmi toutes les pistes possibles à analyser, nous désirons effectuer un certain nombre de choix afin de délimiter notre terrain d'étude. Dans un premier temps, nous employons l'expression « droit d'auteur » pour désigner un sous-ensemble de la réalité normative. Par exemple, nous évitons entièrement la question du droit moral³¹. Nous traitons uniquement des aspects patrimoniaux³² du droit d'auteur, en particulier du droit de reproduction et de mise à disposition, des mécanismes de consentement³³ ainsi que les exceptions³⁴. Également, nous ne traiterons pas de la création artistique et de l'industrie³⁵ à proprement parler. Notre analyse vise principalement l'utilisation d'œuvres, c'est-à-dire l'activité économique et sociale qui se trouve à l'aval de la chaîne de diffusion et de la production desdites œuvres. Ce sous-ensemble de normes englobe, selon nous, les enjeux réels dont nous avons besoin dans le contexte de notre étude.

[9] De plus, nous orientons notre champ d'intervention vers les questions numériques et, précisément, les œuvres numériques protégées par droit

³⁰ CÉLINE CASTETS-RENARD, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, Paris, Harmattan, 2003

³¹ *Loi sur le droit d'auteur*, préc., note 1, art. 14.2

³² *Id.*, art. 3

³³ *Id.*, art. 13

³⁴ *Id.*, art. 29 à 32.2

³⁵ OLIVIER BOMSEL (dir.), *Protocoles éditoriaux : qu'est-ce que publier ?*, coll. «Recherches», Paris, Armand Colin, 2013 ; MARIN DACOS et PIERRE MOUNIER, *L'édition électronique*, 549, coll. «Collection Repères. Culture, communication», Paris, Découverte, 2010 ; ANDRÉ SCHIFFRIN, *L'Édition sans éditeurs*, Paris, La Fabrique, 1999

d'auteur. Lorsque, dans cette thèse, nous avons recours à l'expression « œuvre » ou « œuvre protégée, » il s'agit d'une formule abrégée qui fait toujours référence au numérique. La conséquence fondamentale de ce choix consiste à retirer de notre objet d'étude les artéfacts et les œuvres dont la reproduction mécanisée³⁶ impose un support physique. Également, nous évoquons parfois le terme plus générique de « document » ou « document numérique » afin d'alléger notre texte. Plusieurs chercheurs³⁷ théorisent le concept de document en tant qu'objet d'étude. Pour notre part, nous retenons uniquement la classe qui englobe tous les documents se qualifiant comme œuvres numériques protégées par le droit d'auteur. Nous considérons que les rapprochements imposés par ces formules sont évidents puisque, au sens commun de ces termes, toute œuvre protégée est un document. Toutefois, nous admettons que la théorisation des concepts d'œuvres protégées au sens juridique et de documents au sens des sciences de l'information³⁸ reste à faire. Ceci dit, nous évitons le détour épistémologique qu'un simple choix stylistique ne saurait imposer. Nous espérons que cette thèse amène matière à réflexion afin que d'autres puissent prendre le relais sur cette question.

³⁶ WALTER BENJAMIN, *L'œuvre d'art à l'époque de sa reproduction mécanisée*, Gallimard, 1991

³⁷ JEAN-MICHEL SALAÜN, *Vu, lu, su : les architectes de l'information face à l'oligopole du web*, Paris, Découverte, 2012 ; ROGER D PÉDAUQUE, *Le Document à la lumière du numérique : forme, texte, médium : comprendre le rôle du document numérique dans l'émergence d'une nouvelle modernité*, C&F éditions, 2006

³⁸ JEAN-MICHEL SALAÜN et CLÉMENT ARSENAULT, *Introduction aux sciences de l'information*, Presses de l'Université de Montréal, 2009

[10] De plus, nous limitons notre champ d'étude aux bibliothèques et ce, pour diverses raisons. Dans un premier temps, les bibliothèques exercent un rôle institutionnel depuis le troisième millénaire avant notre ère³⁹. Les bibliothèques ont épaulé notre civilisation dans son long parcours vers l'émancipation et la modernité⁴⁰. Ainsi, l'ancienneté⁴¹ de ces institutions se manifeste par diverses mesures législatives. Par exemple, le législateur fédéral⁴² et provincial⁴³ ont tous deux édicté des dispositions législatives pour le dépôt légal⁴⁴ des œuvres publiées sur leur territoire. Cet exemple illustre comment la bibliothéconomie moderne⁴⁵, dont le dépôt légal⁴⁶ constitue la pierre angulaire du contrôle bibliographique national, découle d'un désir d'opérationnaliser un accès

³⁹ ANDRÉ MASSON et DENIS PALLIER, *Les bibliothèques*, 6 éd., coll. «Que sais-je ?», Paris, Presses universitaires de France, 1986, p. 7 voir aussi FRÉDÉRIC BARBIER, *Histoire des bibliothèques : d'Alexandrie aux bibliothèques virtuelles*, Paris, Armand Colin, 2013

⁴⁰ MICHAEL H HARRIS, *History of libraries in the western world*, 4th ed, Metuchen, N.J. :, Scarecrow Press, 1995 ; LUCIEN X POLASTRON, *Books on fire : the destruction of libraries throughout history*, 1st U.S. ed, Rochester, VT :, Inner Traditions, 2007 ; ROBERT DARNTON, *The case for books : past, present, and future*, New York, NY, PublicAffairs, 2009

⁴¹ GABRIEL NAUDÉ, *Advis pour dresser une bibliothèque*, Leipzig, VEB Édition, 1627 [1963]

⁴² *Loi sur la bibliothèque et les archives du Canada*, LC 2004, c. 11, art. 10. Il est intéressant de noter que, selon cet article, « l'éditeur d'une publication au Canada est tenu d'en remettre à ses frais deux exemplaires à l'administrateur général » de l'institution publique fédérale et que ces copies « appartiennent à Sa Majesté et font partie du fonds de Bibliothèque et Archives du Canada. »

⁴³ *Loi sur la Bibliothèque et Archives nationales du Québec*, RLRQ c. B-1.2, chapitre II.1

⁴⁴ NATIONAL LIBRARY OF CANADA, *Legal deposit : preserving Canada's published heritage = Le dépôt légal : pour conserver les publications du patrimoine canadien*, 2nd ed, Ottawa :, National Library of Canada = Bibliothèque nationale du Canada, 1998 ; JAN T. JASION, *The international guide to legal deposit*, Aldershot, Hants, England ; Brookfield, Vt., USA :, Ashgate, 1991 ; JULES LARIVIÈRE, *Guidelines for Legal Deposit Legislation*, IFLA, 2000

⁴⁵ PAUL OTLET, *Traité de documentation : le livre sur le livre*, Bruxelles, Éditeurs-Imprimeurs D. van Keerberghen, 1934

⁴⁶ *Id.*, p. 407-9. Paul Otlet fut l'un des premiers à établir les bases d'un système international de bibliothèques, dont le but est de « Mettre à l'abri, à l'endroit tenu comme le plus protégé du monde contre les guerres et les révolutions, un prototype de tous les ouvrages paraissant dans le monde. Par cet exemplaire de réserve, assurer les livres contre les autres dangers de destruction qui les menacent. Rendre aussi possible leur accès en tout temps, quelles que puissent être les prohibitions qui les frapperaient dans leur pays d'origine ou de dépôt. » p. 408.

à la connaissance au profit de tous. Finalement, les bibliothèques ont aussi joué un rôle de premier ordre dans la lecture publique⁴⁷ et dans l'histoire intellectuelle⁴⁸ du Québec.

[11] Le droit d'auteur figure d'ailleurs comme un sujet à considérer dès les débuts⁴⁹ de la bibliothéconomie moderne. Les bibliothèques sont des parties prenantes des mutations de l'industrie de l'information, de la culture et du savoir et en subissent les contrecoups. Déjà en 1971, l'*Economic Council of Canada* notait :

*«What is happening in practice is that an increasingly unreasonable burden is being thrown on the consciences and amateur legal expertise of such people as librarians and copying-machine operators, the vast majority of whom doubtless have no great penchant for the role of law-breaker, even in the most technical or accessory sense. »*⁵⁰

[12] Il existe une multitude de guides et manuels⁵¹ pour expliquer le droit d'auteur aux professionnels des bibliothèques, puisqu'ils répondent à des impératifs institutionnels qui leur sont propres⁵². Il est clair que les

⁴⁷ MARCEL LAJEUNESSE, *Lecture publique et culture au Québec XIXe et XXe siècles*, Sainte-Foy Que.], Presses de l'Université du Québec, 2004

⁴⁸ AEGIDIUS FAUTEUX, «Les bibliothèques canadiennes. Étude historique», (1916) *Revue Canadienne* 97 ; ANTONIO DROLET, *Les bibliothèques canadiennes, 1604-1960*, Montréal, Cercle du livre de France, 1965

⁴⁹ P. OTLET, préc., note 46, p. 360-1

⁵⁰ *Report on intellectual and industrial property*, Ottawa, Economic Council of Canada, 1971 p. 133

⁵¹ Pour n'en citer quelques uns : JULES LARIVIÈRE, *Droit d'auteur et bibliothèques en un clin d'oeil*, Montréal, Éditions Asted, 1999 ; PETER B. HIRTLE, EMILY HUDSON et ANDREW T. KENYON, *Copyright & Cultural Institutions : Guidelines for Digitization for U.S. Libraries, Archives, & Museums*, Ithaca (New York), Cornell University Library, 2009 ; EMMANUEL PIERRAT, *Le droit du livre*, 2^e éd revue et augm, Paris, Éditions du Cercle de la Librairie, 2005 ; GRAHAM P. CORNISH, *Copyright: interpreting the law for libraries, archives and information services*, 5^e éd., London, Facet Publishing, 2009 ; LIONEL MAUREL, *Bibliothèques numériques : le défi du droit d'auteur*, Villeurbanne, Presses de l'Enssib, 2008 ; YVES ALIX, *Droit d'auteur et bibliothèques*, Paris, Éditions du Cercle de la Librairie, 2012

⁵² *Bibliothécaire : passeur de savoirs*, Montréal, Carte Blanche, Corporation des bibliothécaires professionnels du Québec, 2009 ; GEORGE S. BOBINSKI, *Libraries and librarianship : sixty years of challenge and change, 1945-2005*, Lanham, MD, Scarecrow Press, 2007 ; ELIZABETH A. BUCHANAN et KATHRINE HENDERSON, *Case studies in library and information science ethics*, Jefferson, N.C., McFarland & Co., 2009

bibliothèques remplissent un mandat social⁵³ qui dépasse le simple cadre de leur existence.

[13] De plus, au Québec comme ailleurs, le sujet du droit d'auteur est régulièrement discuté par des intervenants dans les revues scientifiques⁵⁴ ou professionnelles⁵⁵ du milieu documentaire. En plus des introductions et analyses de cas en particulier, les auteurs de ces textes témoignent de l'importance du droit d'auteur et surtout, des modalités de son application dans un contexte où les marchés d'œuvres

; WANDA V. DOLE, JITKA M. HURYCH et WALLACE C. KOEHLER, «Values for librarians in the information age: an expanded examination», (2000) 21 *Library Management* 285 ; MICHAEL GORMAN, *Our enduring values : librarianship in the 21st century*, Chicago, American Library Association, 2000 ; JAMES LARUE, *The new inquisition : understanding and managing intellectual freedom challenges*, Westport, Conn., Libraries Unlimited, 2007 ; BARBARA M. JONES, *Protecting intellectual freedom in your academic library : scenarios from the front lines*, Chicago, American Library Association, 2009 ; MARK D. WINSTON et SUSAN QUINN, «Library leadership in times of crisis and change», (2005) 106 *New Library World* 395

⁵³ TONI SAMEK, *Librarianship and human rights : a twenty-first century guide*, Oxford, England, Chandos, 2007

⁵⁴ DENIS BOISVERT et MICHEL GENDRON, «Le respect de la "Loi sur le droit d'auteur" à partir de la plateforme de gestion de cours Claroline à l'UQAR : enjeux, aspects juridiques et modalités d'application», (2007) 53 *Documentation et bibliothèques* 199 ; ADRIEN GIGUÈRE, «Le droit d'auteur : de l'imprimerie à l'autoroute de l'information», (1997) 43 *Documentation et bibliothèques* 31 ; YVETTE HENRY-ROUSSEAU, FETHY KMILI et SYLVIE COURNOYER, «Téléchargement et création de bases de données locales : communication, conversion et droit d'auteur», (1986) 32 *Documentation et bibliothèques* 117 ; JULES LARIVIÈRE, «Le droit d'auteur au Canada et le monde de la documentation», (1986) 32 *Documentation et bibliothèques* 67 ; JULES LARIVIÈRE, «Les exceptions applicables aux bibliothèques et aux centres de documentation en matière de droit d'auteur», (1989) 35 *Documentation et bibliothèques* 135 ; JULES LARIVIÈRE, «Les nouvelles technologies de l'information documentaire et le droit d'auteur», (1996) 42 *Documentation et bibliothèques* 111 ; JULES LARIVIÈRE, «Les services de photocopie dans les bibliothèques : la Cour suprême du Canada se prononce», (2005) 51 *Documentation et bibliothèques* 165 ; JULES LARIVIÈRE, «Problèmes de droit d'auteur dans les bibliothèques [au Canada]», (1987) 33 *Documentation et bibliothèques* 79 ; ALINE MONCEY, «Les enjeux des bibliothèques musicales à l'ère des pratiques culturelles numériques», (2007) 53 *Documentation et bibliothèques* 143

⁵⁵ ALEX GUINDON, «Extension du domaine de la lutte», (2003) 32 *Argus* 5 ; ANTHONY HÉMOND, «L'ACTA, une menace pour le Canada?», (2010) 39 *Argus* 5 ; PIERRE LASOU, «Éditeurs scientifiques : incursion dans l'offre de livres électroniques», (2008-2009) 37 *Argus* 16 ; PATRICK LOZEAU, «Le livre numérique verrouillé», (2010) 39 *Argus* 5 ; HÉLÈNE MESSIER, «La reproduction d'œuvres protégées, Copibec et les bibliothèques publiques deviendront partenaires», (1998) 27 *Argus* 23 ; BENOIT MIGNEAULT, «Démêlons le panier de crabes des documents audiovisuels», (2007) 36 *Argus* 28

protégées sont en constante évolution. Les bibliothèques sont à l'affût de tous ces changements.

[14] Quant au droit positif, la *Loi sur le droit d'auteur du Canada* édicte une articulation des missions des bibliothèques dans l'article où figurent les définitions :

« bibliothèque, musée ou service d'archives » S'entend :

a) d'un établissement doté ou non de la personnalité morale qui :

(i) d'une part, n'est pas constitué ou administré pour réaliser des profits, ni ne fait partie d'un organisme constitué ou administré pour réaliser des profits, ni n'est administré ou contrôlé directement ou indirectement par un tel organisme,

(ii) d'autre part, rassemble et gère des collections de documents ou d'objets qui sont accessibles au public ou aux chercheurs;

b) de tout autre établissement à but non lucratif visé par règlement. »⁵⁶

[15] Il est fort intéressant de constater la nature ouverte de cette définition. Il semble que le législateur invite tout-un-chacun à se qualifier comme service de bibliothèque, musée ou archive sans aucune autre formalité que certaines contraintes administratives et institutionnelles. Ainsi, dès lors qu'une entité dont la vocation n'est pas vouée aux profits collectionne des documents et les rend accessibles, il convient de parler de bibliothèque. À noter que la définition édictée par le législateur se conforme à une certaine articulation du concept de « bibliothéconomie » ou science des bibliothèques, en sciences de l'information :

⁵⁶ *Loi sur le droit d'auteur*, préc., note 1, art. 2

« le terme de bibliothéconomie a si peu d'existence positive qu'on n'en propose ni l'histoire ni les fondements théoriques dans les enseignements professionnels ; il apparaît tantôt dans ces enseignements comme un ensemble de pratiques ne pouvant être rattachées à des sciences définies telles l'histoire, l'informatique, la sociologie ou la linguistique, tantôt pour les professionnels comme un agglomérat de toutes les techniques et procédures ne relevant pas strictement de la gestion et du traitement des documents. »⁵⁷

[16] Justement, Calenge propose, comme la définition édictée par le législateur, que la bibliothéconomie moderne met en relation deux acteurs fondamentaux : la collectivité et la collection.

« La collectivité représente à la fois l'ensemble des publics immédiatement susceptibles de bénéficier de la bibliothèque, et l'entité qui anime ces citoyens, les oriente, a une réalité historique et institutionnelle ; c'est dans sa forme la plus unique l'instance qui oriente et dirige la bibliothèque, dans sa forme la plus fragmentée les usagers réels ou potentiels de celle-ci. En outre, cette collectivité n'est jamais isolée, mais appartient à un ou des ensembles plus vastes qui la contraignent et l'animent, et que l'on peut dénommer communautés (la collectivité communale renvoie à la communauté nationale, la collectivité universitaire renvoie à la communauté nationale et à la communauté des chercheurs, etc.).

La collection représente la part du savoir collectée par la bibliothèque pour le bien de la collectivité, donc pour l'appropriation de ce savoir par les individus intéressant cette collectivité. Cette collection existe à un double niveau : c'est un certain regard orienté sur un savoir extérieur, une façon d'appréhender ce savoir proposée aux individus, et un « miroir du savoir » dans lequel se reconnaissent la collectivité et à travers elle la communauté ; c'est aussi un processus actif qui encourage l'ensemble des individus à s'approprier cette forme de savoir et par là même à s'intégrer à la collectivité et à la communauté. La collection en tant qu'ensemble d'informations ne peut se concevoir sans son volet éminemment actif que sont les services mis en œuvre pour l'animer auprès des publics. »⁵⁸

[17] La dialectique entre la collection et la communauté constitue les bases que nous étudions tout au long de cette thèse.

⁵⁷ BERTRAND CALENGE, «Peut-on définir la bibliothéconomie ?», (1998) 43 *Bulletin des bibliothèques de France* 8, p. 10

⁵⁸ *Id.*, p. 10

[18] **Notre question générale de recherche s’articule autour du rôle ou de l’intervention des bibliothèques au sein du cadre socioéconomique édicté par le droit d’auteur.** En effet, il semble que le champ d’intervention et le rôle des bibliothèques a suivi une trajectoire parallèle, voire asymptotique, avec celle des technologies puis, de toute évidence, du droit d’auteur. Sans nécessairement vouloir approfondir ce constat dans cette thèse, il nous sert comme point de départ. Diverses innovations, dont l’imprimerie puis les technologies numériques, ont mené à la généralisation de la lecture publique et l’appropriation citoyenne des moyens de diffusion et de création de notre culture, de l’information et de notre savoir commun.

[19] Dans cette étude, nous ne proposons ni une définition des concepts de document, d’information, de savoir, de société de l’information, cyberspace ou d’autres termes analogues, ni tentons un rapprochement entre ces concepts et celui du droit d’auteur. A priori, il est évident que l’objet de notre étude, les œuvres numériques protégées par le droit d’auteur, chevauche ces concepts. L’étude de ces concepts est fondamentale pour les sciences de l’information, mais l’intérêt pour l’étude de l’aspect juridique est moindre. Nous espérons que nos travaux amènent de nouveaux éléments de réflexion quant à l’articulation de la mission des institutions patrimoniales au sens juridique et dans la littérature des sciences de l’information, surtout pour ce qui est de

l'environnement numérique. Nous évitons cependant d'attaquer cette question directement puisque le cadre juridique nous offre suffisamment de détails pour circonscrire notre sujet d'étude. Ainsi, nous anticipons que l'étude des bibliothèques et du droit d'auteur, façonnées par les mêmes intempéries, permettra d'observer l'impact structurant que l'une a sur l'autre.

[20] Pour tout dire, **nous délimitons donc notre analyse à l'utilisation d'œuvres numériques protégées par le droit d'auteur, dans le contexte des bibliothèques, afin de démontrer l'émergence de normes dans ces systèmes économiques et sociaux.** L'objectif de notre étude consiste donc à analyser les nouvelles pratiques d'une classe précise d'agents sociaux, les bibliothèques universitaires au Québec, où les technologies numériques sont maintenant omniprésentes, afin de cerner les mécanismes précis stipulés par le droit d'auteur, par lesquelles ces institutions façonnent les marchés économiques et les usages sociaux dans l'élaboration de leurs collections d'œuvres numériques protégées par le droit d'auteur. Le contexte de l'étude découle de réformes récentes⁵⁹ de la *Loi sur le droit d'auteur* où, d'un côté certaines exceptions comme l'*utilisation équitable* ont été élargies et, de l'autre, le législateur a édicté de nouveaux droits au profit des titulaires, comme celui de *mise à disposition*. Notre étude

⁵⁹ DARA LITHWICK et MAXIME-OLIVIER THIBODEAU, *Résumé législatif du projet de loi C-11 : Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, 2012
<http://www.parl.gc.ca/Content/LOP/LegislativeSummaries/41/1/c11-f.pdf> (2013-09-04)

retient le point de vue de l'utilisateur et vise à déterminer quels *droits d'accès* sont stipulés par les licences numériques négociées par les bibliothèques universitaires canadiennes au profit des titulaires de droits d'auteurs. L'ambition de notre travail est d'insuffler un sens renouvelé au concept de *bibliothéconomie*, à la lumière des développements de l'économie et des pratiques sociales amenés par le numérique. Nous espérons aussi identifier des paramètres nouveaux pour l'articulation du contrat social des bibliothèques dans l'ère numérique et par le fait même, esquisser les bases d'une nouvelle structuration de l'offre commerciale.

[21] **Nous posons que les contrats d'accès à un corpus d'œuvres numériques négociés par des réseaux de bibliothèques (variable indépendante) mèneraient à l'émergence de nouvelles règles juridiques, que nous nommons droits d'accès, ayant trait à l'utilisation d'œuvres numériques protégées par le droit d'auteur (variable dépendante).** Ce modèle propose que le droit d'auteur édicte un cadre juridique qui règlemente les marchés économiques ainsi que l'interaction entre une pluralité d'agents dans un système social. Nous positionnons le droit d'auteur comme l'élément structurant d'un environnement informationnel de plus en plus complexe. Le cadre juridique du droit d'auteur est l'environnement dans lequel des mécanismes d'ordre privé, les licences, sous-tendent l'accès à une

œuvre numérique protégée par le droit d'auteur. Conceptuellement, un sujet de droit (utilisateur) accède (cadre juridique d'ordre privé édicté par le droit d'auteur) à un objet de droit (œuvre protégée par le droit d'auteur).

[22] Par ailleurs, nous réservons un rôle exigü aux exceptions au droit d'auteur dans notre modèle. **Un objectif secondaire consiste à explorer l'existence de licences dans un environnement où les exceptions sont nombreuses, celui de l'enseignant supérieur.** Nous tenons à illustrer que, malgré toutes ces exceptions édictées par le législateur au profit des établissements d'enseignement et des bibliothèques, il subsiste des marchés hautement profitables pour les titulaires. Nous tentons donc de comprendre, accessoirement à notre objectif principal, pourquoi ces marchés existent en dépit des exceptions.

[23] **La première partie de cette thèse porte sur l'objet de droit** de notre modèle conceptuel : les œuvres numériques protégées par droit d'auteur. Nous retenons les théories de l'analyse économique du droit pour comprendre comment le droit s'approprie cette classe d'objets. Nous explorons la nature « quantique » de l'œuvre numérique, en distinguant deux grandes familles d'approches théories. D'une part, les chercheurs privilégiant le point de vue de l'offre font ressortir le caractère

privé de l'œuvre. De l'autre, les chercheurs analysant la demande ou la consommation d'œuvres font ressortir sa nature de bien public. Cette distinction est exacerbée par l'arrivée du numérique. Peu importe, ces deux « états » ou « points de vue » font ressortir les deux envers d'une même réalité, les dynamiques économiques fondamentale de la particule élémentaire de notre modèle : l'œuvre. Nous proposons ensuite que les divers moyens édictés dans le droit d'auteur quant à son utilisation, que nous nommons le continuum du consentement, découlent d'une conceptualisation du risque inhérent à son utilisation. Ainsi, le paradoxe quantique ainsi que le continuum du consentement sont les deux caractéristiques fondamentales de notre modèle économique d'une œuvre numérique protégée par le droit d'auteur.

[24] Nous démontrons comment l'hétérogénéité des approches économiques inhérentes au paradoxe quantique et au continuum du consentement ne permettent pas de pleinement saisir l'impact du numérique à l'élaboration d'une approche holistique, voire téléologique, requise pour pleinement saisir les effets du numérique sur les œuvres protégées par le droit d'auteur. Nous avons recours à la sociologie du droit afin d'introduire les approches épistémiques ainsi que les cadres conceptuelles qui sauront répondre aux besoins de notre étude.

[25] Ainsi, **la seconde partie de notre thèse porte sur les sujets de droits**, c'est-à-dire les agents de systèmes sociaux. Si le droit d'auteur

édicte le régime juridique applicable à l'utilisation d'œuvres, les rapports privés entre les agents constituent les dynamiques sociales qui animent sa mise en valeur. Le but de cette seconde partie est d'expliquer comment le droit, comme discipline intellectuelle à part entière, conceptualise lesdites interactions sociales comme étant une source nouvelle de normes. Dans ce cas, nous puisons dans les théories sociologiques du droit, afin d'accepter le contrat comme manifestation des volontés des titulaires constitutif d'un système juridique. Il est primordial de conceptualiser comment les agissements d'agents au sein de systèmes sociaux mènent à l'émergence de normes afin de réaliser nos objectifs de recherche. La conclusion générale de la deuxième partie est l'occasion de poser notre cadre d'analyse puis de l'opérationnaliser afin de procéder à l'analyse empirique de la section suivante.

[26] **La troisième partie de notre thèse porte sur les institutions ou les cadres juridiques privés** qui sont vecteurs de droits. Dans cette partie, nous démontrons comment les institutions documentaires font basculer l'état économique de l'œuvre grâce à une action concertée sur le plan des systèmes économiques et sociaux. Ainsi, les acquisitions numériques par les bibliothèques universitaires au Québec offrent un exemple probant, selon l'analyse des données issues de l'analyse des

contrats d'accès, de l'émergence de normes dans les systèmes économiques et sociaux d'œuvres protégées par le droit d'auteur.

[27] **Nous privilégions une approche constructiviste**, qui exprime, grâce à un modèle, la compréhension que nous avons d'une situation. Villa propose d'ailleurs que le rôle du juriste constructiviste, qu'il oppose au descriptiviste, permet de :

« reconstruire le champ d'expérience juridique qui part invariablement d'un schéma conceptuel implicitement ou explicitement prédéterminé. »⁶⁰

[28] Von Glasersfeld va plus loin et pose un constructivisme radical pour mesurer le gouffre entre ce qui est connu et une réalité dite absolue et abstraite :

« Le constructivisme radical [...] rompt avec la convention, et développe une théorie de la connaissance dans laquelle la connaissance ne reflète pas une réalité ontologique « objective », mais concerne exclusivement la mise en ordre et l'organisation d'un monde constitué par notre expérience. Le constructivisme radical a abandonné une fois pour toutes le « réalisme métaphysique », et se trouve en parfait accord avec Piaget⁶¹ quand il dit : 'L'intelligence [...] organise le monde en s'organisant lui-même.' »⁶²

[29] Sans toutefois tomber dans l'extrême, le constructivisme semble un choix conceptuel pertinent dès lors que nous tentons de bâtir des modèles représentant une réalité perçue et articulée grâce à des faits

⁶⁰ VITTORIO VILLA, «La science juridique entre descriptivisme et constructivisme», dans PAUL AMSELEK et DU DROIT CENTRE DE PHILOSOPHIE (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, Presses universitaires de France, 1994, p. 288-291 , p. 290

⁶¹ JEAN PIAGET, *La construction du réel chez l'enfant*, Neuchâtel, Delachaux et Niestlé, 1937 , p. 311

⁶² ERNST VON GLASERSFELD, «Introduction à un constructivisme radical», dans PAUL WATZLAWICK (dir.), *L'invention de la réalité : comment savons-nous ce que nous croyons savoir?*, Paris, É% d. du Seuil, 1988, p. 19-42 , p. 27

objectifs et réels. Nous l'opposons au positivisme, qui ne semble pas offrir les outils conceptuels nécessaires pour appréhender notre sujet.

Par exemple, la théorie pure du droit de Kelsen

« recherche la structure logique des ordres juridiques existants et parvient ainsi à la compréhension de la construction hiérarchisée (de la pyramide) de l'ordre juridique, compréhension qui, pour la connaissance de l'essence du droit, revêt une signification fondamentale. »⁶³

[30] Il est clair que notre étude où interagit l'objet du droit d'auteur, l'œuvre, le sujet de droit au sein d'un cadre juridique ne peut dépendre d'un ordonnancement des normes à proprement parler.

[31] Hart, quant à lui, offre une autre perspective sur le positivisme. Selon lui, il existe deux types de règles :

« Under the rules of the one type, which may well be considered the basic or primary type, human beings are required to do or abstain from certain actions, whether they wish to or not. Rules of the other type [...] provide that human beings may by doing or saying certain things introduce new rules of the primary type, extinguishing or modifying old ones, or in various ways determine their incidence or control their operations. Rules of the first type impose duties; rules of the second type confer powers, public or private. »⁶⁴

[32] Hart indique que ces règles ont deux sources d'autorité pour être obligatoires : leur acceptation et leur validité⁶⁵. Donc, selon Hart, cette approche permet un droit aux contours flous (*open texture*) et offre aux juges un certain pouvoir discrétionnaire.

⁶³ HANS KELSEN, «Qu'est-ce que la théorie pure du droit ?», (1992) 22 *Droit et Société* 551 , p. 556

⁶⁴ H.L.A. HART, préc., note 15, p. 81

⁶⁵ *Id.* , p. 97-107

[33] Pour sa part, Dworkin se rapproche de Hart quant à sa conceptualisation de la source obligatoire d'une norme⁶⁶, mais souligne qu'il incombe au juge de préserver l'intégrité du droit par ses jugements, comme si chaque juge écrivait un nouveau chapitre d'un long roman juridique :

« Law as integrity asks judges to assume, so far as this is possible, that the law is structured by a coherent set of principles about justice and fairness and procedural due process, and it asks them to enforce these in the fresh cases that come before them, so that each person's situation is fair and just according to the same standards. »⁶⁷

[34] Quant à eux, les adhérents de la *Sociological Jurisprudence* et du mouvement réaliste américain voient d'un mauvais œil les approches épistémologiques associées au positivisme. Selon ces penseurs, les positivistes ne dictent pas une solution toute faite au juge. Ils constituent plutôt une base de départ pour la réflexion ainsi que des outils fonctionnels du juge afin que celui-ci livre un traitement égal ou prévisible lors des litiges. Ainsi, le juge opère une reformulation de chaque règle du précédent jugement, puisque *« ce n'est pas le texte qui change, mais bien le lecteur. »⁶⁸*

[35] Comme le soulignent les critiques apportées par les adhérents de la *Sociological Jurisprudence* et du mouvement réaliste américain, le positivisme impose certaines approches qui ne conviennent pas à toutes les situations. En particulier, soulignons le rôle central du texte de la loi

⁶⁶ R. DWORKIN, préc., note 15, p. 39

⁶⁷ RONALD DWORKIN, *Law's empire*, Cambridge, Mass., Belknap Press, 1986, p. 243

⁶⁸ F. MICHAUT, préc., note 16

ainsi que des jugements de la cour. Encore ici, le droit posé par un législateur compétent et contrôlé par les cours semble trop limitative pour conceptualiser la problématique dont nous voulons traiter. Il nous faut porter notre regard ailleurs.

[36] En plus d'une approche constructiviste, nous employons une méthodologie inductive malgré les lacunes présentées par Popper⁶⁹. Il précise que l'induction, c'est-à-dire l'observation de phénomènes afin de poser des théories, mène à plusieurs problèmes, dont ceux où la science se base sur les probabilités pour exister. En effet, Popper fait l'éloge de la «méthode déductive de contrôle» qui invite le chercheur de poser des théories générales et de procéder à la validation de celles-ci par expérimentation. La déduction serait donc à privilégier selon Popper.

[37] Malgré cette critique, nous n'avons malheureusement pas le choix de procéder par induction, surtout à cause de la difficulté évidente de poser un cadre expérimental dans un environnement contrôlé pour valider une approche hypothéticodéductive dans un contexte de recherches en droit. Nous proposons donc de recenser des cas et des exemples autoritaires pour soutenir notre objectif de recherche. Le recours à une approche inductive limite la généralisation de nos résultats à d'autres contextes. Mais il s'agit là d'une lacune à laquelle nous devons humblement nous résoudre pour opérer notre cadre théorique afin de répondre à nos

⁶⁹ KARL R. POPPER, *La logique de la découverte scientifique*, Paris, Bibliothèque scientifique Payot, 1973, p. 23-45

questions de recherche grâce à une méthodologie pourtant éprouvée dans le domaine des sciences humaines.

[38] Puisque nous optons pour une approche inductive, nous ne proposons pas d'hypothèses, mais procédons plutôt par objectifs. Il s'agit d'un choix difficile, mais il s'est avéré impossible de procéder autrement. Ainsi, nous devons faire preuve d'une grande retenue lors de l'extrapolation de nos résultats, par exemple, en évitant des conclusions axiomatiques.

[39] Malgré ses lacunes, l'approche inductive permet de constater l'émergence de phénomènes nouveaux afin de nourrir un programme de recherche qui peut s'échelonner sur la carrière de plusieurs chercheurs. De plus, elle s'est imposée lors de l'établissement du cadre opératoire de notre méthodologie, principalement lors de la composition du corpus de licences à étudier et de l'analyse statistique des données. Poser un cadre hypothéticodéductif aurait nécessité un effort considérable et n'aurait pas augmenté la valeur de notre étude. Le droit et la bibliothéconomie entretiennent des liens fascinants que la technologie ne fait que complexifier. Procéder par induction offre l'occasion de tâter le sujet tout en établissant un cadre opératoire pouvant être déployé dans l'élaboration d'un programme de recherche ultérieur.

Partie 1 Nature économique du droit d'auteur

[40] En guise d'introduction à cette partie traitant de la nature économique du droit d'auteur, il convient de se pencher sur les deux principales conceptualisations du droit d'auteur. Dans son analyse historique du droit d'auteur, Hesse note justement 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. »⁷⁰

[41] Hesse démontre comment ces deux rhétoriques résistent à l'effet du temps et se propagent parallèlement aux développements technologiques⁷¹. Baldwin⁷² suit dans même veine. Il fournit une analyse 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

⁷⁰ CARLA HESSE, «The rise of intellectual property, 700 B.C.—A.D. 2000: an idea in the balance», (2002) 131 *Daedalus* 26 , p.36

⁷¹ *Id.*

⁷² PETER BALDWIN, *The Copyright Wars: Three Centuries of Trans-Atlantic Battle*, Princeton, New Jersey Princeton University Press, 2014

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.

[42] 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. »*⁷³

[43] Le premier alinéa évoque l'argument utilitaire tandis que le second traite du droit naturel à la propriété. En fait, Torremans⁷⁴ prétend que la nature dichotomique et dialectique du droit d'auteur le qualifie, à ses yeux, comme droit de la personne. Même si le droit d'auteur n'est pas cité directement dans les instruments édictant des droits fondamentaux, Torremans considère qu'il est primordial de préserver un équilibre à l'intérieur du droit d'auteur, tels que caractérisés par les deux alinéas de

⁷³ *Déclaration universelle des droits de l'homme*, 1948, Assemblée générale des Nations Unies, Résolution 217 A (III) <http://www.un.org/fr/documents/udhr/index2.shtml> (20 août 2013) . Il est pertinent d'ajouter que la constitution des États-Unis reconnaît également cette tension ainsi, octroyant le droit au *Congrès des États-Unis* : « *To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries* » *Constitution of the United States of America*, 1787, http://en.wikipedia.org/wiki/Copyright_Clause (2013-09-06) , art. 1, sect. 8 (8)

⁷⁴ PAUL L.C. TORREMANS, « *Is Copyright a Human Right? The International Intellectual Property Regime Complex* », (2007) 2007 *Mich. St. L. Rev.* 271 p. 291 « *Although its relationship to human rights is not straightforward, perhaps the presence in every fiber of copyright of these principles of interaction and balancing of rights reinforces the conclusion that copyright has a claim to human rights status after all* »

l'article 27 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, entre intérêt public et intérêt privé. Pour lui, il faut aussi maintenir un équilibre entre le droit d'auteur et les autres droits fondamentaux⁷⁵.

[44] De tous les droits fondamentaux⁷⁶, il semble que ce soit la tension entre la liberté d'expression et le droit d'auteur qui ait généré la littérature la plus considérable⁷⁷. Au *Canada*, le droit d'auteur résiste au recours à la liberté d'expression⁷⁸, comme le note Gendreau⁷⁹ en référence à la liberté d'expression dans la *Charte Canadienne des droits et libertés*⁸⁰ :

« Canadian copyright jurisprudence has not yet successfully integrated the mode of thinking required under the Charter, either as a tool to refine copyright principles or as an explicit counterweight to copyright

⁷⁵ *Id.*, p.290 « *The most important points are the balance that needs to be achieved between private and public interests and the equilibrium that needs to be achieved with other human rights.* »

⁷⁶ Il est aussi souvent question du droit à la vie privée, voire : PHILIP E. AGRE et MARC ROTENBERG, *Technology and privacy : the new landscape*, S.I., MIT, 1998 ; JUDITH WAGNER DECEW, *In pursuit of privacy : law, ethics, and the rise of technology*, Ithaca, Cornell University Press, 1997 ; KENT WALKER, «The Costs of Privacy», (2001) 25 *Harvard Journal of Law & Public Policy* 88 . La diversité culturelle a aussi été introduite dans le panthéon législatif international : IGOR GLIHA et ALAI, *Cultural Diversity : Its Effects on Authors and Performers in the Context of Globalisation = Diversité culturelle : ses effets sur les auteurs et artistes-interprètes ou exécutants dans le contexte de la mondialisation = Diversidad cultural : sus efectos sobre los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes en el contexto de la globalization = Kulturna raznolikost : utjecaj na položaj autora i umjetnika izvodaca u svjetlu globalizacije*, Zagreb, Pravni fakultet sveučilista [etc.], 2008 ; YVES THÉORET, *David contre Goliath : la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles de l'UNESCO*, Montréal, Hurtubise HMH, 2008

⁷⁷ ALAIN STROWEL, FRANÇOIS TULKENS et FRANÇOIS DUBUISSON, *Droit d'auteur et liberté d'expression : regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, Bruxelles, Larcier, 2006 ; PAUL TORREMANS, *Copyright and human rights*, Kluwer, 2004 ; NEIL NETANEL, *Copyright's paradox*, Oxford ; New York, Oxford University Press, 2008 ; JONATHAN GRIFFITHS et UMA SUTHERSANEN, *Copyright and free speech : comparative and international analyses*, Oxford ; New York, Oxford University Press, 2005

⁷⁸ DAVID FEWER, «Constitutionalizing Copyright: Freedom of Expression and the Limits of Copyright in Canada Charter of Rights and Freedoms-The First Fifteen Years», (1997) 55 *University of Toronto Law Review* 175

⁷⁹ YSOLDE GENDREAU, «Copyright and Freedom of Expression in Canada», dans PAUL TORREMANS (dir.), *Copyright and human rights*, Kluwer, 2004, p. 21-36

⁸⁰ *Loi constitutionnelle de 1982, Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U)*, 1982, c. 11 <http://canlii.ca/t/q3x8> (2013-10-04) , art. 2 b)

interests. [...] Canadian copyright law may well be on its way towards becoming an outpost of Charter resistance. »⁸¹

[45] Si les cours canadiennes sont réfractaires à considérer des arguments de liberté d'expression dans un contexte de droit d'auteur, la situation est sensiblement différente aux *États-Unis*⁸². Une riche jurisprudence⁸³ reconnaît que le droit d'auteur américain dispose de suffisamment de flexibilité pour incorporer des considérations de liberté d'expression, surtout que les pères de la constitution

« intended copyright itself to be the engine of free expression. By establishing a marketable right to the use of one's expression, copyright supplies the economic incentive to create and disseminate ideas. »⁸⁴

[46] En se basant sur les décisions des cours américaines, il nous apparaît que la nature économique des œuvres protégées par le droit d'auteur s'impose pour comprendre les questions de liberté d'expression. Sans vouloir réduire toutes les questions juridiques découlant de la fascinante tension entre le droit d'auteur et la liberté d'expression, nous croyons que le choix méthodologique des cours américaines valide l'utilité des outils économiques pour analyser le droit d'auteur.

⁸¹ Ysolde Gendreau, «Canadian copyright law and its charters», dans Jonathan Griffiths et Uma Suthersan (dir.), *Copyright and free speech : comparative and international analyses*, Oxford ; New York, Oxford University Press, 2005,

⁸² Pamela Samuelson, «Copyright and Freedom of Expression in Historical Perspective», (2002) 10 *J. Intell. Prop. L.* 319 ; Neil Weinstock Netanel, «Locating Copyright within the First Amendment Skein», (2001) 54 *Stanford law review* 1

⁸³ Voir, entre autres, *ELDRED et al. v. ASHCROFT, ATTORNEY GENERAL*, n° 01—618, 2003 (Supreme Court of the United States), para. 558

⁸⁴ *HARPER & ROW, PUBLISHERS, INC. and the Reader's Digest Association, Inc., Petitioners v. NATION ENTERPRISES and the Nation Associates, Inc.*, n° 83-1632, 1985 471 U.S. 539 (Supreme Court of the United States) <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/471/539>

[47] L'avènement de l'univers numérique suscite une grande réflexion en économie⁸⁵ afin d'en comprendre les ramifications. De toutes ces études, théories et analyses, nous offrons une approche qui nous est propre. Il faut cependant préciser l'importance des travaux de Landes et Posner⁸⁶ pour la compréhension des questions qui nous intéressent. De plus, nous puisons également dans les textes du domaine de l'analyse économique du droit. De toute évidence, cette approche épistémologique du droit est incontournable pour comprendre les dynamiques économiques du droit d'auteur. Nous tenons particulièrement à souligner les travaux de Mackaay⁸⁷ qui sont d'un intérêt didactique et intellectuel sans égal. Si nous ne citons pas ces textes directement dans les chapitres qui suivent, ils nous ont accompagnés à travers notre exploration de la science économique et du droit.

[48] Ainsi, nous proposons deux théorèmes pour comprendre comment s'animent les œuvres protégées par le droit d'auteur et nous leur

⁸⁵ LUC SOETE et BAS TER WEEL (dir.), *The Economics of the Digital Society*, Northampton, MA, Edward Elgar, 2005 ; ERIC BROUSSEAU et NICOLAS CURIEN (dir.), *Internet and digital economics*, Cambridge, UK ; New York, Cambridge University Press, 2007 ; PETER DRAHOS et JOHN BRAITHWAITE, *Information feudalism : who owns the knowledge economy?*, New York, New Press, 2003 ; HELMUT K. ANHEIER et YUDHISHHIR RAJ ISAR (dir.), *The cultural economy*, Los Angeles, SAGE, 2008 ; RUTH TOWSE, *Copyright in the cultural industries*, Cheltenham, UK ; Northampton, MA, Edward Elgar Pub., 2002

⁸⁶ WILLIAM M. LANDES et RICHARD A. POSNER, «An Economic Analysis of Copyright Law», (1989) 18 *Journal of Legal Studies* 325 ; WILLIAM M. LANDES et RICHARD A. POSNER, «Indefinitely Renewable Copyright», (2003) 70 *University of Chicago Law Review* 471

⁸⁷ EJAN MACKAAY et STÉPHANE ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, 2e éd, coll. «Méthodes du droit», Montréal; Paris, Éditions Thémis; Dalloz, 2008 ; RICHARD A. ASPEN PUBLISHERS POSNER, *Economic analysis of law*, New York, Aspen Publishers, 2011 ; EJAN MACKAAY, *Law And Economics For Civil Law Systems*, Northampton, MA, Edward Elgar, 2013

consacrions un chapitre chacun. En guise de premier chapitre, nous distinguons deux grandes familles d'approches théoriques ou méthodologiques appliquées à l'œuvre. Chacune de ces familles met l'emphase sur une des deux conceptualisations stipulées par la *Cour suprême du Canada* au sein de jugements récents. En fait, nous observons que chacune de ces conceptualisations impose une analyse économique qui puise dans un bagage théorique différent, soit celui de l'offre ou de la demande. Chacune de ces conceptualisations fait ressortir soit la nature privée ou la nature publique de l'œuvre en tant que bien économique. Nous proposons l'axiome du « paradoxe quantique » pour représenter la dualité de l'œuvre selon qu'elle est conceptualisée de l'un ou de l'autre point de vue. Ensuite, nous exposons dans le second chapitre de cette partie comment le contexte de l'utilisation d'une œuvre modifie la codification juridique de ce geste en droit d'auteur. Nous observons plusieurs moyens édictés par le législateur pour faire basculer l'œuvre de l'offre vers la demande. Nous nommons ce phénomène le « continuum du consentement » car il est opportun de présenter les moyens édictés en fonction du risque généré du point de vue de l'utilisation d'œuvre. Malgré que ces deux théorèmes offrent une conceptualisation nouvelle de la dynamique même du droit d'auteur, nous précisons dans la conclusion de cette partie que l'analyse économique du droit ne permet pas complètement d'établir une formulation renouvelée de la pertinence du droit d'auteur pour l'univers

numérique. C'est pourquoi nous analysons les théories sociologiques en deuxième partie afin de proposer un cadre d'analyse socioéconomique qui sera ensuite appliqué à un contexte précis d'utilisation d'œuvres numériques à la troisième partie.

Chapitre 1.1 Paradoxe quantique de l'œuvre

[49] À l'instar des tensions internes du droit d'auteur entre le droit naturel ainsi que sa conceptualisation utilitaire évoquée en introduction de cette partie, nous notons que deux forces animent l'œuvre protégée par le droit d'auteur. En tant que « particule élémentaire » de notre modèle, l'œuvre réagit comme un photon⁸⁸ : deux « états » paradoxaux et possiblement mutuellement exclusifs se chevauchent sur le plan économique. Ils sont exacerbés par l'avènement du numérique, comme le note Brand :

« On the one hand, information wants to be expensive, because it's so valuable. The right information in the right place just changes your life. On the other hand, information wants to be free, because the cost of getting it out is getting lower and lower all the time. So you have these two fighting against each other. »⁸⁹

[50] La Cour suprême du Canada reconnaît cette tension. En effet, la cour stipule que :

« [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). [...] »

⁸⁸ VLATKO VEDRAL, *Decoding reality : the universe as quantum information*, Oxford England; New York, Oxford University Press, 2010 . Nous faisons référence à la physique quantique, qui accepte certains chevauchements d'états paradoxaux, dont la dualité onde-particule des particules sub-atomiques comme le photon, l'élément constitutif de la lumière.

⁸⁹ STEWART BRAND, «Keep designing: How the information economy is being created and shaped by the Hacker Ethic», (1985) *Whole Earth Review* 47 , p. 49. Les propos de Stewart Brand sont souvent mal cités, invoquant uniquement l'aspect « *information wants to be free* » dans un contexte de revendication des droits des utilisateurs. Voir notamment: R. POLK WAGNER, «Information Wants to Be Free: Intellectual Property and the Mythologies of Control Essay», (2003) 103 *Colum. L. Rev.* 995

[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. »⁹⁰

[51] D'un côté, l'œuvre doit introduire une juste récompense pour le créateur. De l'autre, l'intérêt du public réside dans la création et la diffusion de celles-ci. Il faut donc explorer les ramifications de chacun de ces états dans la théorie économique⁹¹. Nous proposons que cette distinction découle en réalité du point de vue du chercheur. Ainsi, il est plus évident de concevoir l'œuvre comme bien privé lorsqu'on l'analyse du point de vue de l'offre en économie. À l'opposé, une analyse des dynamiques découlant de sa demande ou de sa consommation favorise sa nature de bien public. Nous démontrons comment l'avènement du numérique exacerbe la tension entre les deux envers de la médaille économique, où les deux « états » ou « points de vue » font ressortir les deux côtés d'une même réalité, les dynamiques économiques paradoxales de la particule élémentaire de notre modèle : l'œuvre.

[52] Pour ces raisons, nous effectuons une analyse détaillée de chacune de ces dynamiques. La première section traite des théories pertinentes

⁹⁰ *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 2 RCS 336 (Cour suprême du Canada) <http://canlii.ca/t/51tp>

⁹¹ HAL R. VARIAN, JOSEPH FARRELL et CARL SHAPIRO, *The economics of information technology : an introduction*, Cambridge ; New York, Cambridge University Press, 2004 .

pour concevoir l'intérêt du public dans l'analyse économique du droit d'auteur. En réalité, nous observons que cette conceptualisation découle des mécanismes de la demande d'œuvres, surtout dans le contexte numérique. Ces approches font ressortir la nature publique de l'œuvre numérique. Ensuite, nous explorons l'envers de la médaille, c'est-à-dire le droit patrimonial dans la *Loi sur le droit d'auteur*⁹² et les théories économiques pertinentes pour l'étude de la nature du bien privé en science économique, surtout du point de vue de l'offre. Dans la troisième section, nous présentons les nuances stipulées par la *Cour suprême du Canada* depuis les deux dernières décennies qui, selon nous, explorent la frontière entre l'un ou l'autre état quantique de l'œuvre. Nous présentons sommairement les deux états du paradoxe quantique dans un tableau synthèse à la quatrième section de ce chapitre.

[53] Au chapitre suivant, nous examinons les moyens édictés par le législateur pour que des agents économiques puissent faire passer l'œuvre d'un état quantique à l'autre dans ce que nous nommons le continuum du consentement.

⁹² *Loi sur le droit d'auteur*, préc., note 1

Section 1.1.1 L'intérêt du public et la demande d'œuvres

[54] Une œuvre numérique se multiplie et se diffuse sans limite lorsqu'elle n'est pas chiffrée⁹³. Les économistes⁹⁴ expriment les caractéristiques des biens numériques en référant à leur non-rivalité et leur non-exclusion. La non-rivalité réfère à l'aspect multiplicatif du numérique, puisqu'il est difficile, voire impossible⁹⁵, de limiter la création de copies sans l'intervention de mesures de protection technologiques⁹⁶ ou d'un régime d'interdiction basé sur le droit d'auteur. Quant à elle, la non-exclusion concerne la diffusion et évoque la difficulté d'interdire ou exclure l'accès à l'œuvre une fois qu'elle est partagée dans les réseaux numériques. Conséquemment l'œuvre constitue un bien public⁹⁷ à part entière sans les limites éventuelles imposées par la technologie ou par le droit.

⁹³ Le chiffrage est un processus par lequel des moyens technologiques limitent l'accès au contenu d'un fichier, soit lors de son visionnement, soit lors de son partage.

⁹⁴ FRANÇOIS LÉVÊQUE et YANN MÉNIÈRE, *Économie de la propriété intellectuelle*, Paris, La Découverte, 2003

⁹⁵ OLIVIER BOMSEL, ANNE GAËLLE GEFFROY et GILLES LE BLANC, *Modem le maudit : économie de la distribution numérique des contenus*, coll. «Sciences économiques et sociales; Variation: Sciences économiques et sociales.», Paris, Les Presses, Mines Paris, 2006

⁹⁶ OLIVIER BOMSEL et ANNE GAËLLE GEFFROY, «DRMs, Innovation and Creation», (2006) 62 *Communications & Strategies* 35 ; OLIVIER BOMSEL et ANNE GAËLLE GEFFROY, *Economic Analysis of Digital Rights Management systems (DRMs)*, Cerna, Centre d'économie industrielle, Ecole Nationale Supérieure des Mines de Paris, 2005 <http://www.cerna.ensmp.fr/Documents/OB-AGG-EtudeDRM.pdf> (2013-09-04) ; KRISTIN R. ESCHENFELDER et GRACE AGNEW, «Technologies Employed to Control Access to or Use of Digital Cultural Collections: Controlled Online Collections», (2010) 16 *D-Lib Magazine* 4

⁹⁷ BRETT M. FRISCHMANN, *Infrastructure : the social value of shared resources*, New York, Oxford University Press, 2012

[55] Les biens publics génèrent des effets d'entraînement (*positive feedback*) aussi appelés des effets réseaux⁹⁸ (*network effects*). La valeur, du point de vue social, d'un bien public est directement proportionnelle au nombre de personnes interagissant avec celui-ci⁹⁹ et elle peut être exponentielle. Par exemple, plus de personnes accèdent à un réseau téléphonique (ou un réseau social tel que *Facebook*), plus celui-ci prendra de la valeur et plus les exclus auront intérêt à le rejoindre. La même logique peut être appliquée au domaine culturel¹⁰⁰ où l'effet d'entraînement fait en sorte qu'un livre ou un film jouit d'une popularité toujours grandissante. En effet, la diffusion en réseau d'une œuvre protégée par le droit d'auteur suit la théorie du cycle de diffusion d'une innovation selon Everett Rogers¹⁰¹ ainsi que la progression exponentielle de Ray Kurzweil¹⁰² des technologies de l'information. Par ailleurs, les travaux de Watts¹⁰³ démontrent que la diffusion d'une idée

⁹⁸ NICHOLAS ECONOMIDES, «The Internet and network economics», dans ERIC BROUSSEAU et NICOLAS CURIEN (dir.), *Internet and digital economics*, Cambridge, UK ; New York, Cambridge University Press, 2007, p. 239-267

⁹⁹ CARL SHAPIRO et HAL R. VARIAN, *Information rules : a strategic guide to the network economy*, Boston, Mass., Harvard Business Review Press, 1999

¹⁰⁰ FRÉDÉRIC MARTEL, *Mainstream: enquête sur cette culture qui plaît à tout le monde*, Paris, Flammarion, 2010

¹⁰¹ EVERETT M. ROGERS, *Diffusion of innovations*, New York; London, The Free Press ; Collier-Mamillan, 1969

¹⁰² Ray Kurzweil a étudié la progression des technologies de l'information en termes de coût par unité de calcul et a déterminé que sa progression est exponentielle à travers le temps. Il tente d'appliquer l'analyse des progressions exponentielles à plusieurs domaines et fait référence à quelques reprises au foisonnement de contenu disponible dans Internet. RAY KURZWEIL, *The singularity is near : when humans transcend biology*, New York :, Viking, 2005 ; RAY KURZWEIL, *The age of spiritual machines : when computers exceed human intelligence*, New York :, Viking, 1999 ; RAY KURZWEIL, *The age of intelligent machines*, Cambridge, Mass. :, MIT Press, 1990

¹⁰³ DUNCAN J. WATTS, «A simple model of global cascades on random networks», (2002) 99 *Proceedings of the National Academy of Sciences* 5766

suit une courbe exponentielle. Anderson¹⁰⁴ reprend ces théories pour tenter de comprendre comment les dynamiques exponentielles du cycle de diffusion se répercutent dans les marchés des idées et des œuvres protégées par le droit d'auteur. En outre, Scotchmer¹⁰⁵ indique que l'acte de création soutenu, qui nourrit le corpus d'un créateur à travers le temps, apporte une valeur cumulative supérieure à la sommation des actes distincts. Ainsi, les créateurs d'œuvres protégées par le droit d'auteur sont avantagés s'ils créent un corpus substantiel qui sera toujours croissant ou s'ils attirent un public à long terme pour leur production. Cette masse critique se pose comme caractéristique des biens publics. Pour tout dire, ces théories et constats s'apparentent en tout point au paradigme économique d'un bien public si nous ignorons le droit un instant.

[56] Ironiquement, les caractéristiques des biens publics font en sorte que certains créateurs rendent leurs œuvres accessibles librement dans Internet afin de bénéficier des effets réseaux¹⁰⁶. Ainsi, le coût direct

¹⁰⁴ CHRIS ANDERSON, *The long tail : why the future of business is selling less of more*, 1st, New York, Hyperion, 2006 « The democratized tools of production are leading to a huge increase in the number of producers. Hyperefficient digital economics are leading to new markets and marketplaces. And finally, the ability to tap the distributed intelligence of millions of consumers to match people with the stuff that suits them best is leading to the rise of all sorts of new recommendation and marketing methods, essentially serving as the new tastemakers. » p. 57

¹⁰⁵ SUZANNE SCOTCHMER, *Innovation and incentives*, Cambridge, Mass. ; London, Eng. ;, MIT Press, 2004 , pp. 127-160

¹⁰⁶ LAWRENCE LESSIG, *The future of ideas : the fate of the commons in a connected world*, 1st, New York, Random House, 2001 ; LAWRENCE LESSIG, *Free culture : the nature and future of creativity*, New York, Penguin Books, 2005 ; LAWRENCE LESSIG, *Remix : making art and commerce thrive in the hybrid economy*, New York, Penguin Press, 2008

d'accès est nul¹⁰⁷ et le producteur d'une œuvre ou d'une information peut, en théorie, rejoindre un public infini¹⁰⁸. Par ailleurs, certains auteurs ont identifié un nouveau mode de production d'information numérique : la production par les pairs¹⁰⁹ tels les logiciels à code source libre¹¹⁰ ou la culture libre¹¹¹. L'impératif de ces créateurs est de rendre leurs œuvres accessibles selon des modalités flexibles pour rejoindre un large public.

1.1.1.1 L'accès dans le droit d'auteur numérique

[57] Nous bâtissons le cadre juridique précis à appliquer à l'œuvre numérique protégée par le droit d'auteur à partir des travaux de

¹⁰⁷ OLIVIER BOMSEL, *Gratuit! : du déploiement de l'économie numérique*, coll. «Collection Folio/actuel ; 128; Variation: Collection Folio/actuel ; 128.», Paris, Gallimard, 2007

¹⁰⁸ Selon l'*International Telecommunication Union*, 40% de la population planétaire est connectée à Internet, soit 2.7 milliards de personnes. *ICT Facts and Figures : the World in 2013*, Genève, Suisse, International Telecommunication Union, 2013 <http://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/facts/ICTFactsFigures2013.pdf> (2013-09-04)

¹⁰⁹ *Participative Web : user-created content*, Organisation de Coopération et de Développement Économique, 2007 <http://www.oecd.org/dataoecd/44/58/40003289.pdf> ; YOCHAI BENKLER, «Coase's Penguin, or, Linux and The Nature of the Firm», (2002) 112 *The Yale law journal* 369 ; YOCHAI BENKLER, «Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production», (2004) 114 *The Yale law journal* 273 ; YOCHAI BENKLER, *The wealth of networks : how social production transforms markets and freedom*, New Haven, Yale University Press, 2006

¹¹⁰ Logiciels dont le code source est librement échangé par Internet et où tous peuvent augmenter les logiciels. Voir : E. S. RAYMOND, *The cathedral and the bazaar : musings on Linux and open source by an accidental revolutionary*, Sebastopol, Calif., O'Reilly, 2001 ; ANDREW M. ST. LAURENT, *Understanding open source & free software licensing*, 1st, Sebastopol, CA, O'Reilly Media Inc., 2004 ; DARREN WERSHLER-HENRY, *Free, as in speech and beer : open source, peer-to-peer and the economics of the online revolution*, Toronto, Prentice Hall, 2002 ; RICHARD STALLMAN et SOFTWARE FOUNDATION FREE, *Free software, free society : selected essays of Richard M. Stallman*, Boston, MA, Free Software Foundation, 2002

¹¹¹ À l'instar des logiciels à code source libre, la culture libre est constituée d'œuvres dont les modalités d'accès, d'utilisation et de rediffusion sont flexibles ou gratuites. Voir : BRIAN F. FITZGERALD, JESSICA COATES et SUZANNE LEWIS, *Open content licensing : cultivating the creative commons*, Sydney, N.S.W., Sydney University Press, 2007 ; LUCIE M. C. R. GUIBAULT et CHRISTINA ANGELOPOULOS, *Open content licensing : from theory to practice*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2011 ; DON TAPSCOTT et ANTHONY D. WILLIAMS, *Wikinomics : how mass collaboration changes everything*, New York, Portfolio, 2006 ; OLIVIER CHARBONNEAU, «L'accès libre», (2010) 22 *Les Cahiers de propriété intellectuelle* 549. Par ailleurs, l'auteur de cette thèse maintient un carnet de recherche à l'adresse suivante : <http://www.culturelibre.ca>

Moyse¹¹². Il identifie la distribution comme étant le meilleur concept pour le droit d'auteur dans l'univers numérique. En effet, l'impressionnante étude historique et comparative de Moyse démontre qu'un droit de distribution, rattaché au droit de communication au public plutôt qu'au droit de reproduction à proprement parler, offre un cadre beaucoup plus approprié à l'univers numérique :

« L'évanescence de la copie matérielle est l'occasion d'un réexamen de la structure patrimoniale de notre droit. Les œuvres sont cette fois distribuées sans enveloppe matérielle. Cette mutation, ce changement d'état, soulève la question du droit applicable aux transmissions électroniques et fait renaître, du même coup, celle d'un droit spécifique de distribution. [...] Et effectivement, le droit de reproduction que l'on avait assimilé tout entier au droit d'auteur, est cette fois placé devant une innovation technique qui le rend anachronique : l'idée de matérialité qui y est attachée gêne son application à l'univers numérique. Il doit laisser sa place, croyons-nous, à des droits dont l'essence est de régir l'œuvre sans son support. On comprend, dès lors, que les droits de la famille du droit de communication au public prennent une importance particulière. Ils appartiennent à l'ère de la communication directe et sont nés de la radiodiffusion. »¹¹³

[58] Le législateur canadien a opté pour cette approche dans le cadre de la réforme récente de la *Loi sur le droit d'auteur*¹¹⁴. Les travaux de Moyse sur le droit de distribution ouvrent une brèche conceptuelle de la doxa du droit d'auteur : ils offrent l'opportunité de réfléchir aux communications, au sens de Luhmann¹¹⁵, opérées dans les nouveaux systèmes sociaux où les œuvres numériques constituent la base des

¹¹² PIERRE-EMMANUEL MOYSE, *Le droit de distribution : analyse historique et comparative en droit d'auteur*, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2007

¹¹³ *Id.*, p. 5

¹¹⁴ D. LITHWICK et M.-O. THIBODEAU, préc., note 59. Nous présentons ce point à la section 1.1.2.1.

¹¹⁵ Nous présentons les théories de Luhmann à la section 2.1.2.1.

échanges entre les agents. Le contexte de l'œuvre protégée numérique, celui de la mise à disposition via la communication par télécommunication, est beaucoup plus riche et dépasse le simple cadre conventionnel de la reproduction, qui n'implique que l'œuvre et son destinataire final comme consommateur.

[59] Efroni¹¹⁶, quant à lui, identifie l'accès comme théorisation des questions de droit d'auteur numérique. Il constate que l'approche législative tend à tâtonner. Pour Efroni¹¹⁷, le concept d'accès réoriente le droit d'auteur vers une conceptualisation centrée sur le numérique. Il emploie une analyse¹¹⁸ Hohfeldienne¹¹⁹ du modèle de communication de Shannon¹²⁰ dans l'univers numérique afin de bâtir sa théorie :

« Hohfeld proposa un cadre théorique pour formaliser les relations juridiques implicites entre deux individus selon leur contexte. Chaque relation découle de deux positions mutuellement exclusives juridiques, créant ainsi un continuum entre une prétention de droit jusqu'à l'immunité et indiquant leurs positions opposées pour l'autre. Shannon, quant à lui, proposa un modèle simple de la communication qu'il utilisa dans ses recherches sur la cryptographie. La combinaison de ces deux modèles mène à une analyse économique du droit d'auteur fort pertinente pour les questions soulevées par l'univers numérique. »
¹²¹

¹¹⁶ ZOHAR EFRONI, *Access-right : the future of digital copyright law*, Oxford; New York, Oxford University Press, 2011

¹¹⁷ *Id.*, p. 5

¹¹⁸ *Id.* p. 36-77

¹¹⁹ Surtout : WESLEY N. HOHFELD, «Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning», (1913) 23 *Yale Law Journal* 16 ; WESLEY N. HOHFELD, «Fondamental legal conceptions as applied in judicial reasoning», (1917) 26 *Yale Law Journal* 710

¹²⁰ CLAUDE ELWOOD SHANNON et WARREN WEAVER, *The mathematical theory of communication*, Urbana, University of Illinois Press, 1964 . Voir la section 2.1.2.2 pour plus de renseignements sur Shannon.

¹²¹ O. CHARBONNEAU, «Compte Rendu : Efroni (Zohar), Access-Right : The Future of Copyright Law, Toronto, Oxford University Press, 2010, xxiv, 608 p. ISBN 978-0-19-973407-8», (2010) 24 *Les Cahiers de propriété intellectuelle* 173 , p. 175

[60] Ainsi, Efroni distingue, dans son modèle, le contexte d'un accès « humain » (« *human access* »)¹²², par exemple l'écoute d'un enregistrement sonore sur un baladeur, et l'accès « technologique » (« *technological access* »)¹²³ lorsque ledit fichier musical numérique est copié sur le baladeur. À proprement parler, le premier type d'accès ne tombe généralement pas sous l'égide du droit d'auteur¹²⁴. Par la suite, Efroni propose une distinction additionnelle¹²⁵ entre les « comportements d'accès » (« *access-conducts* »), c'est-à-dire d'accéder à une œuvre pour sa consommation personnelle, et les « comportements de communication » (« *communication-conducts* »), ce que Moyse appelle la distribution. S'appuyant sur ces deux idées, Efroni définit le droit-accès ainsi :

*« Access-right is the exclusive right-claim to prevent anyone from performing access-conducts and communication-conducts, without the authorization of the rights-holder, concerning the message to which access is sought, or concerning the message sought to be communicated. »*¹²⁶

[61] Il campe donc sa définition dans les droits patrimoniaux du droit d'auteur. Efroni propose un droit corolaire au droit-accès, qu'il nomme le droit-à-l'accès :

« A right-of-access is a legal entitlement against a person in possession of information, or a person who is otherwise in a position to restrict access to information, to compel that person to facilitate

¹²² Z. EFRONI, préc., note 116, p. 128

¹²³ *Id.*, p. 130

¹²⁴ *Id.*, p. 129

¹²⁵ *Id.*, p. 139-144

¹²⁶ *Id.*, p. 146

access (for example, by removing physical and logical barriers on communication, as well as other impediments) to enable human-access to the right holder. »¹²⁷

[62] Suite à cette théorisation fort réussie dans la première partie de son livre, Efroni se penche dans un second temps sur quelques enjeux contemporains en droit d'auteur numérique, particulièrement sur le droit de reproduction¹²⁸, le droit de communication¹²⁹ et la criminalisation du contournement de verrous numériques¹³⁰. Son analyse porte sur les divers rapports gouvernementaux et législatifs effectués aux *États-Unis* et dans divers pays européens. Il tente de montrer, d'une manière parfois fastidieuse, comment sa théorisation répond aux impératifs soulevés par ces textes préparatoires aux éventuelles réformes. Une troisième partie, plus courte, explore comment sa théorisation du droit d'auteur numérique pourrait être édictée en droit positif.

[63] En soi, la théorisation du concept d'accès par Efroni est très pertinente pour nos travaux. Elle offre des outils pour comprendre le contexte social de l'utilisation des œuvres numériques protégées par le droit d'auteur. Elle incorpore aussi les concepts patrimoniaux comme la propriété et l'externalité négative d'un droit-à-l'accès brimé. La théorisation d'Efroni permet de revisiter l'objectif de notre thèse qui consiste à observer l'émergence d'un droit-accès et du droit-à-l'accès

¹²⁷ *Id.*, p. 153

¹²⁸ *Id.*, p. 201-248

¹²⁹ *Id.*, p. 249-286

¹³⁰ *Id.*, p. 287-398

dans un système social grâce aux communications adressées par des réseaux d'agents sociaux. Nous approfondirons cette perspective à la deuxième partie de notre thèse. Ainsi, la théorie d'Efroni sera enrichie par notre analyse systémique du droit en réseau, dans un contexte de droits patrimoniaux.

[64] Par ailleurs, le modèle d'Efroni propose une nuance importante au concept de distribution de Moyse. Efroni place les acteurs du système social au cœur de sa conceptualisation, tandis que Moyse retient l'œuvre comme élément de base. Ces deux approches ne s'opposent pas, mais offrent une solution complémentaire pour appréhender les réalités nouvelles des marchés et systèmes sociaux du droit d'auteur. Moyse a opéré une brèche dans le droit d'auteur en précisant que le droit de reproduction est maintenant supplanté par le droit de communication en public, qu'il nomme droit de distribution. Efroni, quant à lui, enrichit cette théorie dans le contexte de l'accès numérique. Il modélise d'une façon très pertinente le rôle de l'utilisateur dans un marché d'œuvres protégées par le droit d'auteur.

1.1.1.2 Particularités économiques des biens publics

[65] Les biens publics posent certains problèmes particuliers en économie. Demsetz¹³¹ fait une distinction entre des biens publics purs et des biens collectifs (*collective goods*). Dans le cas de ces derniers, pour

¹³¹ HAROLD DEMSETZ, «The Private Production of Public Goods», (1970) 13 *Journal of Law and Economics* 293

Demsetz, il est impossible d'exclure les resquilleurs dans un contexte où leur production dépend d'intérêts privés, comme les diffusions d'ondes hertziennes. Dans ces cas, il convient d'offrir un bouquet de biens dans lesquels sont inclus des biens collectifs et des biens privés¹³². Également, Hardin¹³³ a proposé le concept de la tragédie des biens communs (*tragedy of the commons*) lorsqu'il y a épuisement d'un bien public, comme un champs où trop de bergers font paître leur cheptel. Même si la thèse de Hardin a été démentie par les études empiriques de Ostrom¹³⁴, elle continue à nourrir les réflexions théoriques¹³⁵. D'ailleurs, Landes et Posner¹³⁶ emploient l'analogie de la tragédie des biens communs pour proposer un droit d'auteur renouvelable à l'infini puisque le recours *ad nauseam* aux œuvres culturelles du domaine public mène à l'épuisement de l'attention du public. Dans un autre ordre d'idées, Heller¹³⁷ a avancé le concept d'anticommons (*anticommons*) pour qualifier les contextes où une ribambelle de titulaires mine l'action

¹³² Id., p. 306. Demsetz invoque l'exemple de la publicité ou la vente de téléviseurs dans le cas des signaux de télécommunication. «*While private production of public goods seems feasible, the private production of collective goods, for which the cost of excluding nonpurchasers is great, does not seem to be practical. If no consumer can be excluded all may tend to underreveal their true demands for the good. But the conclusion that collective goods cannot be produced in adequate quantities by private firms is too strong, for devices to further such production can be not only conceived, but actually have been used. In many instances it may be possible to tie in the consumption of a second product with consumption of the collective good, and private incentives may very well exist for the production of the tied-in good because exclusion is possible.*»

¹³³ GARRETT HARDIN, «The Tragedy of the Commons», (1968) 162 *Science* 1243

¹³⁴ ELINOR OSTROM, *Governing the commons : the evolution of institutions for collective action*, Cambridge ; New York, Cambridge University Press, 1990

¹³⁵ Voir *infra*, sous-section 3.1.1.1. Voir aussi le numéro thématique de la revue académique (2013) 14 *Revue de la régulation* 2^e trimestre, intitulé « Autour d'Ostrom : communs, droits de propriété et institutionnalisme méthodologique » accessible ici : <http://regulation.revues.org/10287>

¹³⁶ W.M. LANDES et R.A. POSNER, préc., note 86

¹³⁷ MICHAEL HELLER, *The gridlock economy : how too much ownership wrecks markets, stops innovation, and costs lives*, New York, Basic Books, 2008

collective autour d'un bien. Ces études évoquent les difficultés qui touchent les biens publics dans une économie capitaliste. Il est maintenant temps d'explorer le droit naturel de propriété en propriété intellectuelle.

Section 1.1.2 La rhétorique propriétaire et ses limites

[66] Les droits patrimoniaux en droit d'auteur reposent sur un régime d'interdiction où certaines activités impliquant des œuvres sont prohibées. Comme le précise Pierrat :

« Les droits patrimoniaux sont un monopole d'exploitation accordé au titulaire du droit d'auteur. Le titulaire d'origine est en principe l'auteur, mais ses droits peuvent être par la suite transmis à un éditeur, des héritiers, etc. »¹³⁸

[67] Il existe une vaste littérature sur le concept de propriété¹³⁹ en propriété intellectuelle. Cette conceptualisation de l'œuvre serait une conséquence de l'approche propriétaire qui privilégie les théories néoclassique ou néolibérale en économie¹⁴⁰. Ces théories privilégient l'étude des marchés du point de l'offre de biens par une analyse des transactions. Nous ne critiquons pas cette approche théorique, maintes

¹³⁸ EMMANUEL PIERRAT, *Le droit d'auteur et l'édition*, 3e éd, rev et augm, Paris, Éditions du Cercle de la Librairie, 2005, p. 105

¹³⁹ Sur le plan de la doctrine, voir entre autres : ROBERT BURRELL et ALLISON COLEMAN, *Copyright exceptions : the digital impact*, Cambridge, UK ; New York, Cambridge University Press, 2005, p. 180 à 187 ; LESLEY ELLEN HARRIS, *Digital property : currency of the 21st century*, Toronto, McGraw-Hill Ryerson, 1998 ; Ysolde Gendreau (dir.), *Propriété intellectuelle : entre l'art et l'argent*, coll. «International Association for the Advancement of Teaching Research in Intellectual Property», Montréal, Éditions Thémis, 2006 ; GORDON F. HENDERSON, *Intellectual property--litigation, legislation, and education : a study of the Canadian intellectual property and litigation system*, Ottawa, Consumer and Corporate Affairs Canada, 1991 ; WENDY J. GORDON, «On Owning Information: Intellectual Property and the Restitutionary Impulse», (1992) 78 *Vanderbilt Law Review* 149 ; G. BRUCE DOERN et MARKUS SHARAPUT, *Canadian intellectual property : the politics of innovating institutions and interests*, Toronto, University of Toronto Press, 2000 ; YOCHAI BENKLER, «Intellectual property and the organization of information production», (2002) 22 *International Review of Law and Economics* 81 ; WILLIAM M. LANDES et RICHARD A. POSNER, *The economic structure of Intellectual Property Law*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 2003 ; EVA HEMMUNGS WIRTÉN, *No trespassing : authorship, intellectual property rights, and the boundaries of globalization*, Toronto; Buffalo, University of Toronto Press, 2004

¹⁴⁰ NICHOLAS MERCURO et STEVEN G. MEDEMA, *Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism and Beyond, Second Edition*, Princeton University Press, 2006, p. 97-129

fois éprouvée¹⁴¹, mais nous désirons relever comment elle impose une conceptualisation qui ne capture pas toute la complexité du phénomène numérique en droit d'auteur. Nous divisons cette section en deux sous-sections, l'une traitant de la nature juridique du droit de propriété, l'autre explorant comment ce droit est conceptualisé par la doctrine.

1.1.2.1 La nature juridique du droit de propriété

[68] Au Canada, la *Loi sur le droit d'auteur*¹⁴² édicte :

*« Le droit d'auteur sur l'œuvre comporte le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre, sous une forme matérielle quelconque, d'en exécuter ou d'en représenter la totalité ou une partie importante en public et, si l'œuvre n'est pas publiée, d'en publier la totalité ou une partie importante [...] »*¹⁴³

[69] En 2012¹⁴⁴, le législateur a modifié sa *Loi sur le droit d'auteur*¹⁴⁵ afin de se conformer aux traités Internet de 1996¹⁴⁶ : le *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur* ou *TODA*¹⁴⁷ et le *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes* ou *TOEIP*¹⁴⁸ de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle ou *OMPI*¹⁴⁹. Entre autres dispositions, le *Parlement du Canada* a édicté le droit de mettre les

¹⁴¹ EDMUND W. KITCH, «Elementary and Persistent Errors in the Economic Analysis of Intellectual Property Symposium: Taking Stock: The Law and Economics of Intellectual Property Rights», (2000) 53 *Vanderbilt Law Review* 1727

¹⁴² *Loi sur le droit d'auteur*, préc., note 1

¹⁴³ *Id.*, art. 3

¹⁴⁴ *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, LC 2012, c. 20, art. 3

¹⁴⁵ *Loi sur le droit d'auteur*, préc., note 1, art. 2.4

¹⁴⁶ MIHÁLY FICSOR, *The law of copyright and the internet : the 1996 WIPO treaties, their interpretation and implementation*, Oxford u.a., Oxford Univ. Press, 2002

¹⁴⁷ *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*, 1996, OMPI <http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/wct/index.html> (2013-09-04)

¹⁴⁸ *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*, 1996, OMPI <http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/wppt/index.html> (2013-09-04)

¹⁴⁹ D. LITHWICK et M.-O. THIBODEAU, préc., note 59, pp. 5-6

œuvres à la disposition du public en insérant des modifications dans le droit de communication au public par télécommunication, ainsi :

« (1.1) Pour l'application de la présente loi, constitue notamment une communication au public par télécommunication le fait de mettre à la disposition du public par télécommunication une œuvre ou un autre objet du droit d'auteur de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement. »¹⁵⁰

[70] Déjà en 2004, la Cour suprême du Canada avait abondé dans ce sens, en reconnaissant que la diffusion par Internet d'œuvres musicales était incluse dans le droit de télécommunication :

« À l'issue de la transmission, l'utilisateur final a en sa possession une œuvre musicale qu'il n'avait pas auparavant. L'œuvre a nécessairement été communiquée, peu importe sa provenance. Si la communication est effectuée sur l'Internet, il y a "télécommunication." »¹⁵¹

[71] Dans les deux cas, le droit de diffuser numériquement des œuvres protégées par le droit d'auteur se voit codifié au *Canada*. Le droit « *de communiquer au public, par télécommunication, une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique* »¹⁵² est édicté exclusivement en faveur du titulaire d'un droit d'auteur, tout comme le droit de reproduction. Il revient donc au titulaire le droit de contrôler comment l'œuvre numérique est maintenant diffusée. Ce régime a comme objectif de générer un effet de rareté afin de structurer l'offre de biens et

¹⁵⁰ *Loi sur le droit d'auteur*, préc., note 1, art. 2.4

¹⁵¹ *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 2 RCS 427 (Cour suprême du Canada) <http://canlii.ca/t/1hdd9>, par. 45

¹⁵² *Loi sur le droit d'auteur*, préc., note 1, art. 3(1) f)

favoriser les transactions qui s'opèrent dans un marché¹⁵³ en introduisant un droit qui s'apparente à un droit de propriété. Explorons maintenant comment la doctrine conceptualise la propriété en propriété intellectuelle.

1.1.2.2 La conceptualisation propriétaire

[72] Si les bases juridiques du droit patrimonial en droit d'auteur imposent les caractéristiques des biens privés aux œuvres protégées avec certaines réserves, Yoo¹⁵⁴ avance que la littérature récente concernant le droit d'auteur se trompe sur la nature de l'œuvre protégée. En effet, le caractère non-rival et non-exclusif de l'œuvre n'est pas, selon sa compréhension des travaux fondateurs de Samuelson¹⁵⁵ il y a plus de 50 ans, le fait saillant de l'analyse. Pour Yoo, Samuelson indiquait que le problème central des biens publics découle de la difficulté qu'ont les consommateurs à dévoiler leur préférence¹⁵⁶, d'une manière telle que :

*« the fundamental problem is that consumers of pure public goods have both the motivation and the ability to understate the intensity of their preferences. This incentive incompatibility is what Samuelson saw as the true root of the market's tendency to underproduce public goods. »*¹⁵⁷

¹⁵³ NIVA ELKIN-KOREN, «It's All About Control: Rethinking Copyright in the New Information Landscape», dans NIVA ELKIN-KOREN et NEIL NETANEL (dir.), *The commodification of information*, The Hague; New York, Kluwer Law International, 2002, p. 79-106

¹⁵⁴ CHRISTOPHER S. YOO, «Copyright and Public Good Economics: A Misunderstood Relation», (2007) 155 *University of Pennsylvania Law Review* 635

¹⁵⁵ PAUL A. SAMUELSON, «The Pure Theory of Public Expenditure», (1954) 36 *The Review of Economics and Statistics* 387 ; PAUL A. SAMUELSON, «Diagrammatic Exposition of a Theory of Public Expenditure», (1955) 37 *The Review of Economics and Statistics* 350 ; PAUL A. SAMUELSON, «Aspects of Public Expenditure Theories», (1958) 40 *The Review of Economics and Statistics* 332

¹⁵⁶ C.S. YOO, préc., note 154 p. 643

¹⁵⁷ *Id.*, p. 662

[73] L'intervention de l'État est donc nécessaire afin de palier aux problèmes de resquillage, d'épuisement ou de sous-investissement de biens publics¹⁵⁸ par l'introduction de droits de propriétés ou en façonnant des marchés. Par exemple, citons la gestion du spectre de radiofréquences par l'État, l'offre de services de transports¹⁵⁹, la gestion de l'eau ou de l'environnement¹⁶⁰, et la propriété intellectuelle. Dans chacun de ces cas, les chercheurs ont recours à la logique propriétaire comme solution.

[74] Orbach¹⁶¹ précise que, du point de vue du droit d'auteur, les œuvres protégées constituent des biens durables (*durable goods*). Katz¹⁶² ajoute que les biens durables se caractérisent par une persistance de la compétition entre les œuvres. Ainsi, chaque nouvelle œuvre produite entre en compétition avec toutes les œuvres déjà produites par l'humanité. Katz nuance que, couplée à certaines dispositions du droit d'auteur, tels que l'utilisation équitable et la doctrine de l'épuisement, la durabilité des œuvres impose un cadre où les œuvres protégées par le

¹⁵⁸ B.M. FRISCHMANN, préc., note 97

¹⁵⁹ Dans ce cas, il est question du concept de « *common carrier* » où la *common law* impose aux fournisseurs de services des règles communes et équitables puisqu'ils bénéficient d'un monopole naturel de par l'investissement massif requis dans leur entreprise (pensez aux lignes de chemin de fer). Voir : « From ships to bits », (2010) *The Economist* <http://www.economist.com/node/16106593>

¹⁶⁰ Le « rapport Brundtland » est souvent crédité d'avoir popularisé l'expression « développement durable » : GRO HARLEM BRUNDTLAND, *Our Common Future: The World Commission on Environment and Development*, New York, Oxford University Press, 1987 . Voir aussi, entre autres : HENRI LEPAGE, « Pollution : l'approche économique », dans MAX FALQUE et GUY MILLIÈRE (dir.), *Écologie et liberté – une approche de l'environnement*, Paris, Litec, 1991, p. 161

¹⁶¹ BARAK Y. ORBACH, « Durapolist Puzzle: Monopoly Power in Durable-Goods Markets, The », (2004) 21 *Yale J. on Reg* 67 . Il faut dire qu'Orbach vise, par cet article, une critique de l'analyse *antitrust* de l'École de Chicago. Nous désirons simplement relever qu'il cite les éditeurs comme produisant des biens durables.

¹⁶² ARIEL KATZ, « Copyright and competition policy », dans CHRISTIAN HANDKE et RUTH TOWSE (dir.), *Handbook of the Digital Creative Economy*, Northampton, MA, Edward Elgar, 2013, p. 209-221

droit d'auteur retrouvent leur caractère privé malgré le monopole conféré par le droit d'auteur. L'application des théories économiques aux biens durables issues de monopoles naturels introduit l'hypothèse que les biens durables se comportent naturellement comme des biens privés¹⁶³. L'étude de cette hypothèse semble soulever des questions intéressantes¹⁶⁴ sur la pertinence de légiférer un régime d'interdiction général comme le droit d'auteur. Pour le moment, contentons nous de faire le lien entre les biens privés et la propriété.

[75] Demsetz¹⁶⁵ observe que des droits de propriété émergent afin d'internaliser les externalités pour une communauté et maximiser la valeur d'un bien. Ainsi, la tension entre le bien public et le bien privé réside dans une analyse coût-bénéfice découlant de cet échange, où le marché et la propriété privée deviennent un moyen socialement efficace pour déterminer quels sont les coûts et les bénéfices associés à chacun. Frischmann¹⁶⁶ critique l'application des théories de Demsetz car le concept de propriété sous-évalue les externalités positives (*spillovers*¹⁶⁷) d'un marché d'œuvres protégées par le droit d'auteur. Pour Demsetz, le marché risque de ne pas allouer suffisamment de ressources lorsqu'il y

¹⁶³ R. H. COASE, «Durability and Monopoly», (1972) 15 *Journal of Law and Economics* 143

¹⁶⁴ Particulièrement les recherches du professeur Ariel Katz à l'*University of Toronto*. Voir la liste des publications en cours de ce chercheur Canadien : <http://www.law.utoronto.ca/faculty-staff/full-time-faculty/ariel-katz/publications>

¹⁶⁵ HAROLD DEMSETZ, «Toward a Theory of Property Rights», (1967) 57 *The American Economic Review* 347

¹⁶⁶ BRETT M. FRISCHMANN, «Evaluating the Demsetzian Trend in Copyright Law», (2007) 3 *Review of Law & Economics* 649

¹⁶⁷ BRETT M. FRISCHMANN et MARK A. LEMLEY, «Spillovers», (2007) 107 *Columbia Law Review* 257

a tension entre la demande privée et sociale d'un bien, tout en mettant trop l'accent sur le rôle de la propriété privée comme aboutissement aux problèmes économiques que soulèvent les biens publics. Depuis, Demsetz n'a pas désiré s'insérer dans le débat de l'optimisation des droits d'auteurs¹⁶⁸, mais reconnaît que la créativité et les innovations¹⁶⁹ sont des externalités positives qui se rattachent au bien public et qu'elles posent un problème particulier car les modèles économiques classiques les écartent de leur conceptualisation du marché et de la valeur sociale qui en découle. Le débat entre Frischmann et Demsetz met directement en lumière le paradoxe quantique de l'œuvre protégée par le droit d'auteur, qui oscille entre un bien public et privé, selon une analyse coût-bénéfice à l'intérieur du paradigme de la propriété privée et de son rôle d'optimisation des prix par le marché.

¹⁶⁸HAROLD DEMSETZ, «Frischmann's View of "Toward a Theory of Property Rights"», (2008) 4 *Review of Law & Economics* 1 « The trend in property rights arrangements [...] depends on the overall effects of technical and knowledge changes on the advantages and disadvantages of privatizing and communalizing resource ownership. » (p. 130)

¹⁶⁹ HAROLD DEMSETZ, «Creativity and the economics of the copyright controversy», (2009) 6 *Review of Economic Research on Copyright Issues* 5 « the role of the price system was modeled in a way that implicitly removed creative activity from the resource allocation opportunities. To allow such opportunities would have resulted in complexities of risk and uncertainty, necessitating a confrontation with imperfect information. [...] These assumptions, then, rule out the use of resources in creative activity; in this model there are no new goods, no new technologies, no new preferences, and no sources of information, other than prices, to guide decisions about resource deployment opportunities. The entire burden of resource allocation is brought to rest only on prices, which are at levels that clear demand and supply of any short-ages or surpluses on the basis of given demand and supply. » (p. 7) « The exclusion of creativity from perfect competition and from most other economic models necessitates care when these models are used to support or reject a change in copyright or patent laws. » (p. 8)

[76] Une lecture des écrits à propos des défaillances de marché¹⁷⁰ soulève trois grandes classes de risques en matière de l'approche propriétaire en droit d'auteur : le silence du titulaire lorsque une transaction lui est proposée; le refus du titulaire de participer à ladite transaction et, enfin, son avarice. Ces trois cas évoquent une progression naturelle des échanges requis pour opérer une transaction et permettent de modéliser l'interaction entre deux agents, l'un titulaire et l'autre utilisateur. Il faut mentionner également le rôle des coûts de transactions dans les marchés d'œuvres protégées par le droit d'auteur, comme les coûts d'information ou d'opération de la transaction par les formalités requises.

[77] Mais les droits de propriété ne sont pas une panacée. Par exemple, Drahos précise :

« Proprietarianism is sometimes used to refer to those theories of justice which make natural rights their centerpiece. [...] There are two striking features of theories that claim naturalness for rights. First, these rights are said to have a pre-societal and pre-institutional existence. Precise detail over their ontological status varies, depending on whether the accompanying metaphysic is, for example, theological or non-theological. A second critical feature is that these rights function [...] as constraints on decision making. This means that such rights are like fixtures. They cannot be moved because some better result might be obtained by doing so. So, to take a standard

¹⁷⁰ WENDY J. GORDON, «On the Economics of Copyright, Restitution, and Fair Use: Systemic Versus Case-by-Case Responses to Market Failure», (1997) 8 *Journal of Law and Information Society* 7 ; LYDIA PALLAS LOREN, «Redefining the Market Failure Approach to Fair use in an Era of Copyright Permission Systems», (1997) 5 *J. Intell. Prop. L.* 1 ; ROBERT P. MERGES, «Are You Making Fun of Me: Notes on Market Failure and the Parody Defense in Copyright», (1993) 21 *AIPLA Q. J.* 305 ; ANDY TAYLOR, «Defeating Market Failure: Creating Successful Markets by Encouraging Market Creation by Individual Copyright Holders», (2007) 16 *Adelphia L.J.* 39

exemple, the liberty of an innocent individual cannot be infringed simply because this would make a populace happier. »¹⁷¹

[78] Drahos s'oppose à la propriété intellectuelle à cause de la nature intangible des biens et d'autres objections morales¹⁷². Il propose plutôt une conceptualisation instrumentale¹⁷³ qui implique que le droit est un outil. D'ailleurs,

« An instrumentalism of property does not aspire to reveal the deep structures of property or its essential nature. Its push to uncover the nature of property stops at the point at which property is seen as an institutional mechanism [...]. Having arrived at that point, instrumentalism begins to investigate the contingent connections and processes that exist between property and individual behavior and choice, between property and the formation of groups and factions, between property and power, between property and the social patterns and organisations it gives rise to as well as the way in which property comes to be patterned and shaped by social organisations. The old and the new institutionalism in economics is an example, as is the work being done on institutional theory and design. »¹⁷⁴

[79] Lametti poursuit dans la même veine, évoquant une conceptualisation de la propriété comme étant une relation se manifestant à travers une ressource¹⁷⁵ :

« A critical error in property discourse, which unfortunately has found its way into intellectual property discourse, is to discuss the rights in absence of the resource. [...] Re-defining property as a relationship through a resource forces us to understand the particularities that any given resource brings to the property relation. Thus, objects of property necessarily mediate property relations, and frame the parameters of particular property relations. This perspective, I believe, is an equally necessary starting point from which to begin

¹⁷¹ PETER DRAHOS, *A philosophy of intellectual property*, coll. «Applied legal philosophy», Ashgate/Aldershot, Dartmouth, 2007, p. 200

¹⁷² *Id.*, p. 210-213

¹⁷³ *Id.*, p. 213. Drahos nous invite lire les travaux de R.S. Summers sur la perspective instrumentale en droit américain.

¹⁷⁴ *Id.*, p. 214

¹⁷⁵ DAVID LAMETTI, «The concept of property: Relations Through Objects of Social Wealth», (2003) 53 *University of Toronto Law Journal* 325

thinking about intellectual property. In concrete terms, then, we need to look at each kind of resource protected by copyright (or indeed IP), and assess the parameters of the kind of property relation that is appropriate for that resource. Thus it stands to reason that a different set of parameters will apply to traditional works than to computer software than to neighbouring rights, according to the context in which each work was created, and the purpose for which it was created. The intuitive initial conclusion from this analysis is that the need to harmonize all aspects of copyright's rights is misguided.

A related error, equally critical, that occurs when people equate property terms and concepts to intellectual property and copyright discourse, is the presumption that the concept of property is only about rights, and hence copyright is likewise. That is, what gets imported from the concept of property is an absolute form of ownership that does not appear to have any limits, or does not appear to be subservient to any form of larger teleology. »¹⁷⁶

[80] Les travaux de Chapdelaine ¹⁷⁷ sont essentiels pour une conceptualisation propriétaire en droit d'auteur et offrent une occasion de mieux répondre aux critiques soulevées par Drahos et Lametti :

« First, copyright parlance and rhetoric about copyright holders owning their works is far removed from the concept of property and from how copyright is typically constricted by statute. By design, copyright statutes do not institute such a relationship between copyright holders and lawful copies of their works and likely never will. Also, copyright holders' right in the embodiment of their works (e.g. commercial copies made available to consumers) is a remote, specific proprietary right that does not belong on the ownership spectrum. Second, as a corollary to the first observation, there is a reason to be concerned about erroneous property language whereby copyright holders own their works: it obliterates the framework of copyright as it exists. To be sure, what is troublesome is not that copyright is a limited form of property, but an erroneous and potentially dangerous application of the concept of property to copyright. »¹⁷⁸

¹⁷⁶ DAVID LAMETTI, «Coming to Terms with Copyright», dans MICHAEL A. GEIST (dir.), *In the public interest : the future of Canadian copyright law*, Toronto, Irwin Law, 2005, p. 480-516

¹⁷⁷ PASCALE CHAPDELAINE, «The Property Attributes of Copyright», (2014) 10 *Buffalo Intellectual Property Law Journal* 34

¹⁷⁸ *Id.*, p. 68

[81] Les travaux de Drahos, Lametti et Chapdelaine entre autres, précisent la nature flexible mais limitée du concept propriétaire en droit d'auteur. La section suivante explore deux doctrines édictées par la *Cour suprême du Canada* qui vise, selon nous, à définir la frontière entre l'approche propriétaire et instrumentale en droit d'auteur.

Section 1.1.3 Les frontières jurisprudentielles du paradoxe quantique

[82] Les développements récents en droit d'auteur au *Canada* découlent surtout de l'intervention de la *Cour suprême du Canada*. Comme le note Gervais :

*« If one were to try to identify the purpose of copyright law in Canada, official government documents would provide no clear guidance. In fact, it is often believed that this questi is unnecessary and unproductive. »*¹⁷⁹

[83] En fait,

*« neither the government nor Parliament ever adopted a consistent copyright narrative, tapping instead haphazardly several possible policy justification. »*¹⁸⁰

[84] Gervais¹⁸¹ note que la *Cour suprême du Canada* semble combler ce vide dans les jugements depuis l'affaire *Théberge*¹⁸². Rivoire et Gold¹⁸³ abondent dans le même sens, soutenant que :

*« la préférence accordée aux solutions issues de la common law s'explique par l'adhésion de la Cour suprême aux théories anglaises sur la justification de la propriété intellectuelle, en particulier l'utilitarisme »*¹⁸⁴

[85] En ce qui concerne le sujet qui nous intéresse :

¹⁷⁹ DANIEL J. GERVAIS, «A Canadian Copyright Narrative», (2010) 21 *International Property Journal* 269 , p. 285

¹⁸⁰ *Id.* , p. 287

¹⁸¹ *Id.* , p. 288

¹⁸² *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, préc., note 90

¹⁸³ MAXENCE RIVOIRE et E. RICHARD GOLD, «Propriété intellectuelle, Cour suprême du Canada et droit civil», (2015) 60 *McGill Law Journal* 381 , p. 387 : Puis, p. 387-8 : « *Les différences entre le droit civil et la common law sont les plus visibles sur le terrain du droit d'auteur. Traditionnellement le droit d'auteur civiliste s'oppose au copyright du modèle anglo-américain. [...] Au cours des dernières années, la Cour suprême a comblé cette lacune politique en donnant la priorité aux solutions issues de la common law.* »

¹⁸⁴ *Id.* , p. 387

« Les différences entre le droit civil et la common law sont les plus visibles sur le terrain du droit d'auteur. Traditionnellement le droit d'auteur civiliste s'oppose au copyright du modèle anglo-américain. [...] Au cours des dernières années, la Cour suprême a comblé cette lacune politique en donnant la priorité aux solutions issues de la common law. »¹⁸⁵

[86] Sans vouloir tirer des conclusions sur l'évolution philosophique de la *Cour suprême*, Rivoire et Gold précisent toutefois la préférence marquée pour l'approche utilitariste qui s'articule mieux dans la *common law*¹⁸⁶.

[87] Suite à ces constats, nous désirons mettre l'emphase sur deux principes stipulés par le plus haut tribunal du pays qui sont pertinents pour saisir le paradoxe quantique de l'œuvre : le droit des utilisateurs et la neutralité technologique. Par ces deux principes, nous croyons que la *Cour suprême du Canada* cherche, à tâtons certes, de circonscrire la frontière entre le droit naturel de propriété et l'approche utilitariste en droit d'auteur.

1.1.3.1 L'utilisation équitable comme droit des utilisateurs

[88] Suite à la brèche utilitariste opérée par l'arrêt *Théberge*¹⁸⁷, la *Cour suprême du Canada* persiste en 2004 avec l'arrêt *CCH*¹⁸⁸.
Sommairement, le litige oppose des éditeurs juridiques et le *Barreau du Haut-Canada* qui offre un service de photocopie et de livraison documentaire par télécopie à ses membres et d'autres groupes ciblés

¹⁸⁵ *Id.*, p. 387-8

¹⁸⁶ *Id.*, p. 428-9 : « Ainsi que nous l'avons répété, l'utilitarisme ne constitue pas un cadre juridique propice au transport des idées civilistes. Or, conformément à l'arrêt *Théberge*, le juge Binnie opte clairement pour la théorie de l'équilibre. »

¹⁸⁷ *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, préc., note 90

¹⁸⁸ *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 1 RCS 339 (Cour suprême du Canada)
<http://canlii.ca/t/1glw>

par le biais de son service de bibliothèque. Les éditeurs s'opposent à cette utilisation de leur matériel protégé. Selon Scassa, la Cour repositionne la conceptualisation du droit d'auteur dans cet arrêt :

« The decision of the Supreme Court of Canada in CCH Canadian is one of the most significant copyright decision made by that Court in recent times. In a single decision, the Court has confirmed and consolidated its new interpretive approach to copyright law, provided a new standard of originality in copyright, updated the law on authorization in relation to those who provide both the means and content for copying, and set new, expansive parameters to the fair dealing defence. It has done so in a way that is encouraging and supporting of users' rights, and which may be of great significance to major publicly funded users of copyright works such as libraries, schools, and archives. At the same time, by dealing with so many major issues in such a relatively brief and sparsely reasoned decision, the Court has raised new questions and created new problems for future courts to tackle. »¹⁸⁹

[89] De tous ces principes, le plus pertinent pour notre analyse concerne la qualification de l'utilisation équitable en tant que droit des utilisateurs. La Cour suprême stipule qu' :

« il importe de clarifier certaines considérations générales relatives aux exceptions à la violation du droit d'auteur. Sur le plan procédural, le défendeur doit prouver que son utilisation de l'œuvre était équitable; cependant, il est peut-être plus juste de considérer cette exception comme une partie intégrante de la Loi sur le droit d'auteur plutôt que comme un simple moyen de défense. Un acte visé par l'exception relative à l'utilisation équitable ne viole pas le droit d'auteur. À l'instar des autres exceptions que prévoit la Loi sur le droit d'auteur, cette exception correspond à un droit des utilisateurs. Pour maintenir un juste équilibre entre les droits des titulaires du droit d'auteur et les intérêts des utilisateurs, il ne faut pas l'interpréter restrictivement. »¹⁹⁰

¹⁸⁹ TERESA SCASSA, «Recalibrating Copyright Law? A Comment on the Supreme Court of Canada's Decision in CCH Canadian Limited et al. v. Law Society of Upper Canada», (2004) 3 *Canadian Journal of Law and Technology* 89, p. 97-8

¹⁹⁰ *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, préc., note 188, para. 48

[90] Ensuite, la *Cour suprême* stipule six facteurs pour apprécier une utilisation équitable d'une œuvre :

*« (1) le but de l'utilisation; (2) la nature de l'utilisation; (3) l'ampleur de l'utilisation; (4) les solutions de rechange à l'utilisation; (5) la nature de l'œuvre; (6) l'effet de l'utilisation sur l'œuvre. Bien que ces facteurs ne soient pas pertinents dans tous les cas, ils offrent un cadre d'analyse utile pour statuer sur le caractère équitable d'une utilisation dans des affaires ultérieures. »*¹⁹¹

[91] La *Cour suprême* applique les six facteurs de son cadre d'analyse de l'utilisation équitable à la *Politique d'accès à l'information juridique* du service de la bibliothèque du *Barreau du Haut-Canada*¹⁹². En ce qui concerne les solutions de rechange à l'utilisation, le quatrième facteur, la *Cour* indique :

*« La possibilité d'obtenir une licence n'est pas pertinente pour décider du caractère équitable d'une utilisation. Tel qu'il est mentionné précédemment, l'utilisation équitable fait partie intégrante du régime de droit d'auteur au Canada. Un acte visé par l'exception au titre de l'utilisation équitable ne violera pas le droit d'auteur. Si, comme preuve du caractère inéquitable de l'utilisation, le titulaire du droit d'auteur ayant la faculté d'octroyer une licence pour l'utilisation de son œuvre pouvait invoquer la décision d'une personne de ne pas obtenir une telle licence, il en résulterait un accroissement de son monopole sur l'œuvre qui serait incompatible avec l'équilibre qu'établit la Loi sur le droit d'auteur entre les droits du titulaire et les intérêts de l'utilisateur. »*¹⁹³

[92] Depuis, la *Cour suprême* a livré, en bloc, cinq jugements en 2012 traitant du droit d'auteur, que certains appellent la *pentalogie*¹⁹⁴. Deux d'entre eux invoquent l'utilisation équitable comme droit des utilisateurs.

¹⁹¹ *Id.*, para. 53

¹⁹² *Id.*, para. 61 et suivants

¹⁹³ *Id.*, para. 70

¹⁹⁴ MICHAEL GEIST (dir.), *The Copyright Pentalogy: How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law*, University of Ottawa Press, 2013

Dans *Alberta (Éducation)*¹⁹⁵, la *Cour suprême* doit déterminer la teneur exacte de l'utilisation équitable pour fins d'étude privée dans le milieu scolaire, spécifiquement s'il existe une distinction entre une photocopie effectuée par un enseignant à la demande d'un étudiant ou non¹⁹⁶ et si l'étude privée impose « *l'utilisateur qu'il consulte une œuvre protégée dans un splendide isolement*¹⁹⁷ » ou non. Sur ces deux questions, la *Cour suprême* a tranché en faveur des utilisateurs. Dans *Bell*¹⁹⁸, la *Cour suprême* tranche en faveur des services de musique en ligne qui offrent un extrait gratuitement d'une œuvre musicale à un consommateur, le fournisseur de service musical numérique habilite les consommateurs à effectuer une utilisation équitable pour des fins de recherche. Dans ces deux cas, une société de gestion collective des droits d'auteurs tente de convaincre la *Cour* qu'il est possible et préférable de proposer une licence pour les utilisations visées. Cette licence implique nécessairement l'argument propriétaire, où la valeur de l'utilisation n'est pas nulle. Il est intéressant de noter que la *Cour suprême* valide, dans ces deux cas, une utilisation équitable qui n'offre ni rémunération, ni contrôle du titulaire.

¹⁹⁵ *Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 2 RCS 345 (Cour suprême du Canada) <http://canlii.ca/t/fs0v4>

¹⁹⁶ *Id.*, para. 25

¹⁹⁷ *Id.*, para. 27

¹⁹⁸ *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*, 2012 2 RCS 326 (Cour suprême du Canada) <http://canlii.ca/t/fs0vd>

[93] Par ailleurs, le cas de *Bell*¹⁹⁹ illustre comment les œuvres protégées ne se comportent pas comme des biens privés classiques. Ils constituent des biens d'expérience²⁰⁰ puisque la valeur réelle de l'utilité que peut en tirer un consommateur ne sera réellement connue que lorsqu'il aura consommé l'œuvre. Par exemple, les membres du public doivent acheter un billet au cinéma avant d'établir leur propre jugement du film. Il en va de même pour un concert, un livre ainsi que de la plupart des œuvres protégées par le droit d'auteur. Si nous mettons de côté la valeur découlant de la réputation²⁰¹ des créateurs, cette réalité se répercute sur toute la chaîne commerciale de la création. Une œuvre doit non seulement être créée, mais elle doit être consommée avant de pouvoir obtenir une valeur sur le marché. Malgré les avances qu'un auteur peut obtenir de son éditeur, le succès d'un roman ne sera connu qu'après son lancement et, manifestement, après que l'œuvre soit complétée. Ainsi, le financement de la création crée de fortes asymétries de pouvoir entre les intervenants des industries culturelles.

[94] Pour tout dire, les jugements *CCH, Alberta (Éducation)* et *Bell* de la *Cour suprême* confirment l'utilisation équitable comme droit des utilisateurs. Ce nouveau principe constitue une frontière possible du droit naturel de propriété conféré au titulaire du droit d'auteur d'une œuvre.

¹⁹⁹ *Id.*

²⁰⁰ OLIVIER BOMSEL, *L'économie immatérielle*, coll. «NRF essais,; Variation: NRF essais.», Paris, Gallimard, 2010

²⁰¹ HOWARD S. BECKER, *Les mondes de l'art*, Paris, Flammarion, 1988

1.1.3.2 La neutralité technologique

[95] Pour expliquer la neutralité technologique, professeur Gautrais emploie la conceptualisation de Claire Dalton²⁰² pour la définir soit comme un outil, soit comme un droit « censeur » ou un résultat²⁰³. Cette conceptualisation permet à Gautrais d'avancer cette définition, où la neutralité technologique :

*« peut être perçue de **trois manières différentes** au moins : d'abord une loi ne réfère pas aux technologies ; ensuite une loi ne discrimine pas les technologies et enfin une loi qui nivèle les effets et les conséquences potentielles des différentes technologies. »²⁰⁴
(L'emphase est de l'auteur.)*

[96] Gautrais propose deux hypothèses pour saisir la neutralité selon la conceptualisation de Dalton. La première pose la neutralité technologique comme un outil de rédaction législative, mais aussi d'interprétation par les cours de justice, comme c'est d'ailleurs le cas dans le droit des contrats et de la preuve²⁰⁵. La seconde considère :

« la neutralité technologique comme un facteur de répartition de bénéfices entre des intérêts catégoriels distincts comme c'est par exemple le cas en droit d'auteur (auteur versus utilisateur), en droit de la protection des renseignements personnels (organisation versus individu), en droit de la diffamation (le diffamant réclamant de la liberté d'expression versus le diffamé alléguant l'atteinte à la réputation) et même le droit pénal (protection du public versus protection des droits de l'accusé). »²⁰⁶

[97] De plus, Gautrais propose que la neutralité technologique est en réalité un amalgame de quatre thèmes : l'équivalence fonctionnelle;

²⁰² CLAIRE DALTON, «An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine», (1985) 94 *Yale Law Journal* 997

²⁰³ VINCENT GAUTRAIS, *Neutralité technologique : rédaction et interprétation des lois face aux changements technologiques*, Montréal, Thémis, 2012, p. 19-20

²⁰⁴ *Id.*, p. 32

²⁰⁵ *Id.*, p. 63

²⁰⁶ *Id.*, p. 64

l'interchangeabilité; la non-discrimination et l'interopérabilité²⁰⁷. Il rejette les trois derniers comme « *néologismes ronflants*²⁰⁸ », mais propose que la première s'apparente à l'analyse téléologique, un outil pertinent pour l'interprétation judiciaire²⁰⁹. Par ailleurs, la neutralité technologique, malgré sa nature « *trop protéiforme pour être aisément utilisable*²¹⁰ » peut servir, tout comme l'équivalence fonctionnelle, à la rédaction des lois.

[98] En droit d'auteur, la *Cour suprême* introduit la neutralité technologique avec l'arrêt *Robertson*²¹¹ dans ce litige qui oppose l'éditeur d'un quotidien et les journalistes et pigistes qui y travaille. La *Cour* doit trancher si le transfert des articles déjà publiés dans l'édition papier sur un CD-Rom puis sur un site Internet nécessite un consentement nouveau. Ainsi, les juges majoritaires (5-4) stipulent ainsi la question de droit :

« Le paragraphe 3(1) de la Loi sur le droit d'auteur reflète le principe de la neutralité du support, en reconnaissant un droit de produire ou de reproduire une œuvre « sous une forme matérielle quelconque ». La neutralité du support signifie que la Loi sur le droit d'auteur continue de s'appliquer malgré l'usage de supports différents, y compris ceux qui dépendent d'une technologie plus avancée. Elle ne signifie toutefois pas qu'après sa conversion en données électroniques, une œuvre peut être utilisée n'importe comment. L'œuvre finale demeure assujettie à la Loi sur le droit d'auteur. Le principe de la neutralité du support ne permet pas d'écarter les droits des auteurs —

²⁰⁷ *Id.*, p. 99

²⁰⁸ *Id.*, p. 98

²⁰⁹ *Id.*, p. 103

²¹⁰ *Id.*, p. 99

²¹¹ *Robertson c. Thomson Corp.*, 2006 2 RCS 363 (Cour suprême du Canada) <http://canlii.ca/t/1pqw0>

il a été établi pour protéger les droits des auteurs et des autres à mesure que la technologie évolue. »²¹²

[99] Comme le précise Gervais, la Cour a tranché en partie en faveur des pigistes :

« La divergence d'opinion la plus importante entre les opinions majoritaire et minoritaire porte sur la nature de ce qui est reproduit. Selon la majorité, la base de données ne reproduit pas le journal (tel que publié comme quotidien), mais plutôt les articles pris individuellement. Ainsi, en produisant sa base de données, le Globe ne reproduit pas le journal sur lequel il a des droits, mais les œuvres de pigistes, dont il viole par conséquent les droits. Selon l'opinion dissidente, la base de données reproduit la substance du journal et ne requiert donc pas l'autorisation des pigistes. Les deux opinions s'accordent cependant sur le fait que le CD-ROM, qui reproduit le quotidien (dans la mesure ou lorsqu'on accède à un article les autres articles parus la même journée sont mentionnés), est une reproduction par l'éditeur du journal et, partant, ne requiert pas l'autorisation des pigistes. »²¹³

[100] Ainsi, tout dépend de l'équivalence fonctionnelle entre les différentes technologies. L'impact, pour nos travaux, est de constater comment la neutralité technologique permet de délimiter le droit patrimonial dans le contexte des nouvelles technologies numériques.

[101] Depuis Robertson, la Cour suprême invoque la neutralité technologique dans trois arrêts : *ESA*²¹⁴, *Rogers*²¹⁵ et *Bell*²¹⁶. Hagen confirme, dans son analyse de ces jugements, que :

²¹² *Id.*, para. 49

²¹³ DANIEL J. GERVAIS, «Robertson c. Thomson Corp. : Un commentaire sur le droit des pigistes à la lumière de l'intervention de la Cour suprême du Canada», (2006) 3 *University of Ottawa Law & Technology Journal* 601, p. 606

²¹⁴ *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 2 RCS 231 (Cour suprême du Canada) <http://canlii.ca/t/fs0v6>

²¹⁵ *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 2 RCS 283 (Cour suprême du Canada) <http://canlii.ca/t/fs0v8>

²¹⁶ *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*, préc., note XXX

« the new principle of technological neutrality is an interpretive rule that regulates competition between incumbent and new disseminators and, thereby, aims to further the goals of the Copyright Act. The principle of technological neutrality requires that copyrights are to be interpreted so that incumbent and new disseminators are treated equally, unless otherwise provided by Parliament. This principle of legislative interpretation is grounded by the Supreme Court in the principle that the author's incentive must efficiently further the public's interest in dissemination. »²¹⁷

[102] Pour tout dire, la neutralité technologique est un des principes stipulés par la Cour suprême du Canada pour délimiter le droit naturel de propriété des titulaires. Il s'agit d'une manifestation du paradoxe quantique de l'œuvre, qui oscille naturellement entre une nature de bien privé et celle d'un bien utile pour la société.

²¹⁷ GREGORY R. HAGEN, «Technological Neutrality in Canadian Copyright Law», dans MICHAEL GEIST (dir.), *The Copyright Pentalogy: How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law*, University of Ottawa Press, 2013, p. 307-333 , p. 326-7

Section 1.1.4 Représentation du paradoxe quantique

[103] Le Tableau 1 présente une synthèse comparative des éléments pertinents des biens publics et privés évoqués dans ce chapitre :

Tableau 1 : Paradoxe quantique de la nature économique de l'œuvre protégée par le droit d'auteur

	Offre	Demande
Paradigme dominant	Bien privé	Bien public
Cadres conceptuels	Marché, Économie d'échelle (« <i>scale</i> »)	Économie des réseaux
Caractéristique des biens	Rivaux et exclusifs	Non rivaux et non exclusifs
Modalité économique	Effet de rareté	Effet d'entraînement (<i>positive feedback</i>)
Équilibre	Offre = demande	Zéro ou infini
Asymétrie	Capital	Accès
Risque	Défaillances de marchés (silence, refus, avarice) et coûts de transactions (information)	Épuisement ou resquillage (<i>tragedy of the commons</i>), l'anticommune, absence de signalement des préférences
Conditions	Compétition, bien d'expérience, bien durable, longue traîne (<i>long tail</i>)	Masse critique, valeur cumulative
Exemples à l'extérieur du droit d'auteur	Biens de consommation, régime de propriété...	Radiofréquences, transport (concept du <i>common carrier</i>), l'eau ou l'environnement...

[104] Nous proposons donc que ce paradoxe quantique constitue un premier axiome structurant les effets des droits économiques, dits patrimoniaux, du droit d'auteur. Ainsi, en raison de sa nature même, l'œuvre numérique oscille naturellement entre deux états économiques

fondamentaux : ceux de biens publics et privés. Il n'est donc pas nécessaire de résoudre la tension entre ces deux états paradoxaux, mais de l'accepter dans le développement de notre modèle conceptuel. D'ailleurs, les intervenants dans le débat public entourant « l'équilibre » du droit d'auteur gagneraient beaucoup en acceptant la réalité quantique des deux natures économiques de l'œuvre numérique protégée par le droit d'auteur. Elles ne sont pas mutuellement exclusives, mais se chevauchent, se repoussent et s'amplifient en même temps. La nature économique d'une œuvre protégée par le droit d'auteur est réellement quantique, d'autant plus que nous ne privilégions aucun des deux états, mais considérons les deux comme étant indissociables.

Chapitre 1.2 Continuum du consentement

[105] Dans cette section, nous poursuivons notre analyse des dynamiques internes du droit d'auteur. Nous avons déjà établi les deux positions extrêmes du modèle économique des œuvres protégées par le droit d'auteur dans la section précédente. Il convient maintenant d'explorer leur point d'ancrage, la frontière par laquelle l'œuvre passe d'un état à un autre. Nous démontrerons également que le moyen en vertu duquel le titulaire consent (ou non) à l'utilisation d'une œuvre constitue le second axiome structurant des modalités économiques du droit d'auteur.

[106] Si le droit d'auteur introduit un régime où le titulaire détient des droits exclusifs sur une œuvre protégée²¹⁸, la transaction est le moment où le titulaire relâche certaines interdictions statutaires en échange d'une contrepartie, au profit des utilisateurs. Par ailleurs, la *Loi sur le droit d'auteur*²¹⁹ prévoit certains cas spéciaux où le régime d'interdiction du titulaire ne s'applique pas. Il convient donc de se questionner sur ces transactions afin de comprendre comment opèrent les marchés d'œuvres protégées par le droit d'auteur. Cette section présente une ontologie des mécanismes édictés par la *Loi sur le droit d'auteur*²²⁰ qui permettent l'accès aux œuvres protégées. Ces mécanismes sont

²¹⁸ *Loi sur le droit d'auteur*, préc., note 1, art. 3

²¹⁹ *Id.*, Partie III, art. 29-32.2

²²⁰ *Id.*, Partie III, art. 29-32.2

présentés du point de vue du titulaire, en fonction du niveau de consentement que celui-ci exerce.

[107] D'entrée de jeu, il est intéressant de noter que, du point de vue de l'utilisateur, ces moyens sont classés en fonction du niveau de risque encouru. La concession est le mécanisme nécessitant le plus haut niveau de consentement du titulaire. À l'opposé, la violation est celui qui en requiert le moins, voire pas du tout. Ainsi, la concession génère moins de risque tandis que la violation, de toute évidence, engendre plus de risque. Le consentement du titulaire entretient une relation inversement proportionnelle au niveau risque encouru par l'utilisateur. Il s'agit d'un élément clé du régime du droit d'auteur.

Section 1.2.1 Concession : cessions et licences

[108] L'alinéa 4 de l'article 13 de la *Loi sur le droit d'auteur*²²¹ édicte les paramètres précis selon lesquels un titulaire ou son représentant peut concéder son droit d'auteur. Une concession regroupe deux grandes classes de relations juridiques entre le titulaire et les utilisateurs d'une œuvre protégée par le droit d'auteur : la cession équivaut à un transfert de droit tandis que la licence représente essentiellement une autorisation d'utilisation²²². L'intérêt de notre analyse repose sur l'intégration des développements ayant eu lieu durant les dernières décennies en ce qui concerne le recours aux moyens contractuels dans le cadre de transactions impliquant des œuvres protégées dans l'environnement numérique²²³.

[109] Plusieurs chercheurs ont étudié le phénomène de la contractualisation des rapports numériques. Lemley²²⁴ propose l'expression *terms of use* pour désigner la réalité des dispositions contractuelles applicables au domaine numérique :

²²¹ *Id.* « Cession et licence (4) Le titulaire du droit d'auteur sur une oeuvre peut céder ce droit, en totalité ou en partie, d'une façon générale ou avec des restrictions relatives au territoire, au support matériel, au secteur du marché ou à la portée de la cession, pour la durée complète ou partielle de la protection; il peut également concéder, par une licence, un intérêt quelconque dans ce droit; mais la cession ou la concession n'est valable que si elle est rédigée par écrit et signée par le titulaire du droit qui en fait l'objet, ou par son agent dûment autorisé. »

²²² FREDERIC BRAND, *The legal nature of the copyright licence under Canadian law*, University of Toronto, 2005

²²³ PHILIPPE LE TOURNEAU, *Contrats informatiques et électroniques*, 6e éd remaniée et augm, coll. «Dalloz référence», Paris, Dalloz, 2010

²²⁴ MARK A. LEMLEY, «Terms of Use», (2006) 91 *Minn. L. Rev.* 459

*« Collectively, I call shrinkwrap, clickwrap, and browsewrap licenses “terms of use,” because they control (or purport to control) the circumstances under which buyers of software or visitors to a public Web site can make use of that software or site. »*²²⁵

[110] Il poursuit en ajoutant que :

*« Until 1996, every court to consider the validity of a shrinkwrap license held it unenforceable. The tide began to turn with Judge Easterbrook’s 1996 opinion upholding a shrinkwrap license in ProCD, Inc. v. Zeidenberg. »*²²⁶

[111] Comme le relate Lemley, la vaste majorité des cas portés devant les cours de justice concerne surtout des actions en justice entre des entités commerciales spécialisées :

*« The four main cases in which courts have enforced browsewraps have the same basic fact pattern. The plaintiff runs a Web site. The defendant is a smaller company, often a competitor, who repeatedly accesses the plaintiff’s Web site to collect data, often using software “robots.” The plaintiff objects to this access, nominally because of load on its servers, but in fact because the plaintiff wants to make sure the defendant cannot access its data. The defendant may or may not be aware of the terms of use, but it is generally aware that the plaintiff objects to the defendant’s use of the site. Indeed, the plaintiffs often use technical means to block the defendant from accessing the site, and defendants try to evade those means. Cours generally conclude that because of this repeated interaction, the defendant was at least aware of those terms of use even though it never assented to those terms. And because the cases all include property as well as contract claims, it is all too easy for courts to conflate the two, concluding that the niceties of assent don’t really matter because the Web site owner was merely enforcing rules they had the legal power to impose on users of their property. »*²²⁷

[112] Lemley²²⁸ récence un second groupe de cas, où les parties mises en cause sont en réalité des entités commerciales ayant mis à disposition le

²²⁵ *Id.*, p. 460

²²⁶ *Id.*, p. 468

²²⁷ *Id.*, p. 472-3

²²⁸ *Id.*, p. 474

contrat dans le contexte numérique. Puis, Lemley²²⁹ identifie des causes où les consommateurs sont intimidés, mais celles-ci concernent surtout des situations où une corporation modifie unilatéralement les termes du contrat. Lemley²³⁰ précise, finalement, que le problème principal de la contractualisation à outrance du numérique relève de la multiplication des situations quotidiennes où des citoyens ou des employés ont recours à divers sites Internet ou logiciels, créant ainsi une « mosaïque » d'obligations contractuelles pratiquement irréconciliables.

²²⁹ *Id.*, p. 475-6

²³⁰ *Id.*, p. 478

Section 1.2.2 Limitation

[113] La limitation²³¹ survient principalement dans un contexte où des sociétés de gestion collective²³² gèrent les droits d'auteurs de titulaires qui ont confié la gestion de leurs droits à celle-ci. Ainsi, le titulaire original n'a pas à intervenir directement pour opérer la transaction, mais reçoit une rémunération pour l'utilisation de son œuvre. Dans un tel cas, il est question d'une limitation du droit d'auteur car l'utilisation d'une œuvre inscrite dans le répertoire de la société de gestion collective est libre, c'est-à-dire sans obtention de permission préalable, mais pas gratuite car un paiement doit être fait à la société de gestion.

[114] Boyer²³³ propose une analyse fort pertinente du contexte économique des sociétés de gestion collective. Il précise, d'entrée de jeux, que les marchés d'œuvres protégées par le droit d'auteur doivent opérer à l'intérieur d'une défaillance de marché dictée par la nature non-rivale et non-exclusive des biens. Les marchés efficaces opèrent lorsque le prix demandé est égal au coût marginal de production. Par contre, les marchés d'œuvres protégées par le droit d'auteur ne peuvent pas

²³¹ MIHÁLY FICSOR, «Collective Management of Copyright and Related Rights», dans *WIPO Guide on the Licensing of Copyright and Related Rights*, Genève, World Intellectual Property Organisation, 2004, p. 100-124, p. 101

²³² ULRICH UCHTENHAGEN, ULRICH UCHTENHAGEN et PROPERTY ORGANIZATION WORLD INTELLECTUAL, *The setting-up of new copyright societies some experiences and reflexions*, Geneva, World Intellectual Property Organization, 2009

²³³ MARCEL BOYER, «The Economics Fair Use/Dealing: Copyright Protection in a Fair and Efficient Way », (2012) 9 *Review of Economic Research on Copyright Issues* 3

survenir puisque le coût de la copie d'une œuvre, surtout numérique, est très proche de zéro. Pour corriger cette défaillance :

« A benevolent state with access to all relevant information, in a perfect and complete information universe, could make appropriate payments directly to authors for their specific works created from the significant exercise of their talents, judgment, and labour, and disseminate the works produced to all citizens as users. The benevolent State in doing so would make the maximum possible dissemination of these works and ideas, would thereby promote the emergence of a situation described by Justice Binnie as "...a balance between, on the one hand, promoting the public interest in the encouragement and dissemination of works of the intellect and the arts and, on the other hand, obtaining a just reward for the creator²³⁴..." and would contribute to the optimal development of the arts and sciences. To use the language of economic theory, this situation corresponds to a first-best optimum. »²³⁵

[115] Mais, bien malheureusement, cette option n'est pas viable vu les coûts d'information. Par exemple, l'État n'a pas les moyens d'être à l'affût des créateurs talentueux ou de contrôler les façons dont le public perçoit les œuvres. Il faut explorer le second et le troisième optimum, soit, l'établissement des droits de propriété, puis des moyens pour diminuer les coûts de transaction. Tout comme Boyer le conclut :

« The characteristics of a second-best optimum were described as follows: in order to remain as close as possible to the first-best optimum in the allocation of resources, it is necessary to create property rights that allow authors to collect a sufficient portion of the value of their works to provide incentives and rationales for exerting their creative efforts (labour and intellectual effort, talent and judgment). The possibility of reproducing original works at virtually zero cost makes it difficult to enforce property rights, thereby further increasing transaction costs: the potential market thus collapses with ultimately harmful effects on the creation of quality original works. To counter these harmful effects, a way must be found to reduce transaction costs.

²³⁴ *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, préc., note 90, para. 30

²³⁵ M. BOYER, préc., note 233, p. 17-8

This leads us to the characterization of what we might call a third-best optimum in the allocation of resources to the production and dissemination of works: to favour, through copyright pools, a significant reduction in transaction costs by simplifying exchanges between creators and users through the sale of a single non-discriminatory blanket licence for access to a large pool of works; to encourage the search for a generally acceptable way of establishing the competitive price of reproducing works; and finally to promote the design of efficient (inexpensive) mechanisms through which users and creators can make transactions freely while respecting each other's rights in a fair and balanced manner, in other words by emulating the operation of a free and competitive market. »²³⁶

[116] Boyer a recours à cette logique pour conclure que, puisque le troisième optimum est le seul moyen viable, il est primordial de limiter l'affaiblissement des institutions qui le maintiennent en place. Ainsi, les sociétés de gestion collective répondent à quatre impératifs pour maintenir des marchés efficaces :

« In the current technological and institutional context, the third-best optimum probably represents the best that can be done. For this, we need four elements : first, a method for determining the competitive price for the reproduction of original works protected by copyright, with fair and balanced protection of the rights of both authors and users; second, an effective (inexpensive) rights management mechanisms to promote the maximal distribution and dissemination of works; third, a significant reduction in exclusion by marketing a single set of similar but differentiated and appropriately designed licences for access to a vast pool of works and this, without broadening the fair dealing exemption; and fourth, a requirement that specific organisations pay for their appropriately designed licence(s) on behalf of their respective constituencies. »²³⁷

[117] Il faut noter l'introduction d'un doute à la première phrase de cette citation quant à l'impératif d'avoir recours aux sociétés de gestion collectives. Nous proposerons dans les autres parties de cette thèse que des institutions peuvent émerger pour préserver les marchés pour des

²³⁶ *Id.*, p. 43

²³⁷ *Id.*, p. 44

œuvres protégées par le droit d'auteur dans l'environnement numérique. Malgré tout, il est primordial de présenter d'abord le rôle de premier plan des sociétés de gestion collective du droit d'auteur.

1.2.2.1 Cas spécial : licence collective étendue

[118] La licence collective étendue est un régime juridique spécial où des sociétés de gestion collective ayant en leur sein un nombre significatif de membres peuvent représenter les intérêts de tiers qui sont titulaires de droits sans leur consentement direct²³⁸. Rosén²³⁹ précise que la nature privée des relations ainsi établies par licence facilite leur adhérence aux principes de la *Commission Européenne* tout en se conformant aux principes de traitement national de la *Convention de Berne*. Ces licences éliminent les problèmes liés à l'obtention du consentement pour l'utilisation d'œuvres orphelines²⁴⁰ puisque les titulaires ne sont pas identifiables. De plus, ces licences permettent la numérisation de masse en bibliothèque²⁴¹ et la retransmission de signaux télévisuels²⁴².

²³⁸ Voir : TARJA KOSKINEN-OLSSON, «Collective Management in the Nordic Countries», dans DANIEL J. GERVAIS (dir.), *Collective management of copyright and related rights*, Alphen aan den Rijn, The Netherlands Frederick, Md., Kluwer Law International ; Distributed in North America by Aspen Publishers, 2006, p. 257-282

²³⁹ JAN ROSÉN, «La diffusion en ligne et le régime de licence collective étendue (« ECL ») des pays nordiques – Les œuvres orphelines comme précédent», (2012) 24 *Les Cahiers de propriété intellectuelle* 321

²⁴⁰ EMILY BURRELL HUDSON, ROBERT, «Abandonment, Copyright and Orphaned Works: What Does It Mean to Take the Proprietary Nature of Intellectual Property Rights Seriously», (2011) 35 *Melbourne University Law Review* 971

²⁴¹ JOHAN AXHAMN et LUCIE GUIBAULT, *Cross-border extended collective licensing: a solution to online dissemination of Europe's cultural heritage?*, Amsterdam, University of Amsterdam, 2011
http://www.ivir.nl/publicaties/guibault/ECL_Europeana_final_report092011.pdf (2011-09-11)

²⁴² J. ROSÉN, préc., note 239

Samuelson²⁴³ a même proposé cette solution pour permettre à *Google* d'opérer son projet de numérisation de livres.

[119] L'intérêt pour ce cadre juridique est qu'il représente un type particulier, voire pur, de limitation, où le titulaire est présumé participer à la licence conférée par la société de gestion collective. Le titulaire doit poser un geste positif pour s'en exclure (*opt-out*).

1.2.2.2 Cas spécial : la Commission du droit d'auteur du Canada

[120] La *Loi sur le droit d'auteur*²⁴⁴ canadienne édicte aux articles 66 à 78 la création de la *Commission du droit d'auteur* ainsi qu'un régime de gestion collective. Sommairement, les sociétés de gestion collective sont appelées à diminuer les coûts d'information et de transactions dans les marchés d'œuvres protégées par le droit d'auteur en mutualisant certains droits d'auteurs (par exemple : l'exécution en public, la reproduction, etc.) de plusieurs titulaires d'œuvres semblables (par exemple : musique, livres, etc.) afin d'offrir des licences à des communautés spécifiques (par exemple : stations de radio, établissements d'enseignement, etc.) pour optimiser les échanges économiques. Ainsi, une station de radio peut exécuter en public la musique du répertoire de la société de gestion collective en vertu de sa

²⁴³PAMELA SAMUELSON, «Legislative Alternatives to the Google Book Settlement », (2011) 34 *The Columbia Journal of Law and the Arts* 697

²⁴⁴*Loi sur le droit d'auteur*, préc., note 1

licence, sans avoir à contacter chaque titulaire d'une pièce. Il est question d'une limitation car l'utilisation est libre mais pas gratuite.

[121] En ce qui concerne la *Commission du droit d'auteur*, il s'agit d'une institution unique au monde qui opère au *Canada* depuis plus de 30 ans²⁴⁵ comme une sorte de tribunal spécial. Elle a un droit de regard et d'adjudication sur les termes des licences, comme les redevances et les modalités s'y rattachant, négociées entre les sociétés de gestion collective et les utilisateurs d'œuvres protégées par le droit d'auteur. La *Commission du droit d'auteur* ainsi que les sociétés de gestion collective²⁴⁶ sont des intervenants centraux dans plusieurs marchés nécessitant l'utilisation massive d'œuvres protégées par le droit d'auteur au *Canada*.

²⁴⁵ *The Copyright Board of Canada : bridging law and economics for twenty years = La Commission du droit d'auteur du Canada : vingt ans entre le droit et l'économie*, Cowansville, Québec, Éditions Y. Blais, 2011

²⁴⁶ JACQUES ROBERT, «An Evaluation of Collective Copyright Management in Canada», dans MARCEL BOYER, MICHAEL J. TREBILCOCK et D. VAVER (dir.), *Competition policy and intellectual property*, Toronto :, Irwin Law, 2009, p. 403

Section 1.2.3 Exception

[122] La *Loi sur le droit d'auteur*²⁴⁷ édicte plusieurs exceptions, dont les articles 29 et suivants, concernant l'utilisation équitable. Elle établit aussi d'autres exceptions plus précises : les articles 29.4 à 30.04, pour les établissements d'enseignement, et les articles 30.1 à 30.21, pour les bibliothèques, musées ou services d'archives. L'utilisation équitable ainsi que les exceptions édictent des dispositions permettant aux utilisateurs d'œuvres protégées par le droit d'auteur de faire fi du régime d'exclusion prévu par la loi. Certaines institutions, comme les bibliothèques, peuvent également recourir à l'utilisation équitable au nom de leurs usagers. Parmi ces articles, il est important de s'attarder au 30.2 qui édicte :

*« 30.2 (1) Ne constituent pas des violations du droit d'auteur les actes accomplis par une bibliothèque, un musée ou un service d'archives ou une personne agissant sous l'autorité de ceux-ci pour une personne qui peut elle-même les accomplir dans le cadre des articles 29 et 29.1. [...] »*²⁴⁸

[123] L'utilisation, dans ces cas, est libre et gratuite. À ce sujet, la *Cour suprême du Canada* a dû se pencher en 2004 sur le rôle de l'utilisation équitable dans un contexte où la bibliothèque d'une association de juristes en *Ontario* offrait un service d'envoi par fax de copies de certains documents publiés²⁴⁹. La *Cour suprême* stipule que :

« Toute personne qui est en mesure de prouver qu'elle a utilisé l'œuvre protégée par le droit d'auteur aux fins de recherche ou d'étude privée peut se prévaloir de l'exception créée par l'art. 29. Il faut interpréter

²⁴⁷ *Loi sur le droit d'auteur*, préc., note 1

²⁴⁸ *Id.*

²⁴⁹ *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, préc., note 188

le mot « recherche » de manière large afin que les droits des utilisateurs ne soient pas indûment restreints. J'estime, comme la Cour d'appel, que la recherche ne se limite pas à celle effectuée dans un contexte non commercial ou privé.[...] »²⁵⁰

[124] Nous avons déjà présenté ce jugement²⁵¹, mais il importe de répéter que la *Cour suprême*²⁵² y stipule les six facteurs du cadre d'analyse de l'utilisation équitable et que la disponibilité d'une licence n'est pas un fait pertinent dans l'analyse des solutions de rechange à l'utilisation²⁵³ (le quatrième facteur). Ce dernier passage est la source de notre questionnement sur la dichotomie entre le recours aux exceptions et à des moyens contractuels. Pour obtenir une piste solide de réflexion, il faut tourner notre regard vers les *États-Unis* et surtout, vers les débats concernant le *fair use*, dont les conditions et le champ d'opération sont à toutes fins pratiques similaires à ceux de l'utilisation équitable. Nous y trouvons des axes théoriques forts pertinents en analyse économique du droit.

²⁵⁰ *Id.*

²⁵¹ Voir supra, section 1.1.3.1.

²⁵² *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, préc., note 188, para. 53 et suiv. : « [para 53 ...] (1) le but de l'utilisation; (2) la nature de l'utilisation; (3) l'ampleur de l'utilisation; (4) les solutions de rechange à l'utilisation; (5) la nature de l'œuvre; (6) l'effet de l'utilisation sur l'œuvre. Bien que ces facteurs ne soient pas pertinents dans tous les cas, ils offrent un cadre d'analyse utile pour statuer sur le caractère équitable d'une utilisation dans des affaires ultérieures. »

²⁵³ *Id.*, para. 70 : « La possibilité d'obtenir une licence n'est pas pertinente pour décider du caractère équitable d'une utilisation. Tel qu'il est mentionné précédemment, l'utilisation équitable fait partie intégrante du régime de droit d'auteur au Canada. Un acte visé par l'exception au titre de l'utilisation équitable ne violera pas le droit d'auteur. Si, comme preuve du caractère inéquitable de l'utilisation, le titulaire du droit d'auteur ayant la faculté d'octroyer une licence pour l'utilisation de son œuvre pouvait invoquer la décision d'une personne de ne pas obtenir une telle licence, il en résulterait un accroissement de son monopole sur l'œuvre qui serait incompatible avec l'équilibre qu'établit la Loi sur le droit d'auteur entre les droits du titulaire et les intérêts de l'utilisateur. »

[125] Les travaux de Wendy Gordon sont essentiels pour traiter de ce sujet. Gordon stipule que la légitimité du *fair use* dépend de trois conditions :

« (1) market failure is present; (2) transfer of the use to the defendant is socially desirable; and (3) an award of fair use would not cause substantial injury to the incentives of the plaintiff copyright owner. »²⁵⁴

[126] Concernant le premier point, Gordon précise que :

« An economic justification for depriving a copyright owner of his market entitlement exists only when the possibility of consensual bargain has broken down in some way. »²⁵⁵

[127] Ce contexte de défaillance de marché peut survenir dans certaines circonstances. Premièrement, Gordon²⁵⁶ invoque des cas où de nouvelles technologies ou des usages émergents gênent les parties dans la détermination de la valeur d'une utilisation émergente ou s'ils font face à des coûts de transaction²⁵⁷. Ensuite, Gordon²⁵⁸ cite les externalités, les intérêts non-monnayables et les activités non-commerciales, comme étant des situations où un prix et une transaction peuvent difficilement émerger. Elle propose les exemples suivants pour illustrer son propos : la recherche académique, qui génère une externalité fortement positive pour la société, l'éducation, l'intérêt public de savoir, le débat public, la santé humaine, ainsi que tous les cas où

²⁵⁴ WENDY J. GORDON, «Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors», (1982) 82 *Columbia Law Review* 1600 , p. 1614

²⁵⁵ *Id.* , p. 1615

²⁵⁶ *Id.* , p. 1627

²⁵⁷ *Id.* , p. 1628

²⁵⁸ *Id.* , p. 1630

des valeurs fondamentales sont en jeu²⁵⁹. Finalement, Gordon explique que dans certains cas, le droit d'auteur pourrait bâillonner le débat public, dont la critique et le commentaire, puisqu'un titulaire peut difficilement émettre une licence pour ces fins²⁶⁰ ou, comme le précise Gordon :

«Criticism is valuable, inter alia, because the market works to further the social good only when consumers have accurate information about the goods available.»²⁶¹

[128] En ce qui a trait au second point, la légitimité du *fair use*, Gordon²⁶² propose une approche de maximisation de la richesse (*welfare maximization*) du point de vue social. Puis, le troisième aspect relève de l'impact sur le titulaire : Gordon²⁶³ se penche sur les défaillances complètes de marché en raison de coûts de transaction trop prohibitifs (*prohibitively high*). Elle décrit aussi d'autres possibilités « *where the market cannot be relied upon to generate desirable exchanges*²⁶⁴ » sans donner d'exemples, sauf pour indiquer que le titulaire devrait prouver en cours des dommages significatifs²⁶⁵ (*facing substantial injury*) pour interdire que l'on invoque l'exception.

²⁵⁹ *Id.*, p. 1632

²⁶⁰ *Id.*, p. 1632

²⁶¹ *Id.*, p. 1634

²⁶² *Id.*, p. 1618

²⁶³ *Id.*, p. 1618-9

²⁶⁴ *Id.*

²⁶⁵ *Id.*

[129] Dans un autre ordre d'idées, von Lohmann²⁶⁶ précise que l'émergence d'une multitude de produits électroniques peut être attribuée à la flexibilité que confère le *fair use* aux utilisateurs finaux. Ainsi, la notion de biens complémentaires (*Complementary Economics*) permet d'introduire l'hypothèse que la vente de lecteurs numériques bonifiera l'offre de musique sous licence numérique.

[130] Par ailleurs, à propos du rôle économique du *fair use*, Horowitz²⁶⁷ avance qu'il existe une incertitude asymétrique. En effet, le système du droit d'auteur répond aux exigences du titulaire en établissant :

« (1) a reliable entitlement (2) prohibiting at least literal or close copying of their work, which is protected by remedies sufficient both to deter copying and to compensate for any losses that result from it.²⁶⁸ »

[131] Du point de vue des usagers, le droit d'auteur introduit une incertitude asymétrique car les pratiques qui les concernent sont ambiguës tandis que celles du titulaire sont claires.²⁶⁹ En fait, il s'agit plutôt d'une vision de la gouvernance du système²⁷⁰ où les coûts de l'information²⁷¹ et les difficultés interprétatives²⁷² découlent des facteurs ambigus,²⁷³ incommensurables²⁷⁴ et non-exhaustifs²⁷⁵ du *fair use*. L'incertitude,

²⁶⁶ FRED VON LOHMANN, «Fair Use as Innovative Polity», (2008) 23 *Berkeley Tech. L.J.* 829

²⁶⁷ STEVEN J. HOROWITZ, «Copyright's Asymmetric Uncertainty», (2012) 79 *The University of Chicago Law Review* 331

²⁶⁸ *Id.*, p. 337

²⁶⁹ *Id.*, p. 342

²⁷⁰ *Id.*, p. 344

²⁷¹ *Id.*, p. 345

²⁷² *Id.*, p. 346

²⁷³ *Id.*, p. 349

²⁷⁴ *Id.*

²⁷⁵ *Id.*, p. 350

donc, repose sur les épaules des usagers. Selon Horowitz,²⁷⁶ les choix des usagers ne se basent pas sur des prédictions de la probabilité d'une éventuelle décision défavorable de la cour, mais plutôt d'une postdiction, une évaluation a posteriori de la probabilité d'un événement passé.

«The copyright system exploits asymmetric sensitivity to risk through its asymmetric distribution of uncertainty. Copyright holders enjoy clarity in the areas most salient to them, which enhances the incentive effect of protection. Uncertainty in less salient areas leads copyright holders to discount the value of their entitlement to exclude borderline uses by potential users, and that discount makes licensing cheaper and lawsuits less attractive. Both lead to greater access for users, holding the scope of copyright constant. Because users see copyright as a source of potential liability, they are risk seekers. Uncertainty in areas salient to users makes them more likely to rely on copyrighted works. These observations suggest that proposals to eliminate or reduce uncertainty could backfire, in part because a proliferation of rules would simply create a new and more problematic kind of post dictive uncertainty. »²⁷⁷

[132] Pour tout dire, les travaux de Gordon, Lohmann ainsi que Horowitz offrent une théorisation en termes économiques du rôle joué par l'utilisation équitable et les autres exceptions dans les marchés d'œuvres protégées par le droit d'auteur.

²⁷⁶ *Id.*, p. 369

²⁷⁷ *Id.*, p. 371

Section 1.2.4 Violation

[133] Comme stipule la *Cour suprême du Canada* dans un jugement récent :

«[1] La législation canadienne protège le droit exclusif des titulaires de droits d'auteur de reproduire leurs œuvres ou d'en autoriser la reproduction. Lorsqu'elle n'est pas autorisée, la reproduction d'une partie importante d'une œuvre originale constitue une violation du droit d'auteur donnant ouverture à l'exercice, par son titulaire, de divers recours. Pour trancher les présents pourvois, la Cour doit déterminer si une partie importante d'une œuvre a été reproduite, examiner le rôle de la preuve d'expert dans les affaires de violation du droit d'auteur et évaluer si le juge de première instance a commis des erreurs susceptibles de révision dans l'octroi des dommages-intérêts. »²⁷⁸

[134] Ainsi, la violation²⁷⁹ du droit d'auteur est proscrite par la loi, mais constitue ni plus ni moins un choix que peut opérer un utilisateur. Le contexte d'Internet est différent des médias physiques²⁸⁰, l'étendue de la mise à disposition d'une œuvre sur un réseau ouvert peut s'avérer planétaire²⁸¹. Nonobstant son impact pour le titulaire, il convient néanmoins de caractériser la violation comme une « option » étant « possible » du point de vue du titulaire, mais plus risquée que l'exception.

²⁷⁸ *Cinar Corporation c. Robinson*, 2013 2 RCS 55 (Cour suprême du Canada) <http://canlii.ca/t/g2fgz>

²⁷⁹ *Loi sur le droit d'auteur*, préc., note 1, art. 27 et suiv.

²⁸⁰ RAYMOND SHIH RAY KU, «The Creative Destruction of Copyright: Napster and the New Economics of Digital Technology», (2002) 69 *The University of Chicago Law Review* 263

²⁸¹ *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, préc., note 151, para. 8 : « L'Internet est un vaste système de communication constitué d'un ensemble de réseaux informatiques à l'échelle planétaire. Le « fournisseur de contenu » télécharge ses données, qui revêtent habituellement la forme d'un site Web, sur un serveur hôte. Le contenu est ensuite transmis à un ordinateur de destination (l'utilisateur final). Utilisateurs finaux et fournisseurs de contenu peuvent se connecter à l'Internet à l'aide d'un modem moyennant la conclusion d'un contrat avec un fournisseur de services Internet. »

Section 1.2.5 Représentation du continuum du consentement

[135] Cette ontologie propose une structure théorique qui permet à une œuvre protégée par le droit d'auteur de passer du stade de « bien public » à celui de « bien privé » dans un contexte transnational. L'objectif de cette représentation des mécanismes à la disposition des agents sociaux est de bâtir une théorisation objective du droit d'auteur applicable à toutes les juridictions.

[136] Dans un premier temps, les mécanismes sont présentés en fonction du risque anticipé, où le consentement du titulaire entretient un rapport inversement proportionnel avec le risque. Ainsi, la cession est le mécanisme où le consentement est le plus élevé et où le risque est le plus bas. Logiquement, la violation exclut, par défaut, le consentement du titulaire et impose plus de risque. La relation entre le risque et le consentement constitue la pierre angulaire du continuum du consentement.

[137] La Figure 1 est la représentation visuelle du continuum du consentement. Le haut de l'axe indique les accès ayant trait à une transaction de nature économique, tandis que le dessous de l'axe représente les usages non-monétaires. Par ailleurs, la distance entre chaque mécanisme est arbitraire puisque les lois et jugements locaux modifient la « frontière » entre chaque mécanisme. Ainsi, le continuum

du consentement devient un outil théorique utile pour comparer l'état des juridictions à travers le monde pour un usage ou un contexte institutionnel précis.

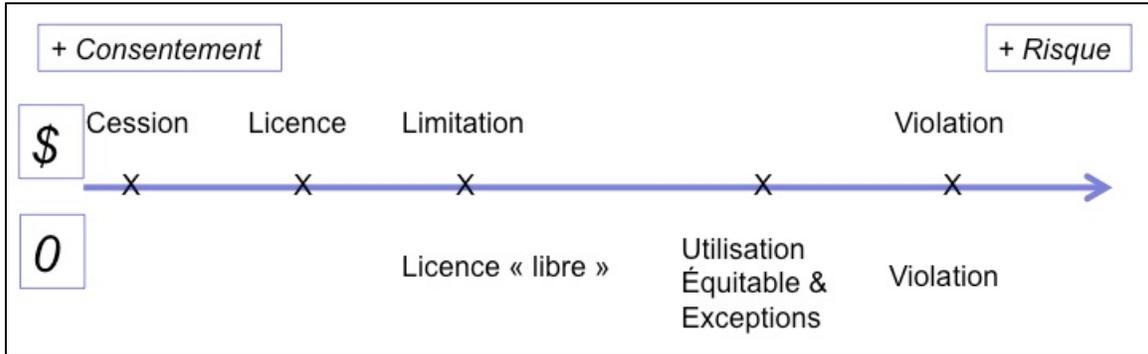


Figure 1 : Continuum du consentement du point de vue du titulaire par risque croissant de mécanisme normatif d'une utilisation

[138] Nous proposons donc que le continuum du consentement constitue le second axiome structurant les effets des droits patrimoniaux du droit d'auteur. Il se conjugue au premier axiome, le paradoxe quantique de la nature économique de l'œuvre protégée par le droit d'auteur, car il théorise les mécanismes normatifs possibles pour faire passer l'œuvre d'un statut économique à un autre.

Conclusion de la première partie : l'impasse économique

[139] Cette première partie introduit deux axiomes économiques découlant des dynamiques internes du droit d'auteur. Le premier axiome, le paradoxe quantique, organise les théories économiques de l'œuvre selon le point de vue que privilégie le chercheur. D'un côté, une analyse du point de vue de l'offre dans la transaction économique conceptualise l'œuvre protégée par le droit d'auteur comme bien privé. De l'autre, les chercheurs qui analysent l'impact de la demande ou de la consommation d'œuvres font ressortir son caractère public. Cette famille d'approches est plus récente et coïncide avec l'émergence du numérique. Le second axiome, le continuum du consentement, tente de réconcilier les deux états de l'œuvre du premier axiome en organisant les instruments introduits par le droit d'auteur en fonction du risque encouru par un utilisateur. Ainsi, l'œuvre passe d'un état privé ou public selon lesdits instruments. Nous nous intéressons particulièrement au point de bascule économique entre le recours aux instruments contractuels (cession, licence, limitation) et le recours aux exceptions au droit d'auteur. Nous laissons à d'autres l'analyse de la contrefaçon numérique sur la valeur de l'œuvre. Il est pertinent d'approfondir les conséquences de ces deux axiomes sur la suite de nos travaux.

[140] En premier lieu, l'œuvre est quantique, dans la mesure où elle entretient deux états économiques selon le choix épistémologique ou méthodologique du chercheur. Loin de vouloir critiquer l'une ou l'autre de ces familles, nous désirons affirmer qu'elles sont toutes deux valides et pertinentes. En fait, accepter le caractère quantique de l'œuvre permet de mieux comprendre le rôle de chacune des grandes familles analytiques dans l'élaboration d'une conceptualisation du droit d'auteur numérique. Nous embrassons les deux afin d'enrichir notre trousse d'outils. Par contre, il subsiste un certain malaise quant à savoir quel outil choisir selon le contexte. Il appert que le choix épistémologique ou méthodologique du chercheur peut avoir un impact sur comment l'analyse se déroule puis, comment les conclusions s'imposent. Le groupement de ces approches selon leur perspective dans l'analyse de la transaction introduit un doute quant à la pertinence intrinsèque de l'économie et incite le chercheur à chercher au-delà de ces approches pour pleinement comprendre l'impact du numérique sur le droit d'auteur.

[141] Certains chercheurs tentent de résoudre ces tensions en opérant des distinctions ontologiques ou taxonomiques quant aux objets ou agents agents. Par exemple, Le Deuff²⁸² théorise le contexte de pratiques d'édition par Internet, dite édition ouverte, pour mieux saisir les

²⁸² OLIVIER LE DEUFF, «Anatomie et nouvelle organologie de l'édition ouverte», (2016) 8 *Revue Française des sciences de l'information et de la communication* <https://rfsic.revues.org/1871>

démembrements possibles d'une même œuvre. Quant à lui, Gervais²⁸³ propose une distinction entre divers types d'auteurs, spécifiquement²⁸⁴ entre les amateurs et les savants, qui ont une perspective distincte quant à la nécessité d'un droit patrimonial en droit d'auteur, puis entre les artistes émergents et les artistes établis, qui diffèrent quant à leurs attentes de la rémunération découlant dudit droit patrimonial, afin de comprendre une articulation plus fine de leurs besoins en matière de protection en droit d'auteur. Quoiqu'intéressantes et pertinentes, ces études ne font que confirmer notre doute quant à l'étanchéité de la science économique pour réellement théoriser sur le droit d'auteur numérique.

[142] Sur un autre ordre d'idées, notre second axiome économique, le continuum du consentement, théorise les instruments juridiques introduits par le droit d'auteur en fonction du risque encouru par l'utilisateur d'une œuvre. De cette manière, le niveau de consentement du titulaire du droit maintient 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

²⁸³ DANIEL J. GERVAIS, «La rémunération des auteurs et artistes à l'ère du streaming», (2015) 27 *Les Cahiers de propriété intellectuelle* 1087

²⁸⁴ *Id.*, p. 1100 et suiv.

devient possible de modéliser les rapports d'un marché en fonction du risque encouru par les acteurs économiques de celui-ci.

[143] Le danger, dans ce cas-ci, est de se borner à analyser le risque du point de vue économique, voire financier. Justement, l'argent n'est pas la seule façon de mesurer le risque. Il serait désastreux pour notre société de réduire l'apport des œuvres numériques protégées par le droit d'auteur à un simple exercice comptable ou à une évaluation macro-économique. Derrière les modèles économiques se cachent des réalités ayant un impact sur notre société. Les œuvres protégées par le droit d'auteur constituent notre patrimoine intellectuel, culturel et informationnel offrant un pouvoir de croissance et d'émancipation incroyable. Il est nécessaire d'élargir notre horizon au-delà des sciences économiques.

[144] En résumé, l'hétérogénéité des approches économiques inhérentes au paradoxe quantique et au continuum du consentement nuit à l'élaboration d'une approche holistique, voire téléologique, requise pour pleinement saisir les effets du numérique sur les œuvres protégées par le droit d'auteur. Puisque nous avons exploré notre objet d'étude, l'œuvre numérique protégée, par l'économie, nous passons aux sujets de droit, les acteurs du système social. C'est pourquoi, dans la seconde partie de cette thèse, nous explorons des théories associées à la sociologie du droit pour enrichir notre modèle théorique. Puis, nous

arrimons l'analyse économique du droit et la sociologie du droit dans le contexte des œuvres numériques protégées par droit d'auteur à la troisième partie de notre thèse.

Partie 2 La socialisation de l'œuvre

[145] La seconde partie de cette thèse vise à recenser divers outils conceptuels ou analytiques en sociologie du droit afin de palier aux lacunes évoquées en conclusion de la première partie de cette thèse. Nous avons démontré comment l'analyse économique du droit, dans le contexte précis des œuvres numériques protégées par le droit d'auteur, introduit certains doutes quant à l'articulation d'un cadre analytique permettant d'aborder le rôle des bibliothèques auprès de celles-ci. Les conceptualisations offertes par l'analyse économique du droit relèvent soit du paradoxe, soit d'un choix qui, dans les deux cas, semblent impliquer des répercussions sociales. Nous espérons trouver, dans la sociologie du droit, les éléments manquants afin de bâtir le cadre d'analyse dont nous avons besoin pour mener à terme notre projet de recherche.

[146] De toutes les théories sociologiques du droit, nous retenons le pluralisme juridique car il offre une perspective épistémologique novatrice pour traiter du droit d'auteur. Cette approche intellectuelle soutient la thèse selon laquelle :

*« le droit est essentiellement multiple et hétérogène. Au même moment, dans le même espace social, peuvent coexister plusieurs systèmes juridiques, le système étatique certes, mais d'autres avec lui, indépendants de lui, éventuellement ses rivaux. »*²⁸⁵

[147] Le pluralisme juridique vise justement à :

²⁸⁵ JEAN CARBONNIER, *Sociologie Juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2008, p. 356

*« franchir une première barrière conceptuelle, celle du droit positif considéré comme un corps solide obtenu au terme d'un rigoureux procédé d'analyse l'ayant épuré de ses adjuvants de morale et de la politique. »*²⁸⁶

[148] De plus, Guy Rocher²⁸⁷ avance que dans le cadre du pluralisme l'État n'a plus le monopole de la légitimité sur l'établissement de normes et que divers ordres juridiques peuvent se chevaucher.

*« Le concept d'ordre juridique apporte à la sociologie une contribution fondamentale : il permet de discerner, dans l'ensemble de la normativité et du contrôle social d'une société, des unités d'action sociale présentant exactement les mêmes traits structuraux, le même fonctionnement et les mêmes fonctions que l'ordre juridique étatique. Partant de ce dernier, tellement visible et omniprésent dans les sociétés modernes qu'il paraît occuper tout le champ du juridique, la sociologie découvre progressivement d'autres ensembles d'action sociale qui peuvent être découpés dans l'univers normatif global de la société et être analysés comme des ordres juridiques, sur le modèle de l'ordre juridique étatique. »*²⁸⁸

[149] Pour le juriste, l'intérêt de considérer la multiplicité des ordres juridiques offre l'occasion :

*« d'explorer la dynamique des rapports d'influence entre les ordres juridiques, notamment entre l'ordre juridique étatique et les autres. On sait, bien sûr, et le juriste mieux que les autres, que l'élaboration, l'interprétation et l'application des règles de droit ne se font pas suivant la seule logique juridique, ni à l'intérieur du seul droit. Elles sont influencées par des normes, des règles, des principes venant de l'extérieur du droit. »*²⁸⁹

²⁸⁶ J. G. BELLEY, «Une métaphore chimique pour le droit», dans J. G. BELLEY (dir.), *Le droit soluble : contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 7-20, p. 9. L'auteur fait référence explicitement aux thèses de Kelsen, desquelles il désire s'éloigner. HANS KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962

²⁸⁷ GUY ROCHER, «Pour une sociologie des ordres juridiques», (1988) 29 *Les Cahiers de droit* 91

²⁸⁸ *Id.*, p. 106

²⁸⁹ *Id.*, p. 116

[150] Le professeur Rocher²⁹⁰ propose une théorisation étoffée des paramètres qui constituent un ordre juridique : règles ou normes; agents élaborant, interprétant et appliquant celles-ci; intervention; légitimité des agents; cohésion; stabilité.

[151] Un autre imminent défenseur de l'approche pluridisciplinaire en droit, feu Roderick A. Macdonald, centre son approche autour du concept de gouvernance. Grâce à cette théorie, il précise qu'aucune discipline n'a le monopole sur les concepts de « choix d'instrument, » c'est-à-dire la méthode de mise en œuvre d'une politique qu'il nomme aussi gouvernance – ni le droit, ni les sciences politiques, ni l'administration publique, ni l'économie, ni la sociologie²⁹¹. Il faut donc établir une dialectique entre ces disciplines au sujet de la gouvernance.

[152] Macdonald rejette trois postulats associés au domaine du choix d'instrument pour mettre en œuvre un projet social. Pour lui, les choix sociaux sont teintés par leur époque et l'historicité d'un choix d'instrument change avec le temps²⁹². Ensuite, il avance que

«nonstate actors and multilevel governance through overlapping legal and normative orders at both the substate and superstate levels are emerging as appropriate objects of study.»²⁹³

²⁹⁰ G. ROCHER, préc., note, 287, p. 104

²⁹¹ RODERICK A. MACDONALD, «The Swiss Army Knife of Governance», dans P. ELIADIS (dir.), *Designing Government : from Instruments to Governance*, Montréal, McGill-Queens University Press, 2005, p. 203-241

²⁹² *Id.*, p. 206

²⁹³ *Id.*, p. 207

[153] Le rôle du droit posé par l'État ne doit donc pas être surestimé. Il ne faut pas le classer au sein d'une catégorie analytique distincte des autres ordres normatifs («*"informal" or "inchoate" alternatives to the state*»²⁹⁴). La gouvernance devient ainsi le mécanisme de mise en œuvre du choix d'instrument et Macdonald la définit comme étant : «*the endeavour of identifying and managing both aspirations and action in a manner that affirms and promotes human agency.*»²⁹⁵ Il prend pour acquis que tous les êtres humains sont des agents (et non simplement des sujets) qui participent pleinement à un destin commun. Sa position est optimiste et, pour lui, la gouvernance consiste à «*providing facilities, processes and institutions by which these common endeavours may be realized.*»²⁹⁶

[154] Macdonald s'inscrit à contrecourant de la théorie dominante en droit, celle du positivisme telle qu'exprimée par Kelsen ou l'école du «*legal process*» de Hart. L'objectif de Macdonald est de positionner l'intervention des individus en fonction de leurs actions en prenant ses distances de la vision interventionniste de l'État :

*«Human beings express their agency through their acts of self-governance and through their voluntary or coerced participation in governance structures that they share with others and that channel the occasions for exercising this human legacy.»*²⁹⁷

²⁹⁴ *Id.*

²⁹⁵ *Id.*

²⁹⁶ *Id.*

²⁹⁷ *Id.*, p. 214

[155] En fait, pour Macdonald, les citoyens font beaucoup plus que simplement respecter les règles de droit, ils en créent²⁹⁸. À juste titre, nous épousons l'approche épistémologique de Macdonald et du pluralisme juridique critique :

*«A critical legal pluralism opens a range of inquiries about the nature of legal regulation. A critical legal pluralism must come to terms with the notion that it is not just norms, not just rules, which are infinitely various; so too are the institutional arrangements through which they are conceived, promulgated, and made operational. A non-chirographic critical legal pluralism invites scholars to ask what circumstances make for more formality or less in both state and non-state settings. More generally, a critical legal pluralism must help us to understand not only the relationship of normative systems to one another but also their internal architecture and dynamics. »*²⁹⁹

[156] des paramètres des ordres juridiques par ces imminents chercheurs offre une piste intéressante pour résoudre le sentiment d'instabilité du droit d'auteur qu'imposent la technologie, la mondialisation et les tensions entre les intervenants économiques. A priori, il semble que le droit d'auteur édicte des dispositions offrant l'opportunité à des ordres juridiques d'émerger. Pour comprendre comment, nous introduisons dans notre modèle **les sujets** de droits : les intervenants ou agents. L'idée n'est pas nouvelle, Patterson et Lindberg³⁰⁰ optent pour cette approche dans leur étude qui trace les contours du *fair use* aux *États-Unis* :

²⁹⁸ *Id.* , p. 238 «citizens are not merely law-abiding; they are law-creating»

²⁹⁹ RODERICK A. MACDONALD, «Custom Made—For a Non-chirographic Critical Legal Pluralism», (2011) 26 *Canadian Journal of Law and Society / La Revue Canadienne Droit et Société* 301 , p. 326

³⁰⁰ L. RAY PATTERSON et STANLEY W. LINDBERG, *The nature of copyright : a law of users' rights*, Athens, University of Georgia Press, 1991

« The unfortunate truth is that copyright is a confused and confusing body of rules. Traditionally viewed as a law for authors and artists, copyright was actually originated by publishers and has a long history of having benefited entrepreneurs much more than creators. A major purpose of this book is to explain the vagaries of history that caused this anomaly, and thus to justify a new – and long overdue – perspective of copyright law: copyright as a law for consumers as well as for creators and marketers. All three of these groups – authors, publishers (or other entrepreneurs), and customers – are users of copyrighted materials, which is why the copyright law consists of three parts : a law of authors' rights, a law of publishers' rights, and a law of users' rights. »³⁰¹

[157] Ainsi, les sujets de droit s'ajoutent aux objets de droits, les œuvres numériques protégées par le droit d'auteur, que nous avons présentées à la partie précédente. Nous explorons dans cette partie les diverses théories associées de près ou de loin au pluralisme juridique, notamment l'institutionnalisme, l'interaction symbolique, les systèmes sociaux, la théorie cybernétique, les réseaux, et l'internormativité contractuelle. Chacune de ces théories permet de poser des éléments essentiels à l'élaboration de notre cadre analytique qui regroupera l'économie et la sociologie. Ce cadre d'analyse, présenté en conclusion de cette partie, permet d'harmoniser les contextes sociaux où des agents l'emploient dans un ordre juridique non-étatique, dont les licences ou les exceptions, afin d'opérer des choix relevant de l'ordre économique. Nous appliquons notre cadre d'analyse dans la troisième partie de cette thèse, grâce à l'étude d'un contexte précis, celui des bibliothèques universitaires québécoises.

³⁰¹ *Id.*, p. 4

Chapitre 2.1 Conceptualisations sociales du droit

[158] Pierre Noreau³⁰² 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 permet d'en redéfinir les contours afin de permettre 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. »³⁰³

[159] Lajoie³⁰⁴ articula une théorie du droit en ce sens, la surdétermination, en termes des « valeurs qui encadrent l'adoption des normes par le législateur »³⁰⁵, mais aussi dans l'interprétation judiciaire. Telle que présenté sommairement par Gérard Timsit, la surdétermination :

« conduit à s'interroger sur les mécanismes d'accession de la norme à sa signification et à distinguer parmi eux, outre les mécanismes de prédétermination et de codétermination, le mécanisme de la surdétermination – valeurs, code culturel qui président, en dernier ressort, à la détermination du sens conféré à un texte par son lecteur. »³⁰⁶

³⁰² PIERRE NOREAU, «La norme, le commandement et la loi: le droit comme objet d'analyse interdisciplinaire», (2000) 19 *Politique et sociétés* 153

³⁰³ *Id.*, p.168

³⁰⁴ ANDRÉE LAJOIE, «Surdétermination», dans *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal et Bruxelles, Bruylant [u.a.], 1998, p. 85-86

³⁰⁵ *Id.*

³⁰⁶ GÉRARD TIMSIT, «La surdétermination de la norme de droit : questions et perspectives», dans ANDRÉE LAJOIE (dir.), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal et Bruxelles, Bruylant [u.a.], 1998, p. 100

[160] Les perspectives de Noreau ainsi que la surdétermination de Lajoie démontrent l'importance d'une ouverture disciplinaire en droit et surtout, le rôle de la sociologie. Nous débutons donc ce chapitre en introduisant des concepts fondamentaux à la sociologie dans la première section, soit l'institutionnalisation et l'interaction symbolique. Le premier permet de formuler un lien avec le concept de l'institution en économie, auquel nous avons recours lors de notre troisième partie, tandis que le second est pertinent pour mieux comprendre les autres théories présentées dans cette partie. La seconde section de ce chapitre approfondira les concepts de systèmes sociaux, une morphologie générale et flexible permettant de théoriser des phénomènes complexes, puis le concept du réseau, une morphologie particulière dont les paramètres et les mesures s'appliquent particulièrement bien dans divers contextes numériques.

Section 2.1.1 Institutions et acteurs

[161] Les institutions et les acteurs sont deux concepts essentiels à la plupart des théories étudiées dans cette thèse, tant en économie qu'en sociologie. Du point de vue économique, North définit les institutions comme suit :

« the humanly devised constraints that structure political, economic and social interaction. They consist of both informal constraints (sanctions, taboos, customs, traditions, and codes of conduct), and formal rules (constitutions, laws, property rights). Throughout history, institutions have been devised by human beings to create order and reduce uncertainty in exchange. Together with the standard constraints of economics they define the choice set and therefore determine transaction and production costs and hence the profitability and feasibility of engaging in economic activity. They evolve incrementally, connecting the past with the present and the future; history in consequence is largely a story of institutional evolution in which the historical performance of economies can only be understood as a part of a sequential story. Institutions provide the incentive structure of an economy; as that structure evolves, it shapes the direction of economic change towards growth, stagnation, or decline. »³⁰⁷

[162] Quant à eux, les acteurs façonnent les systèmes économiques et sociaux selon diverses théorisations. Il est essentiel de définir ces concepts à la lumière de plusieurs théories. Ces notions nous permettent de renforcer notre approche économique grâce à un autre bagage théorique, spécifiquement, celui de la sociologie.

2.1.1.1 L'institutionnalisation

[163] Pour aborder l'institutionnalisation, nous nous pencherons d'abord sur les écrits de Berger et Luckmann. Ces deux sociologues se

³⁰⁷ DOUGLASS C. NORTH, «Institutions», (1991) 5 *Journal of Economic Perspectives* 97 , p. 97

demandent «de quelle manière l'ordre social [peut-il] s'ériger lui-même».

³⁰⁸ Ils précisent qu'à « la fois dans sa genèse [...] et dans son expérience à tout moment [...], il est un produit humain. » ³⁰⁹ Ce qui les mènent à poser une théorie de l'institutionnalisation, qui «se manifeste chaque fois que des classes d'acteurs effectuent une typification réciproque d'actions habituelle.» ³¹⁰ Ainsi, les «institutions impliquent ensuite l'historicité et le contrôle» ³¹¹ car «le monde institutionnel requiert une légitimation, c'est-à-dire des modes d'explication et de justification.» ³¹²

Ceci dit,

«la plus grande prudence est requise dès que l'on avance une affirmation à propos de la "logique" des institutions. La logique ne réside pas dans les institutions ni dans leur fonctionnalité externe, mais dans la façon dont celles-ci sont traitées réflexivement. Pour le dire autrement, la conscience réflexive suppose à l'ordre institutionnel sa qualité logique.» ³¹³

[164] Berger et Luckmann précisent que la sédimentation et la tradition permettent à l'institutionnalisation de survenir³¹⁴ suite à l'émergence d'un ordre social par la transmission via le langage³¹⁵ et la connaissance qui sont des modes de légitimation et des mécanismes de contrôle

³⁰⁸ PETER LUDWIG BERGER et THOMAS LUCKMANN, *La construction sociale de la réalité*, Paris, Méridiens Klincksieck, 1994, p. 75

³⁰⁹ *Id.*, p. 76

³¹⁰ *Id.*, p. 78

³¹¹ *Id.*, p. 79

³¹² *Id.*, p. 88

³¹³ *Id.*, p. 91-92

³¹⁴ *Id.*, p. 95-100

³¹⁵ *Id.*, p. 98

sociaux³¹⁶. L'intégration dans la collectivité sociale passe par la définition des rôles :

«Nous pouvons réellement commencer à parler de rôles quand ce genre de typification apparaît dans le contexte d'un stock de connaissances objectif et commun à une collectivité d'acteurs. Les rôles sont des types d'acteurs dans un tel contexte. [...] Les rôles représentent l'ordre institutionnel.»³¹⁷

[165] Ensuite, Berger et Luckmann indiquent qu'il est :

« possible d'analyser la relation entre les rôles et la connaissance à partir de deux positions avantageuses. Selon la perspective de l'ordre institutionnel, les rôles apparaissent comme des représentations institutionnelles et comme des médiations de l'ensemble de connaissances institutionnellement objectivées. Selon la perspective des différents rôles, chaque rôle apporte avec lui un supplément socialement défini de la connaissance. Les deux perspectives, bien sûr, tendent vers le même phénomène global, qui est la dialectique essentielle de la société. La première perspective peut être résumée par la proposition suivante: la société n'existe que si les individus sont conscients d'elle. La seconde peut être exprimée par l'affirmation que la conscience individuelle est socialement déterminée. En ce qui concerne les rôles, on peut dire que, d'un côté, l'ordre institutionnel n'est réel qu'à partir du moment où il est réalisé dans l'exécution de rôles et que, d'un autre côté, les rôles sont représentatifs d'un ordre institutionnel qui définit leur caractère (y compris leur suppléments de connaissance) et où ils dérivent leur sens objectif. »³¹⁸

[166] Par la suite, des forces visent au maintien des institutions. Berger et Luckmann affirment que :

«Comme tous les édifices sociaux de signification, les sous-univers doivent être portés par une collectivité particulière, c'est-à-dire, par le groupe qui a produit continuellement les significations en question et dans laquelle ces significations possèdent une réalité objective.»³¹⁹

³¹⁶ *Id.*, p. 100

³¹⁷ *Id.*, p. 104-105

³¹⁸ *Id.*, p. 110

³¹⁹ *Id.*, p. 119

[167] D'ailleurs, il se peut que des groupes se vouent à éroder les bases d'une institution, processus qui varie selon l'histoire :

«Dans les sociétés industrialisées avancées, aux surplus économiques immenses permettant à un très grand nombre d'individus de se vouer totalement à des occupations parfois très obscures, la compétition pluraliste entre les sous-univers de signification de toute sorte devient courante et normale.»³²⁰

[168] Finalement, Berger et Luckmann se positionnent quant à la manière dont l'ordre institutionnel est objectivée. Ils déclarent que :

«La réification est l'appréhension d'un phénomène humain en tant que chose, c'est-à-dire en des termes non-humains ou même supra-humains. [...] La réification implique que l'homme est capable d'oublier sa propre création du monde humain, le créateur, et sa création, est perdue pour la conscience.»³²¹

[169] Ainsi, la réification est :

«une étape extrême dans le processus d'objectivation, par laquelle le monde objectivé perd son intelligibilité en tant qu'entreprise humaine et devient fixé en tant que facticité inerte, non-humaine, non-humanisable.»³²²

[170] La réification permet également de revenir à la case départ, un «monde de la nature»³²³, tout comme lors d'une réification des rôles. La réification permet de comprendre l'évolution de «société auparavant séparées» ainsi que le phénomène de la «marginalité sociale»³²⁴.

³²⁰ *Id.*, p. 119

³²¹ *Id.*, p. 123

³²² *Id.*, p. 124

³²³ *Id.*, p. 126

³²⁴ *Id.*, p. 127

2.1.1.2 L'interaction symbolique

[171] Pour sa part, Blumer³²⁵ cherche à nuancer les théories sociologiques en général et leur conceptualisation, qu'il nomme interaction symbolique.

«Du point de vue de l'interaction symbolique, l'action sociale réside dans les agissements des individus qui accordent leurs lignes d'actions les unes par rapport aux autres grâce au procédé d'interprétation. L'action du groupe est alors l'action collective de tels individus. À l'opposé, les conceptions sociologiques placent généralement l'action sociale dans l'action de la société ou dans quelque faction de celle-ci.»³²⁶

[172] Blumer situe son analyse dans la sommation de toutes les actions individuelles, qu'il nomme l'interaction symbolique, plutôt qu'au sein de la réification des rôles sociaux et institutionnels de la théorie sociologique de Berger et Luckmann. Selon Blumer,

«toute étude réaliste de la société humaine doit accepter la considération empiriquement observable selon laquelle une société humaine est composée d'acteurs. On doit aussi observer les conditions dans lesquelles agissent de tels acteurs. La première condition est que l'action se déroule en fonction de la situation. [...] Toute action particulière est formée en fonction de la situation dans laquelle elle se situe. Ceci aboutit à prendre en considération la seconde condition importante, à savoir que l'action est conçue ou construite en interprétant la situation.»³²⁷

[173] Il propose donc que les acteurs agissent en fonction des situations vécues au sein d'un groupe. Vu la structure similaire des situations, chacun bâtit une compréhension semblable qui sert à justifier ses actions, ce qui permet l'émergence d'une action concertée³²⁸. Blumer souligne que « L'interaction symbolique rend nécessaire l'étude du

³²⁵ HERBERT BLUMER, «La société conçue comme une interaction symbolique», dans PIERRE BIRNBAUM et FRANÇOIS CHAZEL (dir.), *Théorie sociologique*, Paris, Presses universitaires de France, 1975, p. 51-56

³²⁶ *Id.*, p. 53

³²⁷ *Id.*, p. 54

³²⁸ *Id.*, p. 54

*processus de construction de l'action.»*³²⁹ S'il diffère sensiblement de la théorie de Berger et Luckmann dans sa conceptualisation du rôle de l'individu dans l'élaboration d'une théorisation de l'action collective, il n'en reste pas moins que son approche offre une nuance essentielle au rôle d'une classe d'agents dans la société.

[174] La sociologie offre des outils conceptuels importants pour analyser les phénomènes juridiques dans la société. Il est important de placer les percées de la sociologique juridique dans le cadre théorique général de la sociologie afin de rattacher nos travaux à ceux d'autres sociologues, mais aussi d'explorer les concepts d'institutions, d'agents et d'interactions de ces points de vue. Les théories et concepts que nous nous apprêtons à examiner s'en trouvent enrichis.

³²⁹ *Id.*, p. 55

Section 2.1.2 Système social et communication

[175] Si le professeur Rocher offre une théorisation du pluralisme par le concept d'ordre juridique, Ost et van de Kerchove³³⁰ mettent plutôt en relation l'ordre juridique et le système juridique. D'ailleurs, ces derniers³³¹ proposent même qu'il y a équivalence entre ordre et système juridique. Un système juridique³³² est composé d'éléments variés constituant un ensemble de relations spécifiques entre les éléments présupposant un ordre et d'une unité formant une structure :

« Cette unité du système comporte à la fois un aspect négatif de différenciation avec l'extérieur et un aspect positif d'identité qui permet de déterminer à la fois les éléments qui appartiennent et qui n'appartiennent pas au système. »³³³

[176] Paris 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. »³³⁴

[177] Le cœur de la thèse de Paris³³⁵ 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

³³⁰ FRANÇOIS OST et MICHEL VAN DE KERCHOVE, «Problématique générale», dans *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988, p. 19-32

³³¹ *Id.*, p. 22-24

³³² *Id.*, p. 25

³³³ *Id.*, p. 25

³³⁴ 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

³³⁵ *Id.*, p. 104

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 facteurs³³⁶ additionnels : une sédimentation normative suite à divers développements technologiques³³⁷ puis un mythe romantique³³⁸ 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'auteur³³⁹. Ainsi, Paris³⁴⁰ identifie 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.

[178] Il convient donc d'explorer les diverses écoles de pensée qui ont analysé le concept de système.

³³⁶ *Id.* , p. 101

³³⁷ *Id.* , p. 121

³³⁸ *Id.* , p. 138-9

³³⁹ *Id.* , p. 155

³⁴⁰ *Id.* , p. 104

2.1.2.1 Luhmann et la communication dans un système social

[179] Pour avoir une théorisation féconde et étoffée du concept de système, il faut plonger³⁴¹ dans l'œuvre de Niklas Luhmann³⁴². Luhmann théorise qu'un système social³⁴³ émerge ou se distingue de son environnement afin de réagir ou de répondre à un risque³⁴⁴. Luhmann propose certains sous-systèmes sociaux génériques dont : la politique, l'économie, le droit, l'art...

[180] Un système social³⁴⁵ 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 qu'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.

[181] Enfin, qu'il s'agisse des éléments et leurs relations qui mènent à la complexité ou de systèmes qui émergent d'environnements risqués,

³⁴¹ ANDRÉ JEAN ÉD ARNAUD et PIERRE ÉD GUIBENTIF, *Niklas Luhmann, observateur du droit : un recueil organisé*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993

³⁴² OLIVIER CAYLA, JEAN-LOUIS HALPÉRIN, STÉPHANIE HENNETTE-VAUCHEZ et PAOLO NAPOLI (dir.), *Dictionnaire des grandes oeuvres juridiques*, 2e éd, Paris, Dalloz, 2010

³⁴³ NIKLAS LUHMANN, *Social systems*, Stanford, Calif., Stanford University Press, 1995

³⁴⁴ NIKLAS LUHMANN, *Risk : a sociological theory*, New York, A. de Gruyter, 1993

³⁴⁵ NIKLAS LUHMANN, *Systèmes sociaux : esquisse d'une théorie générale*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2010

Luhmann avance que la communication³⁴⁶ est l'élément essentiel pour comprendre la coordination au sein d'un environnement. La communication, comme point d'encrage 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. L'autopoïèse désigne l'organisation d'un système pour répondre à l'émergence de la complexité dans son environnement. 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.

[182] En ce qui concerne le droit, Luhmann³⁴⁷ 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 fermé³⁴⁸. Ainsi, le droit comme système social concerne la coordination des comportements et la diminution des risques par l'entremise des autres systèmes sociaux par

³⁴⁶ MICHEL LALONDE, «Sur Niklas Luhmann : l'être et la société comme résolution de problèmes», (1995) 14 *Société 1*, p. 6

³⁴⁷ 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

³⁴⁸ NIKLAS LUHMANN, «Law As a Social System», (1988) 83 *Nw. 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

la formalisation des règles tout en considérant la communication comme fondamentale³⁴⁹. Le système politique est lié à l'écriture de ces règles.

[183] Les théories de Luhmann ont été employées dans plusieurs études récentes. Par exemple, Guibentif³⁵⁰ 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. Par ailleurs, Valois³⁵¹ a récemment déposé une thèse qui étudie l'indépendance judiciaire de la *Cour suprême du Canada* en appliquant l'approche systémique de Luhmann en analysant l'articulation de ce concept dans les jugements déposés par le plus haut tribunal du *Canada*.

[184] L'intérêt des travaux de Luhmann est qu'ils modélisent le rôle du droit d'auteur dans certains systèmes sociaux. Le droit d'auteur, en raison de son régime de droits réservés au titulaire, codifie de légale ou d'illégale les communications qui lui sont adressées. Cette codification coordonne les interactions d'éléments des autres systèmes sociaux dans un environnement donné, ce qui diminue les risques. Ainsi, le droit d'auteur oriente les communications dont il est tributaire. Il stipule l'illégalité par défaut de certains comportements. Il existe certains moyens de

³⁴⁹ INGER-JOHANNE SAND, «Interaction of Society, Politics and Law: The Legal and Communicative Theories of Habermas, Luhmann and Teubner, The Theoretical Aspects of Law», (2008) 53 *Scandinavian Stud. L.* 45

³⁵⁰ PIERRE GUIBENTIF, «Le chameau dans le laboratoire: la théorie des systèmes et l'étude de la communication juridique quotidienne», (2001) 1 *Droit et Société* 123

³⁵¹ MARTINE VALOIS, *Évolution du droit et de la fonction de juger dans la tradition juridique occidentale : une étude sociohistorique de l'indépendance judiciaire*, Montréal, Montréal : Université de Montréal, 2009

renverser cette codification d'illégalité, comme nous l'avons expliqué dans la *Section 1.1.1*.

[185] Dans sa plus simple expression, une communication peut être un agent d'un système social qui se questionne sur la légalité d'utiliser une œuvre protégée par le droit d'auteur dans un contexte donné. Dans cet exemple de communication informelle, le droit d'auteur codifie ce comportement d'illégal ou de légal selon les particularités des normes édictées dans un pays donné.

[186] Ainsi, il est possible de constater que le droit d'auteur intervient dans une multitude de systèmes sociaux. L'environnement global est composé de divers éléments, soit divers agents sociaux ainsi que des œuvres protégées. Dans certains cas, des agents sociaux, qu'il s'agisse d'individus ou d'organisations, créent ou utilisent des œuvres. Ces activités se coordonnent et se structurent en diverses formes : médias, professions, etc. Contentons-nous simplement d'invoquer les éléments des systèmes gravitant autour du droit d'auteur, c'est-à-dire les agents et les œuvres.

[187] De plus, nous désirons soutenir que le contrat ou la licence en droit d'auteur est une communication formelle, au sens de Luhmann, qui offre l'occasion aux agents sociaux d'articuler leurs préférences et de signaler

leurs comportements. L'objectif de cette communication³⁵² est d'assurer une codification légale aux comportements des agents sociaux, coordonnant leurs activités et diminuant le risque dans le système social donné. Le rôle du consentement dans cette dynamique est primordial. Le droit privé est alors un élément fondateur dans l'émergence de normativités.

[188] Finalement, nous voulons mettre en valeur un des éléments d'une communication formelle : l'information dont il est question dans un contrat ou d'une licence en droit d'auteur. L'information concerne les utilisations prévues d'œuvre ou d'un corpus d'œuvres par des agents sociaux. Du point de vue unitaire, le contrat revêt un intérêt limité dans l'analyse d'un système social – il serait difficile de conceptualiser des normativités émergentes à partir d'un cas unique. Par contre, au concept de système social de Luhmann, nous ajoutons celui de droit en réseau afin de coupler une structure additionnelle à l'action sociale. Comme nous allons voir dans un instant, l'intérêt de cette démarche est qu'elle nous permet d'étudier formellement l'action concertée des agents sociaux qui structurent la normativité inhérente dans un système social.

³⁵² Il serait possible de poser d'autres exemples de communication dans un système social donné où intervient le bagage normatif du droit d'auteur, comme une politique institutionnelle sur l'utilisation équitable. Mais le contrat constitue l'élément que nous désirons étudier dans cette thèse.

2.1.2.2 Entropie, information, rétroaction

[189] Il serait impossible de passer sous silence les recherches de Norbert Wiener et surtout sa théorie cybernétique dans une section traitant des systèmes sociaux. En effet, nous proposons ici un sommaire des postulats de cette théorie puis nous identifierons certains intellectuels qui s'en sont inspirés. Comme nous le verrons dans quelques instants, Luhmann fut l'un deux – d'où l'intérêt de ce survol conceptuel, afin de mettre en relief les origines intellectuelles du systémisme luhmannien.

[190] Les penseurs cybernéticiens ont suivi une trajectoire asymptotique influencée par la complexification sociale suite à la Seconde Guerre mondiale. Comme le note Wiener lui-même :

*« The notion of the amount of information attaches itself very naturally to a classical notion in statistical mechanics : that of entropy. Just as the amount of information in a system is a measure of its degree of organisation, so the entropy of a system is a measure of its degree of disorganisation; and the one is simply the negative of the other. This point of view leads us to a number of considerations concerning the second law of thermodynamics [...] We have decided to call the entire field of control and communication theory, whether in the machine or in the animal, by the name Cybernetics »*³⁵³

[191] En parallèle aux travaux de Wiener, il est important de souligner l'apport de Claude Shannon³⁵⁴. En effet, ces deux chercheurs ont tous deux travaillé au sein de groupes indépendants où le secret était de mise durant la Deuxième Guerre mondiale : Shannon au décodage de communications de l'ennemi et Wiener à l'optimisation de la balistique.

³⁵³ NORBERT WIENER, *Cybernetics; or, Control and communication in the animal and the machine*, 2d ed. --, New York :, M.I.T. Press, 1961 , p. 11

³⁵⁴ C.E. SHANNON et W. WEAVER, préc., note 120

Justement, Gleick³⁵⁵ précise que Shannon expose l'information comme étant un choix effectué parmi l'ensemble de tous les messages possibles, messages dont le sens n'est pas important. Ce qui compte, c'est la probabilité qu'un message soit choisi parmi l'ensemble de tous les messages possibles. Plus il y a de choix (donc d'incertitudes dans la sélection d'un message précis), plus il y a d'informations et plus il y a d'entropie. En ce qui concerne l'entropie, Wiener précise que :

*« we are immersed in a life in which the world as a whole obeys the second law of thermodynamics : confusion increases and order decreases. »*³⁵⁶

[192] Même si ces chercheurs ont travaillé indépendamment, l'expression «théorie Shannon-Wiever de l'information»³⁵⁷ se retrouve dans de nombreux textes.

[193] En plus des notions d'entropie et d'information, Wiener précise que la rétroaction constitue la différence entre ce qui est voulu et ce qui est obtenu³⁵⁸ ou « *the property of being able to adjust future conduct by past*

³⁵⁵ JAMES GLEICK, *The information : a history, a theory, a flood*, 1st, New York, Pantheon Books, 2011 , p. 219

³⁵⁶ NORBERT WIENER, *The human use of human beings : cybernetics and society*, London :, Free Association, 1989 , p. 36

³⁵⁷ CÉLINE LAFONTAINE, *L'empire cybernétique : des machines à penser à la pensée machine : essai*, Paris, Paris : Seuil, 2004 , p.36

³⁵⁸ N. WIENER, préc., note 353, p. 6 « [*feedback*] It is enough to say here that when we desire a motion to follow a given pattern the difference between this pattern and the actually preformed motion is used as a new input to cause the part regulated to move in such a way as to bring its motion closer to that given pattern. »

performance. »³⁵⁹ Par ailleurs, Wiener tire son inspiration des travaux de Leibniz, qu'il qualifie de « saint patron » de la cybernétique³⁶⁰.

[194] Céline Lafontaine offre une exploration en profondeur de l'impact de Wiener et de la théorie cybernétique sur divers penseurs des sciences humaines. En effet, cette professeure en sociologie a déposé une thèse doctorale³⁶¹ sur le sujet, ainsi qu'un livre³⁶². Lafontaine précise que la cybernétique de Wiener se présente :

« comme une science dédiée à la recherche des lois générales de la communication et à leurs applications techniques, la cybernétique a donné lieu à un nombre incalculable de définitions, tantôt axées sur des concepts théoriques, tantôt tournées vers son pragmatisme technologique. L'absence de consensus se dégageant des Congrès internationaux de Namur s'explique, en partie, par le foisonnement des approches épistémologiques et des tendances idéologiques qui s'y ont côtoyées. La force d'attraction conceptuelle exercée par la nouvelle science était alors telle qu'elle a pu dépasser les plus rigides antagonismes politiques. Au paroxysme de la Guerre froide, des scientifiques des deux côtés du Rideau de fer ont partagé l'enthousiasme suscité par ses découvertes. Situation plus ou moins paradoxale lorsqu'on se souvient du contexte militaire au sein duquel est née la cybernétique. Il faut croire que le projet de fabriquer des machines intelligentes et d'organiser la société en fonction des principes de base de l'automation transcendait les clivages idéologiques... »³⁶³

³⁵⁹ N. WIENER, préc., note 353, p. 33

³⁶⁰ N. WIENER, préc., note 353, p. 12 « If I were to choose a patron saint for cybernetics out of the history of science, I should have to choose Leibniz. The philosophy of Leibniz centers about two closely related concepts – that of a universal symbolism and that of a calculus of reasoning. From these are descended the mathematical notation and symbolic logic of the present day. Now, just as the calculus of arithmetic lends itself to a mechanization processing through the abacus and the desk computing machine to the ultra-rapid computing machines of the present day, so the *calculus ratiocinator* of Leibniz contains the germs of the *machina ratiocinatrix*, the reasoning machine. Indeed, Leibniz himself, like his predecessor Pascal, was interested in the construction of computing machines in the mental. It is therefore not in the least surprising that the same intellectual impulse which has led to the development of mathematical logic has at the same time led to the ideal or actual mechanization of processes of thought. »

³⁶¹ CÉLINE LAFONTAINE, *Cybernétique et sciences humaines : aux origines d'une représentation informationnelle du sujet*, Université de Montréal, 2001

³⁶² C. LAFONTAINE, préc., note 357

³⁶³ *Id.*, p. 26-7

[195] Lafontaine³⁶⁴ ajoute que l'entropie se situe au cœur de l'édifice théorique de la cybernétique et en constitue ni plus ni moins qu'une vérité métaphysique. Elle utilise cette citation de Philippe Breton pour l'expliquer :

*« Tout système isolé tend vers un état de désordre maximal, ou vers la plus grande homogénéité possible, par le ralentissement puis l'arrêt des échanges en son sein. »*³⁶⁵

[196] Lafontaine poursuit en indiquant que :

*« L'information est un principe physique quantifiable dont on peut mesurer l'efficacité dans un système donné. Le langage binaire permet, sur une base probabiliste, de réduire l'incertitude liée à la transmission d'un message. La nature de ce dernier n'a strictement pas d'importance. [...] Reliée au second principe de la thermodynamique, l'information est un facteur d'ordre permettant le contrôle par quantification. On retrouve là les postulats de base de l'informtique. »*³⁶⁶

[197] Étroitement lié au concept d'information, la rétroaction :

*« désigne le processus par lequel celle-ci est assimilée et utilisée afin d'orienter et contrôler l'action. Même si le principe de rétroaction n'est pas une découverte en soi – les Grecs le connaissaient –, Wiener va lui accorder une valeur toute particulière. [...] La faculté d'orienter et de réguler ses actions d'après les buts visés et les informations reçues correspond en fait à la définition cybernétique de l'intelligence. C'est elle qui permet le rapprochement entre l'être et la machine. Possédant potentiellement les mêmes capacités d'apprentissage, les machines intelligentes participent au maintien de l'ordre social en assurant son autorégulation rétroactive. »*³⁶⁷

[198] Puis,

« Devenue un immense système de communication, [la société] n'existe qu'à travers les échanges informationnels entre ses membres. Constamment interrelié à son environnement social, le sujet est, dans

³⁶⁴ *Id.*, p. 41

³⁶⁵ PHILIPPE BRETON, *L'Utopie de la communication*, Paris, La Découverte, 1995, p. 32

³⁶⁶ C. LAFONTAINE, préc., note 357, p. 45

³⁶⁷ *Id.* 289, p. 46

cette logique, entièrement tournée vers l'extérieur. [...] Discriminant majeur, le principe de rétroaction autorise Wiener à classer les machines intelligentes aux côtés de l'humain au sommet de la hiérarchie cybernétique. Cette valeur octroyée aux « machines intelligentes » prend tout son sens lorsqu'on la resitue dans le cadre du triomphalisme technoscientifique de l'après-guerre. »³⁶⁸

[199] Lafontaine poursuit son exploration du cybernétisme en répertoriant les intellectuels de renom qui ont directement participé aux travaux de Weiner. Un de ceux-ci est Bateson qui puise dans la rétroaction pour élaborer sa théorie de la métacommunication³⁶⁹, qui mènera à l'école de *Palo Alto*. Lafontaine démontre comment ces chercheurs ont introduit les théories cybernétiques dans le programme général de santé mentale³⁷⁰. Lafontaine précise que la cybernétique a rapidement influencé des intellectuels d'outre-Atlantique :

« C'est par l'entremise du structuralisme qu'elle s'enracinera de manière durable dans la pensée européenne. Encore trop ignorée, cette influence du modèle informationnel sur la pensée française explique en partie la très grande popularité aux États-Unis des Lévi-Strauss, Lacan, Foucault, Deleuze et Derrida. »³⁷¹

[200] Depuis le structuralisme d'après guerre, Lafontaine note l'influence du systémisme sur les intellectuels des années 1970: « *Ceci transparait clairement dans l'appellation « seconde cybernétique » par laquelle on désigne souvent les théories de l'auto-organisation. »³⁷²* Ainsi, Bertalanffy³⁷³, Laszlo³⁷⁴, Hayek³⁷⁵, Parsons³⁷⁶, pour ne citer qu'eux,

³⁶⁸ *Id.*, p. 47-8

³⁶⁹ *Id.*, p. 78-80

³⁷⁰ *Id.*, p. 86

³⁷¹ *Id.*

³⁷² *Id.*, p. 118-9

³⁷³ *Id.*, p. 119-120

recupèrent les principes cybernétiques au sien de leurs postulats. Après Parsons, Lafontaine note que Luhmann a été « *le chef de file d'une sociologie proprement systémique* »³⁷⁷ et que le systémisme « *reprend en les radicalisant les présupposés de la théorie des systèmes autopoïétiques.* »³⁷⁸

[201] La théorie cybernétique de Wiener représente donc une base conceptuelle sur laquelle repose les efforts de plusieurs chercheurs, dont Luhmann. En effet, les trois éléments cybernétiques, l'entropie, l'information et la rétroaction, enrichissent la théorie générale des systèmes sociaux de Luhmann en proposant une codification plus nuancée de la communication. La théorie cybernétique illustre clairement comment certaines communications dans un système social peuvent mener à l'émergence dans un système social.

³⁷⁴ *Id.*, p. 120-123

³⁷⁵ *Id.*, p. 136-7 « Brièvement, la théorie de Hayek peut se résumer à l'idée que la très grande complexité engendrée par la division du travail et des connaissances annule toute possibilité d'avoir une vision unifiée de la société et donc, par le fait même, de prétendre pouvoir l'orienter politiquement. D'autant plus que, pour Hayek, « l'esprit » n'est qu'une « adaptation à l'environnement naturel et social » qui ne peut, en aucun cas, transcender ses propres conditions de possibilité. » [citation de Hayek, *Droit, législation et liberté*, t. 1, Paris, PUF, 1980, p. 48]

³⁷⁶ *Id.*, p. 132 « L'expression « structuro-fonctionnalisme » par laquelle on désigne généralement son approche ne doit pas masquer la primauté du système dans son modèle de l'action sociale. Le système d'action implique, chez lui, une structure organisationnelle qui permet l'actualisation des fonctions par lesquelles il se maintient et se et se reproduit. Les quatre principales fonctions qu'il identifie (adaptation, poursuite des buts, intégration, latence) confirment à elles seules l'importance qu'il accorde à la notion d'équilibre. À ces quatre fonctions correspondent quatre sous-systèmes (culturel, social, psychique, biologique). Dans l'optique cybernétique, Parsons considère que « le système d'action, comme tout système actif, qu'il soit vivant ou non, est le lieu d'une incessante circulation d'énergies et d'informations. » [citation de Guy Rocher, *Talcott Parsons et la sociologie américaine*, Paris PUF, p. 74] L'apport de chaque sous-système varie en termes d'énergie et d'information d'après un principe hiérarchique de contrôle et de régulation. Ce dernier implique une échelle de contrôle allant du système culturel au système social, en passant par le psychisme, pour finalement inclure le système biologique, plus riche en énergie qu'en informations. »

³⁷⁷ *Id.*, p. 134

³⁷⁸ *Id.*, p. 135

2.1.2.3 Le pouvoir communicationnel, vers les réseaux

[202] À la théorie des systèmes sociaux de Luhmann, nous désirons juxtaposer certaines autres théories des sciences sociales et juridiques afin de mieux conceptualiser notre problématique. Les réseaux jouissent d'une certaine popularité depuis quelques années et représentent une structure sociale flexible et puissante pour représenter des réalités à étudier³⁷⁹. Le paradigme du réseau n'est pas étranger à la sociologie. Les critiques³⁸⁰ des réseaux les opposent à l'arbre, une structuration hiérarchique et centralisée et note que l'émergence de ce concept n'est pas si contemporain que l'on pense. Par contre, nul ne peut nier l'engouement récent pour le concept de réseau dans plusieurs domaines, dont la sociologie.

[203] Sur le thème de la communication dans les systèmes sociaux et des réseaux en particulier, il est impossible de passer sous silence les travaux de Manuel Castells³⁸¹. En effet, ce chercheur américain d'origine espagnole précise que :

*« Power is primarily exercised by the construction of meaning in the human mind through processes of communication enacted in global/local multimedia networks of mass communication, including mass self-communication. Although theories of power and historical observation point to the decisive importance of the state's monopoly of violence as a source of social power, I argue that the ability to successfully engage in violence or intimidation requires the framing of individual and collective minds. »*³⁸²

³⁷⁹ DUNCAN J. WATTS, «The “New” Science of Networks», (2004) 30 *Annual Review of Sociology* 243

³⁸⁰ PIERRE MUSSO, *Critique des réseaux*, Presses Universitaires de France, 2003

³⁸¹ MANUEL CASTELLS, *Communication power*, Oxford ; New York, Oxford University Press, 2009

³⁸² *Id.*, p. 416

[204] Le rôle de la communication pour Castells est de servir de vecteur aux acteurs d'un réseau pour tisser des liens ou des relations de pouvoir. Mais la théorie de Castells, quoique importante du point de vue du paradigme de la communication, nécessite l'introduction du concept du réseau. Le réseau est une forme ou manifestation particulière d'un système social.

[205] Manuel Castells a longuement réfléchi à l'émergence des réseaux³⁸³ dans nos société dans son opus du début du 21^e millénaire. Comme le note Webster :

*«Castells argues that we are undergoing a transformation towards an 'information age', the chief characteristic of which is the spread of networks linking people, institutions and countries. There are many consequences of this, but the most telling is that the network society simultaneously heightens divisions while increasing integration of global affairs. Castells's concern is to examine ways in which globalization integrates people and processes and to assess fragmentations and disentanglements. »*³⁸⁴

[206] Justement, dans sa trilogie de la société en réseau, Castells affirme que la structure sociale du réseau offre une nouvelle façon de concevoir la réalité contemporaine, particulièrement dans un contexte hautement numérique. Il définit les réseaux comme suit :

« Networks constitute the new social morphology of our societies, and the diffusion of networking logic substantially modifies the operation and outcomes in processes of production, experience, power, and culture. [...] A network is a set of interconnected nodes. A node is the point at which a curve intersects itself. What a node is, concretely

³⁸³ MANUEL CASTELLS, *The Internet galaxy : reflections on the Internet, business, and society*, Oxford ; New York, Oxford University Press, 2001

³⁸⁴ FRANK WEBSTER, *Theories of the information society*, 3rd, New York, Routledge, 2006 , p. 101-2

speaking, depends on the kind of concrete network of which we speak.
»³⁸⁵

[207] Les réseaux peuvent émerger dans différentes sphères et Castells précisent que la :

*« new economy is organised around global networks of capital, management, and information, whose access to technological know-how is at the roots of productivity and competitiveness. »*³⁸⁶

[208] Les réseaux, toujours selon Castells, constituent un changement qualitatif dans l'expérience humaine. La culture, longtemps dominée par la nature, a su assoir son emprise sur celle-ci suite à la Révolution industrielle. Suite à l'émergence des réseaux, nous débutons une troisième ère³⁸⁷, que certains nomment la société postindustrielle³⁸⁸. Il s'en suit donc que l'information, et la communication de celle-ci, devient le facteur déterminant dans l'analyse de la société en réseau.

[209] Du point de vue de la culture, Castells spécifie que :

*« cultures manifest themselves fundamentally through their embeddedness in institutions and organizations. By organizations, I understand specific systems of means oriented to the performance of specific goals. By institutions I understand organizations invested with the necessary authority to perform some specific tasks on behalf of societies as a whole. »*³⁸⁹

³⁸⁵ MANUEL CASTELLS, *The rise of the network society*, 1, Oxford ; Malden, MA, Wiley-Blackwell, 2010 , p. 500-1

³⁸⁶ *Id.* , p. 502

³⁸⁷ *Id.* , p. 508

³⁸⁸ DANIEL BELL, *The coming of post-industrial society : a venture in social forecasting*, London, Heinemann Educational, 1974

³⁸⁹ M. CASTELLS, préc., note 385 p. 163-4

[210] Cette distinction entre organisation et institution rappelle le processus de légitimation en démocratie de Habermas que Castells³⁹⁰ cite directement. En fait,

« the institutions of the state and, beyond the state, the institutions, organisations, and discourses that frame and regulate social life are never the expression of « society, » a black box of polysemic meaning whose interpretation depends on the perspective of social actors. They are crystallized in power relationships [...] that enable actors to exercise power over other social actors in order to have the power to accomplish their goals. »³⁹¹

[211] Voilà l'intérêt global de l'approche de Castells :

« Actors produce the institutions of society under the conditions of the structural positions that they hold but with the capacity (ultimately mental) to engage in self-generated, purposive, meaningful, social action. This is how structure and agency are integrated in the understanding of social dynamics, without having to accept or reject the twin reductionisms of structuralism or subjectivism. This approach is not only a plausible point of convergence of relevant social theories, but also what the record of social research seems to indict. »³⁹²

[212] Castells offre donc une critique et une contextualisation du structuralisme, dont Luhmann est un théoricien. Castells cherche à souligner que :

« power is not located in one particular social sphere or institution, but it is distributed throughout the entire realm of human action. Yet, there are concentrated expressions of power relationships in certain social forms that condition and frame the practice of power in society at large by enforcing domination. Power is relational, domination is institutional. »³⁹³

[213] Ironiquement, les réseaux nécessitent certaines technologies. Ils dépendent aussi de la maturité sociale des sociétés industrialisées, voire

³⁹⁰ M. CASTELLS, préc., note 381, p. 12

³⁹¹ *Id.*, p. 14

³⁹² *Id.*

³⁹³ *Id.*, p. 15

postindustrielles³⁹⁴, pour supplanter les hiérarchies³⁹⁵, principalement pour permettre à leur « *flexibility, scalability and survivability*³⁹⁶ » d'émerger et de se réaliser pleinement. Le pouvoir dans un réseau s'exerce par ceux qui créent et opèrent les réseaux ainsi que par ceux qui établissent des liens entre les réseaux et en leur sein. En réalité :

*« the power holders are the network themselves. Not abstract, unconscious networks, not automata : they are human organized around their projects and interests. But they are not single actors (individuals, groups, classes, religious leaders, political leaders), since the exercise of power in the network society requires a complex set of joint action that goes beyond alliances to become a new form of subject, akin to what Bruno Latour has brilliantly theorized as the « actor-network. » »*³⁹⁷

[214] Pour le sociologue des sciences Bruno Latour³⁹⁸, cité par Castells, la théorie des réseaux de Castells épouse les deux définitions possibles du terme, soit celui de réseau technique (téléphonique, électrique, numérique) ainsi que celui qui est utilisé en sociologie pour distinguer les organisations, les marchés et les états. Toujours selon Latour³⁹⁹, Castells a, dans son recours sur les technologies de l'information, imaginé un mode privilégié d'organisation.

[215] Castells étoffe le systémisme luhmannien grâce à la topographie particulière du réseau. D'un côté, Luhmann stipule qu'un système émerge en réaction à la complexité de son environnement. De l'autre,

³⁹⁴ D. BELL, préc., note 388

³⁹⁵ M. CASTELLS, préc., note 381, p. 22

³⁹⁶ *Id.*, p. 23

³⁹⁷ *Id.*, p. 45

³⁹⁸ BRUNO LATOUR, *Reassembling the social an introduction to actor-network-theory*, Oxford ; New York :, Oxford University Press, 2005, p. 129

³⁹⁹ *Id.*

Castells indique que les agents interagissent en réseau pour déployer leur pouvoir par des institutions. La complexité de Luhmann devient le pouvoir de Castells. Il est essentiel de juxtaposer ces deux théories sociologiques dans le contexte de nos travaux afin de pouvoir passer d'un bagage de connaissance à l'autre.

[216] L'intérêt de cette juxtaposition conceptuelle découle aussi d'une réalité où les agents sociaux se coordonnent en classes formant des entités distinctes, mais hautement symboliques. Les agents, au sein d'une même classe d'individus homogènes ou entre diverses classes, sont liés, tour à tour, par des liens. Plus simplement, les agents se structurent en réseau et ces réseaux d'agents constituent une nouvelle structure sociale, elle-même entrant en relation avec d'autres structures. Pour tout dire, si le réseau représente une structure possible des éléments d'un système social, il semble que le paradigme du réseau soit une structure qui est de plus en plus évoquée et étudiée pour appréhender des circonstances où des éléments d'un système social se coordonnent par consensus.

[217] Ainsi, si le concept de communication permet de créer une théorisation ouverte des relations entre les éléments d'un système social, celui du réseau permet de constater, à un niveau conceptuel équivalent, que cette morphologie particulière impacte l'élaboration de notre méthodologie. Pour Luhmann et Castells, les risques et les

coordinations découlant des communications entre des éléments d'un système social permettent d'étudier les contours de ces systèmes sociaux. Le paradigme du réseau permet de comprendre une forme particulière de système dans lequel les éléments interagissent.

[218] Les théories de Luhmann sur les systèmes sociaux offrent les outils conceptuels nécessaires pour appréhender cette réalité mais l'intérêt d'un rapprochement entre les systèmes sociaux et les réseaux est de faire le pont entre certaines théories complémentaires des sciences sociales et juridiques. Cette morphologie peut s'appliquer aux relations entre les éléments d'un système social pour représenter l'émergence d'un ordre négocié ou consensuel. Justement, cette même dialectique se voit reflétée dans le domaine juridique.

[219] Pour tout dire, le concept de réseau s'est imposé pour décrire certaines réalités sociales et se juxtapose parfaitement aux théories systémiques. Comme nous l'avons évoqué, son incorporation en droit ouvre la porte à l'étude de systèmes complexes afin d'en voir émerger des normativités nouvelles.

2.1.2.4 La quantification des réseaux

[220] Bien avant que les sociologues aient recours aux paradigmes associés aux réseaux, les mathématiciens ont développés des outils conceptuels et analytiques sophistiqués pour étudier les réseaux. Les premiers travaux à cet effet sont tracés à Euler au 18^e siècle avec la

théorie des graphes⁴⁰⁰ où une série de relations sont représentés par des noyaux connectés par des vecteurs. Malgré un certain intérêt pour ces questions du point de vue des mathématiques théoriques depuis le milieu du 20^e siècle, il a fallu attendre l'émergence des ordinateurs ainsi que d'Internet pour que le paradigme du réseau prenne réellement son envol⁴⁰¹. Aujourd'hui, des outils informatiques puissants permettent de capturer des données ayant trait à des réseaux existants. De plus, les ordinateurs permettent maintenant une représentation des réseaux complexes soit par une analyse statistique, soit par une visualisation ultérieure grâce à de nouveaux outils tels les bases de données relationnelles ou graphiques⁴⁰².

[221] L'étude des réseaux réels⁴⁰³ grâce aux mathématiques permet de dégager des constats surprenants à partir de données n'ayant aucun lien entre elles. Il semble que l'interconnexion des pages sur Internet, les relations entre les neurones du cerveau, ou quelles protéines interagissent avec d'autres dans une cellule, tous des exemples de réseaux réels, ont des propriétés mathématiques inhérentes, peu importe la situation qu'ils représentent⁴⁰⁴.

⁴⁰⁰ ALBERT-LASZLÓ BARABÁSI, *Network Science*, Boston, MA, Center for Complex Network Research, 2012 p. 24

⁴⁰¹ *Id.*, p. 8

⁴⁰² *Id.*

⁴⁰³ À l'opposé des réseaux théoriques, dits aléatoires. Les noyaux sont reliés par des vecteurs d'une manière aléatoire.

⁴⁰⁴ ALBERT-LASZLÓ BARABÁSI, *Linked : the new science of networks*, Cambridge, Mass. :, Perseus Pub., 2002, p. 21

« *Real networks are governed by two laws : growth and preferential attachment. Each network starts from a small nucleus and expands with the addition of new nodes. Then these new nodes, when deciding where to link, prefer the nodes that have more links. These laws represent a significant departure from earlier models, which assumed a fixed number of nodes that are randomly connected to each other.* »
405

[222] Également, l'étude des réseaux réels permet de voir émerger certains autres paramètres. Premièrement, il est possible de calculer la distance (moyenne ou maximale) entre deux noyaux et, malgré la complexité des réseaux réels, cette valeur est relativement basse⁴⁰⁶. L'étude de Stanley Milgram⁴⁰⁷ a, par exemple, confirmé que chaque *Américain* est séparé de n'importe quel autre concitoyen par six degrés de séparation et représente une manifestation particulière des réseaux réels. Sur un thème similaire, Granovetter⁴⁰⁸ a déterminé qu'il est plus probable que nous dénichions un emploi grâce à une connaissance plutôt qu'un ami intime. Son étude sociologique offre un autre exemple de notre petit monde (*small world*) où certains noyaux ont une quantité disproportionnée de liens, ce qui en fait des moyeux. Les autres ont une quantité moindre de liens. La distribution des liens pour chaque noyau dans les réseaux réels suit une loi de puissance. Ces deux études ont révélé des topographies de réseaux réels qui se répercutent à travers d'autres réseaux réels.

⁴⁰⁵ *Id.*, p. 95

⁴⁰⁶ *Id.*, p. 69

⁴⁰⁷ STANLEY MILGRAM, «The small world problem», (1967) *Psychology Today* 60

⁴⁰⁸ GRANOVETTER, «The strenght of weak ties», (1973) 78 *American Journal of Sociology* 1360

[223] L'analyse mathématique des réseaux réels a généré une littérature considérable dans divers domaines des sciences pures qui est hors de la portée de nos travaux. Par contre, il convient de relater ces constats surprenants, où des réseaux, à priori sans rapport les uns avec les autres, semblent suivre des lois analogues. Comme si, malgré les disparités entre les éléments constituant les divers réseaux étudiés, des dynamiques propres émergent :

« traditional approaches to networks have tended to overlook or oversimplify the relationship between the structural properties of a network system and its behavior. A lot of the recent work on networks, by contrast, takes a dynamical systems view according to which the vertices of a graph represent discrete dynamical entities, with their own rules of behavior, and the edges represent couplings between entities. Thus a network of interacting individuals, for instance, or a computer network in which a virus is spreading, not only has topological properties, but has dynamical properties as well. Interacting individuals, for instance, might affect one another's opinions in reaching some collective decision (voting in a general election, for example), while the outbreak of a computer virus may or may not become an epidemic depending on the patterns of connections between machines. Which outcome occurs, how frequently they occur and with what consequences, are all questions that can only be resolved by thinking jointly about structure and dynamics, and the relationship between the two. »⁴⁰⁹

[224] Ainsi, les réseaux réels dynamiques offrent une série d'outils conceptuels essentiels pour appréhender la réalité de systèmes complexes : distance moyenne faible entre les noyaux malgré leur grand nombre; émergence de moyeux ayant un grand nombre de liens; importance de la topographie du réseau pour appréhender sa robustesse. Pour tout dire, il est non seulement primordial de

⁴⁰⁹ M. E. J. NEWMAN, *The structure and dynamics of networks*, Princeton, N.J. :, Princeton University Press, 2006 , p. 7

comprendre les concepts de réseaux en sociologie et en droit, il faut également creuser jusqu'aux racines mêmes des réseaux, jusqu'aux mathématiques. Il s'en suit la découverte d'une harmonie et d'un potentiel épistémique inégalé que nous désirons creuser ultérieurement.

Chapitre 2.2 Le réseau et le droit

[225] Si les théories associées aux systèmes sociaux proposent des outils conceptuels robustes mais généraux pour évoquer n'importe quelle topographie sociale, celle du réseau en évoque une spécifique où des noyaux sont interconnectés par des vecteurs dans une multiplicité de liens. À ces deux approches conceptuelles, l'une générale et l'autre spécifique, nous ajoutons celle de l'internormativité qui vient contextualiser la nature et le rôle des liens ou vecteurs dans un système social. Donc, au système social, structure générique, nous introduisons le réseau comme morphologie particulière sociale et identifions l'internormativité contractuelle comme conceptualisation possible des liens unissant les éléments des réseaux.

[226] Ost et Van de Kerchove⁴¹⁰ théorisent que des systèmes juridiques peuvent osciller entre la morphologie de la pyramide et du réseau. Ainsi,

« Avec le réseau, l'État cesse d'être le foyer unique de la souveraineté (celle-ci ne se déploie pas seulement à d'autres échelles, entre pouvoirs publics infra et supra-étatiques, elle se redistribue entre de puissants pouvoirs privés); la volonté du législateur cesse d'être reçue comme un dogme (on ne l'admet plus que sous conditions, au terme de procédures complexes d'évaluation tant en amont qu'en aval de l'édiction de la loi); les frontières du fait et du droit se brouillent; les pouvoirs interagissent (les juges deviennent co-auteurs de la loi et les subdélégations du pouvoir normatif, en principe interdites, se multiplient); les systèmes juridiques (et plus largement, les systèmes normatifs) s'enchevêtrent; la connaissance du droit, qui revendiquait hier sa pureté méthodologique (monodisciplinarité) se décline aujourd'hui sur le mode de l'interdisciplinarité et résulte plus de

⁴¹⁰ 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

l'expérience contextualisée (learning process) que d'axiomes a priori; la justice, enfin, que le modèle pyramidale entendait ramener aux hiérarchies de valeurs fixées dans la loi, s'appréhende aujourd'hui en termes de balances d'intérêt et d'équilibrations de valeurs aussi diverses que variables. »⁴¹¹

[227] Un système juridique opérant selon le paradigme du réseau est donc gouverné selon des normes négociées entre divers agents sociaux menant à une réglementation d'un système social⁴¹². Cette approche amène, selon Chevallier⁴¹³, un « pragmatisme » qui :

« conduit à infléchir les conditions d'emploi de la technique juridique : tandis que l'espace du droit conventionnel connaît un constant élargissement, les destinataires sont de plus en plus fréquemment associés au processus d'élaboration des normes et des procédés informels d'influence et de persuasion viennent relayer les modes de commandement traditionnels. »⁴¹⁴

[228] Toujours selon Chevallier⁴¹⁵, ce pragmatisme juridique s'articule par la contractualisation des rapports entre l'État et les gouvernés par le biais d'une rationalité coopérative et d'une logique de coordination. Il s'inscrit également dans un droit négocié suite à des consultations avec des groupes d'intérêt, voire les citoyens eux-mêmes. Finalement, la norme devient non prescriptive par un droit « doux » ou « flou » ou « mou »⁴¹⁶, c'est-à-dire qu'il suggère des recommandations, offre des

⁴¹¹ *Id.*, p. 14

⁴¹² ANTOINE BAILLEUX, «À la recherche des formes du droit : de la pyramide au réseau», (2005) 55 *Revue internationale d'études juridiques* 91, p. 102-4

⁴¹³ JACQUES CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 35, coll. «Droit et société», Paris, L.G.D.J., 2008, p. 137

⁴¹⁴ *Id.*, p. 138

⁴¹⁵ *Id.*, p. 138-46

⁴¹⁶ C. THIBIERGE, «Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit», 2003 *Revue trimestrielle du droit civil* 599

options ou un partage des responsabilités. Le droit, par le biais de la déconstruction du sens de son texte devient hétéronome⁴¹⁷.

[229] Le *Conseil d'État* de la France⁴¹⁸ propose plutôt l'expression «droit souple» pour évoquer ce phénomène.

« [Il] paraît possible de définir le droit souple comme l'ensemble des instruments réunissant trois conditions cumulatives :

- ils ont pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion ;

- ils ne créent pas par eux-mêmes de droits ou d'obligations pour leurs destinataires ;

- ils présentent, par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit. »⁴¹⁹

[230] Le *Conseil d'État* étoffe sa conception du droit souple par une multitude d'exemples. Ainsi, outre le droit international, où le concept de droit souple a déjà pris ses premières racines, le droit administratif l'incorpore pour la gestion des responsabilités ou politiques de l'État avec les organes qui lui sont tributaires, tels les municipalités. Également, il est souvent question du droit souple dans l'appréhension par le législateur de phénomènes technologiques⁴²⁰ ainsi que dans

⁴¹⁷ PAUL AMSELEK, «La teneur indécise du droit», 1991 *Revue de droit public* 1199

⁴¹⁸ *Le droit souple*, Paris, La documentation Française, 2013

⁴¹⁹ *Id.*, p. 61

⁴²⁰ *Id.*, p. 239-246 (Isabelle Falque-Pierrotin, présidente de la Commission nationale de l'informatique et des libertés y signe un texte sur la régulation des données personnelles)

l'inclusion des normes techniques⁴²¹ ou des codes volontaires⁴²² de communautés.

[231] Nous poursuivons l'articulation de notre cadre conceptuel en abordant l'internormativité contractuelle. Cette théorie permet de solidifier le rôle du contrat en tant que communication dans un système social mais aussi de vecteur dans un réseau de nœuds d'où émergent des normes.

⁴²¹ *Id.*, p. 275-290

⁴²² *Codes volontaires : guide d'élaboration et d'utilisation*, Gouvernement du Canada, 1998
[http://www.ic.gc.ca/eic/site/oca-bc.nsf/vwapj/codesvol.pdf/\\$FILE/codesvol.pdf](http://www.ic.gc.ca/eic/site/oca-bc.nsf/vwapj/codesvol.pdf/$FILE/codesvol.pdf)

Section 2.2.1 Internormativité contractuelle

[232] Dans son étude du rôle d'une multinationale dans l'économie d'une région du Québec, Jean-Guy Belley a développé une théorisation 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. »⁴²³

[233] 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.

[234] 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

⁴²³ J.G. BELLEY, préc., note 286, p. 197

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. »⁴²⁴

[235] L'internormativité contractuelle propose donc une structure ainsi qu'une méthodologie à suivre pour étudier le phénomène du 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.*⁴²⁵ » Pour sa part, le contrat dit réglementaire se conforme plus étroitement à la « *légalité interne de l'entreprise* » et cherche à harmoniser l'interaction des fournisseurs avec la logique bureaucratique propre de l'entreprise, telle qu'établie par sa mission et son fonctionnement propre⁴²⁶.

[236] 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

⁴²⁴ *Id.*, p.230

⁴²⁵ *Id.*, p. 205

⁴²⁶ *Id.*, p. 208

correspondant à des normes techniques ou des modalités quantifiables⁴²⁷. 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 réfère 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. »⁴²⁸

[237] Finalement, le contrat moral *« participe de la normativité d'une relation établie au fil des années entre deux individus et deux organisations. »*⁴²⁹ La confiance et le décorum jouent un rôle de premier plan dans ce contexte.

[238] 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 théorique⁴³⁰. Par ailleurs,

⁴²⁷ *Id.*, p. 210-211

⁴²⁸ *Id.*, p. 213-214

⁴²⁹ *Id.*, p. 217

⁴³⁰ *Id.*, p. 231 « La problématique de l'internormativité contractuelle est donc aussi celle de l'interaction des notions ou doctrines du contrat élaborées à tel ou tel niveau spatial, dans telle ou telle conjoncture temporelle. Le chercheur ne doit pas adopter lui-même une de ces doctrines à l'exclusion des autres. Dans la mesure où

Belley note la relativité des concepts de loi, de statut et de contrat à la lumière de l'internormativité contractuelle⁴³¹.

[239] Nous constatons des similitudes entre les thèses de Belley et l'approche générale de Lon Fuller. Les deux cherchent à ouvrir les études juridiques à l'analyse contractuelle⁴³² en intégrant le rôle de la coutume dans l'activité législative⁴³³ ainsi que le contrôle social⁴³⁴. Il devient nécessaire de poser un cadre conceptuel étanche pour introduire le contrat dans l'épistémologie juridique. Le contrat, les agents ainsi que leur contexte social deviennent des thèmes centraux dans l'élaboration d'études juridiques.

[240] 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 que à l'analyse des réseaux qui offre une typologie flexible pour étudier les relations sociales.

une définition opérationnelle du contrat lui est indispensable, les critères distinctifs de la normativité contractuelle devraient se limiter à des éléments fondamentaux, c'est-à-dire repérables à tous les niveaux d'espace et dans toutes les temporalités. L'autonomie minimale des acteurs et la conception d'un projet de coordination bilatérale m'apparaissent être à cet égard deux indicateurs nécessaires et suffisants. L'échange de consentements individualisés et l'énonciation de promesses explicites sont, au contraire, des critères accessoires, même s'ils peuvent être considérés décisifs dans la doctrine d'un ordre juridique opérant dans un espace-temps donné. »

⁴³¹ *Id.*, p. p. 230

⁴³² LON L. FULLER, «Consideration and Form», (1941) 41 *Columbia Law Review* 799

⁴³³ LON L. FULLER, «Human Interaction and the Law», (1969) 14 *Am. J. Juris.* 1

⁴³⁴ 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

Section 2.2.2 Exemples de réglementation par les réseaux

[241] Dans cette section, nous recenserons les théories de chercheurs qui traitent de cadres juridiques en droit de l'information sans toutefois évoquer directement celui du droit d'auteur. L'objectif est donc d'identifier des domaines analogues où le droit en réseau est employé avec succès afin d'en étudier les ramifications.

[242] Nous débuterons avec une incursion dans le domaine de la gestion des renseignements personnels par l'État dans un contexte d'informatisation galopante des infrastructures et de la prestation de services. Ensuite, nous explorerons le cas des risques informationnels des communications dans les réseaux informatiques. Puis, nous nous attarderons à des communautés de brevets (*patent pools*). Le lien avec le droit d'auteur, à un certain niveau d'abstraction du moins, est relativement direct. En premier lieu, ces régimes juridiques édictent des mécanismes d'interdiction d'utilisation ou de diffusion d'information. Ensuite, ils regroupent une pluralité d'intervenants ayant des objectifs parfois divergents et un accès inégal à des ressources. Nous espérons pouvoir tirer des leçons de ces approches théoriques puisque ces problèmes juridiques sont similaires à ceux qui nous préoccupent.

2.2.2.1 Aires de partage et gestion des risques des données personnelles

[243] L'émergence du cyberspace vers la fin du 2^e millénaire a amené son lot de tensions. Une génération de chercheurs analyse ces mutations pour réfléchir à de nouvelles manières de les concevoir⁴³⁵. Parmi ces sujets, la protection de la vie privée et des renseignements personnels a suscité plusieurs réflexions concernant les mutations qui sont nécessaires pour que le cadre juridique permette de tirer avantage de l'informatisation des rapports entre l'État et les citoyens, une informatisation des rapports qui est rendue possible grâce aux réseaux numériques⁴³⁶. L'intérêt de ces changements est donc de bonifier l'offre de service des administrations publiques. Cependant, ces modifications doivent s'effectuer sans toutefois ériger la protection des renseignements personnels en interdiction absolue qui nuirait au partage d'information entre les structures de l'État. Les nouvelles conceptualisations qui découlent de ces travaux offrent de nouvelles avenues pour les problématiques qui nous intéressent.

[244] Parmi ces chercheurs, Pierre Trudel, professeur titulaire au *Centre de recherche en droit public (CRDP)* de la *Faculté de droit* de l'*Université de Montréal*, a articulé le concept d'aire de partage, qui :

⁴³⁵ PIERRE TRUDEL, *Droit du cyberspace*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1997

⁴³⁶ PIERRE TRUDEL, *Améliorer la protection de la vie privée dans l'administration électronique : pistes afin d'ajuster le droit aux réalités de l'État en réseau*, Centre de recherche en droit public; Chaire L.R. Wilson sur le droit des technologies de l'information et du commerce électronique, 2003 http://www.institutions-democratiques.gouv.qc.ca/acces-information/documents/Rapport_Me_Pierre_Trudel.pdf, p. 43

«35. [...] peut être définie comme un environnement d'information dans lequel des données personnelles nécessaires à la délivrance d'un ensemble de services accomplis au bénéfice des citoyens peuvent être rendus disponibles à différentes entités. Ces services ou prestations ont un caractère complémentaire et leur accomplissement nécessite des informations détenues par une pluralité d'entités liées par une entente. La notion fournit un concept adapté aux réalités des réseaux et permet de concevoir les droits et obligations de l'ensemble de partenaires du e-gouvernement.

36. Le concept renvoie à un ensemble de mécanismes balisant la circulation de l'information et en délimitant les usages. Il s'agit d'organiser l'espace au sein duquel les données peuvent circuler. Le cadre qui en découle définit les droits et les responsabilités. Les protections sont conçues de manière à garantir que les données seront effectivement utilisées pour des fins licites, plutôt que pour empêcher leur circulation.

37. Au plan juridique, l'aire de partage est un espace régulé. Au plan technique, c'est un espace normé. Elle permet de situer les protections qui doivent être assurées à l'égard des données personnelles de même que les responsabilités respectives de tous ceux qui se trouvent à en avoir la maîtrise au sein d'un espace en réseau. »⁴³⁷

[245] À strictement parler, il est question de confiance et de publicité des ententes qui régulent cet espace normatif informationnel. Ainsi, les instances gouvernementales et les organisations de prestation alignent leurs pratiques sur un cadre normatif et réglementaire qui facilite le déploiement de services communs qui dépendent eux-mêmes du partage de renseignements personnels. Technologie et droit se conjuguent donc pour bonifier l'approche de plusieurs intervenants. Le cadre juridique est édicté par des politiques ou des contrats de services à l'intérieur du cadre juridictionnel de ces organisations. Par ailleurs, les technologies modulent et sont développées en lien avec l'articulation du

⁴³⁷ PIERRE TRUDEL, «Renforcer la protection de la vie privée dans l'état en réseau : l'aire de partage de données personnelles», (2004) 110 *Revue française d'administration publique* 257 , p. 263

cadre juridique en suivant une évaluation qui correspond aux besoins de communs.

[246] La question de la gestion des risques devient alors un outil primordial dans l'articulation du cadre réglementaire et normatif d'une aire partagée. Vu à la lumière de la question de la gestion des risques dans les communications du *Web 2.0*, c'est-à-dire dans la sphère des communication des médias sociaux le partage de renseignements personnels prévaut, l'analyse de Trudel précise que :

«In a network, anyone who can impose his or her will has the ability to increase risk for others. Thus, a state can impose responsibilities on people who are within its borders. Such people will then have to manage the risks flowing from those obligations. They will try to ensure that their partners comply with the requirements that they themselves have to meet and with respect to which they can be held accountable. The obligations and risks will be relayed by contract or in other ways.

Regulation of the Internet results from constant temporary balancing of risks and precautions. All stakeholders try to minimize the risk to which they are exposed when they are involved in situations over which they have some effective control. Regulation of Web 2.0 activities has to aim to increase the risks associated with behaviour that puts others in danger, and to reduce the risks to those with prudent conduct. Normativity usually comes into play when it is seen as appropriate to adjust the relative risks borne by participants in an activity.»⁴³⁸

[247] Similairement, il explique que :

«The Internet can be seen as a world made up of normativity nodes and relays that influence one another. What is at stake is not whether law, technology or selfregulation provides the best protection for privacy. Effective normativity results from dialogue among stakeholders and their ability to relay norms and principles. In order

⁴³⁸ PIERRE TRUDEL, «Web 2.0 Regulation: A Risk Management Process», (2010) 7 *Canadian Journal of Law and Technology* 51, p. 59

to learn which norms govern an environment connected to the Internet, we have to identify the nodes in which they are stated.»⁴³⁹

[248] La leçon principale des théories de professeur Trudel, puisée des aires de partage et de la gestion des risques dans les réseaux, consiste à comprendre la topographie du réseau d'interactions entre les agents afin d'identifier les risques inhérents à chacun. Ces risques deviennent la base selon laquelle nous pouvons esquisser une aire de partage informationnelle. En ce qui nous concerne, il va sans dire que la gestion des risques et les aires de partage se transposent particulièrement bien aux œuvres numériques protégées par le droit d'auteur, surtout dans le contexte où des institutions comme les bibliothèques interviennent directement pour articuler les termes selon lesquels les œuvres sont communiquées à leur communauté. Les relations contractuelles retenues par les bibliothèques auprès des titulaires seraient, en fait, des aires partagées au sens de Trudel, mais pour les droits d'auteurs. S'en suit une gestion des risques qui incombe à tous les intervenants de la chaîne de diffusion. Nous aurons la chance d'approfondir ces idées au cours de la troisième partie de notre thèse.

2.2.2.2 Communauté de brevets

[249] Dans un autre ordre d'idée, nous nous intéressons aux communautés de brevets pour examiner comment les agents peuvent collaborer afin

⁴³⁹ PIERRE TRUDEL, «Privacy Protection on the Internet: Risk Management and Networked Normativity», dans SERGE GUTWIRTH, YVES POULLET, PAUL DE HERT, CÉCILE DE TERWANGNE et SJAACK NOUWT (dir.), *Reinventing Data Protection?*, Springer Netherlands, 2009, p. 317-334 , p. 331-2

d'échanger informations, ressources et risques entre des organisations innovatrices. L'objectif, encore ici, est d'identifier des exemples où d'autres institutions ont su employer les théories du droit en réseau pour répondre aux impératifs de la complexification de leur environnement.

[250] Ainsi, nous puisons dans les travaux d'Enrico Bertacchini⁴⁴⁰ concernant les initiatives de mise en commun des recherches (*research commons initiatives*⁴⁴¹) dans les champs des biotechnologies, de la biologie et des ressources génétiques où les brevets constituent la forme de propriété intellectuelle privilégiée. Ses travaux retracent les enjeux économiques de ces domaines de pointe où des agents commerciaux, académiques et gouvernementaux collaborent afin de faire avancer la science, mais aussi pour générer des découvertes utiles pour la société, découvertes qui peuvent avoir une valeur économique substantielle. Le chercheur identifie trois groupes de problématiques qui découlent de ces systèmes de recherche complexes. Le premier est la multiplicité des intervenants qui peuvent aboutir à un régime où les coûts de transactions sont prohibitifs, menant à l'anticonmune de Heller⁴⁴². Ensuite, la gouvernance des règles d'accès et de partage d'une connaissance créé en réseau varie d'un groupe à l'autre⁴⁴³. En effet,

⁴⁴⁰ ENRICO BERTACCHINI, «Contractually-constructed Research Commons: A critical Economic Appraisal», dans JUAN CARLOS DE MARTIN et DE ROSNAY DULONG (dir.), *The digital public domain : foundations for an open culture*, Cambridge, OpenBook Publishers, 2012, p. 95-110

⁴⁴¹ *Id.*, p. 96

⁴⁴² *Id.*, p. 101-103. Voir la Section 1.1.1.1 pour les anticonmunes de Heller.

⁴⁴³ *Id.*, p. 103-106

« in the last two decades the literature has increasingly acknowledged networks and similar forms of collaborative ties as a governance structure distinct from markets and firms. »⁴⁴⁴

[251] Soit que la gouvernance se base sur l'exclusion grâce à des liens forts et formels (contractuels), soit qu'elle suit les principes informels du partage grâce à des liens faibles, ouverts. Les premiers ont tendance à émerger dans les relations entre les corporations et les universités. Les seconds apparaissent dans une sorte de « zone grise » pour contourner les pressions dues à la privatisation du savoir⁴⁴⁵. Ainsi,

« The analysis of the formal and informal system of exchange highlights how knowledge dissemination and integration in networked environments is still based on exclusionary strategies and strong ties. In the long term, this may create high entry barriers to prospective innovators and researchers or hinder the collective good of shared quality standards that favour cumulative research. In turn, effective and facilitated access to research tools, guaranteed materials and knowledge allows for the comparison of results, validation and replication of scientific findings. Then the question is how the existent governance structure in a networked environment could mitigate these problems? »⁴⁴⁶

[252] Dans un troisième et dernier temps, Bertacchini⁴⁴⁷ précise que le changement institutionnel et les moyens de gérer les attentes souffrent de biais cognitifs où ceux qui possèdent ou créent des connaissances ont tendance à mal évaluer leur valeur réelle. Lorsque la connaissance est distribuée, chaque agent peut sous-évaluer sa valeur réelle car il ne considère que la valeur marginale de celle qu'il a en sa possession. Par ailleurs, il se peut que si plusieurs groupes collaborent sur les mêmes

⁴⁴⁴ *Id.*, p. 104

⁴⁴⁵ *Id.*, p. 104

⁴⁴⁶ *Id.*, p. 105

⁴⁴⁷ *Id.*, p. 106-8

enjeux de recherche, ces groupes puissent créer des connaissances complémentaires, ce qui déprécie la valeur en raison de la présence de ces substituts. Ainsi, Bertacchini⁴⁴⁸ ajoute que les effets de la privation découlent d'une réponse systémique à ces biais cognitifs (*cognitive biases*) des agents du réseau de recherche.

*« In this context, literature about institutions and institutional change may be useful to highlight specific dynamics such as adaptive behaviour, collective action problems, path dependency and agents' complex feedback mechanisms that can lead to the successful adoption of emerging research commons initiatives. »*⁴⁴⁹

[253] Pour tout dire, Bertacchini se pose deux questions fondamentales qui nous semblent particulièrement judicieuses :

*« In the new scenario of proliferating exclusive rights, are agents learning to use their contractual freedom to put forward research projects and innovation activities? Conversely, are there reasons to fear that transaction costs, strategic behaviour and cognitive biases will stifle the opportunities for exchanging and integrating knowledge? »*⁴⁵⁰

[254] Ces interrogations découlent de la problématique socioéconomique issue des réseaux de recherche dans le domaine biomédical, biologique ou génomique où les brevets prévalent. Nous désirons nous les approprier pour articuler les approches méthodologiques que nous désirons employer pour étudier l'émergence de normativités associées au droit d'auteur dans l'environnement économique et social des universités au Canada et, plus particulièrement, au Québec.

⁴⁴⁸ *Id.*, p. 107

⁴⁴⁹ *Id.*, p. 108

⁴⁵⁰ *Id.*, p. 109

Conclusion de la deuxième partie: cadre d'analyse socioéconomique

[255] La deuxième partie de cette thèse présente une sélection de théories sociologiques du droit. L'institutionnalisation et l'interaction symbolique proposent une conceptualisation des acteurs, des institutions et des processus sociaux, dont la réification, par lesquels ces éléments guident la société à travers les méandres de son évolution. Luhmann poursuit dans cette veine, introduisant par sa théorisation des systèmes sociaux une profondeur nécessaire pour observer les situations complexes. En effet, la communication entre les éléments d'un système social devient vectrice de complexité et de risque lorsque des perturbations introduisent des éléments nouveaux. Comme Luhmann le précise, gérer les risques et la complexité est le rôle de ces systèmes sociaux. Au sein de ceux-ci, les agents réagissent au risque en opérant des communications avec les éléments du système social, générant ainsi une structure dynamique grâce à l'autopoïèse. Un système peut ainsi réifier son organisation. Le droit serait un système social fermé, qui codifie de « légale » ou « d'illégale » les communications qui lui sont adressées. La conceptualisation luhménienne a grandement inspiré nos réflexions.

[256] La théorie cybernétique enrichie les théories de Luhmann par les nuances qu'elle apporte quant au rôle de la communication dans un

système social. Spécifiquement, le rôle de la rétroaction dans la théorie cybernétique s'ajoute à l'autopoïèse de Luhmann afin de bâtir un modèle plus pertinent de l'émergence en droit. Cela va de même pour les réseaux : à la morphologie sociale générale des systèmes sociaux s'ajoute la théorisation des réseaux de Castells ainsi que divers moyens de les quantifier grâce aux théories mathématiques appliquées. Des agents, agissant en réseau au sens de Castells, peuvent bâtir des relations de force pour répondre à des pressions au sein de leur environnement. Le pouvoir devient donc une mesure potentielle de la connectivité de divers acteurs, organisations et institutions qui agissent par des forces dont les dynamiques se conceptualisent par une croissance naturelle et une connectivité liée à l'état précédent des noyaux d'un réseau.

[257] De la complexité ou du risque, Luhmann observe l'autopoïèse; Weiner-Shannon, la rétroaction; Castells et les théoriciens quantitatifs des réseaux, une connectivité dynamique et dirigée. Belley, quant à lui, offre une théorisation juridique des mêmes phénomènes, celle de l'internormativité contractuelle. Son ontologie des contrats permet de nuancer les théories sociologiques grâce à une typologie des relations dans un système social. L'exemple des aires partagées ainsi que des communautés de brevets illustre comment notre sélection de théories sociologiques du droit amène une contribution nouvelle à la science du

droit en démontrant comment le droit émerge des interactions sociales. En fait, nous préférons le terme neutre « émergence » afin d'englober toutes les conceptualisations évoquées dans cette partie de thèse ainsi que les dynamiques de formation de marchés de la première partie.

[258] D'ailleurs, les théories de l'émergence bonifient l'analyse économique du droit présentée dans la première partie. En particulier, nous notons avec intérêt la distinction entre les concepts « acteurs » et « agents » présents, respectivement, en sociologie et en économie. De plus, le concept d'institution revêt une signification légèrement différente dans les deux disciplines. D'un côté, les concepts d'autorité et de coordination les unissent. De l'autre, la conceptualisation de la finalité recherchée les distingue : l'économie favorise les marchés, la sociologie vise plutôt l'interaction. Peut-être que, justement, le droit devient le point d'ancrage entre la sociologie et l'économie, offrant l'opportunité de focaliser les concepts qui les sous-tendent pour introduire une harmonisation théorique.

[259] Par exemple, Luhmann par sa théorie cybernétique propose une issue au paradoxe quantique. Si le sous-système du droit impose une codification fermée (« légale » ou « illégale ») aux communications qui lui sont adressées, alors il serait possible de théoriser l'émergence de sous-systèmes sociaux qui modifient les informations d'une communication avant que celle-ci n'atteigne le sous-système du droit.

Nous proposons, dans la troisième partie de notre thèse, que les bibliothèques agissent en ce sens par le double effet des exceptions au droit d'auteur et de leurs budgets d'acquisition documentaire. Spécifiquement, les bibliothèques se positionnent en aval de la chaîne qui lie une créatrice à une utilisatrice d'œuvres protégées par le droit d'auteur. L'œuvre doit traverser des mécanismes économiques et sociaux avant de pouvoir être utilisée. Les bibliothèques ont un rôle émergent qui consiste à analyser les facteurs pertinents lors de l'élaboration d'une communication, avant que celle-ci ne soit adressée au sous-système juridique du droit d'auteur. L'information de cette communication dépend de facteurs socioéconomiques de l'œuvre ainsi que du contexte précis de son utilisation. Il semble que, plus on se rapproche du créateur, plus les droits patrimoniaux sont forts. À l'inverse, plus on se rapproche du consommateur, plus les caractéristiques de bien public priment. Elles agissent à titre d'institutions, au sens sociologique, qui coordonnent et portent l'autorité de certaines communications acheminées au sous-système juridique du droit d'auteur grâce à leur action concertée.

[260] Pour ce qui est du continuum du consentement, cet axiome impose également une réification au rôle des bibliothèques. Il peut subsister, pour une œuvre donnée, plusieurs statuts juridiques possibles selon le contexte de son utilisation. Par exemple, une copie peut s'opérer

légalement en vertu d'une cession, d'une licence, d'une limitation, d'une exception... L'œuvre qui en résulte, qu'elle soit numérique ou non, revêt des caractéristiques différentes selon le contexte de son utilisation et de son appropriation éventuelle par autrui. Nous démontrons, dans la troisième partie, l'importance grandissante qu'ont les métadonnées – les informations propres à une œuvre en tant qu'instance – dans l'univers numérique. Encore ici, les bibliothèques agissent en tant qu'institutions au sens sociologique, afin de coordonner et de communiquer autoritairement le statut précis d'une œuvre au sens juridique.

[261] À la lumière de ces réflexions, nous désirons élaborer puis opérationnaliser notre cadre d'analyse. Pour le faire, nous nous inspirons des travaux de Leibniz (1646-1716), qui fut, selon Bertrand Russell :

« one of the supreme intellects of all time, but as a human being he was not admirable. He had, it is true, the virtues that one would wish to find mentioned in a testimonial to a prospective employee: he was industrious, frugal, temperate, and financially honest. But he was wholly destitute of those higher philosophic virtues that are so notable in Spinoza. His best thought was not such as would win him popularity, and he left his records of it unpublished in his desk. What he published was designed to win the approbation of princes and princesses. The consequence is that there are two systems of philosophy which may be regarded as representing Leibniz: one, which he proclaimed, was optimistic, orthodox, fantastic, and shallow; the other, which has been slowly unearthed from his manuscripts by fairly recent editors, was profound, coherent, largely Spinozistic, and amazingly logical. »⁴⁵¹

⁴⁵¹ BERTRAND RUSSELL, *History of Western philosophy*, London :, Taylor & Francis e-Library, 2004 , p. 531

[262] D'ailleurs, Leibniz était, juriste et bibliothécaire,⁴⁵² et traita des conditions⁴⁵³ pour devenir bachelier et des cas perplexes⁴⁵⁴ lors de ses études doctorales en droit.

« Il goûta alors aux plaisirs d'un univers scholastique proposant des concepts et des méthodes capables de combiner le détail jurisprudentiel et l'abstraction logique, autrement dit, capables de conférer un caractère déductif aux décisions de justice. On comprend ainsi que la réussite exceptionnelle de son œuvre mathématique ne l'ait pas conduit à délaisser les travaux juridiques, mais seulement à en différencier l'exécution et qu'il ait multiplié les fonctions de conseiller en justice en ayant toujours pour objectif la rationalisation des systèmes législatifs et judiciaires. »⁴⁵⁵

[263] De Leibniz, nous retenons en particulier son approche combinatoire⁴⁵⁶ qui, selon ses traducteurs :

« The Dissertatio de arte combinatoria, which Leibniz published in 1666, was an expansion of the dissertation and theses submitted for disputation the same year to qualify for a position in the philosophical faculty at Leipzig. The work contains the germ of the plan for a universal characteristic and logical calculus, which was to occupy his thinking for the rest of his life. That project is here conceived as a problem in the arithmetical combination of simple into complex concepts, Leibniz deriving basic theorems on permutation and combinations and applying them to the classification of cases in logic, law, theology, and other fields of thought. His later judgment on the work was that in spite of its immaturity and its defects, especially in mathematics, its basic purpose was sound. »⁴⁵⁷

[264] Ainsi, Leibniz se positionne à la jonction des mathématiques et du droit et nous nous en inspirons pour synthétiser notre approche. En fait,

⁴⁵² MARIA ROSA ANTOGNAZZA, *Leibniz : an intellectual biography*, Cambridge; New York, Cambridge University Press, 2009

⁴⁵³ GOTTFRIED WILHELM LEIBNIZ et POL BOUCHER, *Des conditions De conditionibus*, Paris, J. Vrin, 2002

⁴⁵⁴ GOTTFRIED WILHELM LEIBNIZ et POL BOUCHER, *Des cas perplexes en droit De casibus perplexis in jure*, Paris, J. Vrin, 2009

⁴⁵⁵ *Id.* p. 11-12 (dans les propos introductifs de Boucher)

⁴⁵⁶ GOTTFRIED WILHELM LEIBNIZ, «Dissertation on the Art of Combinations», dans LEROY E. LOEMKER (dir.), *Philosophical papers and letters*, Dordrecht, Holland; Boston, Springer, 1976, p. 73-84

⁴⁵⁷ *Id.* , p. 73

nous proposons le **cadre d'analyse socioéconomique (CASE)** que nous appliquons au droit d'auteur. Dans ce cadre, nous manipulons les concepts fondamentaux de notre modèle, les œuvres protégées en tant qu'**objet** de droit et les utilisateurs en tant que **sujets** de droit, grâce au **cadre juridique** du droit d'auteur.

[265] D'une part, les objets de droit – les œuvres protégées – se déclinent en fonction des paramètres juridiques qui leurs sont propres. Il convient donc d'identifier des classes d'instances d'œuvres ayant les mêmes propriétés juridiques. Le droit d'auteur édicte déjà une ontologie d'œuvres dans les définitions de l'article 2⁴⁵⁸ (par exemple : œuvre dramatique, musicale, artistique, etc.), mais notre analyse impose une nuance supplémentaire en fonction du contexte juridique d'un accès à une œuvre. Par exemple, la copie numérique d'une œuvre iconographique d'une collection de bibliothèque peut provenir d'un transfert de format en vertu de l'exception pour la gestion des collections édictée à l'article 30.1⁴⁵⁹ ou en vertu d'une licence négociée auprès du titulaire légitime. La prestation dudit fichier iconographique par la bibliothèque doit être modulé en fonction du cadre juridique l'affectant. Il en résulte une typologie qui conjugue l'ontologie des œuvres édictée dans la *Loi sur le droit d'auteur* avec le cadre juridique imposé par le positionnement de l'utilisation sur le continuum du consentement.

⁴⁵⁸ *Loi sur le droit d'auteur*, préc., note 1

⁴⁵⁹ *Id.*

[266] D'autre part, notre analyse du contexte d'utilisation d'une œuvre par les sujets de droit – les utilisateurs d'œuvres protégées – doit suivre la même logique. La complexité introduite par le numérique impose une réification de la compréhension du contexte de l'utilisation de l'œuvre. Ainsi, il convient de bâtir une typologie des utilisations numériques qui se greffe à l'ontologie édictée par la *Loi sur le droit d'auteur*, notamment les droits patrimoniaux de l'article 3.⁴⁶⁰ Dans notre exemple iconographique du précédent paragraphe, il se peut que l'image soit exécutée en public dans une salle de classe ou communiquée au public par télécommunication sur un site Internet public ou privé. Dans le cas des sujets de droits, le contexte d'utilisation découle directement d'une articulation plus fine des droits patrimoniaux exploités selon un contexte précis. Il convient donc de positionner les utilisations visées en fonction du cadre juridique qui en découle.

[267] Le cadre d'analyse socioéconomique en droit d'auteur s'articule donc à l'intersection d'une typologie du cadre juridique de l'œuvre ainsi que du cadre juridique de l'utilisation. Il est utile de représenter cette interaction par une matrice où sont listées, d'une part, chaque instance de la typologie des œuvres et de l'autre, chaque instance de la typologie des utilisations. Il en résulte un tableau où chaque cellule représente un moment précis où une classe d'utilisateurs homogènes (en vertu de leur

⁴⁶⁰ *Id.*

cadre juridique) désire avoir recours à une classe d'œuvres homogènes (en vertu également de leur cadre juridique). Pour chaque cellule de la matrice, il convient de déterminer quel est le moyen, parmi ceux proposés par le continuum du consentement, par lequel une bibliothèque désire servir sa communauté par ses collections.

[268] Dans l'exemple iconographique des derniers paragraphes, la matrice œuvre-utilisation découlant du cadre d'analyse socioéconomique en droit d'auteur se présente par un tableau de deux lignes et trois colonnes, où les lignes sont les classes homogènes d'œuvres (images transférées en vertu de l'art. 30.1; images obtenues sous licence) et où les colonnes sont les classes homogènes d'utilisations (exécuter en public dans une salle de classe en milieu scolaire; communiquer par télécommunication sur Internet sur un site public; communiquer par télécommunication sur Internet sur un site privé). Pour chacune des six jonctions œuvre-utilisation, il convient de déterminer par quel moyen proposé dans le continuum du consentement une communauté désire agir (par exemple : de négocier avec les titulaires pour des droits additionnels dans la licence; de limiter la qualité – ou résolution – de l'image; d'invoquer l'utilisation équitable). Il est également utile de réfléchir au paradoxe quantique afin de mieux comprendre par exemple, la nature de l'œuvre et l'impact de son utilisation sur celle-ci, à la lumière

du jugement *CCH*.⁴⁶¹ De plus, le cadre d'analyse socioéconomique, en général, et la matrice œuvre-utilisations, en particulier, introduisent la possibilité d'articuler d'autres facteurs déterminants dans l'analyse d'une situation, telles que les ressources monétaires, la capacité à anticiper le risque juridique du choix ou l'opportunité de procéder à une transaction.

[269] La matrice œuvres-utilisations construite à partir du cadre d'analyse socioéconomique en droit d'auteur est un outil pour analyser la complexité qui découle du numérique afin de favoriser l'émergence d'un nouvel ordre ou système juridique. Cette approche situe l'analyse à un moment précis et nuance les ontologies édictées par le droit d'auteur selon la perspective des cadres juridiques affectant des classes homogènes d'œuvres et d'utilisateurs. De plus, elle permet de réifier le rôle des bibliothèques dans le sous-système juridique. Tous ces facteurs font de la matrice œuvre-utilisation un outil important pour les bibliothèques qui désirent entreprendre des projets d'envergure⁴⁶² pour le numérique.

[270] Pour tout dire, les mécanismes de formation de marchés inhérents au paradoxe quantique et au continuum du consentement se nourrissent de l'autopoïèse, de la rétroaction, des réseaux d'acteurs, et de

⁴⁶¹ *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, préc., note 188, surtout aux para. 51 et suivants où sont précisés les 6 facteurs d'une utilisation équitable

⁴⁶² Nous avons testé la matrice œuvres-utilisations avec des collègues du milieu québécois des bibliothèques scolaires : RAPHAELLA DIXON, MARIE-EVE GUIBORD, MARIE HÉLÈNE LABORY, OLIVIER MÉNARD, SOPHIE MORISSETTE, ÉLISE STE-MARIE et OLIVIER CHARBONNEAU, *Foire au question sur le droit d'auteur*, Association pour la promotion des services documentaires en milieu scolaire, 2014 <http://apsds.org/?p=7121>

l'internormativité. Tous pointent vers l'émergence de normes dans l'univers numérique, surtout en ce qui concerne les bibliothèques. Le cadre d'analyse socioéconomique est l'outil que nous proposons afin de réifier une situation à première vue complexe, qui découle de l'utilisation d'une œuvre numérique protégée par le droit d'auteur par un groupe d'utilisateurs. Dans le contexte précis des œuvres numériques protégées par le droit d'auteur, le cadre d'analyse socioéconomique s'opérationnalise par une matrice bâtie par l'intersection de classes homogènes d'œuvres et d'utilisations nuancées à partir des ontologies édictées par le droit d'auteur et enrichie par une analyse des cadres juridiques découlant du contexte. La matrice œuvres-utilisations est un outil pour organiser un chantier qui mène à l'émergence de normes dans les systèmes économiques et sociaux d'œuvres numériques protégées par le droit d'auteur.

Partie 3 L'empire des institutions sur le droit d'auteur

[271] Dans les deux premières parties de cette thèse, nous démontrons que le droit d'auteur suit une logique économique et joue un rôle de coordination sociale là où il existe. L'objectif économique dans ce contexte est clair : optimiser la valeur des œuvres protégées, la « particule élémentaire » de notre modèle. Le concept de la propriété étant malheureusement insuffisant pour atteindre cet objectif, nous avons proposé deux axiomes, le paradoxe quantique de l'œuvre et le continuum du consentement, pour observer les dynamiques inhérentes à l'œuvre. À l'analyse économique du droit appliquée à l'œuvre, comme objet de droit, nous avons recours à la sociologie afin de saisir les dynamiques des sujets de droit. En effet, les acteurs agissent en réseau pour façonner leur environnement grâce au système social du droit d'auteur qui codifie leurs agissements : légal ou illégal. Les réseaux d'agents peuvent ainsi influencer, voire exercer un pouvoir direct, sur d'autres classes d'agents dans leur sous-système social précis grâce au droit d'auteur. Nous combinons les théories et concepts économiques et sociaux dans un cadre d'analyse socioéconomique qui s'opérationnalise, dans le contexte du droit d'auteur, par une matrice œuvre-utilisation. Cet outil effectue le pont entre une approche conceptuelle inhérente à un programme de recherche et les besoins pratiques des communautés ayant à résoudre d'épineuses questions en droit d'auteur. Pour aller plus

loin dans cette troisième et dernière partie de thèse, nous appliquons la matrice œuvre-utilisation à un contexte précis.

[272] Parmi les marchés économiques d'œuvres numériques protégées par le droit d'auteur et parmi les systèmes sociaux qui en émanent, nous nous concentrerons sur le milieu des bibliothèques universitaires au Québec. Nous limiterons notre analyse au contexte d'utilisation des œuvres numériques protégées par le droit d'auteur par les agents sociaux et les institutions du milieu académique québécois. Par ce choix, nous désirons répondre aux préceptes proposés par René Descartes dans l'élaboration de notre méthode :

« Et comme la multitude des lois fournit souvent des excuses aux vices, en sorte qu'un État est bien mieux réglé lorsque, n'en ayant que fort peu, elles y sont fort étroitement observées; ainsi, au lieu de ce grand nombre de préceptes dont la logique est composée, je crus que j'aurais assez des quatre suivants, pourvu que je prisse une ferme et constante résolution de ne manquer pas une seule fois à les observer.

Le premier était de ne recevoir jamais aucune chose pour vraie, que je ne la connusse évidemment être telle : c'est-à-dire, d'éviter soigneusement la précipitation et la prévention; et de ne comprendre rien de plus en mes jugements, que ce qui se présenterait si clairement et si distinctement à mon esprit, que je n'eusse aucune occasion de le mettre en doute.

Le second, de diviser chacune des difficultés que j'examinerais, en autant de parcelles qu'il se pourrait, et qu'il serait requis pour les mieux résoudre.

Le troisième, de conduire par ordre mes pensées, en commençant par les objets les plus simples et les plus aisés à connaître, pour monter peu à peu, comme par degrés, jusques à la connaissance des plus composés; et supposant même de l'ordre entre ceux qui ne se précèdent point naturellement les uns les autres.

Et le dernier, de faire partout des dénombrements si entiers, et des revues si générales, que je fusse assuré de ne rien omettre.

Ces longues chaînes de raisons, toutes simples et faciles, dont les géomètres ont coutume de se servir, pour parvenir à leurs plus difficiles démonstrations, m'avaient donné occasion de m'imaginer que toutes les choses, qui peuvent tomber sous la connaissance des hommes, s'entre-suivent en même façon et que, pourvu seulement qu'on s'abstienne d'en recevoir aucune pour vraie qui ne le soit, et qu'on garde toujours l'ordre qu'il faut pour les déduire les unes des autres, il n'y en peut avoir de si éloignées auxquelles enfin on ne parvienne, ni de si cachées qu'on ne découvre. »⁴⁶³

[273] Ainsi, le choix de concentrer nos efforts sur le milieu des bibliothèques universitaires québécoises ancre notre étude dans un milieu réel et observable. Par ailleurs, nous devons répondre à d'autres impératifs tels que la connaissance du terrain, le désir de renseigner les besoins d'une communauté de pratique et, il faut le dire, les motivations de nos bailleurs de fonds. De plus, notre analyse porte sur quelques classes précises d'œuvres et d'utilisations. Pour ce qui est des œuvres, nous analysons uniquement les œuvres textuelles, ce qui constitue la vaste majorité des collections documentaires actuelles des bibliothèques universitaires québécoises. Nous excluons donc les œuvres cinématographiques, musicales et artistiques afin de simplifier notre étude. Également, nous retenons uniquement des cas où les œuvres sont utilisées par les usagers de la collection pour des fins d'utilisation finales, telles que l'enseignement ou la recherche privée. C'est-à-dire que nous écartons les cas de production ou de publication de nouvelles œuvres comme, par exemple, pour l'écriture d'une thèse. Nous proposons donc une matrice œuvre-utilisation simplifiée où interagissent

⁴⁶³ RENÉ DESCARTES, *Discours de la méthode*, coll. «Les auteur(e)s classiques», Chicoutimi, Les classiques des sciences sociales, 1637, p. 42

uniquement des œuvres textuelles de la collection des bibliothèques universitaires pour des fins personnelles ou pour des fins d'enseignement. Ces limites à notre étude se posent comme incontournables et nous permettent de gérer l'ampleur de notre étude selon les critères cartésiens.

[274] Dans cette partie, nous montrons comment les bibliothèques universitaires travaillent en réseau dans les marchés d'œuvres et les systèmes sociaux numériques pour permettre l'émergence de normes en lien avec le droit d'auteur. Notre recherche est originale, tant sur le plan géographique que normatif. Peu d'études traitent en profondeur de questions similaires, particulièrement en français, et il n'existe pas d'analyse spécifique pour le Québec. Ainsi, le premier chapitre de cette partie présente l'état actuel du cadre juridique du droit d'auteur dans le contexte des bibliothèques universitaires. Dans la première section de ce chapitre, nous examinons quelques études récentes qui tentent de comprendre les mutations numériques spécifiquement dans le milieu des bibliothèques universitaires. Dans la section suivante de ce chapitre, nous explorons la réaction du secteur universitaire québécois afin d'identifier les classes d'œuvres et d'utilisations spécifiques à étudier pour répondre à nos objectifs de recherche. Le second chapitre présente une étude du contenu normatif des licences retenues par les bibliothèques universitaires au Québec. Il appert que cette classe

homogène d'utilisations représente l'approche sous licence, donc, une des moins risquées selon le continuum du consentement. Nous considérons que cette analyse est la plus intéressante pour observer l'émergence de normes. Cette analyse étayera notre thèse principale, soit que les bibliothèques opèrent en réseau afin de façonner des marchés d'œuvres protégées en s'appuyant sur des moyens contractuels.

Chapitre 3.1 Mise à disposition en bibliothèque universitaire

[275] Dans le présent chapitre, nous examinons en profondeur comment les acteurs d'un système social, ici les bibliothèques académiques, favorisent l'émergence de normes. Pour ce faire, nous allons donc plonger dans l'étude de la dynamique et de l'architecture de l'accès aux œuvres protégées par le droit d'auteur dans les bibliothèques universitaires. Nous débutons avec une première section traitant de deux théories pertinentes sur les mutations introduites par le numérique. La seconde section plonge en profondeur dans le contexte au Québec. Avant de débiter, nous proposons un survol juridique du milieu.

[276] En ce qui concerne le droit dans le milieu de l'enseignement supérieur au Québec, Andrée Lajoie⁴⁶⁴ propose l'étude la plus complète et détaillée de la question. Ce traité de doctrine explore, dans un premier temps, les questions juridictionnelles en droit international et constitutionnel pour les compétences provinciales et fédérales en matière d'enseignement supérieur. Lajoie dissèque ensuite le système universitaire du point de vue des institutions, c'est-à-dire de l'État et des organismes centraux, et de la communauté universitaire, principalement les étudiants et les professeurs. C'est dans cette partie que Lajoie aborde brièvement les enjeux relatifs au droit d'auteur en s'intéressant à

⁴⁶⁴ ANDRÉE LAJOIE, *Droit de l'enseignement supérieur*, Montréal, Québec :, Editions Thémis, 1990

son impact pour les étudiants⁴⁶⁵ et pour les professeurs⁴⁶⁶. Fait intéressant, Lajoie note le rôle des relations contractuelles d'emploi⁴⁶⁷ dans la possession du droit d'auteur chez les deux groupes. Ainsi, une convention collective ou un contrat d'embauche peut modifier qui possède le droit sur une œuvre. Cependant, ces questions concernent davantage la production d'œuvres que leur utilisation. De plus, Lajoie n'étudie pas la question des bibliothèques universitaires.

[277] Vermeys⁴⁶⁸, quant à lui, offre une analyse étoffée du cadre juridique des bibliothèques numériques en droit québécois contemporain. En premier lieu, Vermeys précise qu'en matière de responsabilité civile⁴⁶⁹, la dématérialisation des œuvres n'introduit pas de mutations

⁴⁶⁵ *Id.*, p. 340-342

⁴⁶⁶ *Id.*, p. 499-502

⁴⁶⁷ En effet, la *Loi sur le droit d'auteur* au Canada stipule que : «Lorsque l'auteur est employé par une autre personne en vertu d'un contrat de louage de service ou d'apprentissage, et que l'oeuvre est exécutée dans l'exercice de cet emploi, l'employeur est, à moins de stipulation contraire, le premier titulaire du droit d'auteur [...]» *Loi sur le droit d'auteur*, préc., note 1, art. 13(3)

⁴⁶⁸ NICOLAS VERMEYS, «Le cadre juridique réservé aux bibliothèques numériques», (2013) 59 *Documentation et bibliothèques* 146

⁴⁶⁹ *Id.*, p. 147-50. En effet, les organisations offrant des services de dépôt de documents et de référencement à des ressources numériques gérées et hébergées par des tiers doivent promptement réagir à des notifications d'actes illicites sur leurs systèmes afin de ne pas entacher leur responsabilité civile; c.f. art. 22 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* RLRQ, c. C-1.1 :

« 22. Le prestataire de services qui agit à titre d'intermédiaire pour offrir des services de conservation de documents technologiques sur un réseau de communication n'est pas responsable des activités accomplies par l'utilisateur du service au moyen des documents remisés par ce dernier ou à la demande de celui-ci.

Cependant, il peut engager sa responsabilité, notamment s'il a de fait connaissance que les documents conservés servent à la réalisation d'une activité à caractère illicite ou s'il a connaissance de circonstances qui la rendent apparente et qu'il n'agit pas promptement pour rendre l'accès aux documents impossible ou pour autrement empêcher la poursuite de cette activité.

De même, le prestataire qui agit à titre d'intermédiaire pour offrir des services de référence à des documents technologiques, dont un index, des hyperliens, des répertoires ou des outils de recherche, n'est pas responsable des activités accomplies au moyen de ces services. Toutefois, il peut engager sa responsabilité, notamment s'il a de fait connaissance que les services qu'il fournit servent à la réalisation d'une activité à caractère illicite et s'il ne cesse promptement de fournir ses services aux personnes qu'il sait être engagées dans cette activité. »

substantielles. La situation est toute autre en matière de droit d'auteur. En particulier, Vermeys précise que le concept du prêt numérique, « *concept selon lequel l'abonné télécharge un livre sur son ordinateur, sa tablette ou sa liseuse pour une durée indéterminée après laquelle l'œuvre n'est plus accessible,* »⁴⁷⁰ ne trouve pas son équivalent en droit d'auteur⁴⁷¹.

*« Ainsi, le bibliothécaire qui donne accès à des contenus numériques n'est plus un prêteur. Il est maintenant un diffuseur d'information, ce qui implique une relation juridique nouvelle avec les auteurs et autres détenteurs de droits. Notons toutefois que la relation entre bibliothécaires et auteurs sera différente selon que la diffusion est le fruit d'une transmission de documents à un ou des usagers ou encore le résultat d'une redirection d'un usager aux contenus publiés ou hébergés par un tiers. »*⁴⁷²

[278] Les travaux de Vermeys nous donnent la mesure de l'impact du numérique pour les bibliothèques et ont grandement guidé nos travaux. Vermeys précise que le contexte des utilisateurs et des œuvres influencent la qualification du cadre juridique du rôle des bibliothèques dans l'élaboration de leurs services documentaires. Ce constat s'avère le point de départ de nos travaux et nous incite à approfondir les mécanismes menant à l'émergence des nouvelles normes dans le contexte des bibliothèques numériques.

[279] Sur un autre ordre d'idées, les bibliothèques universitaires québécoises sont nommément exclues de la *Loi sur le développement*

⁴⁷⁰ N. VERMEYS, préc., note 468, p. 150

⁴⁷¹ *Id.*

⁴⁷² *Id.*

*des entreprises québécoises dans le domaine du livre*⁴⁷³ édictée par l'Assemblée Nationale du Québec. Cette loi cherche à normaliser les relations contractuelles entre les bibliothèques appartenant à certains secteurs (municipal, scolaire, hospitalier, collégial, gouvernemental) et les entreprises chez qui elles effectuent l'acquisition de nouveaux documents. Il faut donc souligner que le législateur québécois s'est abstenu d'édicter les moyens d'acquisition des œuvres pour le secteur universitaire. Par ailleurs, le droit d'auteur est de juridiction fédérale⁴⁷⁴ et nous limitons notre analyse à celui-ci. Cette précision législative implique nécessairement que nous concentrons notre analyse du cadre juridique à la *Loi sur le droit d'auteur*⁴⁷⁵ uniquement.

[280] À la lumière de ceci, nous entamons notre analyse de l'utilisation des œuvres textuelles numériques par un bref détour, dans la première section de ce chapitre, pour discuter du contexte de leur création. Cette brève digression s'impose en raison de l'absence d'études traitant directement de ce qui nous intéresse. Nous espérons présenter deux conceptualisations des mutations introduites par le numérique qui sauront renseigner notre approche globale. En effet, Hess et Ostrom appliquent la théorie des communs au contexte spécifique de la

⁴⁷³ *Loi sur le développement des entreprises québécoises dans le domaine du livre*, RLRQ, c. D-8.1, art. 3. En réalité, les bibliothèques universitaires sont nommément exclues de l'Annexe, où sont énumérées les catégories d'institutions tombant sous l'égide de cette loi.

⁴⁷⁴ GEORGES AZZARIA, *La filière juridique des politiques culturelles*, Sainte-Foy, Québec, Presses de l'Université Laval, 2006

⁴⁷⁵ *Loi sur le droit d'auteur*, préc., note 1

recherche scientifique qui se manifeste par les écrits des chercheurs tandis qu'Elkin-Koren et Salzburger explorent comment la théorie néo-institutionnelle en économie s'applique aux œuvres numériques. Dans les deux cas, nous croyons que ces approches permettent de mieux saisir l'importance des outils conceptuels que nous proposons : le cadre d'analyse socioéconomique et la matrice œuvre-utilisation.

[281] La seconde section de ce chapitre explique le contexte de l'utilisation en bibliothèque universitaire. Pour ce faire, nous effectuons un survol des mutations ayant façonné les bibliothèques universitaires ces dernières années. En effet, les bibliothèques universitaires, pour constituer des collections numériques, forment des réseaux d'acquisition documentaire afin de renverser la relation de pouvoir que détiennent les éditeurs. Nous chiffrons, grâce à des statistiques du milieu universitaire québécois, le rôle grandissant du numérique dans la constitution de collections institutionnelles. Étant donné ce constat, nous croyons que la contractualisation de l'accès et de l'utilisation des œuvres représente un chantier urgent pour comprendre l'émergence des normes dans le milieu universitaire.

Section 3.1.1 Mutations dans la diffusion savante

[282] Le plus ancien périodique scientifique imprimé qui est toujours actif aujourd'hui est le *Philosophical Transactions* de la *Royal Society*. Son premier numéro, daté du mois de mars 1665, proposait une sélection de missives entre des scientifiques de l'époque et l'éditeur de la revue, Henry Oldenburg⁴⁷⁶. Si aujourd'hui notre sujet d'étude est le numérique, il est bon de se rappeler que l'introduction de la presse à imprimer a, elle aussi, entraîné des mutations dans les dynamiques internes et externes de la diffusion savante. Comme le précise d'ailleurs Eisenstein⁴⁷⁷, l'imprimé comme nouvelle technique de diffusion du savoir s'est rapidement imposée :

*«In both medicine and mathematics, expanding academic opportunities went hand in hand with the chance to achieve literary fame. The new forms of authorship and intellectual property rights created by print proved no less attractive to would-be professors than to artisans and other groups. The chance to serve expanding book markets encouraged the adoption of new attitudes on the part of professors, tutors, and clerks. Literate élites underwent internal transformations as old pedagogical impulses were drawn into new channels. Science-writing provided sixteenth-century teachers with alternate ways of extending their talents. They were confronted by a variety of conflicts and choices that had not confronted many clerks before.»*⁴⁷⁸

[283] Si les travaux de Eisenstein⁴⁷⁹ offrent un examen rigoureux des impacts de l'émergence de l'édition rendue possible par la presse à

⁴⁷⁶ *The Oxford companion to the book*, Oxford ; New York :, Oxford University Press, 2010 , p. 1022

⁴⁷⁷ ELIZABETH L EISENSTEIN, *The printing press as an agent of change : communications and cultural transformations in early modern Europe*, Cambridge [Eng.] ; New York :, Cambridge University Press, 1979

⁴⁷⁸ *Id.* , vol. 2, p. 543

⁴⁷⁹ Et d'autres, tels Robert Darnton : ROBERT DARNTON, «What Is the History of Books?», (1982) 111 *Daedalus* 65

imprimer, il faut se tourner vers les travaux de Beaudry⁴⁸⁰ pour faire le pont avec le contexte numérique actuel. Beaudry emploie une méthodologie d' : « *analyse historique comparative, ce qui permet d'embrasser une chronologie très longue : depuis l'apparition des universités au XIIIe siècle jusqu'à nos jours.* »⁴⁸¹ Elle démontre que : « *les transformations en cours ne tiennent pas du déterminisme technologique [...mais] sont d'ordre technologique, éditorial, socioéconomique et organisationnel.* »⁴⁸²

[284] En effet, Beaudry constate que certaines mutations sont survenues dans la chaîne d'acquisition. Ces bouleversements résultent du passage de la revue imprimée à la revue numérique. Pour elle, ils surviennent :

« d'abord par le retrait de l'imprimeur, bien que la majorité des revues imprimées qui ont fait le passage au numérique continuent à publier une version imprimée. En fait, pour plusieurs lecteurs, la charge d'impression leur revient en utilisant leur imprimante personnelle ou celle mise à leur disposition à leur lieu de travail. Ensuite, le distributeur du monde de l'imprimé est remplacé par un agrégateur ou un fournisseur de services numériques selon les modalités comparables à celles en vigueur pour le livre. L'agrégateur vend par sa plate-forme web, à l'unité, un article à un client-lecteur, négocie avec un consortium d'achat de bibliothèques l'accès au fonds qu'il a constitué à partir des contenus des éditeurs pour lesquels il dispose d'une licence, ou encore, vend directement aux institutions qui souhaitent s'abonner. Il arrive également que l'agrégateur offre un service de gestion des abonnements pour les individus, particulièrement pour les revues de sociétés savantes ont l'abonnement à la revue fait partie des avantages de la cotisation. Dans l'un ou l'autre des cas, selon les décisions prises par les institutions, une ou des agences d'abonnements ainsi qu'un service de

⁴⁸⁰ GUYLAINE BEAUDRY, *La communication scientifique et le numérique*, Paris, Hermès science publications / Lavoisier, 2011

⁴⁸¹ *Id.*, p. 17

⁴⁸² *Id.*, p. 16

*gestion des revues numériques sont aussi partie du processus d'approvisionnement et de diffusion. »*⁴⁸³

[285] En outre, Beaudry⁴⁸⁴ indique que des outils de recherche, généraux ou spécialisés, tels *Google*, emploient des robots pour indexer ces contenus et en favoriser l'accès.

*« Cette chaîne d'approvisionnement de la revue numérique nous permet d'identifier les différents acteurs : éditeur, agrégateur, consortium d'achat, agence d'abonnement et outil de recherche. »*⁴⁸⁵

[286] Il s'agit, en fait, d'une cartographie⁴⁸⁶ des intervenants en fonction des modalités instaurées par le numérique. Une fois que ce recensement des forces qui ont favorisé l'émergence d'acteurs est effectué, il devient impératif de réfléchir à la codification des communications employées par ce système social dans son environnement. C'est pourquoi nous poursuivons notre analyse des conditions éditoriales scientifiques, cette fois-ci en fonction du numérique.

[287] Si l'on se fie aux travaux de Borgman⁴⁸⁷, l'objectif global des bibliothèques est de favoriser l'accès à l'information par le biais de nouveaux réseaux d'information. Dans le contexte de l'information savante :

⁴⁸³ *Id.*, p. 263

⁴⁸⁴ *Id.*

⁴⁸⁵ *Id.*

⁴⁸⁶ En fait, Beaudry offre une illustration des relations de la chaîne d'approvisionnement de la revue imprimée (p. 262), numérique (p. 264) ainsi que de son champ éditorial de la revue (p. 278)

⁴⁸⁷ CHRISTINE L. BORGMAN, *From Gutenberg to the global information infrastructure : access to information in the networked world*, Cambridge, Mass., MIT Press, 2000

*« Building the content layer is the responsibility of institutions and policymakers rather than individuals. Individual behavior will change when policies change to offer more rewards, and when tools and services improve to decrease the effort required. Research funding is both field and country specific, while the needs for content are multidisciplinary and international. Coordinated international efforts are required. Policy documents for e-Research in the sciences, social sciences, and humanities all emphasize the need to lower the intellectual property barriers that have undermined the ethos of sharing in recent years. Universities and funding agencies would like to reward scholars for sharing publications and data. Sharing can be increased through changes in policy, subject to balancing the cooperation and competition that is endemic to scholarship. »*⁴⁸⁸

[288] L'émergence de l'environnement numérique offre des opportunités

incroyables qui sont susceptibles de redéfinir les dynamiques sociales à cause d'une nouvelle conceptualisation de la valeur d'une œuvre protégée par le droit d'auteur. De plus, le libre accès cherche à maximiser notre richesse collective en diffusant le savoir universitaire de façon ouverte, en limitant les entraves juridiques ou économiques. En effet, Suber définit ainsi le libre accès à la littérature scientifique :
*« Open access (OA) literature is digital, online, free of charge and free of most copyright and licensing restrictions. »*⁴⁸⁹ Willinsky⁴⁹⁰ renchérit en déclarant que :

*« a commitment to the value and quality of research carries with it a responsibility to extend the circulation of this work as far as possible, and ideally to all who are interested in it and all who might profit from it. »*⁴⁹¹

⁴⁸⁸ CHRISTINE L. BORGMAN, *Scholarship in the digital age information, infrastructure, and the Internet*, Cambridge, Mass., MIT Press, 2007 , p. 225

⁴⁸⁹ PETER SUBER, *Open access*, Cambridge, Mass., MIT Press, 2012 , p. 4

⁴⁹⁰ JOHN WILLINSKY, *The access principle : the case for open access to research and scholarship*, coll. «Digital libraries and electronic publishing; Variation: Digital libraries and electronic publishing.», Cambridge, Mass, MIT Press, 2006

⁴⁹¹ *Id.* , p. 5

[289] Par ailleurs, Willinsky accepte que l'ancien modèle de diffusion par abonnement à des versions imprimées des revues académiques permettait ce type d'accès avant l'arrivée des réseaux numériques comme Internet. Par contre, il spécifie que les choses sont bien différentes maintenant :

« Bodies of knowledge that would advance human understanding and benefit humankind seem so clearly a public good that it might well be hard for someone who is not part of the current system of scholarly publishing to understand why the research and scholarship literature is not being made as open as possible. One might argue that the print economy of journal publishing was once as open and far-reaching as is economically possible. Had journal prices not skyrocketed over the last few decades, it is possible that the idea of creating open access would not have taken the form that it has, or at least the idea would not have the force and urgency that it has now assumed. »⁴⁹²

[290] Ainsi, du point de vue du droit public, l'accès libre aux écrits universitaires est un régime mis en place grâce à la coordination de plusieurs agents sociaux dans le cadre de relations privées. Ces relations sont ensuite encadrées par des contrats⁴⁹³, dont les clauses permettent l'émergence d'un bassin ouvert de savoir, que certains nomment le patrimoine informationnel commun⁴⁹⁴. Il s'agit d'une nouvelle approche pour conceptualiser les pratiques sociales que nous explorons dans un premier temps. Ensuite, nous nous immergerons dans les théories du *new institutional economics* pour présenter une

⁴⁹² *Id.*, p.146

⁴⁹³ Par exemple, le site « SherpaRoméo » permet de vérifier les conditions de contrats d'éditions pour des revues scientifiques : <http://www.stm-assoc.org/open-access-licensing/>

⁴⁹⁴ NANCY C. KRANICH, POLICY PROJECT FREE EXPRESSION et FOR JUSTICE BRENNAN CENTER, *The information commons : a public policy report*, New York, NY, Free Expression Policy Project : Brennan Center for Justice at NYU School of Law, 2004

nouvelle théorie économique qui nous permettra d'analyser les situations spécifiques déclenchées par l'arrivée du numérique. Nous espérons ainsi nuancer les théories économiques et sociologiques énoncées dans les parties précédentes pour atteindre nos objectifs de recherche.

3.1.1.1 Le patrimoine informationnel commun

[291] Le concept de communs, outre ses implications dans la sphère économique⁴⁹⁵, découle d'une perspective interdisciplinaire⁴⁹⁶ qui dépasse largement le cadre de cette thèse. Ceci dit, certains, dont Hess et Ostrom⁴⁹⁷, ont appliqué les théories et approches épistémiques issues des communs au domaine de la connaissance et, plus particulièrement, au monde des bibliothèques. Hess et Ostrom appliquent donc un cadre intitulé l'*Institutional Analysis and Development (IAD) Model* au domaine de la connaissance au sens large afin d'étudier les situations où émergent les communs. Dans ce contexte :

*« We define institutions as formal and informal rules that are understood and used by a community. Institutions, as we use the term here, are not automatically what is written in formal rules. They are the rules that establish the working “dos” and “don'ts” for the individuals in the situation that a scholar wished to analyse and explain. »*⁴⁹⁸

⁴⁹⁵ Voir *supra*, sous-section 1.1.1.2

⁴⁹⁶ Voir, par exemple, le numéro thématique de la revue scientifique (2004) 6 *Éthique publique* 1 dont le thème est « Que reste-t-il du bien commun »

⁴⁹⁷ CHARLOTTE HESS et ELINOR OSTROM, *Understanding knowledge as a commons : from theory to practice*, Cambridge, Mass., MIT Press, 2007

⁴⁹⁸ *Id.*, p.42

[292] L'intérêt de ce cadre⁴⁹⁹ est donc de comprendre comment les ressources et leurs caractéristiques sont employées dynamiquement par le biais d'interactions afin de produire des extrants, qu'il est possible d'évaluer par des critères précis. Pour ce qui est de la première composante :

*« The complex nature of knowledge as a commons requires a threefold distinction because it is made up of both nonhuman and human materials : facilities, artifacts and ideas. »*⁵⁰⁰

[293] Il est intéressant de noter que Hess et Ostrom⁵⁰¹ positionnent les bibliothèques en partie sur ce plan (en tant que *facility* ou installations), tout comme les documents (en tant qu'artéfact). Par ailleurs :

*« the most notable characteristic of an idea is that it is a pure public good and, therefore, nonrivalrous. One person's use does not subtract from another's. »*⁵⁰²

[294] Hess et Ostrom⁵⁰³ avancent donc que les bibliothèques sont mieux comprises comme un autre aspect des ressources, c'est-à-dire comme des éléments de la communauté. Par contre :

*« In contrast to the situation with a fishery or a groundwater basin, it is much more difficult to grasp who the entire community is that is contributing to, using, and managing a knowledge commons. We can start by assessing who the information users, information providers, and information managers or policymakers are. »*⁵⁰⁴

[295] Par ailleurs, cette hétérogénéité des acteurs est inhérente au patrimoine informationnel commun et elle produit une complexification

⁴⁹⁹ *Id.* , p.42-63

⁵⁰⁰ *Id.* , p.47

⁵⁰¹ *Id.*

⁵⁰² *Id.* , p. 48

⁵⁰³ *Id.*

⁵⁰⁴ *Id.*

de l'ordonnancement des intérêts⁵⁰⁵. Comme seule preuve, Hess et Ostrom indiquent que l'intelligence est l'unique ressource matérielle de la communauté et celle-ci constitue à la fois la matière brute et le produit des communs du savoir. Ces relations récursives, entre la communauté et l'intelligence, brouillent encore plus les pistes de recherche.

[296] Le dernier élément proposé par Hess et Ostrom⁵⁰⁶ concernant les caractéristiques des ressources sont les règles utilisées (*rules-in-use*). Ces règles dépassent largement la définition initiale de la compréhension partagée des normes qui indiquent quoi faire ou ne pas faire en plus des sanctions, aussi minimales soient-elles. En effet :

*« When these normative instructions are merely written in administrative procedures, legislation, or a contract and not known by the participants or enforced by them or others, they are considered rules-in-form. Rules-in-use are generally known and enforced and generate opportunities and constraints for those interacting. These rules can be analysed at three levels : operational, collective choice, and constitutional. »*⁵⁰⁷

[297] Il s'agit d'une approche épistémologique du droit autant fascinante que pragmatique. Hess et Ostrom précisent que :

« At the operational level, individuals are interacting with each other and the relevant physical/material world, making day-to-day decisions. [...] The second level is the collective-choice (or policy) level of analysis where individuals interact to make the rules of an operational level. For a library, most collective-choice rules relate to the responsibilities of the library administration for making policy decisions. The constitutional level of analysis includes the rules that define who must, may, or must not participate in making collective choices. For a university library, the constitutional rules exist in the

⁵⁰⁵ *Id.*, p. 49

⁵⁰⁶ *Id.*, p. 50

⁵⁰⁷ *Id.*

*general charter for the university and the broad division of responsibility within the university. »*⁵⁰⁸

[298] Hess et Ostrom théorisent que le contexte ou l'objet d'étude dicte le niveau à utiliser lors de l'application de l'*Institutional Analysis and Development Framework* à une situation précise :

*« in an area of rapid change, participants will move from operational situations into collective-choice situations – sometimes without self-conscious awareness that they have switched areas. »*⁵⁰⁹

[299] À juste titre, Hess et Ostrom identifient le mouvement autour des licences *Creative Commons* comme étant un exemple de l'appropriation, par une communauté, des règles de droit pour façonner un nouveau patrimoine commun de savoirs dans un contexte de mutations technologiques⁵¹⁰. En effet, les règles de propriété sont la base du cadre d'analyse des communs de Hess et Ostrom. Pour eux, il existe :

*« seven major types of property rules that are most relevant to use in regard to the digital knowledge commons. These are access, contribution, extraction, removal, management/participation, exclusion and alienation. »*⁵¹¹

[300] Une analyse rigoureuse en droit de chacune de ces activités reste encore à faire, par exemple en comparant le régime juridique applicable à chacune de ces activités. Notre analyse porte uniquement sur la règle d'utilisation d'accès dans un contexte de collection numérique de bibliothèque, accès qui s'articule en fonction de contrats de licences. Le

⁵⁰⁸ *Id.*

⁵⁰⁹ *Id.*, p. 51

⁵¹⁰ *Id.*, p. 52 « [*Creative Commons*] collective-action initiative is a case of changing operational rules in order to adapt to evolving technologies and new forms of restrictions. »

⁵¹¹ *Id.*

prochain bloc de concepts du *Institutional Analysis and Development Framework* concerne les situations où des acteurs définissent les actions à poser⁵¹².

[301] Lorsqu'il est question d'acteurs et d'actions à poser, Hess et Ostrom précisent qu'il convient d'analyser les typologies d'interactions :

*« The exogenous characteristics, the incentives, the actions and the other actors all contribute to the patterns of interactions. In a commons, how the actors interact strongly affects the success or failure of the resource. [...] The patterns of interaction are intricately linked to the action situations. »*⁵¹³

[302] Ces interactions mènent à des extrants (*outcomes*), qui, dans le cas du patrimoine informationnel commun, introduisent généralement de nouvelles barrières (*enclosures*) ou l'émergence de nouveaux communs. Selon le contexte, ces extrants seront perçus ou analysés comme étant bénéfiques ou non⁵¹⁴ par des critères d'évaluation :

*« The evaluative criteria [...] allow us to access outcomes that are being achieved as well as the likely set of outcomes that could be achieved under alternative actions or institutional arrangements. Evaluative criteria are applied to both the outcomes and the interactions among participants that lead to outcomes. While there are many potential evaluative criteria, some of the most frequently used criteria are (1) increasing scientific knowledge, (2) sustainability and preservation, (3) participation standards, (4) economic efficiency, (5) equity through fiscal equivalence, and (6) redistributive equity. »*⁵¹⁵

⁵¹² *Id.*, p. 54

⁵¹³ *Id.*, p. 58

⁵¹⁴ *Id.*, p. 60

⁵¹⁵ *Id.*, p. 62

[303] Pour tout dire, les travaux de Hess et Ostrom proposent un cadre conceptuel de l'économie politique qui s'inscrit directement dans les objectifs de recherche que nous explorons. En effet :

« *[The IAD framework] has been a tested tool for analysing traditional commons dilemmas, for understanding inexplicable outcomes, and for facilitating institutional design. We expect that the framework will evolve to better fit with the unique attributes of the production and use of a knowledge commons.* »⁵¹⁶

[304] Hess et Ostrom démontrent comment le modèle IAD est pertinent pour analyser les questions touchant les biens découlant des idées. À la lumière de cette théorie, nous désirons positionner le cadre d'analyse socioéconomique et la matrice œuvres-utilisations comme une simplification du *Institutional Analysis and Development Framework* en ce qui a trait à notre étude du droit d'auteur. En effet, nous retenons deux entités à étudier : les objets et les sujets de droit. Dans le cas de Hess et Ostrom, elles retiennent les ressources et les acteurs comme éléments des communs. Ensuite, les règles, qu'elles soient opérationnelles, de choix collectif ou administratives, représentent le cadre juridique imbriqué dans la matrice œuvre-utilisations. Finalement, les droits de propriété et les sept types d'actions génériques sont en fait des représentations d'utilisations possibles d'œuvres. Pour tout dire, nous croyons que l'*Institutional Analysis and Development Framework* ainsi que le cadre d'analyse socioéconomique et la matrice œuvres-utilisations sont tous des approches sensiblement analogues, mais le

⁵¹⁶ *Id.*, p. 68

cadre d'analyse de Hess et Ostrom fut développé dans le contexte de l'examen de ressources naturelles mises en commun tandis que nos modèles découlent d'une conceptualisation étroitement liée au droit d'auteur. Si les deux sont pertinents, nous maintenons que notre approche récupère mieux les théories et approches contemporaines liées au droit d'auteur.

[305] En plus du lien entre l'*Institutional Analysis and Development Framework* et notre cadre d'analyse socioéconomique, nous tenons à souligner que ce modèle offre une perspective de recherche innovante pour l'épistémologie du droit en général. En effet, peut-être s'agit-il d'un moyen de sortir du cadre contraignant de l'analyse économique du droit basé sur une vision précise de la science économique ?

3.1.1.2 La nouvelle école économique du numérique

[306] L'IAD de Hess et Ostrom offre un cadre conceptuel novateur pour appréhender les mécanismes sociaux émergents du domaine numérique. De leur côté, Niva Elkin-Koren et Eli Salzberger explorent de nouveaux sentiers dans le domaine économique. Nous désirons inclure leurs critiques, parues dans deux monographies portant sur des théories économiques contemporaines à la lumière des nouvelles technologies. Les cadres théoriques et conceptuels qu'ils y tissent sont d'une importance capitale pour appliquer l'analyse économique du droit aux nouvelles technologies de l'information et des communications. Elles

contribuent à étoffer notre analyse de l'impact du numérique sur les bibliothèques.

[307] Dans *Law, economics and cyberspace*, Elkin-Koren et Salzberger⁵¹⁷ explorent la théorie économique de l'État dans un contexte de cyberspace. Ils font une synthèse des différentes écoles économiques et ils exposent les failles paradigmatiques de chacune. Ils identifient trois «générations» économiques⁵¹⁸ : la néoclassique ou *École de Chicago*, l'analyse transactionnelle et les néo-institutionnels.

[308] Les deux auteurs évoquent les changements de paradigmes que suscite l'apparition du cyberspace. Ils proposent des pistes de réflexion pour les explorer :

*« Cyberspace is predicated to eliminate or at least notably diminish the traditional failures of public goods (i.e., information), monopolies, lack of information, externalities, and transaction costs. However new types of market deficiencies arise, which the existing models fail to detect and are ill equipped to analyze. Technological standards as a source of monopolistic power, the changing nature of information that was traditionally perceived as a public good, the technological race between enforcement measures by the code and counter measures, and the costs involved in verifying information are but a few examples. »*⁵¹⁹

[309] Leur texte est donc une brève introduction aux théories économiques en lien avec le numérique. Selon les auteurs, la génération néo-institutionnelle constitue l'école la plus récente en sciences

⁵¹⁷ NIVA ELKIN-KOREN et ELI M. SALZBERGER, *Law, economics and cyberspace*, Cheltenham; Northampton (Mass.), E. Elgar, 2004

⁵¹⁸ *Id.*, p. 8-9

⁵¹⁹ *Id.*, p. 9-10

économiques et elle met en place un nouveau bagage conceptuel nécessaire qui pourra faire évoluer les deux autres.⁵²⁰

[310] Selon Elkin-Koren et Salzberger, les tenants de la «génération» néoclassique ou de l'*École de Chicago* défendent généralement l'économie de marché traditionnelle dont les mécanismes sont l'offre et la demande.⁵²¹ Pour eux, l'économie met donc en place des processus servant à maximiser l'utilité des biens par le marché. À défaut de pouvoir mesurer cette dernière convenablement, le marché cherche à créer une maximisation de la richesse (*wealth*). Elkin-Koren et Salzberger retiennent quatre éléments n'entrant pas dans cette grille : l'émergence de monopoles,⁵²² les biens publics,⁵²³ l'information imparfaite⁵²⁴ et les externalités.⁵²⁵ Ils mènent généralement à des défaillances de marché et nécessitent une intervention extérieure aux marchés, lire ici l'intervention de l'État par une réglementation desdits marchés. Ainsi, la nature même du Cyberspace pose une série de problèmes nuancés que la génération néoclassique peine à résoudre.

[311] Ensuite, il est question de la «génération» de l'analyse transactionnelle,⁵²⁶ qui explore les concepts de coûts de transactions dans les dynamiques du marché. Il s'agit ici des travaux entrepris par

⁵²⁰ *Id.*, p. 11

⁵²¹ *Id.*, p. 27

⁵²² *Id.*, p. 29

⁵²³ *Id.*, p. 49

⁵²⁴ *Id.*, p. 65

⁵²⁵ *Id.*, p. 79

⁵²⁶ *Id.*, p. 90

Coase, études qui explorent en particulier les problèmes d'externalités.

Comme le précisent Elkin-Koren et Saltzberger :

*« There is a glitch in Coase's paradigm, which might not have been significant in non-virtual markets, but is very important in the Cyber-market. The traditional Coasian transaction cost analysis takes the state of technological development as a given or as exogenous to the analysis. It does not give adequate consideration to the possibility of technological progress and, moreover, to the way technology changes in response to economic and legal environments. »*⁵²⁷

[312] Elkin-Koren et Salzberger concluent que l'introduction de nouvelles technologies maintient une relation dialectique avec d'autres processus, dont la loi⁵²⁸. Ainsi,

*« the primary inference from our discussion so far is connected to the viability of traditional market failure analysis or traditional micro-economic theory analysis when applied to law. This conventional analysis presupposes the organisation of markets, their connection with territory-based communities, the nature and hierarchies of central government, and the means by which central government can intervene in market activities. The analysis of Cyberspace cannot be based on these assumptions. »*⁵²⁹

[313] Elkin-Koren et Salzberger précisent que la génération néo-institutionnelle offre un cadre théorique plus souple et s'adapte mieux à la complexité sociale puisqu'elle considère que les institutions de la société sont des variables endogènes pour l'analyse du droit⁵³⁰. Ainsi :

« Neo-Institutional analysis views the political structure, the bureaucratic structure, the legal institutions, and other commercial and non-commercial entities as affecting each other. Political rules intertwine with economic rules, which intertwine with contracts. The tools that are used in the analyses of the Neo-Institutional law and economics are the traditional micro-economic or welfare economic

⁵²⁷ *Id.* , p. 98

⁵²⁸ *Id.* , p. 106

⁵²⁹ *Id.* , p. 107

⁵³⁰ *Id.* , p. 111

*models, alongside public choice, game theory and institutional economics. »*⁵³¹

[314] Cette analyse néo-institutionnelle pousse les auteurs à explorer, entre autres, le code informatique comme outil de réglementation,⁵³² l'émergence de la production par les pairs de Benkler⁵³³ et une critique du triumvirat État-firme-individu⁵³⁴ en économie. L'intérêt des auteurs⁵³⁵ est de positionner l'État – et surtout le droit – dans une relation dialectique entre la société et la technologie, en tant que variables endogènes d'un système cohérent en économie.

[315] Dans le second texte, Elkin-Koren et Salzberger⁵³⁶ s'attardent exclusivement aux questions numériques épineuses en s'intéressant à la propriété intellectuelle et, plus spécifiquement, au droit d'auteur ainsi qu'aux brevets. Ils distinguent deux positions épistémologiques pour l'analyse économique du droit : l'approche normative et l'approche positiviste :

*« Law and economics is a methodology for both the explanation of legal rules, judicial decisions and their consequences (positive analysis) and the evaluation of legal rules and judicial decisions and the prescription of the desirable ones (normative analysis). »*⁵³⁷

⁵³¹ *Id.*, p. 8

⁵³² *Id.*, p. 117

⁵³³ *Id.*, p. 133

⁵³⁴ *Id.*, p. 138-9

⁵³⁵ *Id.*, p. 174

⁵³⁶ 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

⁵³⁷ *Id.*, p. 9

[316] Les auteurs notent que les théoriciens de l'analyse économique du droit ont une préférence marquée en faveur de régimes de propriété intellectuelle « forts » et :

*« reveals a shift in the paradigmatic framework that dominates the economic analysis of intellectual property, from the incentives – public goods framework to the proprietary paradigm. »*⁵³⁸

[317] L'objectif des auteurs est donc de circonscrire ces deux approches économiques pour analyser ce qu'elles présupposent, leurs préceptes et leurs conséquences.⁵³⁹ L'exploration normative tente de déterminer le meilleur régime juridique selon diverses théories économiques. Ainsi, Elkin-Koren et Salzberger déterminent quel est l'argument central des motivations (*incentives*)⁵⁴⁰ en propriété intellectuelle. Selon une analyse néo-classique, ils visent l'efficacité économique par une maximisation de la richesse (*wealth*). Ensuite, les auteurs invoquent l'argument de la propriété⁵⁴¹ découlant du droit naturel visant à répondre à la tragédie des communs de Hardin. Puis, ils nomment deux phénomènes émergents dans leur troisième section; la contractualisation de la propriété intellectuelle (*private ordering*)⁵⁴² et la gouvernance par la technologie⁵⁴³, c'est-à-dire les mesures de protection technologiques (DRM). L'objectif est, de toute évidence, de proposer des cas où

⁵³⁸ *Id.*, p. 9

⁵³⁹ *Id.*

⁵⁴⁰ *Id.*, p. 57

⁵⁴¹ *Id.*, p. 115

⁵⁴² *Id.*, p. 140

⁵⁴³ *Id.*, p. 183

l'intervention de l'État est contournée par les agents du marché des biens d'information.

[318] En dernier lieu, Elkin-Koren et Salzberger expliquent ce qu'est une analyse positive en économie, qui se distingue de l'analyse normative.

« Normative analysis tries to ascertain the desirable legal or constitutional arrangement. To perform such an analysis one has to define a normative objective (e.g. utility maximization, wealth maximisation), the source of which is outside the scope of economics. The normative objective is one of the simplifying assumptions of the methodology of the science of economics. Positive economic analysis tries to predict what kind of legal rules will be adopted as the result of different decision-making procedures, structure of institutions and set of individual preferences. As in normative analysis, the conduct of positive analysis is based on simplifying assumptions [...]. Different sets of assumptions yeild different positive models. »⁵⁴⁴

[319] Les auteurs démontrent que les modulations d'une approche méthodologique peuvent avoir un impact sur les conclusions savantes en économie. Elkin-Koren et Salzberger offrent une critique de la doxa économique tout en proposant une manière novatrice d'avoir recours à ces théories. Leur approche nous est d'une importance capitale pour saisir le rôle de notre cadre d'analyse socioéconomique et de la matrice œuvres-utilisations.

[320] En effet, le problème central de la rhétorique propriétaire en droit d'auteur est qu'elle pose la volonté du titulaire comme étant endogène à la transaction économique. À l'inverse, les théories néoclassiques et transactionnelles font fi des volontés des agents économiques dans

⁵⁴⁴ *Id.*, p. 225-6

l'élaboration des marchés puisque les mécanismes de l'offre et de la demande dictent le prix. Ce constat, qui est la base du paradoxe quantique, impose l'articulation d'une conceptualisation nouvelle, telle l'école néo-institutionnelle. En fait, nous proposons notre cadre d'analyse socioéconomique et, surtout, son opérationnalisation dans la matrice œuvres-utilisations, comme une ébauche de l'approche néo-institutionnelle.

Section 3.1.2 Bâtir le patrimoine informationnel commun

[321] Dans la section précédente, nous effectuons un survol de deux théories récentes en sciences sociales et en économie afin de mieux positionner notre cadre d'analyse socioéconomique. D'une part, les textes de Hess et Ostrom sur le patrimoine informationnel commun s'ajoutent aux approches théoriques issues de la sociologie du droit, dont le système social du droit de Luhmann, l'internormativité de Belley et l'approche par gestion des risques de Trudel. D'autre part, nous y avons présenté notre conceptualisation de la dynamique interne de l'économie, grâce à notre théorisation du paradoxe quantique et au continuum du consentement, offrant ainsi une réponse aux défis soulevés par Elkin-Koren et Salzburger. Toutes ces théories identifient le contrat comme document constitutif d'une charpente économique ou sociale.

[322] Le contrat serait-il donc la pierre angulaire d'un ordre juridique numérique? Les théories recensées jusqu'à maintenant répondent par l'affirmative. Cette constatation ne nous poussera cependant pas à disséquer le concept de licence en droit, ce travail a déjà été fait⁵⁴⁵. Nous explorerons plutôt l'impact de ce régime normatif sur les pratiques institutionnelles. Pour ce faire, nous nous attardons d'abord aux travaux

⁵⁴⁵ Voir, entre autres, les thèses et mémoires suivants : CHRISTIAN FERRON, *L'extension contractuelle du droit d'auteur par le biais de licences d'utilisation : analyse de la situation canadienne*, Montréal, Faculté de droit, Université McGill, 2007

du chercheur Pierre Catala qui a passé, de son propre aveu⁵⁴⁶, la plus grande partie de sa vie intellectuelle et académique à analyser l'intersection du droit et de l'information. Catala le fait à la fois du point de vue de l'information juridique et du point de vue des régimes juridiques à appliquer à l'information au sens large. À juste titre, il précise, face au silence relatif de la *Loi sur le droit d'auteur* concernant les outils et réseaux numériques à une certaine époque, que les ayants-droits pourraient passer par la voie contractuelle pour articuler leurs volontés :

*«Le producteur de biens-information non protégés par une propriété intellectuelle, qui pourrait ne rien communiquer à autrui, peut à coup sûr modeler par contrat les modalités de la communication qu'il consent, en l'assortissant des clauses de sauvegarde qui lui paraissent les plus efficaces.»*⁵⁴⁷

[323] En effet, ces dispositions contractuelles pourraient prendre plusieurs formes :

*«Elles peuvent se traduire, de façon alternative ou cumulative, par une limitation de l'usage autorisé du contractant, ainsi que par une interdiction de divulguer à des tiers l'objet du contrat. Comme exemples du premier type de restrictions, on peut citer la limitation de l'usage dans le temps, ou celle du nombre de copies disponible, ou encore l'énumération des personnes ayant accès aux données, etc.»*⁵⁴⁸

[324] Cependant, Catala précise que ces dispositions ne concernent que les parties contractantes⁵⁴⁹. En effet, le droit souple et l'analyse

⁵⁴⁶ PIERRE CATALA, *Le droit à l'épreuve du numérique : Jus Ex Machina*, 1re éd.. Paris, Paris : Presses universitaires de France, 1998

⁵⁴⁷ *Id.*, p. 257

⁵⁴⁸ *Id.*, p. 258, citant LUCAS, *Les programmes d'ordinateurs comme objets de droits intellectuels*, J.C.P., 1982, D., n° 3081

⁵⁴⁹ *Id.*, p. 258

systemique nous ont montré les moyens des agents d'un système social peuvent coordonner leurs actions pour faire émerger des cadres normatifs en parallèle à l'ordre régalien.

[325] Justement, cette section cherche à montrer comment certains agents de systèmes sociaux spécifiques, notamment les bibliothèques académiques ou universitaires en *Amérique du Nord* et au *Québec*, ont suscité l'émergence de normes en ce qui a trait aux œuvres numériques protégées par le droit d'auteur. Dans les prochains paragraphes, nous verrons comment le numérique façonne les interventions des bibliothèques universitaires dans les marchés d'œuvres numériques en tenant compte que l'outil de prédilection de ces institutions pour ces types de contenus est la licence d'accès.

3.1.2.1 Les *big deals* et l'offre en bouquet

[326] Le monde de la documentation n'en est pas à sa première mutation⁵⁵⁰. L'avènement de la reprographie dans ces milieux a causé des maux de têtes réglementaires⁵⁵¹ au législateur il y a une trentaine d'années. De fait, l'idée qu'une technologie puisse inciter les consommateurs à s'approprier massivement des œuvres protégées a incité les gouvernements à légiférer. Bien qu'il ne s'agisse pas du numérique à proprement parler, certaines des théories découlant de ces

⁵⁵⁰ Voir aussi : JEAN-PAUL LAFRANCE et ÉRIC LE RAY, *La bataille de l'imprimé à l'ère du papier électronique*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2008

⁵⁵¹ S. J. LIEBOWITZ, *The impact of reprography on the copyright system*, [Ottawa] :, Research and International Affairs Branch, Bureau of Corporate Affairs, Consumer and Corporate Affairs Canada, 1981

changements nous permettent de mieux saisir l'évolution du marché. À l'époque, Liebowitz⁵⁵² fut l'un des seuls qui formula une théorisation économique du rôle stabilisateur des abonnements en bibliothèque universitaire comme réponse à la reprographie. Ainsi, il propose l'idée de l'appropriation indirecte (*indirect appropriability*) comme moyen pour internaliser des pertes éventuelles de revenus d'abonnement à cause des photocopies effectuées par utilisateurs de collections papier des bibliothèques universitaires :

*« As long as libraries pay subscription prices related to the valuation of journals by library users, publishers need not be harmed by the photocopying done in libraries; this, of course, implies price discrimination if publishers are also able to sell to individuals. »*⁵⁵³

[327] Il s'intéresse donc à l'effet stabilisateur des pratiques commerciales des éditeurs scientifiques et suggère que les bibliothèques sont des institutions qui adoucissent l'impact des pratiques sociales de leurs usagers. Ainsi, tant qu'un marché visant l'individu subsiste, les bibliothèques peuvent façonner des marchés et bâtir un rôle nouveau quant aux œuvres protégées par le droit d'auteur au profit des titulaires. Si nous extrapolons les travaux de Liebowitz dans un contexte numérique, les bibliothèques peuvent catalyser les risques, besoins ou frictions survenant lors de l'apparition de nouvelles technologies. En effet, cette mutualisation, jumelée aux pratiques de développement des

⁵⁵² S. J. LIEBOWITZ, «Copying and Indirect Appropriability: Photocopying of Journals», (1985) 93 *Journal of Political Economy* 945

⁵⁵³ *Id.*, p. 949

collections par des budgets institutionnels, constitue la pierre angulaire de notre étude.

[328] L'évolution de l'imprimé vers le numérique, qui s'échelonna sur quelques décennies⁵⁵⁴, fut le théâtre d'affrontements⁵⁵⁵ quant aux pratiques sociales émergentes. Du point de vue des bibliothèques, une revue de la littérature produite à ce sujet offre une perspective similaire. Si Okerson⁵⁵⁶ articule, vers la fin du dernier millénaire, les besoins des bibliothèques en termes de clauses contractuelles des licences, il faut explorer les travaux de Bergstrom et Bergstrom⁵⁵⁷ pour réellement saisir l'ampleur du problème. De son côté, Liebowitz articule une théorie sur l'appropriation indirecte. Cette appropriation incite les éditeurs à tenir compte de l'usage social lorsqu'ils établissent les coûts de la licence offerte à la bibliothèque. Les éditeurs ont aussi implanté un autre type d'offre commerciale pour s'accaparer de plus en plus de parts des fonds

⁵⁵⁴ KRISTIN R. ESCHENFELDER, ANUJ C. DESAI et GREG DOWNEY, «The Pre-Internet Downloading Controversy: The Evolution of Use Rights for Digital Intellectual and Cultural Works», (2011) 27 *Information Society* 69

⁵⁵⁵ *Id.*, p.86 « We explained the observed change in use rights for bibliographic citations by introducing the idea of “use-regimes”—a four-part sociotechnical analytic framework that provides a structure for mapping out and understanding changes in the use rights for creative and intellectual works over time. Foregrounding the socially constructed nature of “acceptable use,” we demonstrate how users and publishers pushed for conceptualizations of citation downloading as either “legitimate business practice” or “piracy,” and how publishers came to change their conceptualization of downloading over time due to other changes in the legal, market, cultural, and technological environment encompassing citation databases. »

⁵⁵⁶ ANN OKERSON, «What academic libraries need in electronic content licenses: Presentation to the STM Library», (1996) 22 *Serials Review* 65

⁵⁵⁷ CARL T. BERGSTROM et THEODORE C. BERGSTROM, «The costs and benefits of library site licenses to academic journals», (2004) 101 *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America* 897

publics : l'offre en bouquet⁵⁵⁸, aussi connue sous l'appellation anglophone du *big deal*. Il va sans dire que le droit d'auteur, et surtout le monopole qu'il confère aux titulaires par le biais des licences, est directement invoqué par plusieurs⁵⁵⁹ pour décrire l'asymétrie de pouvoir entre les bibliothèques et les titulaires. Ainsi, les éditeurs scientifiques ont le loisir d'imposer leurs conditions en ce qui concerne les licences. Cette situation fait en sorte qu'ils offrent des collections en bouquets dont le contenu n'est plus géré en fonction des besoins des usagers des bibliothèques, mais du potentiel qu'a ce type d'offre de maximiser les revenus des titulaires.

3.1.2.2 La réponse des bibliothèques

[329] Si les éditeurs sont titulaires de droits qui leur permet d'imposer certaines pratiques, les bibliothèques ne sont toutefois pas démunies. En effet, différents moyens sont employés par les bibliothèques pour renverser le rapport de force des éditeurs, notamment la création de

⁵⁵⁸ AMY CARLSON et BARBARA M. POPE, «The “Big Deal”: A Survey of How Libraries Are Responding and What the Alternatives Are», (2009) 57 *Serials Librarian* 380 ; EDWARD KEANE, «Bundles, Big Deals, and the Copyright Wars: What Can Academic Libraries Learn from the Record Industry Crash?», (2011) 61 *Serials Librarian* 33 ; THEODORE C. BERGSTROM, PAUL N. COURANT, R. PRESTON MCAFEE et MICHAEL A. WILLIAMS, «Evaluating big deal journal bundles», (2014) 111 *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America* 9425 ; KARLA L. STRIEB et JULIA C. BLIXRUD, «Unwrapping the Bundle: An Examination of Research Libraries and the “Big Deal”», (2014) 14 *portal: Libraries & the Academy* 587

⁵⁵⁹ MATTHEW CHIARIZIO, «An American Tragedy: E-Books, Licenses, and the End of Public Lending Libraries?», (2013) 66 *Vanderbilt Law Review* 615

consortiums d'acquisition et l'élaboration de stratégies communes de négociation. Comme le précise Eschenfelder *et al.*⁵⁶⁰ :

« *Model licenses, licensing statements, and standard licenses are attempts by stakeholders to institutionalize certain use terms as standard operating procedures or—even stronger—as values to which everyone ought to adhere.* »⁵⁶¹

[330] Ainsi, les bibliothèques universitaires analysent les besoins de leurs usagers pour s'approprier les collections numériques et tentent d'obtenir la bonne combinaison de droits au moment où elles négocient leurs accès à travers des documents juridiques privés : les licences d'abonnement. Selon la terminologie employée par *Belley*, il s'agit de passer du contrat social des bibliothèques, c'est-à-dire leur mission sociale qui consiste à favoriser l'accès aux œuvres, à un contrat normalisé, voire bureaucratique, par le biais des consortiums, qui stipulent les termes usuels nécessaires à leurs opérations.

[331] En ce qui concerne les modèles de licences, un des cas les plus anciens et le plus souvent cité est la *Liblicense*⁵⁶² aux *États-Unis*, un projet lancé en 1996 par la *Yale University*⁵⁶³. L'équivalent au Canada est, sans contredit, la licence type du *Réseau canadien de*

⁵⁶⁰ KRISTIN R. ESCHENFELDER, TIEN- I. TSAI, XIAOHUA ZHU et BRENTON STEWART, «How Institutionalized Are Model License Use Terms? An Analysis of E-Journal License Use Rights Clauses from 2000 to 2009», (2013) 74 *College & Research Libraries* 326

⁵⁶¹ *Id.*, p. 327

⁵⁶² La version la plus à jour de la licence se trouve dans Internet à cette adresse :

<http://liblicense.crl.edu/licensing-information/model-license/>

⁵⁶³ ANN OKERSON, «The LIBLICENSE Project and How it Grows», (1999) 5 *D-Lib Magazine*

<http://www.dlib.org/dlib/september99/okerson/09okerson.html>

<http://www.dlib.org/dlib/september99/okerson/09okerson.html>

*documentation pour la recherche*⁵⁶⁴ (RCDR) qui favorise l'achat commun de collections documentaires numériques pour les institutions d'enseignement supérieur au Canada⁵⁶⁵. Un autre cas intéressant est celui de la *Shared Electronic Resource Understanding*⁵⁶⁶ (SERU), du *National Information Standards Organization (NISO)* aux États-Unis qui offre l'exemple d'un cadre volontaire ou une déclaration d'intention quant à des pratiques commerciales à l'égard des clauses contractuelles. Ces exemples montrent que les bibliothèques emploient des moyens diversifiés pour contrebalancer le pouvoir légal conféré aux titulaires de droits d'auteur.

[332] Nous allons maintenant présenter le contexte spécifique des acquisitions documentaires des universités québécoises.

3.1.2.3 Illustration du contexte numérique par les dépenses des bibliothèques universitaires au Québec

[333] Afin de démontrer l'importance du numérique dans les pratiques d'acquisition documentaire des bibliothèques universitaires du Québec, nous proposons un survol des dépenses réelles de ces institutions au cours de la dernière décennie. Nous préparerons ainsi le terrain pour notre propre analyse des termes des licences qui sont négociées par les bibliothèques universitaires québécoises.

⁵⁶⁴ La version la plus à jour de cette licence se trouve dans Internet à cette adresse : <http://crkn.ca/fr/programmes/modele-de-licence>

⁵⁶⁵ Pour de plus amples renseignements, voir : EVA JURCZYK et PAMELA JACOBS, «What's the Big Deal? Collection Evaluation at the National Level», (2014) 14 *portal: Libraries & the Academy* 617

⁵⁶⁶ La déclaration se trouve dans Internet à cette adresse : <http://www.niso.org/workrooms/seru>

[334] L'année 2005-2006 fut un moment charnière pour les bibliothèques universitaires du Québec. Notre analyse des statistiques disponibles dans le site de l'ancienne *CRÉPUQ*⁵⁶⁷ (*Conférence des recteurs et principaux universitaires du Québec*, maintenant *BCI* pour *Bureau de coopération interuniversitaire*) indique qu'il s'agit de l'année où elles commencent à consacrer plus de la moitié de leurs budgets d'acquisition aux ressources électroniques. Pour arriver à cette conclusion, nous avons examiné les statistiques annuelles pour extraire le montant des dépenses totales en documents (toutes catégories confondues) ainsi que le montant des dépenses totales en ressources électroniques (livres et périodiques électroniques, dépenses récurrentes ou non). Cette analyse est présentée dans la figure qui suit :

⁵⁶⁷ CRÉPUQ, *Statistiques générales des bibliothèques universitaires québécoises*, <http://www.crepuq.qc.ca/spip.php?article1369&lang=fr>

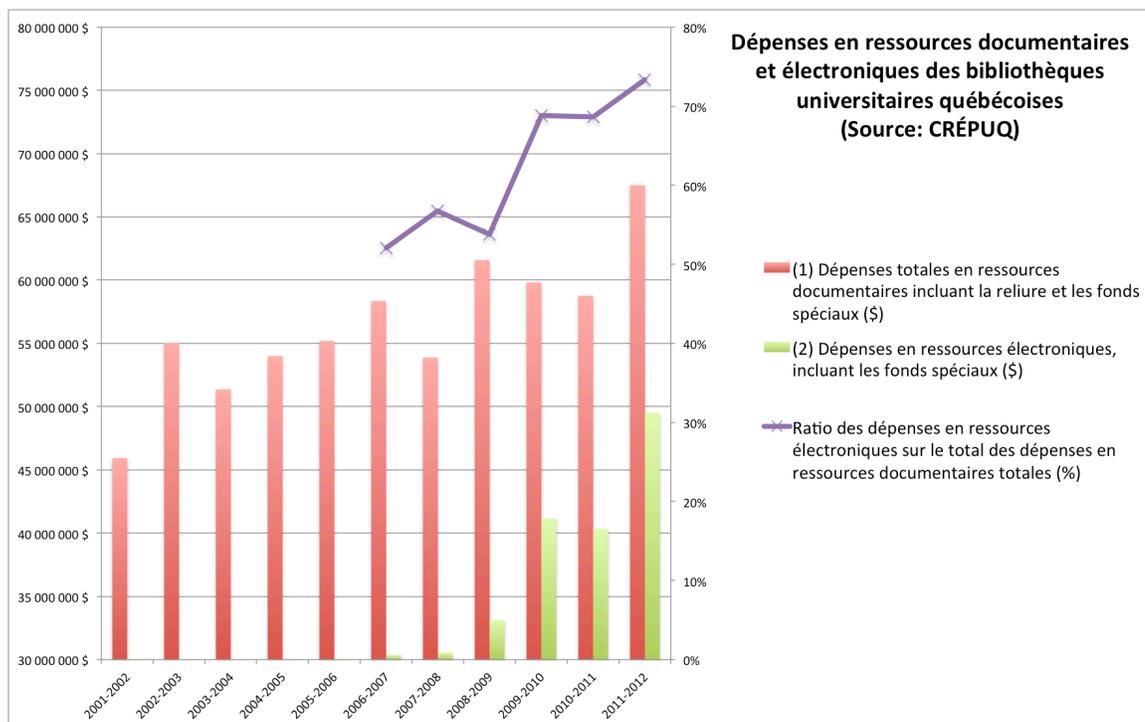


Figure 2 : Dépenses en ressources documentaires et électroniques des bibliothèques universitaires québécoises (Source : CRÉPUQ [BCI])

[335] En 2011-2012, les dépenses totales de toutes les bibliothèques affiliées à des universités membres de l'ancienne CRÉPUQ frisaient les 70 millions de dollars, dont environ 77% est alloué à des ressources électroniques. La balance, environ 15 millions de dollars, sert à l'achat de documents papiers, qu'ils s'agissent de livres ou de périodiques. En fait, l'année 2006-2007 est la première année où les bibliothèques québécoises ventilent leurs dépenses en fonction du format, numérique ou papier. À ce moment, les dépenses pour le numérique dépassent déjà les montants consacrés aux documents papier. Il faut également

souligner que cette période est marquée par une augmentation stable des budgets d'acquisition en général comme le démontre la Figure 2.

[336] Donc, durant la période étudiée, les bibliothèques voient leur budget d'acquisition augmenter de manière régulière à chaque année. Les données de la Figure 2 nous permettent également de constater qu'une forte tendance à privilégier l'accès aux documents numériques s'est rapidement manifestée au sein des universités québécoises. L'intérêt envers l'accès relève principalement des modalités contractuelles négociées entre les parties. L'accès est considéré comme la modalité ultime de la distribution numérique puisque le contrat légal focalise les revendications des parties au contrat en fonction de ce mode de distribution, tout en récupérant le consentement du titulaire. Il s'agit d'une communication formelle adressée au système social du droit dans la conception luhmannienne, où des réseaux de bibliothèques mettent en œuvre leur contrat social dans un contexte économique.

[337] Par ailleurs, l'évolution des dépenses des bibliothèques universitaires illustre deux théories présentées dans la section précédente du présent chapitre. Dans un premier temps, les efforts consentis par les bibliothèques pour articuler la teneur du contrat social visent à maintenir un environnement où les savoirs sont un bien commun. De plus, la mise en commun des ressources par le biais d'une institutionnalisation des termes des licences est un exemple de règlement privé

par le truchement d'ententes (ou *private ordering* en anglais) où les dispositions technologiques sont intrinsèquement liées à l'analyse économique d'un contexte juridique. Pour ces raisons, nous sommes confiants que l'approche méthodologique retenue au prochain chapitre répond spécifiquement à nos questions et objectifs de recherche.

Chapitre 3.2 Mécanisation et informatisation des licences

[338] Le chapitre précédent illustre l'ampleur des mutations auxquelles a fait face le monde des bibliothèques. La première section du chapitre précédent recense les nouvelles conceptualisations en économie puis en sciences sociales causées par l'avènement du numérique. Ces éléments démontrent que les mutations technologiques doivent être considérées comme un des facteurs déterminant pour analyser la variable économique d'un cadre juridique particulier. De plus, les communs offrent une avenue nouvelle pour définir et analyser les relations sociales dans les univers numériques du savoir. L'objectif du chapitre précédent était donc de démontrer, grâce à des exemples issus de notre champ d'étude, comment les bibliothèques édictent les normes juridiques. Nous allons maintenant pousser la réflexion plus loin, en procédant à un inventaire statistique des dites normes juridiques. En effet, nous avons montré comment les bibliothèques agissent en réseau pour conclure des marchés liés aux œuvres numériques protégées par le droit d'auteur. Il est maintenant temps d'appliquer ce cadre théorique à des manifestations concrètes de ces relations contractuelles.

[339] Débutons en établissant un bilan des études déjà publiées sur les perceptions ou connaissances des professionnels de l'information. Une

des plus pertinente est celle de Waller et Bird⁵⁶⁸ qui ont procédé à une enquête auprès des bibliothécaires universitaires canadiens pour déterminer leur connaissance en ce qui concerne les problèmes liés à la pérennité des accès aux documents numériques acquis par licence. De son côté, Farb⁵⁶⁹ a procédé à une vaste étude sur les perceptions de divers intervenants (éditeurs commerciaux ou académiques, bibliothécaires) sur une variété de thèmes associés au contenu normatif des licences. Selon la nomenclature de Belley, ces deux études se penchent en fait sur la teneur du contrat social des bibliothèques. Plus précisément, elles cherchent à saisir comment les milieux documentaires articulent leurs interventions dans les marchés et les systèmes sociaux dans lesquelles elles interviennent. Cette articulation de leur contrat social s'avère être la source de notre questionnement en droit – les pratiques évoluent si rapidement qu'il est maintenant possible de décortiquer le contenu normatif des ententes contractuelles. Cependant, s'il était intéressant de se pencher sur l'articulation du contrat social dans l'univers numérique il y a moins d'une décennie, il est maintenant possible d'étudier la teneur du contrat bureaucratique grâce au truchement de l'informatique.

⁵⁶⁸ ANDREW WALLER et GWEN BIRD, «"We Own It": Dealing with "Perpetual Access in Big Deals», (2006) 50 *Serials Librarian* 179

⁵⁶⁹ SHARON E. FARB, *Negotiating use, persistence, and archiving: A study of academic library and publisher perspectives on licensing digital resources*, University of California, Los Angeles, 2006 ; SHARON FARB, «Libraries, licensing and the challenge of stewardship», (2006) 11 *First Monday* <http://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/1364/1283>

[340] Sur un autre ordre d'idées, les statistiques offrent diverses possibilités pour étudier le droit et une communauté de juristes, regroupés sous la bannière d'*Empirical Legal Studies*⁵⁷⁰, utilise ces outils mathématiques. Par exemple, nous avons repéré des études bibliométriques qui catégorisent les arguments en droit positif qui sont présents dans les articles de doctrine⁵⁷¹ traitant du droit des contrats ainsi qu'une analyse des citations de précédents pour la jurisprudence⁵⁷² des décisions qui traitent du *fair use* aux États-Unis. Ces deux sujets sont connexes à notre problématique, mais aucune de ces études ne semble proposer une approche équivalente à la nôtre. Par ailleurs, nous avons identifié un certain nombre de monographies traitant de sujets connexes, mais celles-ci proposent soit une ontologie d'outils statistiques utilisés dans certains cas⁵⁷³ (*casebook*), soit des survols génériques⁵⁷⁴ visant des étudiants (*textbook*). Il y a donc un vide méthodologique que nous venons combler.

[341] Dans la première section de ce chapitre, nous nous intéressons aux systèmes de gestion de métadonnées juridiques. Ensuite, nous effectuerons une analyse statistique de ces données.

⁵⁷⁰ MICHAEL HEISE, «Past, Present, and Future of Empirical Legal Scholarship: Judicial Decision Making and the New Empiricism, The Symposium: Empirical and Experimental Methods in Law», (2002) 2002 *University of Illinois Law Review* 819

⁵⁷¹ RUSSELL KOROBKIN, «Empirical Scholarship in Contract Law: Possibilities and Pitfalls Symposium: Empirical and Experimental Methods in Law», (2002) 2002 *University of Illinois Law Review* 1033

⁵⁷² BARTON BEEBE, «Empirical Study of U.S. Copyright Fair Use Opinions, 1978-2005, An», (2007) 156 *University of Pennsylvania Law Review* 549

⁵⁷³ MICHAEL O. FINKELSTEIN et BRUCE LEVIN, *Statistics for lawyers*, New York, Springer, 2001

⁵⁷⁴ HOWELL E. JACKSON, *Analytical methods for lawyers*, New York, NY, Foundation Press, 2003

Section 3.2.1 Gestion informatisée des données des licences

[342] Dans cette section, nous expliquerons comment les bibliothécaires universitaires au *Canada* emploient des systèmes de représentation de clauses contractuelles issues de licences d'accès. Il est important de comprendre que ces données ne sont pas obtenues auprès des fournisseurs⁵⁷⁵. Les données sont compilées suite à la lecture, l'analyse et la consignation dans un système informatique des détails de clauses contractuelles stipulant les conditions d'accès au système documentaire numérique. Il est fort probable que cette informatisation et cette standardisation mèneront à de nouvelles pratiques commerciales, comme l'ont proposé certains chercheurs⁵⁷⁶.

[343] Nous débuterons cette section en explorant une étude récente qui présente quatre standards de métadonnées employées pour consigner des informations issues de licences dans des systèmes informatiques. Ces informations sont de plus en plus utilisées pour repérer des œuvres numériques diffusées dans Internet selon des dispositions contractuelles

⁵⁷⁵ DARRYL MOUNTAIN, «XML E-Contracts: Documents That Describe Themselves», (2003) 11 *Int'l J.L. & Info. Tech.* 274

⁵⁷⁶ CLAYTON P. GILLETTE et MARGARET JANE RADIN, «Interpretation and Standardization in Electronic Sales Contracts XML and the Legal Foundations for Electronic Commerce Online Standardization and the Integration of Text and Machine The Robert L. Levine Distinguished Lecture Series», (2000) 53 *Southern Methodist University Law Review* 1431 ; 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

précises⁵⁷⁷. Ensuite, nous présentons un schéma précis de métadonnées, qui est populaire auprès de bibliothèques universitaires canadiennes.

3.2.1.1 Représentation des termes des licences

[344] Le désir de standardisation et d'optimisation de la part des bibliothèques universitaires découle, de toute évidence, d'un contexte : le besoin de gérer la complexité grandissante de l'accès aux œuvres numériques de leur collection acquise sous licence. Concernant cet état des lieux, Maurel⁵⁷⁸ présente les différents modèles de métadonnées juridiques, spécifiquement dans le domaine du droit d'auteur. Selon lui, ces systèmes technologiques permettent aux informations concernant la licence d'utilisation d'une œuvre d'être «affixées» à l'œuvre dans une déclaration informatique, comme des données XML.⁵⁷⁹ Il s'agit bien sûr des moyens technologiques essentiels pour les « systèmes de gestion numérique des droits⁵⁸⁰ », les fameux DRM.⁵⁸¹ Pour Maurel, les considérations générales des bibliothèques en ce qui concerne la gestion des métadonnées juridiques du droit d'auteur s'énumèrent ainsi :

⁵⁷⁷ Par exemple, il est possible d'utiliser la fonction de recherche avancée du moteur de recherche *Google* afin de repérer des images libres de droit. Voir la fiche technique suivante :

https://support.google.com/websearch/answer/29508?p=ws_images_usagerights&hl=fr&rd=1

⁵⁷⁸ LIONEL MAUREL, «Panorama des systèmes de métadonnées juridiques et de leurs applications en bibliothèque numérique», (2007) 19 *Les Cahiers de Propriété Intellectuelle* 241

⁵⁷⁹ Abréviation désignant *eXtensible Markup Language*, un mécanisme informatique pour créer un système de balisage de l'information pour un besoin précis.

⁵⁸⁰ L. MAUREL, préc., note 578, p. 250

⁵⁸¹ Abréviation désignant *Digital Rights Management*, un système informatisé pour gérer les accès aux œuvres numériques.

« Il importe avant d'étudier certains des systèmes actuellement disponibles de recenser les besoins qui peuvent être ceux d'une bibliothèque numérique en matière de gestion des droits :

- exprimer de manière claire le statut juridique des œuvres (œuvre protégée, domaine public...), ainsi que la titularité des droits (quels sont le ou les titulaires de droits sur une œuvre ?) ;*
- recenser et conserver des informations utiles dans le cadre de la recherche d'ayants droit ;*
- recueillir les informations relatives à des licences conclues avec des titulaires de droit, les conserver et en faciliter l'accès, tout en protégeant les données confidentielles ;*
- gérer des informations relatives aux redevances versées pour diffuser les œuvres ;*
- délivrer des informations juridiques claires et fiables aux utilisateurs de la collection numérique concernant leurs droits et obligations ;*
- permettre l'échange et le partage des informations juridiques dans le cadre d'un travail en réseau ;*
- contrôler les accès à la collection numérique ;*
- contrôler les usages et les réutilisations de la collection numérique.*

Les métadonnées juridiques, les DREL et les DRM permettent à des degrés divers de satisfaire ces besoins.⁵⁸² »

[345] Ensuite, Maurel présente quatre modèles de métadonnées juridiques conçues pour le droit d'auteur, du point de vue d'une bibliothèque. Premièrement, Maurel examine les besoins des bibliothèques en matière de description du statut juridique et de la titularité des droits pour les modèles de métadonnées afin de démontrer que ces modèles ne répondent pas aux besoins opérationnels⁵⁸³. Ensuite, il s'intéresse aux besoins en matière de gestion des licences et des redevances : terme,

⁵⁸² L. MAUREL, préc., note 578, p. 252

⁵⁸³ *Id.*, p. 247

contenu, droits... Puis, il décrit les besoins en matière de gestion des accès et des usages.

[346] Les quatre schémas de métadonnées juridiques sont : (1) le champ du système *Dublin Core* applicable au droit d'auteur (ou, spécifiquement nommé *DCMI Metadata Terms*) ; (2) les *MetsRights* ou *Metadata Encoding and Transmission Standard* de la *Library of Congress* aux *États-Unis* ; (3) les *CC REL* de *Creative Commons* et (4) *DREL (Digital Rights Expression Language)*, comme *XrML*, *ODRL* ou *MPEG-21/5*.⁵⁸⁴

[347] L'auteur conclut que ces modèles de métadonnées juridiques sont « *mal adaptés à l'ensemble des besoins d'une bibliothèque numérique* ⁵⁸⁵ » car les bibliothèques contemporaines (nationales, universitaires, etc.) offrent l'accès à des millions de documents numériques dans le domaine public ou sous licence. En fait, les bibliothèques doivent maintenant gérer des centaines, voire des milliers, de contrats d'accès à du contenu numérique. Cette démultiplication de licences introduit une nouveauté significative pour les bibliothèques qui mérite réflexion. D'après Maurel ⁵⁸⁶, les bibliothécaires pourraient développer leurs propres modèles de métadonnées, au lieu de se faire imposer un format par l'industrie. Ils devraient par ailleurs mieux

⁵⁸⁴ *Id.*, p. 253

⁵⁸⁵ *Id.*, p. 275

⁵⁸⁶ *Id.*, p. 275

exprimer leurs besoins. Comme nous allons le voir dans la prochaine section, les bibliothèques *canadiennes* ont répondu à l'appel de Maurel.

3.2.1.2 Les métadonnées contractuelles existantes

[348] Compiler et analyser des jeux de données de clauses contractuelles nécessite un effort considérable. Par exemple, nous avons déjà évoqué le cas de Bergstrom *et al.*⁵⁸⁷ qui ont obtenu et codifié plus de 8 000 licences et qui diffusent ces données dans Internet⁵⁸⁸. Plusieurs études déjà citées font référence à ce corpus et l'utilise pour examiner divers aspects du domaine. Malheureusement, ces données proviennent des *États-Unis*. Aucune étude savante⁵⁸⁹ de ce domaine ne porte sur le *Canada* et il est grand temps de corriger cette lacune.

[349] Le système de métadonnées de droits d'auteur *canadien* que nous avons sélectionné fut lancé par la base de données d'*Ontario Council of University Libraries (OCUL)* intitulé *Usage Rights*⁵⁹⁰ (ou *OUR*, le « O » provenant de l'acronyme d'*OCUL*) qui se résume ainsi :

« The OCUL Usage Rights (OUR) database allows schools to track key usage rights for electronic resources, and to display those rights to users. [...] OCUL Usage Rights Database includes an administration area for each instance, a public interface to the database, and a public and staff view of each record. At least one instance of the database is available per OCUL institution. For bilingual institutions, an

⁵⁸⁷ T.C. BERGSTROM, P.N. COURANT, R. PRESTON MCAFEE et M.A. WILLIAMS, préc., note 557

⁵⁸⁸ Ted C. Bergstrom Bergstrom, Paul Courant, et R.Preston McAfee, "Big Deal Contract Project," en ligne www.econ.ucsb.edu/~tedb/Journals/BundleContracts.html

⁵⁸⁹ La seule trouvée, suite à des recherches sur Google Scholar et d'autres banques de données en sciences humaines et sociales, concerne uniquement des questions de gestion de systèmes technologiques : JENNY JING, QINQIN LIN, AHMEDULLAH SHARIFI et MARK SWARTZ, «Making User Rights Clear: Adding e-resource License Information in Library Systems», (2015) *Code4Lib* <http://journal.code4lib.org/articles/10724>

⁵⁹⁰ La page du projet est disponible dans Internet : <http://guides.scholarsportal.info/our>

additional instance is provided, while Francophone schools may request a French interface. The OCUL Usage Rights Database is an implementation of the UBC open source Mondo License Grinder database. »⁵⁹¹

[350] L'intérêt d'un tel système consiste à analyser le contenu normatif des licences afin d'informer la communauté universitaire des usages licites qui sont imposés par celles-ci. Pour les ressources qui sont acquises en consortium, la licence est analysée une seule fois et les métadonnées qui la décrivent sont partagées entre les institutions y souscrivant. Ensuite, chaque institution peut analyser localement le contenu normatif des licences qui sont négociées de gré-à-gré. Les professionnels des bibliothèques peuvent inclure ces informations dans leurs systèmes de repérage afin d'informer les usagers finaux de ce qui est licite en vertu de cette licence.

[351] La **Figure 3** est une saisie d'écran des informations contenues dans le système de l'*Université Laval* pour une ressource bien connue des juristes : *Quicklaw*. Au moment de consentir à la licence, il devient maintenant possible pour le professionnel de l'information qui agit au nom de son institution d'enseignement supérieur, de valider la réponse aux questions incluses dans le système OUR, soit directement auprès du fournisseur, soit auprès des services juridiques universitaires (surtout dans le cas de contrats d'adhésion où les termes ne sont pas clairs). En plus des questions à l'attention du public, qui sont maintenant diffusées

⁵⁹¹ *Id.*

dans Internet, certaines questions ne sont destinées qu'aux membres du personnel des bibliothèques. Un exemple de ces questions additionnelles est présenté à la **Figure 4**.

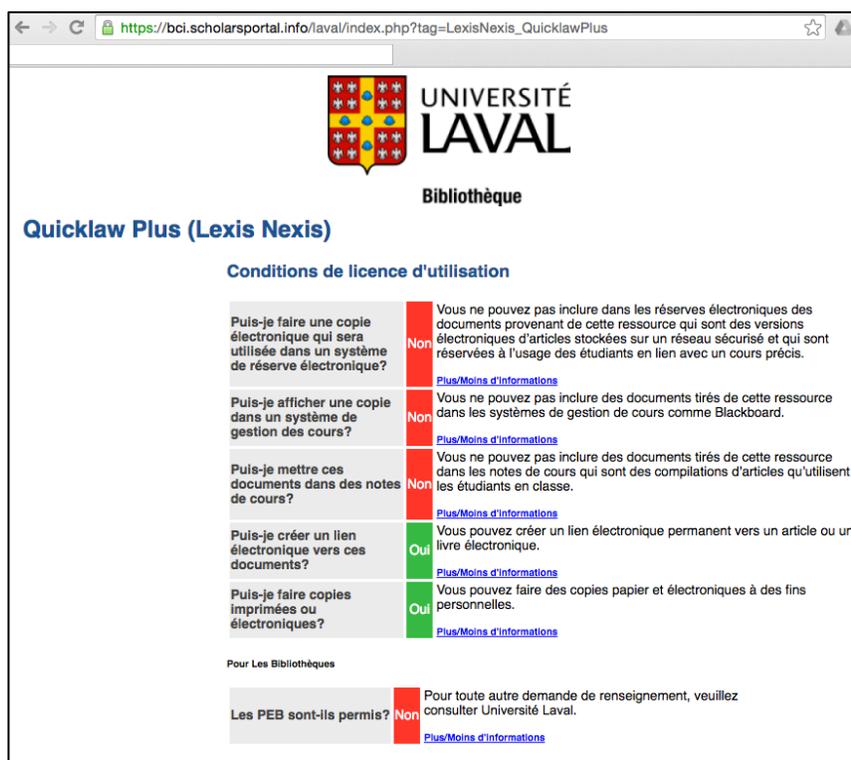


Figure 3 : Saisie d'écran d'une fiche de métadonnées des termes d'une licence diffusée par Internet pour l'Université Laval (15 avril 2016)



Figure 4 : Saisie d'écran de l'addenda interne de la licence de l'Université Laval

[352] L'objectif est de répondre à chaque question par l'affirmative ou la négative confirmant, d'une certaine façon, la codification fermée du sous-système juridique dans la théorie des systèmes sociaux de Luhmann. Si jamais un doute persiste ou que le contexte est assujéti à des modalités particulières, il est possible d'informer l'utilisateur qu'il doit poser directement sa question aux services des bibliothèques en choisissant l'option « demander » au lieu de l'alternative binaire. Ces dispositions visent, de toute évidence, à habiliter la communauté universitaire à s'approprier les ressources documentaires mises à sa disposition sous licence. D'ailleurs, chaque question correspond à un service universitaire particulier qui a recours aux documents de la bibliothèque. Ainsi, les employés de la bibliothèque, des services pédagogiques numériques, ou de la reprographie et ce, sans oublier les professeurs eux-mêmes, ont, à un moment ou un autre, recours aux collections numériques pour obtenir les contenus complémentaires à leurs cours.

[353] Comme nous allons voir, chaque cas soulevé par les questions des métadonnées juridiques est encadré par un régime juridique qui lui est propre. En fait, dans tous ces cas sauf un, celui des visiteurs occasionnels à la bibliothèque, les questions touchent des dispositions juridiques édictées par des exceptions au sens de la *Loi sur le droit d'auteur*. Ce constat est d'une importance capitale pour notre étude car

nous tentons de théoriser la « frontière » entre le recours aux exceptions et aux licences.

[354] Ce que nous constatons, d'entrée de jeu, est que le législateur édicte un cadre juridique permissif pour les bibliothèques puisque les exceptions de la *Loi*⁵⁹² autorisent les usages visés par les bibliothèques. En plus de l'utilisation équitable, le législateur édicte une série d'exceptions au profit des établissements d'enseignement⁵⁹³ et des bibliothèques⁵⁹⁴. Comme le précise le *Guide juridique du droit d'auteur*⁵⁹⁵ produit par l'*Université Laval* :

*« Bien que la Loi sur le droit d'auteur accorde une protection aux auteurs, elle prévoit, en revanche, de nombreuses exceptions permettant d'utiliser, à certaines conditions, l'œuvre d'autrui sans qu'il y ait violation du droit des auteurs, dont notamment un droit des utilisateurs à une utilisation équitable de l'œuvre d'autrui, qui doit être exercé à des fins déterminées et selon certaines conditions. »*⁵⁹⁶

[355] Les exceptions édictées sont toutes assujetties à des modalités d'application. Une de ces conditions à l'exercice des exceptions spécifiques consiste à valider que cette œuvre ne soit pas accessible sur le marché⁵⁹⁷. Il s'agit notamment des exceptions de reproduction prévues pour la reproduction à des fins pédagogiques⁵⁹⁸; des fins

⁵⁹² *Loi sur le droit d'auteur*, préc., note 1

⁵⁹³ *Id.*, art. 29.4-30.04

⁵⁹⁴ *Id.*, art. 30.3-30.4

⁵⁹⁵ *Guide du droit d'auteur, de l'utilisation de l'œuvre d'autrui et autres considérations juridiques relatives aux activités d'enseignement, d'apprentissage, de recherche et d'étude privée à l'Université Laval*, Québec, Université Laval, 2014 https://www.bda.ulaval.ca/wp-content/uploads/2014/05/GuideJuridique_DroitDauteur_Version_1.0.pdf

⁵⁹⁶ *Id.*, p. 7

⁵⁹⁷ *Id.*, p. 46 et 57

⁵⁹⁸ *Loi sur le droit d'auteur*, préc., note 1, art. 29.4(1)

d'examen⁵⁹⁹; et des reproductions effectuées pour des personnes ayant des déficiences perceptuelles⁶⁰⁰. Par ailleurs, l'accessibilité d'une œuvre sur le marché constitue un élément clé lors de la qualification du caractère équitable d'une utilisation, notamment en ce qui concerne les conditions stipulées par la *Cour suprême*⁶⁰¹ à cette fin. Ainsi, le législateur édicte un cadre où une utilisation, qui se qualifie pour les conditions des exceptions, est permise. Il est intéressant de constater que cette situation n'est pas statique : les bibliothèques opèrent dans un environnement où les relations contractuelles peuvent modifier cette condition d'accès aux corpus d'œuvres protégées accessibles sous licence. Étant donné l'importance de l'accessibilité d'une œuvre sur le marché dans la qualification d'une utilisation comme équitable ou dans le contexte d'une utilisation précise, nous analysons cette situation dans la conclusion de cette partie, après avoir étudié les conditions des licences dans les sections suivantes.

[356] Nous offrons maintenant un survol des cadres juridiques édictés par le droit d'auteur qui s'appliquent dans le contexte de chaque question.

3.2.1.2.1 *Questions à caractère public*

[357] La première question concerne le service de réserve électronique qui implique qu'un employé de la bibliothèque verse un document ou copie

⁵⁹⁹ *Id.* 1, art. 29.4(2)

⁶⁰⁰ *Id.* 1, art. 32

⁶⁰¹ *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, préc., note 188, para. 51 et suivants

le lien vers un document dans un serveur dont dispose le service des bibliothèques universitaires⁶⁰². Il s'agit d'une mise en œuvre de l'exception édictée en faveur des employés des bibliothèques à l'article 30.2 alinéas 1 et 2 de *la Loi sur le droit d'auteur*⁶⁰³ et confirmée par le jugement *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*⁶⁰⁴. Cette exception stipule qu'un employé d'un service de bibliothèque peut faire pour autrui ce qui constitue une utilisation équitable.

[358] La question du système de gestion de cours vise à bonifier cet espace numérique d'apprentissage en y versant des œuvres issues de la collection numérique des bibliothèques. Outre les dispositions pour l'utilisation équitable, la réforme de 2012 a introduit une nouvelle exception⁶⁰⁵ qui édicte un régime particulier pour gérer les « leçons » numériques. Ainsi, il est possible d'avoir recours à des œuvres protégées pour constituer une « leçon » numérique sans avoir à obtenir la permission du titulaire si certaines conditions sont respectées, comme la destruction de la leçon 30 jours après la remise des notes.

[359] Quant à eux, les recueils de cours sont des volumes imprimés pour un groupe-cours en particulier. Il s'agit de la copie multiple d'une œuvre

⁶⁰² ST-AUBIN, «La réserve académique électronique [dans les bibliothèques d'enseignement] : mythe éternel ou réalité à venir?», (2008) 37 *Argus* 25-58

⁶⁰³ *Loi sur le droit d'auteur*, préc., note 1

⁶⁰⁴ *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, préc., note 188

⁶⁰⁵ *Loi sur le droit d'auteur*, préc., note 1, art. 30.01

protégée. La *Cour suprême*⁶⁰⁶ a stipulé en 2012 que la distribution de copies en classe constitue une utilisation équitable dans certains cas.

[360] Dans certains cas, le titulaire peut désirer optimiser les moyens d'accès aux œuvres dans son système. Par exemple, au lieu de permettre le téléchargement et l'inclusion dans la réserve électronique ou dans l'environnement numérique de cours, il peut favoriser la création de liens vers son système. Cette façon de faire permet de mesurer avec précision l'utilisation réelle de son corpus. La création d'un lien pérenne vers un système numérique n'est pas directement rattachée au droit d'auteur même si une exception⁶⁰⁷ est prévue pour permettre la copie d'œuvres provenant d'Internet par un établissement d'enseignement.

[361] En ce qui concerne l'impression ou les copies numériques pour des fins personnelles, il s'agit de cas emblématiques d'utilisation équitable⁶⁰⁸ pour des fins d'étude privée ou de recherche.

3.2.1.2.2 *Questions uniquement pour les employés de la bibliothèque*

[362] En plus des questions destinées au public, certaines questions sont présentées uniquement pour les employés de la bibliothèque⁶⁰⁹. Ces questions concernent les usagers en périphérie de la communauté directe des bibliothèques, par exemple pour les usagers d'autres

⁶⁰⁶ *Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, préc., note 195

⁶⁰⁷ *Loi sur le droit d'auteur*, préc., note 1, art. 30.04

⁶⁰⁸ *Id.* 1, art. 29

⁶⁰⁹ Il est nécessaire d'ajouter quelques caractères à l'adresse web de la page. Ce mécanisme est décrit dans la documentation du système OUR.

bibliothèques qui obtiennent des documents par l'entremise du service de prêt entre les bibliothèques, les diplômés qui perdent l'accès à la bibliothèque numérique une fois leurs études complétées et les visiteurs occasionnels. Nous décrivons rapidement chacun de ces services.

[363] Le prêt entre les bibliothèques (PEB) est un service où les bibliothèques agissent en réseau pour partager des documents entre elles au profit de leurs usagers. Ce service requiert parfois l'envoi d'une copie d'un article par la poste, mais plusieurs institutions optent plutôt pour un envoi électronique. Un PEB électronique suppose la fourniture d'une seule copie numérisée d'un document à une autre bibliothèque, afin que celle-ci puisse la fournir à un seul usager. La livraison documentaire peut se faire soit par un système ouvert, comme le courriel, soit par un système fermé, comme *Ariel* qui nécessite un matériel informatique spécialisé. L'envoi papier suppose l'impression d'un fichier numérique présent dans le système qui est, par la suite, acheminé par la poste.

[364] Ces dispositions particulières au prêt entre bibliothèques sont stipulées par l'exception⁶¹⁰ sur les services de bibliothèques. Elles édictent qu'un envoi électronique de PEB doit se faire par un fichier chronodégradable dont la durée de vie ne doit pas dépasser 5 (cinq) jours. Il est clair que ce service est important pour les bibliothèques

⁶¹⁰ *Loi sur le droit d'auteur*, préc., note 1, art. 30.2, alinéas 5 à 5.02

puisqu'elles réservent trois questions pour articuler les droits qu'elles négocient.

[365] La dernière question à l'attention des employés de la bibliothèque concerne l'accès aux systèmes documentaires numériques par les diplômés. Certaines bibliothèques peuvent négocier un accès pour les diplômés, donc les anciens étudiants, afin de conserver le même niveau d'accès que lors de leurs études. Il en va de même pour les utilisateurs occasionnels, c'est-à-dire les membres du public qui se présentent en personne dans l'établissement. Dans ces deux cas, il s'agit plutôt d'un usage en lien avec l'impact des pratiques numériques sur le contrat social des bibliothèques plutôt qu'une question de droit d'auteur à proprement parler.

Section 3.2.2 Analyse empirique des clauses contractuelles

[366] Pour procéder à l'analyse de données informatiques, il faut d'abord compiler lesdites données afin de constituer le corpus que nous analyserons. La section précédente présente le gabarit des données, les métadonnées, que nous avons choisies. Puisque ces données sont détenues par des universités, nous avons pu les obtenir en procédant à des demandes d'accès à l'information. Notre protocole de demande d'accès à l'information s'est largement inspiré du guide produit par la *Freedom of Information and Privacy Association*⁶¹¹ pour épauler les chercheurs universitaires qui désirent employer des données ou documents publics dans leurs recherches. Par ailleurs, nous tenons à remercier les bibliothécaires universitaires québécois pour leur générosité et leurs précieux conseils, car leurs indications ont grandement facilité le processus de recherche préliminaire⁶¹² et l'élaboration du protocole final. Ces échanges ont porté, entre autres, sur le statut juridique des contrats de licence retenus par les bibliothèques universitaires avec divers éditeurs et agrégateurs de contenu. Il fut aussi question de la nature précise des informations pouvant être communiquées. En effet, il est couramment admis dans l'administration universitaire que les contrats et licences sont de nature

⁶¹¹ MIKE LARSEN, *Access in the Academy : Bringing ATI and FOI to Academic Research*, British Columbia Freedom of Information and Privacy Association, 2013 <http://www.fipa.bc.ca/wordpress/wp-content/uploads/2014/06/Access-in-the-Academy.pdf>

⁶¹² *Id.*, p. 11-14

commerciale en vertu des dispositions édictées par la loi⁶¹³ applicable.

Ainsi, un

*« organisme public peut refuser de communiquer [...]un renseignement financier, commercial, scientifique ou technique lui appartenant et dont la divulgation risquerait vraisemblablement d'entraver une négociation en vue de la conclusion d'un contrat, de causer une perte à l'organisme ou de procurer un avantage appréciable à une autre personne. »*⁶¹⁴

[367] Avant de rendre un tel renseignement disponible, l'organisme public doit livrer un avis au tiers⁶¹⁵ concerné, ce qui peut occasionner des délais⁶¹⁶ pouvant aller jusqu'à 20 jours pour chaque document. En plus de ces dispositions législatives, nous avons pris bonne note de l'expérience de l'économiste *Ted Bergstrom* qui a procédé à des demandes d'accès à des documents publics pour obtenir des contrats de licences auprès de service de bibliothèques universitaires aux États-Unis. Son étude porte sur des coûts d'abonnements à des collections ou à des bouquets de périodiques scientifiques. Pour la mener, ils ont procédé à des demandes d'accès et ils ont dû faire face à la résistance des éditeurs, les tiers commerciaux dans ce cas :

« In recent months, two fellow economists, Paul Courant of the University of Michigan, and Preston McAfee of Yahoo! and I have been collecting copies of big deal contracts from US libraries. These are typically guarded by secrecy clauses, so in order to get them we had to send state Freedom of Information Act requests to librarians throughout the country. Elsevier didn't like this very well. They sued Washington State University to prevent them from releasing the

⁶¹³ *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, RLRQ c A-2.1 CanLII, <http://canlii.ca/t/69h5j>

⁶¹⁴ *Id.*, art. 22

⁶¹⁵ *Id.*, art. 25

⁶¹⁶ *Id.*, art. 45

contracts. Elsevier lost that suit and we have now collected a large number of contracts from several big publishers. We plan to release summary information about these contracts, both the total cost and on details of the contracts. »⁶¹⁷

[368] Il va sans dire que ce genre d'écueil pose directement préjudice à l'articulation d'un cadre opératoire réaliste pour une thèse doctorale en droit. En plus d'imposer une charge de travail à la communauté des bibliothécaires œuvrant au sein des universités québécoises, les délais causés par d'éventuelles procédures judiciaires doivent être incorporés à l'élaboration d'une méthodologie. Par ailleurs, l'obtention du texte complet d'une licence n'était pas essentielle pour observer l'émergence de normes dans ces marchés d'œuvres protégées par le droit d'auteur. En fait, le jeu de données est produit par des professionnels et il est déjà disponible en format numérique. La disponibilité de ces données nous a permis de procéder à notre étude en faisant face à un minimum de résistance tout en nous procurant un maximum de pertinence pour une analyse juridique.

[369] Ainsi, nous présenterons dans cette section les étapes ayant mené à l'obtention des documents et des données, les manipulations nécessaires pour les compiler et les résultats obtenus. Nous préférons inclure le plus de détails possible en annexe de notre thèse pour deux raisons. Premièrement, ces détails sont essentiels à la compréhension de l'opérationnalisation de notre cadre d'analyse, ce qui facilite la

⁶¹⁷ THEODORE BERGSTROM, «Librarians' fix: economics of the big deal», (2010) 23 *Serials* 77, p. 81

reproductibilité éventuelle de notre étude. Deuxièmement, nous désirons outiller les futurs chercheurs pour suivre le même protocole d'accès et d'analyse de données en droit.

[370] Le 7 novembre 2014, nous procédons à l'envoi par courriel d'une demande d'accès à deux classes de documents. La première est une copie de l'entente entre la société *Copibec* et l'établissement qui est entrée en vigueur le 1er juin 2014. La seconde est une extraction des données contenues dans le système de gestion des clauses de licences signées par le service des bibliothèques, si celle-ci est disponible dans l'institution. Une copie de cette missive est reproduite à l'*Annexe 1*. Nous avons fait suivre cette requête aux responsables des demandes d'accès à l'information de douze institutions universitaires québécoises. La liste de ces responsables est reproduite à l'*Annexe 2*. À l'*Annexe 3*, nous proposons un survol des étapes de la réception et du traitement desdits documents et à l'*Annexe 4*, les étapes de manipulation des données.

[371] Avant d'amorcer l'analyse statistique⁶¹⁸ à proprement parler, il est essentiel de qualifier nos données et de discuter de leur validité interne et externe. Cette analyse préliminaire a un impact majeur sur les tests statistiques applicables et impose un moment de réflexion nécessaire au chercheur.

⁶¹⁸ LIWEN VAUGHAN, *Statistical methods for the information professional : a practical, painless approach to understanding, using, and interpreting statistics*, Medford, N.J., Published for the American Society for Information Science and Technology by Information Today, 2001

3.2.2.1 Validité interne des données

[372] Toutes les valeurs des neuf variables dans notre corpus de données sont nominales⁶¹⁹, c'est-à-dire qu'elles représentent des noms ou des catégories. Par exemple, la variable « Leçon/Recueil » peut avoir les valeurs « oui » ou « non » ou « demander » et ces valeurs ne représentent pas un ordre mathématique ou sémantique en soi.

[373] Du point de vue de la validité interne, nous nous devons d'apporter plusieurs bémols importants. La validité interne est le risque de confusion entre les interactions de nos variables. Dit autrement, la validité interne détermine si les données que nous avons sous la main décrivent réellement les phénomènes que nous désirons observer. Or, il est primordial de préciser que les données que nous avons ne représentent qu'une proportion des licences négociées par les bibliothèques universitaires au Québec. L'analyse des licences en bibliothèque universitaire est difficile. Elle requiert une connaissance du droit et des pratiques en bibliothèques. Ainsi, certains indices nous laissent croire que les bibliothèques ayant participé se sont concentrées sur les licences les plus importantes en termes de coût ou d'impact sur les utilisateurs. Il est donc probable que, lorsqu'un bibliothécaire analyse une énième licence, il ne choisit pas aléatoirement une licence, mais bien une licence importante pour sa communauté. Il est possible qu'un biais ait été introduit dans les données que nous analysons et ce, en

⁶¹⁹ *Id.*, p. 1-3

raison du travail requis de la part des institutions documentaires. Cette sélection pourrait aussi être due à des choix administratifs. Les bibliothèques ont pu privilégier certaines licences, dont les plus dispendieuses ou celles offrant un accès à un large corpus, pour en délaissier d'autres, moins importantes ou plus complexes, pour ne pas avoir à monopoliser de trop grandes ressources lors du traitement de celles-ci.

[374] De plus, les licences négociées en consortium soulèvent des problématiques de validité interne pour la simple raison que la même licence risque de se retrouver dans plusieurs institutions, créant une sorte de doublon à travers le jeu de données. Pour s'en convaincre, il suffit de consulter le tableau suivant :

Tableau 2 : Dénombrement des licences négociées par consortium par institution en ordre alphabétique

Institution	Licence négociée en consortium		Total
	non	oui	
Concordia	16	67	83
ENAP		54	54
ETS	20		20
Laval	291	97	388
Sherbrooke	136	80	216
Total	463	298	761

[375] Près de 40% des licences⁶²⁰ du corpus sont issues d'ententes consortiales, ce qui crée des confusions et compromet légèrement la validité interne. Il est difficile de vérifier si la même entrée pour une licence négociée en consortium se retrouve parmi les données de plusieurs institutions. Pour ces raisons, nous allons présenter certains résultats en deux groupes, c'est-à-dire ceux issus de consortiums et ceux issus de négociation individuelle.

3.2.2.2 Validité externe

[376] La validité externe est un indicateur basé sur la généralisation des conclusions bâties à partir de l'échantillon à l'ensemble de la population. Dans notre étude, il s'agit de l'ensemble des licences détenues par les bibliothèques universitaires au Québec⁶²¹. En raison des réalités déjà évoquées, c'est-à-dire du biais de sélection des licences et de la négociation en consortium, il serait hasardeux d'appliquer nos résultats à toutes les licences.

[377] Malgré ces bémols quant à la validité interne et externe de nos données, nous considérons qu'elles sont suffisamment probantes pour produire des analyses valables. Nous devons cependant faire preuve de prudence afin de tenir compte des problèmes que nous venons d'évoquer. Ceci dit, notre recherche étudie l'émergence de normes dans les contextes socioéconomiques des œuvres numériques protégées par

⁶²⁰ 298 / 761 = 39%

⁶²¹ C'est-à-dire celles qui ne sont pas encore épiluchées par les collègues de ces institutions.

le droit d'auteur et nous croyons toujours pouvoir atteindre cet objectif. En fait, pour exprimer en termes juridiques cette limitation statistique, il n'est pas possible de prouver que toutes les licences retenues par les bibliothèques pour accéder à de la documentation numérique dans le monde offrent les conditions nécessaires à l'articulation de leur contrat social en termes bureaucratiques. Par contre, nous croyons que, malgré les bémols soulevés quant à la validité interne et externe des données, il nous est possible de constater l'émergence de certaines normes et de valider certains postulats que nous avons énumérés dans les deux premières parties de notre thèse. Ainsi, nous croyons que quatre facteurs permettent l'émergence de normes en ce qui concerne les œuvres protégées par le droit d'auteur numérique. Ces quatre facteurs sont économiques, c'est-à-dire la nature quantique de l'information numérique et le continuum du consentement, ainsi que sociologiques, c'est-à-dire l'importance de la coordination du système social par le biais des réseaux d'agents et la réglementation par ententes privées.

[378] Étant donné les questions soulevées par la validité interne et externe de nos données, nous procédons uniquement à une description primaire des données, c'est-à-dire au dénombrement des catégories nominales. Nous croyons que cette approche descriptive est suffisante pour illustrer l'émergence de normes.

3.2.2.3 Permutations et dénombrements

[379] Nos données comportent les éléments suivants : trois champs textuels (le nom de l'institution ; le nom de la banque de données visée par la licence ; le nom du fournisseur) ; une (1) variable nominative binaire (oui ou non) ainsi que huit (8) variables nominatives qui peuvent avoir une valeur issue d'un ensemble de trois possibilités : oui, non, demander.

[380] Ces neuf (9) derniers champs nominatifs contiennent les informations sur les types d'utilisation inscrits dans les licences. Le nombre de permutations possibles pour ces neuf champs nominatifs est de 13 122 combinaisons⁶²² possibles. Si nous simplifions ces données en ignorant le choix « demander » et en proposant que les neuf (9) variables puissent uniquement avoir un choix binaire, le nombre de permutations chute à 512 possibilités⁶²³. Ces calculs illustrent la complexité maximale atteignable, ou l'entropie, dans ce contexte social. Nous affirmons que l'émergence de normes indique une stabilisation autour de certains choix, puisque les acteurs sociaux coordonnent leurs actions autour d'une petite quantité de combinaisons de clauses contractuelles. À l'inverse, l'absence d'émergence propose une faible préférence pour certaines combinaisons, reflétant une distribution plus aléatoire de chaque observation.

⁶²² Le calcul nécessite de multiplier le nombre de choix pour chaque variable : $2 * 3 * 3 * 3 * 3 * 3 * 3 * 3 * 3 * 3 = 2^1 * 3^8 = 13\ 122$

⁶²³ Dans ce cas, le calcul serait $2^9 = 512$

[381] Comme précisé lors du passage sur la validité interne et externe de nos données, nous opérons une distinction entre les données issues de licences négociées en consortium et celles qui ne le sont pas. Ainsi, nous tenons à préciser que les 13 122 permutations pour les trinômes ou pour les 512 binômes se divisent en deux pour devenir, respectivement, 6 561 combinaisons de trinômes ou 256 combinaisons de binômes possibles pour les licences issues de consortiums ou non.

[382] Débutons avec les licences issues de consortiums. La fonction « Filtre de données » dans *Excel* permet de regrouper les données issues d'observations pour les licences négociées en consortium au sein d'une nouvelle feuille de calcul. Ensuite, nous avons créé un index⁶²⁴ de chaque observation en combinant toutes les valeurs de chaque observation dans une seule colonne. Par la suite, la fonction « Tableau croisé dynamique » permet de calculer le nombre de fois que chaque combinaison apparaît. Il en résulte un nouveau jeu de données où chaque instance ou ligne représente une combinaison présente dans le jeu maître de données ainsi que le nombre de fois où celui-ci figure dans le jeu maître de données. Ce processus permet de dénombrer chaque combinaison possible du jeu maître. Le **Tableau 3** présente le dénombrement des combinaisons distinctes pour toutes les licences

⁶²⁴ En réalité, il aurait été préférable d'importer les données dans un système de base de donnée tel *Access* afin d'utiliser un programme en *Structured Query Language (SQL)* pour effectuer un compte de chaque option distincte (fonction *COUNT DISTINCT*). Par contre, la taille restreinte du jeu de donnée nous a incité à « inventer » ce processus simplifié dans *Excel*.

négociées en consortium (le tableau se trouve à la fin de cette sous-section).

[383] L'analyse de ces données fait ressortir l'émergence de préférences marquées pour certaines combinaisons de termes de licences. Ainsi, il subsiste 29 combinaisons existantes de licences négociées en consortium sur un total maximum théorique de 6 561 trinômes ou 256 binômes possibles. De plus, les trois combinaisons les plus populaires, soit 160 licences⁶²⁵, représentent plus de la moitié des 298 licences⁶²⁶ négociées en consortium. Sans pouvoir approfondir l'analyse statistique au-delà de ces constats, vu la validité interne et externe limitée de nos données et étant donné nos objectifs de recherche, nous pouvons toutefois affirmer qu'il s'agit d'une forme d'émergence de normativité au sein des pratiques de négociation de licences dans le cas de consortiums mis en place par les bibliothèques universitaires au Québec.

[384] En ce qui concerne les licences négociées à l'extérieur de consortiums, nous observons un peu plus de variabilité puisque nous démontrons 87 permutations. Nous présentons les permutations ayant au moins quatre (4) occurrences au **Tableau 4**. Cette diversité pourrait découler de la présence d'un plus grand nombre de données dans notre échantillon puisque 462 licences sont issues de négociations

⁶²⁵ L'addition du nombre de licences pour les trois combinaisons les plus populaires : $69 + 66 + 25$

⁶²⁶ Le calcul se fait ainsi : $(69 + 66 + 25) / 298 = 54\%$, donc « plus de la moitié »

individuelles sur un total de 761 licences, soit environ 60%. Par ailleurs, les trois combinaisons les plus populaires représentent un peu moins du tiers des licences⁶²⁷ qui ne sont pas négociées en consortium. De plus, 45 licences représentent des combinaisons qui ne sont présentes qu'une seule fois dans cet échantillon. Même si cet échantillon de données indique une plus grande dispersion, il est toujours possible d'observer l'émergence de normativités.

[385] Les Tableaux 3 et 4 se trouvent aux deux (2) pages suivantes.

⁶²⁷ Le calcul se fait ainsi : $(68 + 45 + 42) / 498 = 31\%$ ou un « peu moins que le tiers »

Nombre de licences ayant cette combinaison de clauses	Réserve/leçon	Recueil	URL durable	Diplomé(e)s	Accès perpétuel	PEB imprimé	PEB électronique	PEB Ariel	Visiteur occasionnel
69	Oui	Oui	Oui	Non	Oui	Oui	Non	Oui	Oui
66	Oui	Non	Oui	Non	Non	Oui	Oui	Oui	Oui
25	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui	Non	Oui	Oui
17	Oui	Non	Oui	Non	Non	Oui	Non	Non	Oui
16	Oui	Oui	Oui	Demander	Oui	Oui	Non	Oui	Oui
15	Oui	Oui	Oui	Non	Non	Oui	Oui	Oui	Oui
12	Oui	Oui	Oui	Non	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui
10	Oui	Oui	Oui	Non	Non	Oui	Non	Oui	Oui
8	Non	Non	Non	Non	Non	Non	Non	Non	Non
6	Non	Non	Oui	Non	Non	Non	Non	Non	Oui
5	Non	Non	Oui	Non	Non	Non	Non	Non	Non
5	Oui	Oui	Non	non	Non	Oui	Oui	Oui	Oui
5	Non	Non	Oui	Non	Non	Oui	Oui	Oui	Oui
4	Oui	Non	Oui	Non	Non	Non	Non	Non	Oui
4	Oui	Oui	Oui	Non	Non	Non	Non	Non	Oui
4	Oui	Non	Oui	Non	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui
4	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui
3	Non	Non	Oui	Non	Oui	Oui	Non	Oui	Oui
3	Oui	Non	Oui	Non	Oui	Oui	Non	Oui	Oui
3	Oui	Oui	Oui	Oui	Non	Oui	Oui	Oui	Oui
2	Oui	Non	Oui	Non	Non	Non	Non	Non	Non
2	Oui	Oui	Oui	Non	Oui	Oui	Oui	Oui	Non
2	Non	Non	Non	Non	Non	Non	Non	Non	Oui
2	Non	Non	Oui	Oui	Oui	Non	Non	Non	Oui
2	Oui	Oui	Oui	Non	Non	Oui	Oui	Non	Oui
1	Non	Non	Oui	Demander	Non	Non	Non	Non	Demander
1	Oui	Non	Oui	Non	Demander	Oui	Oui	Demander	Oui
1	Non	Non	Oui	Non	Non	Oui	Non	Non	Oui
1	Non	Oui	Oui	Non	Oui	Oui	Non	Oui	Oui

Tableau 3 : Dénombrement des combinaisons distinctes pour toutes les licences négociées en consortium

Nombre de licences ayant cette combinaison de clauses	Réserve/leçon	Recueil	URL durable	Diplomé(e)s	Accès perpétuel	PEB imprimé	PEB électronique	PEB Ariel	Visiteur occasionnel
68	Non	Non	Oui	Non	Non	Non	Non	Non	Oui
45	Non	Non	Oui	Non	Oui	Oui	Non	Oui	Oui
42	Non	Non	Oui	Non	Oui	Non	Non	Non	Oui
28	Non	Oui	Oui	Non	Oui	Oui	Non	Oui	Oui
23	Oui	Oui	Oui	Non	Oui	Oui	Non	Oui	Oui
16	Non	Non	Oui	Non	Non	Oui	Non	Oui	Oui
15	Oui	Non	Oui	Non	Non	Oui	Oui	Oui	Oui
14	Non	Oui	Oui	Non	Non	Oui	Non	Oui	Oui
11	Oui	Oui	Oui	Non	Non	Oui	Oui	Oui	Oui
10	Non	Non	Non	Non	Non	Non	Non	Non	Non
10	Non	Non	Oui	Non	Oui	Demander	Non	Demander	Oui
9	Non	Oui	Oui	Non	Oui	Demander	Non	Demander	Oui
9	Oui	Oui	Oui	Non	Non	Non	Non	Non	Oui
8	Oui	Oui	Oui	Non	Oui	Non	Non	Non	Oui
8	Oui	Oui	Oui	Non	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui
7	Non	Non	Non	Non	Non	Non	Non	Non	Oui
7	Non	Oui	Oui	Non	Oui	Non	Non	Non	Oui
7	Oui	Oui	Oui	Oui	Non	Oui	Oui	Oui	Oui
6	Non	Non	Oui	Non	Non	Non	Non	Non	Non
6	Non	Non	Oui	Non	Non	Demander	Non	Demander	Oui
6	Oui	Oui	Oui	Non	Demander	Oui	Non	Oui	Oui
5	Oui	Oui	Oui	Non	Oui	Demander	Non	Demander	Oui
5	Oui	Non	Oui	Non	Oui	Oui	Non	Oui	Oui
5	Non	Non	Oui	Non	Non	Oui	Oui	Oui	Oui
4	Oui	Oui	Non	Non	Non	Non	Non	Non	Oui
4	Oui	Non	Oui	non	Demander	Oui	Oui	Oui	Oui
4	Non	Non	Oui	Non	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui

Tableau 4 : Dénombrement des combinaisons distinctes de licences n'ayant pas été négociées en consortium et ayant au moins 4 instances

3.2.2.4 Récapitulatif des résultats

[386] À première vue, nous constatons des tendances. En premier lieu, nous observons un certain pragmatisme des bibliothèques quant aux besoins des communautés extérieures. D'un côté, les bibliothèques universitaires québécoises n'obtiennent que rarement le droit de donner accès hors campus à leurs collections numériques à leurs diplômés puisque 679 licences l'interdisent (Diplômé=non). De l'autre, les licences autorisent en grande partie les usagers occasionnels à accéder aux collections numériques sur les lieux physiques de la bibliothèque. En fait, de toutes les licences qui interdisent l'accès à distance aux diplômés, seulement 40 interdisent l'accès aux visiteurs occasionnels et plus de la moitié de celles-ci sont des licences qui ne sont pas négociées en consortium (23 sur 40). De façon générale, un visiteur occasionnel peut accéder aux collections des bibliothèques universitaires, même s'il n'est pas affilié directement à l'établissement d'enseignement. Ce constat démontre, au sens de Belley, une manifestation du contrat social des bibliothèques pour un accès public au savoir dans les contrats règlementaires.

[387] Un autre constat s'impose quant à la façon dont une bibliothèque peut diffuser ses collections numériques obtenues sous licence. Des 407 licences qui interdisent la reprographie des documents dans des recueils (recueil=non), 130 sont négociées en consortium. Par contre, 377 de ces 407 licences permettent les URL pérennes. Ainsi, il semble que la

diffusion de ces documents à l'extérieur du cadre proposé par le système du fournisseur documentaire est à proscrire. Mieux vaut envoyer les usagers numériques directement au site du fournisseur pour s'approprier les collections. Ainsi, le fournisseur peut mieux mesurer l'utilisation de son corpus et procéder aux redevances à ses propres fournisseurs.

[388] Pareillement, des 345 licences interdisant la communication par télécommunication de documents dans les environnements numériques d'apprentissage (réserve/leçon=non), 311 ne sont pas négociées en consortium. Le même constat que les recueils reprographiés s'impose : mieux vaut passer par les systèmes des fournisseurs. En fait, 28 licences interdisent à la fois les réserves/leçons, les recueils et les URL durables. L'utilisateur d'une bibliothèque doit donc accéder au contenu par le truchement de la page d'accueil du système des fournisseurs et chercher manuellement la documentation désirée. Il s'agit d'une minorité de cas.

[389] Sur un autre ordre d'idée, des 366 licences qui prévoient des clauses d'accès perpétuel si jamais la bibliothèque annule son abonnement électronique, 141 sont négociées en consortium. Il est intéressant de noter la prépondérance de cette clause dans les licences négociées à l'extérieur des consortiums étant donné qu'il aurait été facile de postuler

que cette clause dépend d'un rapport de force entre la bibliothèque et son fournisseur.

[390] Nous notons aussi une certaine standardisation des clauses contractuelles. Par exemple, si nous additionnons les trois combinaisons de licences les plus populaires pour les licences négociées en consortium ou non, nous obtenons le Tableau 5 ci-dessous.

Base de l'échantillon	Nombre de licences	Nombre de combinaisons uniques	% du dénombrement des trois combinaisons les plus populaires	Nombre de combinaisons n'ayant qu'une licence
Licences négociées en consortium	298	29	54%	4
Licences négociées individuellement	463	87	31%	45
Toutes les licences	761	116	27%	49

Tableau 5 : Tableau récapitulatif des statistiques concernant les combinaisons de conditions des licences

[391] Ainsi, nous constatons que les licences négociées en consortium offrent moins d'entropie que les licences négociées individuellement. Non seulement nous notons moins de combinaisons uniques pour les licences négociées en consortium, mais il y a un très petit nombre de licences uniques (dernière colonne du tableau). Il semble que les bibliothèques négociant en consortium soient en mesure de retenir des contrats plus standardisés que les licences obtenues par des démarches

uniques. S'agit-il de la manifestation d'une asymétrie de pouvoir entre les bibliothèques agissant en réseau et leurs fournisseurs ? Les données ne permettent ni de confirmer ni d'infirmer cette question. En fait, il est fort probable que cette démarche survienne suite à une volonté commerciale des éditeurs. D'autres études devront valider ce point.

[392] Il serait possible de poursuivre cette analyse statistique, par exemple, en calculant des relations de corrélation ou de causalité (par le test *Chi Carré par exemple*) au sein de nos données pour répondre à une foule de questions. Ainsi, il serait possible de déterminer si les licences négociées en consortium sont significativement plus libérales que celles négociées individuellement. Cependant, ce genre d'analyse nécessite la subdivision de nos données et nous doutons de l'effet des résultats sur la qualité de notre argumentaire. Toutes les conjonctures auxquelles nous pourrions rêver sont difficilement praticables étant donné la validité interne et externe limitée de nos données. Par ailleurs, il serait nécessaire d'articuler un cadre conceptuel nouveau pour chaque test statistique afin de s'assurer de la validité de notre approche.

[393] Nous devons donc faire preuve de circonspection et nous limiter à une analyse des données qui répond aux objectifs de recherche, au cadre conceptuel, à la méthodologie et aux approches statistiques que nous avons menés jusqu'à présent. Par contre, il est entièrement possible de considérer notre étude comme une première incursion

conceptuelle et méthodologique dans ce champ d'étude, celui des métadonnées d'instance de clauses contractuelles négociées par des bibliothèques dans un contexte d'articulation de la mission sociale de ces dernières dans l'univers numérique. Il s'agit d'une invitation ouverte à poursuivre ce labeur, en bâtissant sur le travail ici accompli. Nous concluons cette partie en suggérant certaines pistes qui pourraient être explorées à partir de l'analyse que nous avons mise en place.

Conclusion de la partie troisième partie : impacts normatifs des bibliothèques

[394] La troisième et dernière partie de notre thèse explore le contexte socioéconomique précis d'une classe homogène d'œuvres et d'utilisateurs, celui des écrits numériques dans les bibliothèques universitaires québécoises. Nous débutons le premier chapitre en explorant deux cadres d'analyses, celui des communs de Hess et Ostrom puis celui de l'école néo-institutionnelle en économie numérique de Elkin-Koren et Salzburger, afin de les comparer à notre propre cadre d'analyse socioéconomique. Ensuite, nous explorons le contexte socioéconomique des bibliothèques universitaires québécoises pour ancrer, cette fois, notre étude dans un contexte socioéconomique précis. Dans le second chapitre, nous présentons comment la mécanisation et l'informatisation des licences permettent une analyse mathématique des relations contractuelles. Nous démontrons comment les pratiques contractuelles convergent autour de certaines combinaisons précises de clauses contractuelles. Grâce à ces constats, nous désirons discuter de l'émergence de normes dans ce contexte socioéconomique précis en relevant quelques mutations des méthodes d'acquisition dans les universités au Québec.

[395] Dans l'arène numérique, connu pour sa volatilité, ceux qui lancent des conclusions doivent s'armer de prudence. Respectant le devoir de

retenu du chercheur, il nous faut constater que les données que nous avons analysées témoignent d'un recours grandissant, substantiel et pérenne à des collections numériques obtenues par des licences négociées directement avec des éditeurs scientifiques ainsi que des agrégateurs de contenu. Ces licences portent sur les droits d'utilisation des œuvres. Elles régissent aussi l'accès à ces œuvres pour la communauté universitaire. Tel que nous l'avons démontré avec la Figure 2, la part d'investissement alloué aux collections numériques augmente encore. Par ailleurs, les statistiques disponibles depuis le site Internet de l'*Association des bibliothèques de recherche du Canada*⁶²⁸ laissent penser que la tendance est nationale, voire internationale. À la lumière de notre analyse et de ces faits, nous concluons d'abord que l'engouement pour les collections numériques est bien plus qu'une tendance lourde, il s'agit d'une réalité bien implantée dans les bibliothèques universitaires.

[396] Ce premier constat impose une réflexion. Comme nous l'avons démontré, les combinaisons distinctes de termes tendent à se stabiliser autour d'un certain sous-ensemble de choix. Ces choix représentent les normes émergentes dans l'acquisition numérique institutionnelle. Même s'il nous est impossible de discuter pourquoi ce phénomène survient suite à l'analyse des données, nous notons que la négociation en

⁶²⁸ Voir, par exemple, le détail des acquisitions documentaires pour le numérique à travers les années : <http://www.carl-abrc.ca/fr/evaluer-les-retombees/statistiques/>

consortium génère moins d'entropie dans le système social. Qui plus est, cette entropie, aussi minime soit-elle, implique nécessairement une réification des pratiques institutionnelles autour de ces nouveaux marchés. Spécifiquement, la certitude qu'un individu donné puisse accéder à un document numérique donné n'est plus absolue, mais probable. Ainsi, dès lors qu'une ressource numérique est acquise par la bibliothèque, divers facteurs influencent qui peut accéder à quoi et comment. Que l'on soit usager externe ou interne, enseignant désirent diffuser de la documentation à ses étudiants ou simplement le service de reprographie universitaire, une œuvre numérique sous licence n'est pas nécessairement disponible pour l'utilisation désirée, ce qui n'était pas nécessairement le cas dans l'univers des documents imprimés. Le numérique s'installe et impose un cadre probabiliste d'accès.

[397] Dans ce contexte, le recours aux métadonnées juridiques des droits d'accès s'avère un chantier à poursuivre, tout comme la réification des services documentaires qui s'y greffent. À juste titre, ces nouvelles conditions d'accès sont codifiées grâce à des métadonnées diffusées dans le catalogue des bibliothèques. Le catalogue devient ainsi un dépôt des droits d'utilisation (ce que nous pouvons faire avec l'œuvre protégée) en plus du rôle d'inventaire (l'emplacement physique ou virtuel, les informations bibliographiques de l'objet). La notice bibliographique d'un catalogue de bibliothèque devient non seulement

un référent, mais un sommaire du cadre juridique s'appliquant à l'œuvre. Ce constat ouvre un domaine complètement nouveau, à l'intersection du droit et de la bibliothéconomie : l'articulation du cadre juridique d'une œuvre (objet de droit) pour un contexte social précis (sujet de droit) en vertu de sa présence dans la collection. Il faut réifier le contexte institutionnel de l'acquisition des œuvres dans la collection.

[398] Le second constat, plus subtil, découle de la nature du contrat social des bibliothèques. Il semble que la constitution de collections numériques par licence y devient une transaction mutualisée pour l'accès à un corpus numérique. Cette transaction se manifeste par une licence où sont stipulées les conditions d'accès. La licence rend explicite ce qui jadis était implicite avec une collection en format papier. Les pratiques institutionnelles, telles le recours à des réseaux de bibliothèques réifiés en consortiums, visent à mieux enraciner le contrat social des bibliothèques dans le cadre de ces accords. Dans ce contexte, les bibliothèques interviennent dans les marchés pour répondre à leurs impératifs sociaux en « créant » de nouvelles combinaisons de droit d'auteur. Ces pratiques permettent l'émergence d'une nouvelle manière de profiter des œuvres numériques protégées.

[399] Ce second constat, soit la codification explicite de nouvelles pratiques commerciales et sociales dans le domaine des œuvres numériques protégées par le droit d'auteur, se manifeste sur deux plans. Le premier

implique une mutualisation d'œuvres au sein de corpus numériques. Le second implique une mutualisation des droits d'accès à ces œuvres dans les licences conférées aux bibliothèques universitaires où sont stipulées les modalités de communication par télécommunication. Cette double mutualisation, des œuvres et des droits s'y rattachant, constitue l'émergence d'une conceptualisation de la valeur économique et de l'autorité sociale de celles-ci. Pour la valeur, elle découle du jumelage de l'œuvre numérique à ses droits d'accès, conférés en vertu d'une licence explicite. Pour l'aspect social, nous observons une dissémination du contrat social des bibliothèques dans les contrats normalisés avec ses fournisseurs. Non seulement la bibliothèque dilue son rôle institutionnel par une certaine perte de contrôle sur le développement de ses collections, elle ouvre le potentiel de réaffirmer et partager ce rôle avec d'autres, comme les bibliothèques de son réseau consortial et des fournisseurs économiques.

[400] Ce deuxième constat introduit un malaise quant au rôle de la gestion collective des droits de reprographie et de mise à disposition. Ainsi, si plus des trois quarts des budgets d'acquisition documentaire des bibliothèques universitaires québécoises (*Figure 2*) sont destinées à des corpus numériques sous licence, il devient pertinent de questionner un mécanisme qui n'octroie que des droits sans procurer l'œuvre qui s'y rattache. Dit autrement, il existe encore d'importantes collections

documentaires en format papier, mais nous approchons d'un point d'inflexion où la valeur d'une licence collective tend vers zéro à cause de l'émergence de cette deuxième norme. Il nous est impossible de savoir si ce point d'inflexion est atteint à l'issue de notre étude car les données dont nous disposons ne contiennent pas suffisamment de détail bibliographique pour comparer la proportion d'œuvres obtenues sous licence et celles sur papier. Un autre chantier s'ouvre alors, celui de l'analyse comparative ou bibliométrique des corpus numériques et papier afin d'observer la manifestation de ce point d'inflexion entre les droits d'accès et les droits conférés en vertu d'une licence avec une société collective.

[401] Le troisième constat, et le plus surprenant selon nous, est le rôle des exceptions au droit d'auteur dans l'articulation des licences. Les bibliothèques ont recours à une définition fonctionnelle des ressources documentaires en établissant le gabarit de données pour représenter le contenu normatif des licences. Ces licences définissent la façon dont une œuvre peut être utilisée par un usager. Tous ces champs sauf un, celui des visiteurs occasionnels, documentent des utilisations qui sont, de près ou de loin, des exceptions au droit d'auteur. Il convient donc de se demander pourquoi un professionnel de l'information souscrit à une licence qui limite les utilisations alors qu'une exception est pourtant stipulée par le droit d'auteur. L'analyse de nos données démontre, outre

l'émergence de normes, qu'il existe une volonté institutionnelle cherchant à édicter un cadre opératoire qui tend à fixer clairement les droits d'utilisation. Pour reprendre les théories de Trudel⁶²⁹, est-il possible que les bibliothèques préfèrent un cadre opératoire qui diminue le risque pour tous les intervenants ? Peu importe où se situe la « frontière » entre le recours à une exception ou une licence, il est évident que sans un accès aux œuvres, l'exception est caduque. Ainsi, si l'offre commerciale des fournisseurs impose un cadre juridique explicite par le truchement d'une licence afin d'obtenir une version numérique de l'œuvre, alors les exceptions ne s'y substituent pas. En fait, nous observons qu'elles s'y enracinent et prennent la forme du contrat social des bibliothèques.

[402] Lucie Guibault traite de la frontière entre les exceptions ou limitations et les contrats en droit offerts aux consommateurs. Quoique notre contexte soit institutionnel, la conclusion de son étude offre des pistes intéressantes de réflexion :

« except for the very few statutory limitations that have been expressly declared mandatory, there is no definite guideline to determine whether limitations to copyright are imperative or not. Generally speaking, limitations on copyright can be said to reflect the legislator's express recognition of the user's interest in making certain unauthorised uses of copyright material. The question I have tried to answer in this book is the following : if the limitations on copyright are considered to form an integral part of the copyright balance, to what extent are individuals bound to respect this bargain in their private contractual relations? In fact, the answer varies significantly from one country to the next. Not only is the answer dependent on the country's

⁶²⁹ *Supra*, Section 2.2.2

approach to copyright protection itself, but also on that country's approach the principle of freedom of contract. My overall conclusion is that France, where the droit d'auteur system is based primarily on the natural rights theory and where positive law admits relatively few limits on freedom of contract, restrictive copyright licence terms would probably be held valid. In the Netherlands and Germany, where the copyright systems would appear more accommodating of the users' interests and where contracting parties are expected to take account of each other's interests, the courts might be more inclined to invalidate restrictive licence terms. In the United-States, although the copyright system is known to pursue utilitarian objectives, the principle of freedom of contract is so strong that restrictive copyright licence terms would most likely be held enforceable. These observations essentially hold true whether the restrictive copyright licence term is included in a fully negotiated or a standard form contract. »⁶³⁰

[403] À la lumière de l'incertitude soulevée par Guibault, nous évitons de tomber dans des conjonctures sur l'état du droit au Québec. Par contre, il est intéressant de positionner les exceptions comme établissant un rapport de force entre bibliothèques et fournisseurs de contenu numérique. En termes purement économiques, il est très simple de comprendre comment le recours au marché, plutôt qu'aux exceptions, est à l'avantage de tous. Si les universités avaient massivement recours à l'utilisation équitable pour l'enseignement et la recherche, il serait nécessaire de constituer des services de numérisation dans chaque institution d'enseignement. Or, la somme de tous les coûts de numérisation pour chaque institution d'enseignement en termes directs (labeur, matériel, etc.) et indirects (loyer, électricité, etc.) serait, de toute évidence, plus élevée que les mêmes coûts pour le titulaire de l'œuvre.

⁶³⁰ LUCIE GUIBAULT, *Copyright limitations and contracts: an analysis of the contractual overridability of limitations on copyright*, Amsterdam, Kluwer Law International, 2002, p.

[404] Prenons le cas fictif du coût de numérisation d'environ 30\$ pour un livre. Si chacune des 17 bibliothèques universitaires québécoises devait numériser ce livre pour sa communauté respective, le coût social est plus élevé que si le titulaire numérise lui-même le livre, voire cède ses droits de numérisation à un agrégateur spécialisé dans le marché du contenu scientifique numérique, et récupère son investissement en répartissant le coût de cette numérisation sur l'ensemble des bibliothèques universitaires. Par ailleurs, il serait possible d'imaginer un système selon lequel les bibliothèques investissent dans la numérisation d'une œuvre, au profit du titulaire, en créant un régime basé sur une licence étendue.

[405] Du point de vue transactionnel, il est plus viable pour le titulaire de numériser lui-même et de répartir ce coût sur l'ensemble du réseau universitaire et de négocier des licences où droits d'accès et documents sont transférés. Ainsi, une conceptualisation en réseau des bibliothèques pointe vers un cadre opératoire qui réduit le risque par le biais des marchés. Cette conclusion, nous permet de suggérer que les exceptions au droit d'auteur, comme l'utilisation équitable, sont en réalité des mécanismes qui ouvrent la porte à une compréhension améliorée des besoins d'une clientèle d'œuvres protégées afin de pouvoir, ensuite, établir des licences pour opérer cette nouvelle conceptualisation dans le contexte du contrat social des bibliothèques.

[406] Nous croyons justement que les exceptions au droit d'auteur représentent un investissement social consenti par les institutions qui mène à une réification des systèmes sociaux pour élaborer de nouveaux marchés, et non un coût que doivent supporter les titulaires au profit des utilisateurs. Le recours aux exceptions devient, dans ce cas, une occasion de mesurer le risque social causé par l'absence d'un marché, et l'intervention institutionnelle doit être comprise dans la dialectique socioéconomique de l'émergence de normes. Nous avons volontairement mis l'emphase sur l'analyse des facteurs socioéconomiques plutôt que sur les exceptions au droit d'auteur afin de relever comment ceux-ci interviennent dans le contexte des licences étudiées. Ces quatre facteurs, deux économiques (nature quantique du numérique et le continuum du consentement) et deux sociologiques (la coordination du système social par le biais des réseaux d'agents et la réglementation par ententes privées) structurent notre thèse. À l'intérieur du cadre juridique édicté par le droit d'auteur, les normes émergent grâce à l'action concertée des bibliothèques dans le contexte des quatre facteurs socioéconomiques. Plus que les modifications législatives ou jurisprudentielles, le numérique modifie la nature même des œuvres protégées et les bibliothèques répondent à ces changements en réifiant leurs opérations à l'intérieur de leur contrat social. Un nouvel état normatif est atteint suite à une certaine période de mutation. Dans ce contexte, le rôle même des exceptions au droit d'auteur est triviale et les

bibliothèques, à première vue insoucieuses, agissent de plein droit pour garantir un accès à des œuvres numériques pour leurs utilisateurs.

[407] Nous espérons que les perspectives que nous relevons ainsi que les conclusions que nous proposons offrent l'occasion de revisiter la doxa qui confère aux exceptions au droit d'auteur ainsi qu'aux institutions qui les revendiquent le rôle du truand.

Conclusion générale : bibliothéconomie et numérimorphose

[408] La première partie de cette thèse présente deux dynamiques économiques fondamentales d'une œuvre numérique protégée par le droit d'auteur. Nous proposons que la première dynamique économique découle de la nature quantique de l'œuvre, une nature qui oscille entre celle d'une conceptualisation d'un droit naturel de propriété et de l'utilitarisme. Ainsi, le débat perpétuel entourant la réforme du droit d'auteur, qui est à la remorque des innovations technologiques, des rapports de force entre acteurs et des mouvements de la mondialisation, ne devrait privilégier aucun de ces deux états, mais les appréhender de plein fouet. Nous affirmons également que la seconde dynamique économique est façonnée par les moyens dont les agents disposent pour faire passer une œuvre numérique d'un «état» à un autre, par exemple : les concessions, les limitations et les exceptions. Si nous ordonnons ces dispositions sur une droite formée par le niveau de risque engendré par chaque utilisation, nous obtenons ce que nous nommons le continuum du consentement, où le risque est inversement proportionnel au consentement du titulaire. Encore ici, le choix rationnel des agents, qui disposent d'une variété d'institutions édictées par des dispositions législatives, influence grandement la nature économique de l'œuvre protégée. Ces deux dynamiques forment les bases sous-jacentes des marchés économiques du droit d'auteur et offrent un

moyen simplifié d'articuler les complexités éventuelles qui peuvent émerger. Elles imposent aussi au chercheur de regarder au-delà de l'analyse économique du pour comprendre le droit d'auteur.

[409] La seconde partie de notre thèse explore les ramifications sociologiques du droit d'auteur, afin de poser les bases des systèmes sociaux ainsi que des réseaux d'intervenants qui gravitent autour. Il serait hasardeux, à nos yeux, de se limiter uniquement à une analyse économique de la question. La science économique offre un moyen de mesurer la complexité sociale par des outils quantifiant les relations entre humains et les biens en termes monétaires. Nous devons puiser dans la sociologie pour examiner les œuvres protégées par le droit d'auteur, afin de compléter l'analyse économique. Cette approche permet de relever les asymétries de pouvoir et les risques inhérents aux systèmes sociaux des œuvres numériques protégées par le droit d'auteur. Par exemple, il serait dangereux de se limiter à mesurer en termes monétaires les externalités négatives ou les défaillances de marchés d'œuvres numériques protégées par le droit d'auteur. Il ne faut pas oublier que ces œuvres offrent un moyen à notre société de communiquer son savoir, son information et sa culture. L'optimisation des échanges économiques est certes un noble objectif, mais il faut aussi considérer comment les constructions sociales sont façonnées par ces échanges. Ainsi, l'absence de communication causée par un

marché mal optimisé peut causer de graves entraves aux agents. Notre but n'est pas d'étudier directement la nature dialectique entre l'économie et la sociologie dans un contexte d'œuvres protégées, mais simplement de juxtaposer ces deux disciplines afin d'illuminer notre parcours. Nous croyons que la sociologie offre un bagage conceptuel essentiel pour comprendre les questions qui nous animent.

[410] Le droit d'auteur peut être compris comme un droit du possible : le législateur édicte les règles générales interdisant certains agissements sociaux ainsi que les modalités pour renverser ces interdictions selon les circonstances. Si nous articulons les théories de Luhmann au droit d'auteur, les agents sociaux doivent naviguer cet environnement en communiquant avec le sous système fonctionnel du droit afin de savoir si leurs actions sont légales ou illégales. Les risques, qui découlent du pouvoir, mais aussi des relations économiques, orientent ainsi les communications. Les agents ont intérêt à se regrouper en nœuds d'agents similaires dont les vecteurs de communications politiques, économiques et juridiques permettent l'émergence d'institutions ou structures que plusieurs nomment marchés ou cultures. En plus de Luhmann, nous avons également exploré plusieurs théories juridiques qui sortent la norme du simple cadre régalien. Il s'agit des théories du droit souple, du droit en réseau, de la norme postmoderne et de l'internormativité. Ces théories offrent les outils nécessaires pour

comprendre comment les agents agissent afin de voir émerger des normes. Ils offrent une place prépondérante au contrat, véhicule de choix pour étudier les communications formelles avec le sous-système juridique.

[411] À juste titre, nous combinons les théories de l'analyse économique du droit et la sociologie du droit afin de poser un cadre d'analyse socioéconomique. Pour le droit d'auteur, ce cadre d'analyse socioéconomique s'opérationnalise en juxtaposant les objets de droits et les sujets de droits dans une matrice où sont explicités les cadres juridiques. Cette « matrice œuvres-utilisations » combine les classes homogènes d'œuvres et d'utilisateurs et chaque « cellule » définit le cadre juridique à retenir pour ce contexte. Cet outil permet de tracer une feuille de route, en priorisant certaines cellules, pour guider le chercheur ou le professionnel de l'information dans son appropriation du numérique.

[412] La troisième partie de notre thèse explore le cadre juridique d'une classe homogène d'œuvres, les écrits numériques obtenus sous licence par les bibliothèques universitaires au *Québec*, dans un contexte homogène d'utilisation, celui de la recherche, l'étude et l'enseignement. Le droit d'auteur représente une constellation de dispositions, certaines édictées dans des textes de lois formels et articulées par des cours de justices compétentes, d'autres échappant au cadre positif du droit. Notre

but est d'illustrer d'une manière empirique l'émergence de normes dans un système socioéconomique sous l'empire du droit d'auteur. Nous avons opté pour un système social où la création et l'utilisation d'œuvres constituent des systèmes dynamiques. En ce sens, les agents sont à la fois des titulaires et des utilisateurs des œuvres, puisant dans les corpus d'autrui pour constituer les leurs, comme c'est le cas avec les écrits scientifiques. Nous reconnaissons les éléments de l'internormativité contractuelle de Belley⁶³¹ dans cette définition. Le contrat social⁶³² représente la mission même de l'institution qu'est la bibliothèque. L'informatisation et la mécanisation des rapports contractuels démontrent comment ce contrat social est mis en œuvre grâce à des contrats normalisés. Nous avons ainsi démontré comment des normes émergent dans ce contexte numérique.

[413] Nous croyons que le rôle socioéconomique du contrat social des bibliothèques est édicté dans la définition même des bibliothèques à l'article 2 de *Loi sur le droit d'auteur*. Il s'agit de leur double mission de préservation et d'accès. Ces activités génèrent une externalité fortement positive⁶³³ pour la société et combattent, respectivement, les maux de

⁶³¹ *Supra*, section 2.2.1

⁶³² J.G. BELLEY, préc., note 286. Ici, Belley précise que 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 »

⁶³³ *Making Cities Stronger : Public Library Contributions to Local Economic Development*, USA, Urban Libraries Council, 2007 http://www.urban.org/UploadedPDF/1001075_stronger_cities.pdf ; *Worth their weight : An assessment of the Evolving Field of Library Valuation*, New York, American for Libraries Council, 2007 <http://www.ala.org/research/sites/ala.org.research/files/content/librarystats/worththeirweight.pdf>

l'ignorance et l'oubli. Malgré la difficulté de mesurer⁶³⁴ cette intervention, elle représente un mécanisme social pour résoudre la tension entre les théories propriétaire et utilitariste que l'on peut appliquer à l'œuvre protégée par le droit d'auteur. Ainsi, d'un objet rival et exclusif, l'œuvre atteint un statut nouveau de par son inclusion dans la collection d'une institution documentaire. D'ou l'importance pour les bibliothèques d'agir en réseau, peu importe le moyen qui s'offre à elles. Ainsi, le rôle juridique de chaque noyau du réseau des bibliothèques permet d'avoir un impact déterminant au niveau du marché économique de l'œuvre ainsi que les asymétries de pouvoir et du risque social. Le rôle social des bibliothèques est donc loin d'être trivial et pourrait même palier aux défaillances de marché naturelles des marchés d'œuvres protégées que nous connaissons déjà, soit celles issues du refus du titulaire, de son silence ou de son avarice. Ces défaillances génèrent des externalités fortement négatives qui engendrent un coût social.

[414] Nous avons démontré comment les bibliothèques universitaires au Québec favorisent l'émergence d'une nouvelle articulation au sein du droit d'auteur afin de mettre en œuvre leur contrat social par le biais d'une normalisation des rapports contractuels. Ainsi, nous avons étudié en profondeur les contrats d'accès dans un contexte numérique afin de dégager trois normes émergentes. En premier lieu, plus du trois quart

⁶³⁴ JEAN-MICHEL SALAÜN, «Immeasurable Library Economics», dans RIZZO ILDE et MIGNOSA ANNA (dir.), *Handbook on the Economics of Cultural Heritage*, Edward Elgar Publishing, p. 290-305

des fonds alloués au développement des collections sont destinés au numérique, ce qui en démontre l'importance. Nous glissons donc vers un monde où l'accès à une œuvre numérique est probable, selon les modalités de la licence négociée par la bibliothèque. Les métadonnées décrivant les conditions d'accès donne un sens nouveau au catalogue des ressources documentaires de la bibliothèque. Ensuite, la licence stipule les conditions d'accès à un corpus d'œuvres numériques. En plus de rendre explicite ce qui était implicite dans une collection en format papier, il appert que la valeur d'une licence ne s'opère que si le fournisseur y mutualise un corpus d'œuvres numériques en y attachant des droits d'accès. Ce nouveau modèle permet de questionner la pertinence des sociétés de gestion collective, qui n'offrent que des droits sans les œuvres numériques qui s'y rattachent. Enfin, les exceptions semblent, à première vue, caduques puisque les œuvres numériques ne sont accessibles que par une licence où les modalités d'accès sont explicites. Par contre, nous observons que les bibliothèques font émerger dans les licences l'esprit des exceptions et qu'il s'agit en réalité de la manifestation de leur contrat social. Les exceptions au droit d'auteur, pour les bibliothèques, sont en réalité des moyens pour consentir un investissement dans les œuvres, au profit des titulaires et des utilisateurs, afin de saisir le plein potentiel des marchés et du rôle social du numérique. Ayant atteint nos objectifs de recherche, nous nous permettons certaines réflexions générales concernant le cadre théorique

et analytique que nous venons d'esquisser en lien avec les bibliothèques.

[415] Sous le thème du développement parallèle entre le droit d'auteur et des bibliothèques se cache une dynamique tout aussi fascinante que peu étudiée : celle de l'impact des unes sur l'autre. Par exemple, si le régime du *fair use* aux *États-Unis* est réputé comme étant un des plus flexibles et ouverts de tous les régimes d'exceptions au droit d'auteur, comment se fait-il que leurs industries de la culture, du savoir et de l'information ont su conquérir des parts de marchés enviables à travers le monde ? En quoi est-ce que la dynamique entre le droit d'auteur et les bibliothèques, institutions citoyennes vouées à favoriser les usages d'œuvres protégées par le droit d'auteur, nourrit-elle cette dynamique ? Comment pouvons-nous analyser les autres cadres juridiques, régimes économiques et systèmes sociaux liés aux œuvres numériques ? Ces questionnements découlent du contexte global de cette thèse, et nous oriente vers des perspectives futures de recherche.

Bibliographie

Monographies

The Copyright Board of Canada : bridging law and economics for twenty years = La Commission du droit d'auteur du Canada : vingt ans entre le droit et l'économie, Cowansville, Québec, Éditions Y. Blais, 2011

The Oxford companion to the book, Oxford ; New York :, Oxford University Press, 2010

AGRE, P.E. et M. ROTENBERG, *Technology and privacy : the new landscape*, S.I., MIT, 1998

ALIX, Y., *Droit d'auteur et bibliothèques*, Paris, Éditions du Cercle de la Librairie, 2012

ANDERSON, C., *The long tail : why the future of business is selling less of more*, 1st, New York, Hyperion, 2006

ANTOGNAZZA, M.R., *Leibniz : an intellectual biography*, Cambridge; New York, Cambridge University Press, 2009

ARMSTRONG, E., *Before copyright : the French book-privilege system, 1498-1526*, Cambridge England ; New York, Cambridge University Press, 1990

ARNAUD, A.J.É. et P.É. GUIBENTIF, *Niklas Luhmann, observateur du droit : un recueil organisé*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993

AZZARIA, G., *La filière juridique des politiques culturelles*, Sainte-Foy, Québec, Presses de l'Université Laval, 2006

BAETENS, J.B.A., *Le combat du droit d'auteur : anthologie historique, suivie d'un entretien avec Alain Berenboom*, Paris, Les Impressions nouvelles, 2001

BALDWIN, P., *The Copyright Wars: Three Centuries of Trans-Atlantic Battle*, Princeton, New Jersey Princeton University Press, 2014

BANNERMAN, S., *The struggle for Canadian copyright : imperialism to internationalism, 1842-1971*, Vancouver; Toronto, UBC Press, 2013

BARABÁSI, A.-L., *Linked : the new science of networks*, Cambridge, Mass. :, Perseus Pub., 2002

2012 *Network Science*, Boston, MA, Center for Complex Network Research,

BARBIER, F., *Histoire des bibliothèques : d' Alexandrie aux bibliothèques virtuelles*, Paris, Armand Colin, 2013

BARNEY, D., *Communication Technology: The Canadian Democratic Audit*, Vancouver, UBC Press, 2005

BEAUDRY, G., *La communication scientifique et le numérique*, Paris, Hermès science publications / Lavoisier, 2011

BECKER, H.S., *Les mondes de l'art*, Paris, Flammarion, 1988

BELL, D., *The coming of post-industrial society : a venture in social forecasting*, London, Heinemann Educational, 1974

BENJAMIN, W., *L'œuvre d'art à l'époque de sa reproduction mécanisée*, Gallimard, 1991

BENKLER, Y., *The wealth of networks : how social production transforms markets and freedom*, New Haven, Yale University Press, 2006

BENYEKHFLEF, K., *Une possible histoire de la norme : Les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Éditions Thémis, 2008

BERGER, P.L. et T. LUCKMANN, *La construction sociale de la réalité*, Paris, Méridiens Klincksieck, 1994

BOBINSKI, G.S., *Libraries and librarianship : sixty years of challenge and change, 1945-2005*, Lanham, MD, Scarecrow Press, 2007

BOLLIER, D., *Brand name bullies : the quest to own and control culture*, Hoboken, N.J., J. Wiley, 2005

Viral spiral : how the commoners built a digital republic of their own, New York, New Press : Distributed by W.W. Norton & Co., 2008

BOMSEL, O., *Gratuit! : du déploiement de l'économie numérique*, coll. «Collection Folio/actuel ; 128; Variation: Collection Folio/actuel ; 128.», Paris, Gallimard, 2007

L'économie immatérielle, coll. «NRF essais; Variation: NRF essais.», Paris, Gallimard, 2010

- BOMSEL, O., A.G. GEFFROY et G. LE BLANC, *Modem le maudit : économie de la distribution numérique des contenus*, coll. «Sciences économiques et sociales; Variation: Sciences économiques et sociales.», Paris, Les Presses, Mines Paris, 2006
- BORGMAN, C.L., *From Gutenberg to the global information infrastructure : access to information in the networked world*, Cambridge, Mass., MIT Press, 2000
- Scholarship in the digital age information, infrastructure, and the Internet*, Cambridge, Mass., MIT Press, 2007
- BOYLE, J., *Shamans, software, and spleens : law and the construction of the information society*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1996
- BRETON, P., *L'Utopie de la communication*, Paris, La Découverte, 1995
- BRUNDTLAND, G.H., *Our Common Future: The World Commission on Environment and Development*, New York, Oxford University Press, 1987
- BUCHANAN, E.A. et K. HENDERSON, *Case studies in library and information science ethics*, Jefferson, N.C., McFarland & Co., 2009
- BURRELL, R. et A. COLEMAN, *Copyright exceptions : the digital impact*, Cambridge, UK ; New York, Cambridge University Press, 2005
- CANADA, N.L.O., *Legal deposit : preserving Canada's published heritage = Le dépôt légal : pour conserver les publications du patrimoine canadien*, 2nd ed, Ottawa :, National Library of Canada = Bibliothèque nationale du Canada, 1998
- CARBONNIER, J., *Sociologie Juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2008
- CARTIER, M., *Le nouveau monde des infostructures*, Saint-Laurent, Québec, Fides, 1997
- CASTELLS, M., *Communication power*, Oxford ; New York, Oxford University Press, 2009
- The Internet galaxy : reflections on the Internet, business, and society*, Oxford ; New York, Oxford University Press, 2001
- The rise of the network society*, 1, Oxford ; Malden, MA, Wiley-Blackwell, 2010
- CASTETS-RENARD, C., *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, Paris, Harmattan, 2003
- CATALA, P., *Le droit à l'épreuve du numérique : Jus Ex Machina*, 1re éd.. Paris, Paris : Presses universitaires de France, 1998

- CHEVALLIER, J., *L'État post-moderne*, 35, coll. «Droit et société», Paris, L.G.D.J., 2008
- CORNISH, G.P., *Copyright: interpreting the law for libraries, archives and information services*, 5e éd., London, Facet Publishing, 2009
- DACOS, M. et P. MOUNIER, *L'édition électronique*, 549, coll. «Collection Repères. Culture, communication», Paris, Découverte, 2010
- DARNTON, R., *The case for books : past, present, and future*, New York, NY, PublicAffairs, 2009
- DEAZLEY, R., *On the origin of the right to copy*, Hart Publishing, 2004
- DEAZLEY, R., M. KRETSCHMER et L. BENTLY, *Privilege and property : essays on the history of copyright*, Cambridge, U.K., OpenBook, 2010
- DECEW, J.W., *In pursuit of privacy : law, ethics, and the rise of technology*, Ithaca, Cornell University Press, 1997
- DESCARTES, R., *Discours de la méthode*, coll. «Les auteur(e)s classiques», Chicoutimi, Les classiques des sciences sociales, 1637
- DOERN, G.B. et M. SHARAPUT, *Canadian intellectual property : the politics of innovating institutions and interests*, Toronto, University of Toronto Press, 2000
- DRAHOS, P., *A philosophy of intellectual property*, coll. «Applied legal philosophy», Ashgate/Aldershot, Dartmouth, 2007
- DRAHOS, P. et J. BRAITHWAITE, *Information feudalism : who owns the knowledge economy?*, New York, New Press, 2003
- DREYFUS, H.L., *On the Internet*, New York, Routledge, 2009
- DROLET, A., *Les bibliothèques canadiennes, 1604-1960*, Montréal, Cercle du livre de France, 1965
- DWORKIN, R., *Law's empire*, Cambridge, Mass., Belknap Press, 1986
- EFRONI, Z., *Access-right : the future of digital copyright law*, Oxford; New York, Oxford University Press, 2011
- EISENSTEIN, E.L., *The printing press as an agent of change : communications and cultural transformations in early modern Europe*, Cambridge [Eng.] ; New York :, Cambridge University Press, 1979

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

Law, economics and cyberspace, Cheltenham; Northampton (Mass.), E. Elgar, 2004

FEINBERG, J. et H. GROSS, *Philosophy of law*, 5th, Belmont, Calif., Wadsworth Pub. Co., 1995

FICSOR, M., *The law of copyright and the internet : the 1996 WIPO treaties, their interpretation and implementation*, Oxford u.a., Oxford Univ. Press, 2002

FINKELSTEIN, M.O. et B. LEVIN, *Statistics for lawyers*, New York, Springer, 2001

FISCHER, H., *La planète hyper : de la pensée linéaire à la pensée en arabesque : essai*, Montréal, VLB, 2004

Le choc du numérique : essai, Montréal, VLB, 2001

FITZGERALD, B.F., J. COATES et S. LEWIS, *Open content licensing : cultivating the creative commons*, Sydney, N.S.W., Sydney University Press, 2007

FRISCHMANN, B.M., *Infrastructure : the social value of shared resources*, New York, Oxford University Press, 2012

GAUTRAIS, V., *Neutralité technologique : rédaction et interprétation des lois face aux changements technologiques*, Montréal, Thémis, 2012

GLEICK, J., *The information : a history, a theory, a flood*, 1st, New York, Pantheon Books, 2011

GLIHA, I. et ALAI, *Cultural Diversity : Its Effects on Authors and Performers in the Context of Globalisation = Diversité culturelle : ses effets sur les auteurs et artistes-interprètes ou exécutants dans le contexte de la mondialisation = Diversidad cultural : sus efectos sobre los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes en el contexto de la globalization = Kulturna raznolikost : utjecaj na položaj autora i umjetnika izvodaca u svjetlu globalizacije*, Zagreb, Pravni fakultet sveucilista [etc.], 2008

GOLDSTEIN, P., *Copyright's Highway : The law and lore of copyright from Gutenberg to the Celestial Jukebox*, New York, Hill and Wang, 1994

International copyright principles, law, and practice, Oxford ; New York, Oxford University Press, 2001

- International intellectual property law: cases and materials*, coll. «University casebook series», New York, N.Y., Foundation Press, 2001
- GORMAN, M., *Our enduring values : librarianship in the 21st century*, Chicago, American Library Association, 2000
- GRIFFITHS, J. et U. SUTHERSANEN, *Copyright and free speech : comparative and international analyses*, Oxford ; New York, Oxford University Press, 2005
- GROSSMAN, W., *Net.wars*, New York, New York University Press, 1997
- GUIBAULT, L., *Copyright limitations and contracts: an analysis of the contractual overridability of limitations on copyright*, Amsterdam, Kluwer Law International, 2002
- GUIBAULT, L.M.C.R. et C. ANGELOPOULOS, *Open content licensing : from theory to practice*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2011
- HARRIS, L.E., *Digital property : currency of the 21st century*, Toronto, McGraw-Hill Ryerson, 1998
- HARRIS, M.H., *History of libraries in the western world*, 4th ed, Metuchen, N.J. :, Scarecrow Press, 1995
- HART, H.L.A., *The concept of law*, 2nd ed., Oxford ; New York, N.Y., Oxford university press, 1997
- HELLER, M., *The gridlock economy : how too much ownership wrecks markets, stops innovation, and costs lives*, New York, Basic Books, 2008
- HEMMUNGS WIRTÉN, E., *No trespassing : authorship, intellectual property rights, and the boundaries of globalization*, Toronto; Buffalo, University of Toronto Press, 2004
- HENDERSON, G.F., *Intellectual property--litigation, legislation, and education : a study of the Canadian intellectual property and litigation system*, Ottawa, Consumer and Corporate Affairs Canada, 1991
- HESS, C. et E. OSTROM, *Understanding knowledge as a commons : from theory to practice*, Cambridge, Mass., MIT Press, 2007
- HIRTLE, P.B., E. HUDSON et A. KENYON, *Copyright & Cultural Institutions : Guidelines for Digitization for U.S. Libraries, Archives, & Museums*, Ithaca (New York), Cornell University Library, 2009
- ILARDI, A., *La propriété intellectuelle: principes et dimension internationale*, coll. «Collection L'esprit économique.», Dunkerque; Paris, Innoval; L'Harmattan, 2005

- JACKSON, H.E., *Analytical methods for lawyers*, New York, NY, Foundation Press, 2003
- JASION, J.T., *The international guide to legal deposit*, Aldershot, Hants, England ; Brookfield, Vt., USA :, Ashgate, 1991
- JOHNSTON, D.L., S. HANDA et C. MORGAN, *Cyberlaw : what you need to know about doing business online*, Toronto, Canada, Stoddart, 1997
- JONES, B.M., *Protecting intellectual freedom in your academic library : scenarios from the front lines*, Chicago, American Library Association, 2009
- JORDAN, T., *Hacking : digital media and technological determinism*, Cambridge, UK, Polity, 2008
- KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962
- KRANICH, N.C., P.P. FREE EXPRESSION et F.J. BRENNAN CENTER, *The information commons : a public policy report*, New York, NY, Free Expression Policy Project : Brennan Center for Justice at NYU School of Law, 2004
- KUHN, T.S., *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1972
- KURZWEIL, R., *The age of intelligent machines*, Cambridge, Mass. :, MIT Press, 1990
- The age of spiritual machines : when computers exceed human intelligence*, New York :, Viking, 1999
- The singularity is near : when humans transcend biology*, New York :, Viking, 2005
- LAFONTAINE, C., *L'empire cybernétique : des machines à penser à la pensée machine : essai*, Paris, Paris : Seuil, 2004
- LAFRANCE, J.-P. et É. LE RAY, *La bataille de l'imprimé à l'ère du papier électronique*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2008
- LAJEUNESSE, M., *Lecture publique et culture au Québec XIXe et XXe siècles*, Sainte-Foy Que.], Presses de l'Université du Québec, 2004
- LAJOIE, A., *Droit de l'enseignement supérieur*, Montréal, Québec :, Editions Thémis, 1990
- LANDES, W.M. et R.A. POSNER, *The economic structure of Intellectual Property Law*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 2003

LAPOUSTERLE, J., *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes : illustration à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, Paris, Dalloz, 2009

LARIVIÈRE, J., *Droit d'auteur et bibliothèques en un clin d'oeil*, Montréal, Éditions Asted, 1999

Guidelines for Legal Deposit Legislation, IFLA, 2000

LARUE, J., *The new inquisition : understanding and managing intellectual freedom challenges*, Westport, Conn., Libraries Unlimited, 2007

LATOUR, B., *Reassembling the social an introduction to actor-network-theory*, Oxford ; New York :, Oxford University Press, 2005

LE TOURNEAU, P., *Contrats informatiques et électroniques*, 6e éd remaniée et augm, coll. «Dalloz référence», Paris, Dalloz, 2010

LEIBNIZ, G.W. et P. BOUCHER, *Des cas perplexes en droit De casibus perplexis in jure*, Paris, J. Vrin, 2009

Des conditions De conditionibus, Paris, J. Vrin, 2002

LESSIG, L., *Free culture : the nature and future of creativity*, New York, Penguin Books, 2005

The future of ideas : the fate of the commons in a connected world, 1st, New York, Random House, 2001

Remix : making art and commerce thrive in the hybrid economy, New York, Penguin Press, 2008

LÉVÊQUE, F. et Y. MÉNIÈRE, *Économie de la propriété intellectuelle*, Paris, La Découverte, 2003

LEVY, S., *Hackers : heroes of the computer revolution*, New York, N.Y., Penguin Books, 1994

LIEBOWITZ, S.J., *The impact of reprography on the copyright system*, [Ottawa] :, Research and International Affairs Branch, Bureau of Corporate Affairs, Consumer and Corporate Affairs Canada, 1981

LUHMANN, N., *Risk : a sociological theory*, New York, A. de Gruyter, 1993

Social systems, Stanford, Calif., Stanford University Press, 1995

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

LUHMANN, N., K.A. ZIEGERT 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*, 2e éd, coll. «Méthodes du droit», Montréal; Paris, Éditions Thémis; Dalloz, 2008

MACLAREN, E., *Dominion and agency : copyright and the structuring of the Canadian book trade, 1867-1918*, Toronto :, University of Toronto Press, 2011

MARTEL, F., *Mainstream: enquête sur cette culture qui plaît à tout le monde*, Paris, Flammarion, 2010

MASSON, A. et D. PALLIER, *Les bibliothèques*, 6 éd., coll. «Que sais-je ?», Paris, Presses universitaires de France, 1986

MAUREL, L., *Bibliothèques numériques : le défi du droit d'auteur*, Villeurbanne, Presses de l'Enssib, 2008

MERCURO, N. et S.G. MEDEMA, *Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism and Beyond, Second Edition*, Princeton University Press, 2006

MERGES, R.P., *Justifying intellectual property*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2011

MOROZOV, E., *The net delusion : the dark side of Internet freedom*, New York, NY, PublicAffairs, 2011

To save everything, click here : technology, solutionism, and the urge to fix problems that don't exist, London, Allen Lane, 2013

MOYSE, P.-E., *Le droit de distribution : analyse historique et comparative en droit d'auteur*, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2007

MUSSO, P., *Critique des réseaux*, Presses Universitaires de France, 2003

NAUDÉ, G., *Advis pour dresser une bibliothèque*, Leipzig, VEB Édition, 1627 [1963]

NEGROPONTE, N., *Being Digital*, New York, Vintage Books, 1995

- NETANEL, N., *Copyright's paradox*, Oxford ; New York, Oxford University Press, 2008
- NEWMAN, M.E.J., *The structure and dynamics of networks*, Princeton, N.J. :, Princeton University Press, 2006
- 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
- OSTROM, E., *Governing the commons : the evolution of institutions for collective action*, Cambridge ; New York, Cambridge University Press, 1990
- OTLET, P., *Traité de documentation : le livre sur le livre*, Bruxelles, Éditeurs-Imprimeurs D. van Keerberghen, 1934
- PARIS, T., *Le droit d'auteur : l'idéologie et le système*, coll. «Sciences sociales et sociétés», Paris, Presses universitaires de France, 2002
- PATRY, W., *Moral panics and the copyright wars*, Oxford ; New York, Oxford University Press, 2009
- PATRY, W.F., *How to fix copyright*, Oxford; New York, Oxford University Press, 2011
- PATTERSON, L.R. et S.W. LINDBERG, *The nature of copyright : a law of users' rights*, Athens, University of Georgia Press, 1991
- PÉDAUQUE, R.D., *Le Document à la lumière du numérique : forme, texte, médium : comprendre le rôle du document numérique dans l'émergence d'une nouvelle modernité*, C&F éditions, 2006
- PIAGET, J., *La construction du réel chez l'enfant*, Neuchâtel, Delachaux et Niestlé, 1937
- PIERRAT, E., *Le droit d'auteur et l'édition*, 3e éd, rev et augm, Paris, Éditions du Cercle de la Librairie, 2005
- Le droit du livre*, 2 éd revue et augm, Paris, Éditions du Cercle de la Librairie, 2005
- POLASTRON, L.X., *Books on fire : the destruction of libraries throughout history*, 1st U.S. ed, Rochester, VT :, Inner Traditions, 2007
- POPPER, K.R., *La logique de la découverte scientifique*, Paris, Bibliothèque scientifique Payot, 1973
- POSNER, R.A.A.P., *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
- RAYMOND, E.S., *The cathedral and the bazaar : musings on Linux and open source by an accidental revolutionary*, Sebastopol, Calif., O'Reilly, 2001
- ROGERS, E.M., *Diffusion of innovations*, New York; London, The Free Press ; Collier-Mamillan, 1969
- ROSE, M., *Authors and owners : the invention of copyright*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1993
- ROSENOER, J., *Cyberlaw : the law of the Internet*, New York, Springer, 1997
- RUSSELL, B., *History of Western philosophy*, London :, Taylor & Francis e-Library, 2004
- SALAÜN, J.-M., *Vu, lu, su : les architectes de l'information face à l'oligopole du web*, Paris, Découverte, 2012
- SALAÜN, J.-M. et C. ARSENAULT, *Introduction aux sciences de l'information*, Presses de l'Université de Montréal, 2009
- SAMEK, T., *Librarianship and human rights : a twenty-first century guide*, Oxford, England, Chandos, 2007
- SCHIFFRIN, A., *L'Édition sans éditeurs*, Paris, La Fabrique, 1999
- SCOTCHMER, S., *Innovation and incentives*, Cambridge, Mass. ; London, Eng. :, MIT Press, 2004
- SHANNON, C.E. et W. WEAVER, *The mathematical theory of communication*, Urbana, University of Illinois Press, 1964
- SHAPIRO, C. et H.R. VARIAN, *Information rules : a strategic guide to the network economy*, Boston, Mass., Harvard Business Review Press, 1999
- SMIERS, J. et M. VAN SCHIJNDEL, *Un monde sans copyright... et sans monopole*, Framabook, 2011
- ST. LAURENT, A.M., *Understanding open source & free software licensing*, 1st, Sebastopol, CA, O'Reilly Media Inc., 2004
- STALLMAN, R. et S.F. FREE, *Free software, free society : selected essays of Richard M. Stallman*, Boston, MA, Free Software Foundation, 2002

- STEPHENSON, N., *In the beginning ...was the command line*, New York, Avon Books, 1999
- STROWEL, A., *Droit d'auteur et copyright : divergences et convergences, étude en droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1993
- STROWEL, A., F. TULKENS et F. DUBUISSON, *Droit d'auteur et liberté d'expression : regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, Bruxelles, Larcier, 2006
- SUBER, P., *Open access*, Cambridge, Mass., MIT Press, 2012
- TAPSCOTT, D. et A.D. WILLIAMS, *Wikinomics : how mass collaboration changes everything*, New York, Portfolio, 2006
- THÉORET, Y., *David contre Goliath : la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles de l'UNESCO*, Montréal, Hurtubise HMH, 2008
- THIERER, A.D., C.W. CREWS et I. CATO, *Copy fights : the future of intellectual property in the information age*, Washington, D.C., Cato Institute, 2002
- TORREMANS, P., *Copyright and human rights*, Kluwer, 2004
- TOWSE, R., *Copyright in the cultural industries*, Cheltenham, UK ; Northampton, MA, Edward Elgar Pub., 2002
- TRUDEL, P., *Droit du cyberspace*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1997
- UCHTENHAGEN, U., U. UCHTENHAGEN et P.O. WORLD INTELLECTUAL, *The setting-up of new copyright societies some experiences and reflexions*, Geneva, World Intellectual Property Organization, 2009
- VALOIS, M., *Évolution du droit et de la fonction de juger dans la tradition juridique occidentale : une étude sociohistorique de l'indépendance judiciaire*, Montréal, Montréal : Université de Montréal, 2009
- VARIAN, H.R., J. FARRELL et C. SHAPIRO, *The economics of information technology : an introduction*, Cambridge ; New York, Cambridge University Press, 2004
- VAUGHAN, L., *Statistical methods for the information professional : a practical, painless approach to understanding, using, and interpreting statistics*, Medford, N.J., Published for the American Society for Information Science and Technology by Information Today, 2001
- VEDRAL, V., *Decoding reality : the universe as quantum information*, Oxford England; New York, Oxford University Press, 2010
- WEBSTER, F., *Theories of the information society*, 3rd, New York, Routledge, 2006

WERSHLER-HENRY, D., *Free, as in speech and beer : open source, peer-to-peer and the economics of the online revolution*, Toronto, Prentice Hall, 2002

WIENER, N., *Cybernetics; or, Control and communication in the animal and the machine*, 2d ed. --, New York :, M.I.T. Press, 1961

The human use of human beings : cybernetics and society, London :, Free Association, 1989

WILLINSKY, J., *The access principle : the case for open access to research and scholarship*, coll. «Digital libraries and electronic publishing; Variation: Digital libraries and electronic publishing.», Cambridge, Mass, MIT Press, 2006

ZITTRAIN, J., *The future of the Internet and how to stop it*, New Haven Conn. ; London, Yale University Press, 2008

Thèses et mémoires

BRAND, F., *The legal nature of the copyright licence under Canadian law*, University of Toronto, 2005

FARB, S.E., *Negotiating use, persistence, and archiving: A study of academic library and publisher perspectives on licensing digital resources*, University of California, Los Angeles, 2006

FERRON, C., *L'extension contractuelle du droit d'auteur par le biais de licences d'utilisation : analyse de la situation canadienne*, Montréal, Faculté de droit, Université McGill, 2007

LAFONTAINE, C., *Cybernétique et sciences humaines : aux origines d'une représentation informationnelle du sujet*, Université de Montréal, 2001

Monographies éditées

Bibliothécaire : passeur de savoirs, Montréal, Carte Blanche, Corporation des bibliothécaires professionnels du Québec, 2009

ANHEIER, H.K. et Y.R. ISAR (dir.), *The cultural economy*, Los Angeles, SAGE, 2008

BOMSEL, O. (dir.), *Protocoles éditoriaux : qu'est-ce que publier ?*, coll. «Recherches», Paris, Armand Colin, 2013

BROUSSEAU, E. et N. CURIEN (dir.), *Internet and digital economics*, Cambridge, UK ; New York, Cambridge University Press, 2007

CAYLA, O., J.-L. HALPÉRIN, S. HENNETTE-VAUCHEZ et P. NAPOLI (dir.), *Dictionnaire des grandes oeuvres juridiques*, 2e éd, Paris, Dalloz, 2010

CORNU, M., I. DE LAMBERTERIE, P. SIRINELLI et C. WALLAERT (dir.), *Dictionnaire comparé du droit d'auteur et du copyright*, Paris, CNRS Éditions, 2003

GEIST, M. (dir.), *The Copyright Pentalogy: How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law*, University of Ottawa Press, 2013

GENDREAU, Y. (dir.), *Propriété intellectuelle : entre l'art et l'argent*, coll. «International Association for the Advancement of, Teaching Research in, Intellectual Property», Montréal, Éditions Thémis, 2006

SOETE, L. et B. TER WEEL (dir.), *The Economics of the Digital Society*, Northampton, MA, Edward Elgar, 2005

Chapitres de monographies

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

«Une métaphore chimique pour le droit» dans BELLEY, J.G. (dir.), *Le droit soluble : contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 7-20

BERTACCHINI, E., «Contractually-constructed Research Commons: A critical Economic Appraisal» dans DE MARTIN, J.C. et D.R. DULONG (dir.), *The digital public domain : foundations for an open culture*, Cambridge, OpenBook Publishers, 2012, p. 95-110

BLUMER, H., «La société conçue comme une interaction symbolique» dans BIRNBAUM, P. et F. CHAZEL (dir.), *Théorie sociologique*, Paris, Presses universitaires de France, 1975, p. 51-56

ECONOMIDES, N., «The Internet and network economics» dans BROUSSEAU, E. et N. CURIEN (dir.), *Internet and digital economics*, Cambridge, UK ; New York, Cambridge University Press, 2007, p. 239-267

ELKIN-KOREN, N., «It's All About Control: Rethinking Copyright in the New Information Landscape» dans ELKIN-KOREN, N. et N. NETANEL (dir.), *The commodification of information*, The Hague; New York, Kluwer Law International, 2002, p. 79-106

FICSOR, M., «Collective Management of Copyright and Related Rights» dans *WIPO Guide on the Licensing of Copyright and Related Rights*, Genève, World Intellectual Property Organisation, 2004, p. 100-124

GENDREAU, Y., «Canadian copyright law and its charters» dans GRIFFITHS, J. et U. SUTHERSANEN (dir.), *Copyright and free speech : comparative and international analyses*, Oxford ; New York, Oxford University Press, 2005,

«Copyright and Freedom of Expression in Canada» dans TORREMANS, P. (dir.), *Copyright and human rights*, Kluwer, 2004, p. 21-36

GLASERSFELD, E.V., «Introduction à un constructivisme radical» dans WATZLAWICK, P. (dir.), *L' invention de la réalité : comment savons-nous ce que nous croyons savoir?*, Paris, É%od. du Seuil, 1988, p. 19-42

HAGEN, G.R., «Technological Neutrality in Canadian Copyright Law» dans GEIST, M. (dir.), *The Copyright Pentalogy: How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law*, University of Ottawa Press, 2013, p. 307-333

KATZ, A., «Copyright and competition policy» dans HANDKE, C. et R. TOWSE (dir.), *Handbook of the Digital Creative Economy*, Northampton, MA, Edward Elgar, 2013, p. 209-221

KOSKINEN-OLSSON, T., «Collective Management in the Nordic Countries» dans GERVAIS, D.J. (dir.), *Collective management of copyright and related rights*, Alphen aan den Rijn, The Netherlands Frederick, Md., Kluwer Law International ; Distributed in North America by Aspen Publishers, 2006, p. 257-282

LAJOIE, A., «Surdétermination» dans *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal et Bruxelles, Bruylant [u.a.], 1998, p. 85-86

LAMETTI, D., «Coming to Terms with Copyright» dans GEIST, M.A. (dir.), *In the public interest : the future of Canadian copyright law*, Toronto, Irwin Law, 2005, p. 480-516

LEIBNIZ, G.W., «Dissertation on the Art of Combinations» dans LOEMKER, L.E. (dir.), *Philosophical papers and letters*, Dordrecht, Holland; Boston, Springer, 1976, p. 73-84

LEPAGE, H., «Pollution : l'approche économique» dans FALQUE, M. et G. MILLIÈRE (dir.), *Écologie et liberté – une approche de l'environnement*, Paris, Litec, 1991, p. 161

MACDONALD, R.A., «The Swiss Army Knife of Governance» dans ELIADIS, P. (dir.), *Designing Government : from Instruments to Governance*, Montréal, McGill-Queens University Press, 2005, p. 203-241

OST, F. et M. VAN DE KERCHOVE, «Problématique générale» dans *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988, p. 19-32

ROBERT, J., «An Evaluation of Collective Copyright Management in Canada» dans BOYER, M., M.J. TREBILCOCK et D. VAVER (dir.), *Competition policy and intellectual property*, Toronto :, Irwin Law, 2009, p. 403

SALAÜN, J.-M., «Immeasurable Library Economics» dans ILDE, R. et M. ANNA (dir.), *Handbook on the Economics of Cultural Heritage*, Edward Elgar Publishing, p. 290-305

TIMSIT, G., «La surdétermination de la norme de droit : questions et perspectives» dans LAJOIE, A. (dir.), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal et Bruxelles, Bruylant [u.a.], 1998, p. 100

TRUDEL, P., «Privacy Protection on the Internet: Risk Management and Networked Normativity» dans GUTWIRTH, S., Y. POULLET, P. DE HERT, C. DE TERWANGNE et S. NOUWT (dir.), *Reinventing Data Protection?*, Springer Netherlands, 2009, p. 317-334

VILLA, V., «La science juridique entre descriptivisme et constructivisme» dans AMSELEK, P. et D.D. CENTRE DE PHILOSOPHIE (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, Presses universitaires de France, 1994, p. 288-291

Articles de revues

«From ships to bits», (2010) *The Economist* <http://www.economist.com/node/16106593>

AMSELEK, P., «La teneur indécise du droit», 1991 *Revue de droit public* 1199

BAILLEUX, A., «À la recherche des formes du droit : de la pyramide au réseau», (2005) 55 *Revue internationale d'études juridiques* 91

BEEBE, B., «Empirical Study of U.S. Copyright Fair Use Opinions, 1978-2005, An», (2007) 156 *University of Pennsylvania Law Review* 549

BELLEY, J.-G., «Le pluralisme juridique comme orthodoxie de la science du droit», (2011) 26 *Canadian Journal of Law and Society / La Revue Canadienne Droit et Société* 257

BENKLER, Y., «Coase's Penguin, or, Linux and The Nature of the Firm», (2002) 112 *The Yale law journal* 369

«Intellectual property and the organization of information production», (2002) 22 *International Review of Law and Economics* 81

«Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production», (2004) 114 *The Yale law journal* 273

BERGSTROM, C.T. et T.C. BERGSTROM, «The costs and benefits of library site licenses to academic journals», (2004) 101 *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America* 897

BERGSTROM, T., «Librarians' fix: economics of the big deal», (2010) 23 *Serials* 77

BERGSTROM, T.C., P.N. COURANT, R. PRESTON MCAFEE et M.A. WILLIAMS, «Evaluating big deal journal bundles», (2014) 111 *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America* 9425

BOISVERT, D. et M. GENDRON, «Le respect de la "Loi sur le droit d'auteur" à partir de la plateforme de gestion de cours Claroline à l'UQAR : enjeux, aspects juridiques et modalités d'application», (2007) 53 *Documentation et bibliothèques* 199

BOMSEL, O. et A.G. GEFFROY, «DRMs, Innovation and Creation», (2006) 62 *Communications & Strategies* 35

BOYER, M., «The Economics Fair Use/Dealing: Copyright Protection in a Fair and Efficient Way », (2012) 9 *Review of Economic Research on Copyright Issues* 3

BRAND, S., «Keep designing: How the information economy is being created and shaped by the Hacker Ethic», (1985) *Whole Earth Review* 47

CALENGE, B., «Peut-on définir la bibliothéconomie ?», (1998) 43 *Bulletin des bibliothèques de France* 8

CARLSON, A. et B.M. POPE, «The "Big Deal": A Survey of How Libraries Are Responding and What the Alternatives Are», (2009) 57 *Serials Librarian* 380

CHAFEE, Z., JR., «Reflections on the Law of Copyright: I», (1945) 45 *Columbia Law Review* 503

CHAPDELAIN, P., «The Property Attributes of Copyright», (2014) 10 *Buffalo Intellectual Property Law Journal* 34

CHARBONNEAU, O., «Compte Rendu : Efroni (Zohar), Access-Right : The Future of Copyright Law, Toronto, Oxford University Press, 2010, xxiv, 608 p. ISBN 978-0-19-973407-8», (2010) 24 *Les Cahiers de propriété intellectuelle* 173

- CHARBONNEAU, O., «L'accès libre», (2010) 22 *Les Cahiers de propriété intellectuelle* 549
- CHIARIZIO, M., «An American Tragedy: E-Books, Licenses, and the End of Public Lending Libraries?», (2013) 66 *Vanderbilt Law Review* 615
- COASE, R.H., «Durability and Monopoly», (1972) 15 *Journal of Law and Economics* 143
- DALTON, C., «An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine», (1985) 94 *Yale Law Journal* 997
- DARNTON, R., «What Is the History of Books?», (1982) 111 *Daedalus* 65
- DEMSETZ, H., «Creativity and the economics of the copyright controversy», (2009) 6 *Review of Economic Research on Copyright Issues* 5
- «Frischmann's View of "Toward a Theory of Property Rights"», (2008) 4 *Review of Law & Economics* 1
- «The Private Production of Public Goods», (1970) 13 *Journal of Law and Economics* 293
- «Toward a Theory of Property Rights», (1967) 57 *The American Economic Review* 347
- DEPOORTER, B., «Technology and Uncertainty: The Shaping Effect on Copyright Law», (2009) 157 *University of Pennsylvania Law Review* 1831
- DOLE, W.V., J.M. HURYCH et W.C. KOEHLER, «Values for librarians in the information age: an expanded examination», (2000) 21 *Library Management* 285
- DWORKIN, R., «Le Positivisme», (1985) 1 *Droit et Société* 35
- ESCHENFELDER, K.R. et G. AGNEW, «Technologies Employed to Control Access to or Use of Digital Cultural Collections: Controlled Online Collections», (2010) 16 *D-Lib Magazine* 4
- ESCHENFELDER, K.R., A.C. DESAI et G. DOWNEY, «The Pre-Internet Downloading Controversy: The Evolution of Use Rights for Digital Intellectual and Cultural Works», (2011) 27 *Information Society* 69
- ESCHENFELDER, K.R., T.-I. TSAI, X. ZHU et B. STEWART, «How Institutionalized Are Model License Use Terms? An Analysis of E-Journal License Use Rights Clauses from 2000 to 2009», (2013) 74 *College & Research Libraries* 326

FARB, S., «Libraries, licensing and the challenge of stewardship», (2006) 11 *First Monday* <http://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/1364/1283>

FAUTEUX, A., «Les bibliothèques canadiennes. Étude historique», (1916) *Revue Canadienne* 97

FEWER, D., «Constitutionalizing Copyright: Freedom of Expression and the Limits of Copyright in Canada Charter of Rights and Freedoms-The First Fifteen Years», (1997) 55 *University of Toronto Law Review* 175

FRISCHMANN, B.M., «Evaluating the Demsetzian Trend in Copyright Law», (2007) 3 *Review of Law & Economics* 649

FRISCHMANN, B.M. et M.A. LEMLEY, «Spillovers», (2007) 107 *Columbia Law Review* 257

FULLER, L.L., «Consideration and Form», (1941) 41 *Columbia Law Review* 799

«Human Interaction and the Law», (1969) 14 *Am. J. Juris.* 1

«Law as an Instrument of Social Control and Law as a Facilitation of Human Interaction Essay», (1975) 1975 *BYU L.Rev.* 89

GERVAIS, D.J., «A Canadian Copyright Narrative», (2010) 21 *International Property Journal* 269

«La rémunération des auteurs et artistes à l'ère du streaming», (2015) 27 *Les Cahiers de propriété intellectuelle* 1087

«Robertson c. Thomson Corp. : Un commentaire sur le droit des pigistes à la lumière de l'intervention de la Cour suprême du Canada», (2006) 3 *University of Ottawa Law & Technology Journal* 601

GIGUÈRE, A., «Le droit d'auteur : de l'imprimerie à l'autoroute de l'information», (1997) 43 *Documentation et bibliothèques* 31

GILLETTE, C.P. et M.J. RADIN, «Interpretation and Standardization in Electronic Sales Contracts XML and the Legal Foundations for Electric Commerce Online Standardization and the Integration of Text and Machine The Robert L. Levine Distinguished Lecture Series», (2000) 53 *Southern Methodist University Law Review* 1431

GORDON, W.J., «Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors», (1982) 82 *Columbia Law Review* 1600

«On Owning Information: Intellectual Property and the Restitutionary Impulse», (1992) 78 *Vanderbilt Law Review* 149

- «On the Economics of Copyright, Restitution, and Fair Use: Systemic Versus Case-by-Case Responses to Market Failure», (1997) 8 *Journal of Law and Information Society* 7
- GRANOVETTER, «The strenght of weak ties», (1973) 78 *American Journal of Sociology* 1360
- GUIBENTIF, P., «Le chameau dans le laboratoire: la théorie des systèmes et l'étude de la communication juridique quotidienne», (2001) 1 *Droit et Société* 123
- GUINDON, A., «Extension du domaine de la lutte», (2003) 32 *Argus* 5
- HARDIN, G., «The Tragidy of the Commons», (1968) 162 *Science* 1243
- HEISE, M., «Past, Present, and Future of Empirical Legal Scholarship: Judicial Decision Making and the New Empiricism, The Symposium: Empirical and Experimental Methods in Law», (2002) 2002 *University of Illinois Law Review* 819
- HÉMOND, A., «L'ACTA, une menace pour le Canada?», (2010) 39 *Argus* 5
- HENRY-ROUSSEAU, Y., F. KMILI et S. COURNOYER, «Téléchargement et création de bases de données locales : communication, conversion et droit d'auteur», (1986) 32 *Documentation et bibliothèques* 117
- HESSE, C., «The rise of intellectual property, 700 B.C.—A.D. 2000: an idea in the balance», (2002) 131 *Daedalus* 26
- HOHFELD, W.N., «Fondamental legal conceptions as applied in judicial reasoning», (1917) 26 *Yale Law Journal* 710
- «Some fondamental legal conceptions as applied in judicial reasoning», (1913) 23 *Yale Law Journal* 16
- HOROWITZ, S.J., «Copyright's Asymmetric Uncertainty», (2012) 79 *The University of Chicago Law Review* 331
- HUDSON, E.B., ROBERT, «Abandonment, Copyright and Orphaned Works: What Does It Mean to Take the Proprietary Nature of Intellectual Property Rights Seriously», (2011) 35 *Melbourne University Law Review* 971
- JING, J., Q. LIN, A. SHARIFI et M. SWARTZ, «Making User Rights Clear: Adding e-resource License Information in Library Systems», (2015) *Code4Lib*
<http://journal.code4lib.org/articles/10724>

- JURCZYK, E. et P. JACOBS, «What's the Big Deal? Collection Evaluation at the National Level», (2014) 14 *portal: Libraries & the Academy* 617
- KEANE, E., «Bundles, Big Deals, and the Copyright Wars: What Can Academic Libraries Learn from the Record Industry Crash?», (2011) 61 *Serials Librarian* 33
- KELSEN, H., «Qu'est-ce que la théorie pure du droit ?», (1992) 22 *Droit et Société* 551
- KITCH, E.W., «Elementary and Persistent Errors in the Economic Analysis of Intellectual Property Symposium: Taking Stock: The Law and Economics of Intellectual Property Rights», (2000) 53 *Vanderbilt Law Review* 1727
- KOROBKIN, R., «Empirical Scholarship in Contract Law: Possibilities and Pitfalls Symposium: Empirical and Experimental Methods in Law», (2002) 2002 *University of Illinois Law Review* 1033
- KU, R.S.R., «The Creative Destruction of Copyright: Napster and the New Economics of Digital Technology», (2002) 69 *The University of Chicago Law Review* 263
- LALONDE, M., «Sur Niklas Luhmann : l'être et la société comme résolution de problèmes», (1995) 14 *Société* 1
- LAMETTI, D., «The concept of property: Relations Through Objects of Social Wealth», (2003) 53 *University of Toronto Law Journal* 325
- LANDES, W.M. et R.A. POSNER, «An Economic Analysis of Copyright Law», (1989) 18 *Journal of Legal Studies* 325
- «Indefinitely Renewable Copyright», (2003) 70 *University of Chicago Law Review* 471
- LARIVIÈRE, J., «Le droit d'auteur au Canada et le monde de la documentation», (1986) 32 *Documentation et bibliothèques* 67
- «Les exceptions applicables aux bibliothèques et aux centres de documentation en matière de droit d'auteur», (1989) 35 *Documentation et bibliothèques* 135
- «Les nouvelles technologies de l'information documentaire et le droit d'auteur», (1996) 42 *Documentation et bibliothèques* 111
- «Les services de photocopie dans les bibliothèques : la Cour suprême du Canada se prononce», (2005) 51 *Documentation et bibliothèques* 165

- «Problèmes de droit d'auteur dans les bibliothèques [au Canada]», (1987) 33 *Documentation et bibliothèques* 79
- LASOU, P., «Editeurs scientifiques : incursion dans l'offre de livres électroniques», (2008-2009) 37 *Argus* 16
- LE DEUFF, O., «Anatomie et nouvelle organologie de l'édition ouverte», (2016) 8 *Revue Française des sciences de l'information et de la communication* <https://rfsic.revues.org/1871>
- LEMLEY, M.A., «Terms of Use», (2006) 91 *Minn. L. Rev.* 459
- LIEBOWITZ, S.J., «Copying and Indirect Appropriability: Photocopying of Journals», (1985) 93 *Journal of Political Economy* 945
- LOREN, L.P., «Redefining the Market Failure Approach to Fair use in an Era of Copyright Permission Systems», (1997) 5 *J. Intell. Prop. L.* 1
- LOZEAU, P., «Le livre numérique verrouillé», (2010) 39 *Argus* 5
- LUHMANN, N., «Law As a Social System», (1988) 83 *Nw. U. L. Rev.* 136
- «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
- MACDONALD, R.A., «Custom Made—For a Non-chirographic Critical Legal Pluralism», (2011) 26 *Canadian Journal of Law and Society / La Revue Canadienne Droit et Société* 301
- MAHNKE, C., «WSIS, IFLA, UNESCO and GATS: networking for libraries on an international level», (2006) 24 *Library Hi Tech* 540
- MAUREL, L., «Panorama des systèmes de métadonnées juridiques et de leurs applications en bibliothèque numérique», (2007) 19 *Les Cahiers de Propriété Intellectuelle* 241
- MERGES, R.P., «Are You Making Fun of Me: Notes on Market Failure and the Parody Defense in Copyright», (1993) 21 *AIPLA Q. J.* 305
- MESSIER, H., «La reproduction d'oeuvres protégées, Copibec et les bibliothèques publiques deviendront partenaires», (1998) 27 *Argus* 23
- MICHAUT, F., «Le rôle créateur du juge selon l'école de la « Sociological Jurisprudence » et le mouvement réaliste américain», (1987) 2 *Revue Internationale de Droit Comparé* 343

- MIGNEAULT, B., «Démêlons le panier de crabes des documents audiovisuels», (2007) 36 *Argus* 28
- MILGRAM, S., «The small world problem», (1967) *Psychology Today* 60
- MONCEY, A., «Les enjeux des bibliothèques musicales à l'ère des pratiques culturelles numériques», (2007) 53 *Documentation et bibliothèques* 143
- MOUNTAIN, D., «XML E-Contracts: Documents That Describe Themselves», (2003) 11 *Int'l J.L. & Info. Tech.* 274
- MOYSE, P.-E., «La Nature du droit D'auteur: Droit de Propriete ou Monopole», (1997) 43 *McGill, L. J.* 507
- NAIR, M., «The Copyright Act of 1889: A Canadian Declaration of Independence», (2009) 90 *The Canadian Historical Review* 1
- NETANEL, N.W., «Locating Copyright within the First Amendment Skein», (2001) 54 *Stanford law review* 1
- NOREAU, P., «La norme, le commandement et la loi: le droit comme objet d'analyse interdisciplinaire», (2000) 19 *Politique et sociétés* 153
- NORTH, D.C., «Institutions», (1991) 5 *Journal of Economic Perspectives* 97
- OKERSON, A., «The LIBLICENSE Project and How it Grows», (1999) 5 *D-Lib Magazine* <http://www.dlib.org/dlib/september99/okerson/09okerson.html>
- «What academic libraries need in electronic content licenses: Presentation to the STM Library», (1996) 22 *Serials Review* 65
- ORBACH, B.Y., «Durapolist Puzzle: Monopoly Power in Durable-Goods Markets, The», (2004) 21 *Yale J. on Reg* 67
- 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
- RIVOIRE, M. et E.R. GOLD, «Propriété intellectuelle, Cour suprême du Canada et droit civil», (2015) 60 *McGill Law Journal* 381
- ROCHER, G., «Hégémonie, fragmentation et mondialisation de la culture», (2000) 11 *Horizons philosophiques* 125
- «Pour une sociologie des ordres juridiques», (1988) 29 *Les Cahiers de droit* 91

ROSÉN, J., «La diffusion en ligne et le régime de licence collective étendue (« ECL ») des pays nordiques – Les œuvres orphelines comme précédent», (2012) 24 *Les Cahiers de propriété intellectuelle* 321

SAMUELSON, P., «Copyright and Freedom of Expression in Historical Perspective», (2002) 10 *J. Intell. Prop. L.* 319

«Legislative Alternatives to the Google Book Settlement », (2011) 34 *The Columbia Journal of Law and the Arts* 697

SAMUELSON, P.A., «Aspects of Public Expenditure Theories», (1958) 40 *The Review of Economics and Statistics* 332

«Diagrammatic Exposition of a Theory of Public Expenditure», (1955) 37 *The Review of Economics and Statistics* 350

«The Pure Theory of Public Expenditure», (1954) 36 *The Review of Economics and Statistics* 387

SAND, I.-J., «Interaction of Society, Politics and Law: The Legal and Communicative Theories of Habermas, Luhmann and Teubner, The Theoretical Aspects of Law», (2008) 53 *Scandinavian Stud. L.* 45

SCASSA, T., «Recalibrating Copyright Law? A Comment on the Supreme Court of Canada's Decision in CCH Canadian Limited et al. v. Law Society of Upper Canada», (2004) 3 *Canadian Journal of Law and Technology* 89

ST-AUBIN, «La réserve académique électronique [dans les bibliothèques d'enseignement] : mythe éternel ou réalité à venir?», (2008) 37 *Argus* 25

STRIEB, K.L. et J.C. BLIXRUD, «Unwrapping the Bundle: An Examination of Research Libraries and the “Big Deal”», (2014) 14 *portal: Libraries & the Academy* 587

TAYLOR, A., «Defeating Market Failure: Creating Successful Markets by Encouraging Market Creation by Individual Copyright Holders», (2007) 16 *Adelphia L.J.* 39

THIBIERGE, C., «Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit», 2003 *Revue trimestrielle du droit civil* 599

TORREMANS, P.L.C., «Is Copyright a Human Right? The International Intellectual Property Regime Complex», (2007) 2007 *Mich. St. L. Rev.* 271

TRUDEL, P., «Renforcer la protection de la vie privée dans l'état en réseau : l'aire de partage de données personnelles», (2004) 110 *Revue française d'administration publique* 257

«Web 2.0 Regulation: A Risk Management Process», (2010) 7 *Canadian Journal of Law and Technology* 51

VERMEYS, N., «Le cadre juridique réservé aux bibliothèques numériques», (2013) 59 *Documentation et bibliothèques* 146

VON LOHMANN, F., «Fair Use as Innovative Polity», (2008) 23 *Berkeley Tech. L.J.* 829

WAGNER, R.P., «Information Wants to Be Free: Intellectual Property and the Mythologies of Control Essay», (2003) 103 *Colum. L. Rev.* 995

WALKER, K., «The Costs of Privacy», (2001) 25 *Harvard Journal of Law & Public Policy* 88

WALLER, A. et G. BIRD, «"We Own It": Dealing with "Perpetual Access in Big Deals», (2006) 50 *Serials Librarian* 179

WATTS, D.J., «The "New" Science of Networks», (2004) 30 *Annual Review of Sociology* 243

«A simple model of global cascades on random networks», (2002) 99 *Proceedings of the National Academy of Sciences* 5766

WINSTON, M.D. et S. QUINN, «Library leadership in times of crisis and change», (2005) 106 *New Library World* 395

YOO, C.S., «Copyright and Public Good Economics: A Misunderstood Relation», (2007) 155 *University of Pennsylvania Law Review* 635

Rapports et documents gouvernementaux

Codes volontaires : guide d'élaboration et d'utilisation, Gouvernement du Canada, 1998
[http://www.ic.gc.ca/eic/site/oca-bc.nsf/vwapj/codesvol.pdf/\\$FILE/codesvol.pdf](http://www.ic.gc.ca/eic/site/oca-bc.nsf/vwapj/codesvol.pdf/$FILE/codesvol.pdf)

CRÉPUQ, *Statistiques générales des bibliothèques universitaires québécoises*,
<http://www.crepuq.qc.ca/spip.php?article1369&lang=fr>

Guide du droit d'auteur, de l'utilisation de l'œuvre d'autrui et autres considérations juridiques relatives aux activités d'enseignement, d'apprentissage, de recherche et d'étude privée à l'Université Laval, Québec, Université Laval, 2014
https://http://www.bda.ulaval.ca/wp-content/uploads/2014/05/GuideJuridique_DroitDauteur_Version_1.0.pdf

ICT Facts and Figures : the World in 2013, Genève, Suisse, International Telecommunication Union, 2013 <http://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/facts/ICTFactsFigures2013.pdf> (2013-09-04)

Le droit souple, Paris, La documentation Française, 2013

Making Cities Stronger : Public Library Contributions to Local Economic Development, USA, Urban Libraries Council, 2007
http://www.urban.org/UploadedPDF/1001075_stronger_cities.pdf

Participative Web : user-created content, Organisation de Coopération et de Développement Économique, 2007 <http://www.oecd.org/dataoecd/44/58/40003289.pdf>

Report on intellectual and industrial property, Ottawa, Economic Council of Canada, 1971

Worth their weight : An assessment of the Evolving Field of Library Valuation, New York, American for Libraries Council, 2007
<http://www.ala.org/research/sites/ala.org.research/files/content/librarystats/worththeirweight.pdf>

AXHAMN, J. et L. GUIBAULT, *Cross-border extended collective licensing: a solution to online dissemination of Europe's cultural heritage?*, Amsterdam, University of Amsterdam, 2011
http://www.ivir.nl/publicaties/guibault/ECL_Europeana_final_report092011.pdf (2011-09-11)

BARNEY, D., *One Nation Under Google: Citizenship in the Technological Republic*, Toronto, Hart House Lecture Committee, 2007

BOMSEL, O. et A.G. GEFFROY, *Economic Analysis of Digital Rights Management systems (DRMs)*, Cerna, Centre d'économie industrielle, Ecole Nationale Supérieure des Mines de Paris, 2005 <http://www.cerna.ensmp.fr/Documents/OB-AGG-EtudeDRM.pdf> (2013-09-04)

DIXON, R., M.-E. GUIBORD, M.H. LABORY, O. MÉNARD, S. MORISSETTE, É. STE-MARIE et O. CHARBONNEAU, *Foire au question sur le droit d'auteur*, Association pour la promotion des services documentaires en milieu scolaire, 2014 <http://apsds.org/?p=7121>

LARSEN, M., *Access in the Academy : Bringing ATI and FOI to Academic Research*, British Columbia Freedom of Information and Privacy Association, 2013
<http://www.fipa.bc.ca/wordpress/wp-content/uploads/2014/06/Access-in-the-Academy.pdf>

LITHWICK, D. et M.-O. THIBODEAU, *Résumé législatif du projet de loi C-11 : Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, 2012
<http://www.parl.gc.ca/Content/LOP/LegislativeSummaries/41/1/c11-f.pdf> (2013-09-04)

TRUDEL, P., *Améliorer la protection de la vie privée dans l'administration électronique : pistes afin d'ajuster le droit aux réalités de l'État en réseau*, Centre de recherche en droit public; Chaire L.R. Wilson sur le droit des technologies de l'information et du commerce électronique, 2003 http://www.institutions-democratiques.gouv.qc.ca/acces-information/documents/Rapport_Me_Pierre_Trudel.pdf

Législation

Constitution of the United States of America, 1787,
http://en.wikipedia.org/wiki/Copyright_Clause (2013-09-06)

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

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

Loi constitutionnelle de 1982, Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, c. 11
<http://canlii.ca/t/q3x8> (2013-10-04)

Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur, LC 2012, c. 20

Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels, RLRQ c A-2.1 CanLII, <http://canlii.ca/t/69h5j>

Loi sur la Bibliothèque et Archives nationales du Québec, RLRQ c. B-1.2

Loi sur la bibliothèque et les archives du Canada, LC 2004, c. 11

Loi sur le développement des entreprises québécoises dans le domaine du livre, RLRQ, c. D-8.1

Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, c. C-42 <http://canlii.ca/t/68zhm>

Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, 1996, OMPI
<http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/wct/index.html> (2013-09-04)

Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, 1996, OMPI
<http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/wppt/index.html> (2013-09-04)

Jugements

Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright), 2012 2 RCS 345 (Cour suprême du Canada) <http://canlii.ca/t/fs0v4>

CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada, 2004 1 RCS 339 (Cour suprême du Canada) <http://canlii.ca/t/1glnw>

Cinar Corporation c. Robinson, 2013 2 RCS 55 (Cour suprême du Canada) <http://canlii.ca/t/g2fgz>

ELDRED et al. v. ASHCROFT, ATTORNEY GENERAL, n° 01—618, 2003 (Supreme Court of the United States)

Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, 2012 2 RCS 231 (Cour suprême du Canada) <http://canlii.ca/t/fs0v6>

HARPER & ROW, PUBLISHERS, INC. and the Reader's Digest Association, Inc., Petitioners v. NATION ENTERPRISES and the Nation Associates, Inc., n° 83-1632, 1985 471 U.S. 539 (Supreme Court of the United States) <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/471/539>

Robertson c. Thomson Corp., 2006 2 RCS 363 (Cour suprême du Canada) <http://canlii.ca/t/1pqw0>

Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, 2012 2 RCS 283 (Cour suprême du Canada) <http://canlii.ca/t/fs0v8>

Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet, 2004 2 RCS 427 (Cour suprême du Canada) <http://canlii.ca/t/1hdd9>

Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada, 2012 2 RCS 326 (Cour suprême du Canada) <http://canlii.ca/t/fs0vd>

Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc., 2002 2 RCS 336 (Cour suprême du Canada) <http://canlii.ca/t/51tp>

Annexe 1 : Lettre de demande d'accès à des documents

Le document⁶³⁵ dans l'encadré ci-dessus fut envoyé aux responsables de l'accès des établissements d'enseignements supérieurs au Québec (Annexe 2) selon une procédure précise (Annexe 3).

Montréal, 7 novembre 2014

[Nom du responsable de l'accès tels que listés à l'Annexe 2]

OBJET : Demande d'accès à des documents en vertu de l'article 9 de la Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels

Madame, Monsieur,

Dans le cadre de ma thèse doctorale au Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal, je désire analyser deux documents, l'un détenu au sein des services juridiques et l'autre, auprès du service des bibliothèques. Je procède en vertu de l'article 9 de la Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels (dispositions d'accès aux documents publics) afin de mettre en oeuvre ma méthodologie de manière systématique auprès de chaque institution universitaire Québécoise et pour obtenir les versions officielles desdits documents.

Donc, en vertu des dispositions d'accès aux documents publics, je désire recevoir copie des documents suivants :

1. La copie de l'entente avec la société Copibec avec votre établissement qui est entrée en vigueur le 1er juin 2014. Généralement, ce document relève des affaires juridiques. Les ententes antérieures à celle-ci furent négociées par la CRÉPUQ et figuraient sur son site Internet. Depuis les changements à cette organisation, la licence avec Copibec est négociée par chaque université Québécoise. Je désire également obtenir copie de l'annexe à cette entente, où sont précisés les exclusions. Le format le plus utile consiste en une copie numérisée (format « .pdf ») envoyée par courriel, à défaut de quoi une copie papier par fax à mon attention (Olivier Charbonneau) serait appréciée. Mon numéro de fax est le 514-848-2882. Veuillez s'il vous plaît m'aviser si vous n'avez pas de licence ou d'entente

⁶³⁵ Lettre inspirée du modèle disponible sur le site de la *Commission de l'accès à l'information du Québec*, http://www.cai.gouv.qc.ca/documents/CAI_FO_acces_doc_org_pub.pdf, accédé le 7 novembre 2014.

avec la société Copibec qui est entrée en vigueur le 1er juin 2014.

2. Une extraction des données contenues dans le système de gestion des clauses de licences signées par votre service des bibliothèques qui sont diffusées sur Internet. Depuis quelques années, les bibliothèques universitaires Québécoises ont acquises une multitude de banques de données documentaires accessibles par Internet. Généralement, ces systèmes sont fournis par des éditeurs académiques grâce à des licences d'accès numérique. Afin de renseigner la communauté universitaire, les services des bibliothèques universitaires ont entrepris d'analyser le contenu des termes de ces licences afin de constituer un système de gestion des clauses contractuelles disponible via Internet. Il s'agit d'une tâche qui incombe souvent au département des collections au sein du service des bibliothèques. Plusieurs bibliothèques universitaires utilisent le système « OCUL Usage Rights Database » ou OUR Database de Scholars Portal. L'administrateur de ce système (ou d'un système similaire) peut facilement procéder à un « rapport » listant toutes les licences actives peu importe la provenance (entente consortiale ou entente individuelle). Le document en question est donc un tableau où sont listées, chaque licence sur une ligne, une série d'utilisations permises (des valeurs « oui » ou « non » où chaque colonne désigne un usage autorisé en vertu de ladite licence). Je nécessite une copie numérique exportable vers un logiciel tableur (format « .csv » ou similaire) des données diffusées sur Internet concernant les clauses des licences obtenues par les bibliothèques universitaires, par courriel s'i vous plaît. Ce fichier peut-être facilement généré (en quelques clics) à partir du compte administrateur du OUR Databases de Scholars Portal ou d'un système similaire. Le département des collections de votre service des bibliothèques sera en mesure de rapidement générer ce rapport. Veuillez s'il vous plaît m'aviser si votre service des bibliothèques ne dispose pas d'un telles données ou si les données y figurant ne sont pas encore diffusées par Internet (dans ces deux cas, cette seconde partie de ma demande d'accès devient caduc car je nécessite uniquement les données qui sont disponibles en date d'aujourd'hui sur Internet).

Pour tout dire, mes recherches doctorales portent sur la frontière entre les exceptions au droit d'auteur et le recours aux licences dans les universités Québécoises. Pour analyser la situation actuelle, je nécessite, d'une part (1) la copie de l'entente avec la société Copibec qui est entrée en vigueur le 1er juin 2014 provenant de vos services juridiques ainsi que (2) l'extraction des données des clauses contractuelles des licences d'abonnements de votre service des bibliothèques.

Vous en remerciant à l'avance, je vous prie d'agréer (Madame, Monsieur) mes salutations distinguées.

(signé) Olivier Charbonneau
Bibliothécaire, Université Concordia
Candidat au doctorat en droit, Centre de recherche en droit public, Université
de Montréal
Bureau LB-285-1
1455 de Maisonneuve Blvd. W.
Montreal, Quebec, Canada H3G 1M8

Tél. jour : 514-848-2424 ext. 7362

Annexe 2 : Liste des responsables de l'accès au sein des établissements d'enseignement supérieur au Québec

Tiré de la *Liste des organismes publics assujettis et des responsables de l'accès aux documents et de la protection des renseignements personnels* de la Commission de l'accès à l'information⁶³⁶ du Québec. Nous avons éliminé de la liste les responsables de la gestion des renseignements personnels (qui sont affiliés habituellement aux services du Registraire de chaque université).

Note : les lettres ont été acheminées par courriel à partir de mon adresse à l'Université Concordia (o.charbonneau@concordia.ca) le 7 novembre 2014 entre 15h00 et 16h00 heure de Montréal. Le nom des institutions débutant par un « x » indique un courriel envoyé. Celui portant la mention « (pas) » ne furent pas acheminées (les institutions du réseau UQ ne furent pas contactées car le bureau central risque d'avoir les documents désirés).

X ÉCOLE DE TECHNOLOGIE SUPÉRIEURE

Louis Marquis
Secrétaire général
1100, rue Notre-Dame O. Montréal (QC) H3C 1K3
Tél. : 514 396-8800 Téléc. : 514 396-8516
louis.marquis@etsmtl.ca

x ÉCOLE DES HAUTES ÉTUDES COMMERCIALES

Federico Pasin
Secrétaire général
3000, ch. de la Côte-Sainte-Catherine Montréal (QC) H3T 2A7
Tél. : 514 340-6305 Téléc. : 514 340-6899
federico.pasin@hec.ca

x ÉCOLE NATIONALE D'ADMINISTRATION PUBLIQUE

Louise Laflamme
Secrétaire générale et directrice de l'administration
555, boul. Charest E. Québec (QC) G1K 9E5
Tél. : 418 641-3000 #6648 Téléc. : 418 641-3056
louise.laflamme@enap.ca

x ÉCOLE POLYTECHNIQUE DE MONTRÉAL

Luc Maurice
Secrétaire général et directeur du Serv. juridique et à la gouvernance
C.P. 6079 Succursale Centre-Ville
Montréal (QC) H3C 3A7
Tél. : 514 340-4711 #2992
Téléc. : 514 340-5869
luc.maurice@polymtl.ca

x INSTITUT NATIONAL DE LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE

Me Maude Côté

⁶³⁶ P. 277-9, http://www.cai.gouv.qc.ca/documents/CAI_liste_resp_acces.pdf, accédée le 5 août 2014

Conseillère juridique
490, rue de la Couronne Québec (QC) G1K 9A9
Tél. : 418 654-3708 Téléc. : 418 654-3876
maude.cote@adm.inrs.ca

x TÉLÉ-UNIVERSITÉ
Julie Carle Secrétaire générale et Directrice des affaires juridiques par intérim
455, rue du Parvis Québec (QC) G1K 9H6
Tél. : 418 657-2747 Sans frais : 800 665-4333 Téléc. : 418 657-2092
julie.carle@teluq.ca

x UNIVERSITÉ BISHOP'S
Victoria Meikle
Secrétaire générale et vice-principale aux relations avec les gouvernements et à la planification
1, College Street Sherbrooke (QC) J1M 1Z7
Tél. : 819 822-9600 #2862 Téléc. : 819 822-9661
vmeikle@ubishops.ca

x UNIVERSITÉ CONCORDIA
Me Bram Freedman
Vice-recteur, Relations institutionnelles et Secrétaire général
1455, boul. de Maisonneuve O. #GM 801-29 Montréal (QC) H3G 1M8
Tél. : 514 848-2424 #4806 Téléc. : 514 848-4550
bram.freedman@concordia.ca

x UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL
Alexandre Chabot
Secrétaire général
2900, boul. Édouard-Montpetit Montréal (QC) H3T 1J4
Tél. : 514 343-6800 Téléc. : 514 343-2239
alexandre.chabot@umontreal.ca

x UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE
Frédéric Brochu
Secrétaire général adjoint
2500, boul. de l'Université Sherbrooke (QC) J1K 2R1
Tél. : 819 821-7714 Téléc. : 819 821-8295
frederic.brochu@usherbrooke.ca

x UNIVERSITÉ DU QUÉBEC
André G. Roy
Secrétaire général
475, rue du Parvis Québec (QC) G1K 9H7
Tél. : 418 657-4307 Téléc. : 418 657-2132
andre.g.roy@uquebec.ca

(pas) UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À CHICOUTIMI
Me Martin Côté
Secrétaire général
555, boul. de l'Université Saguenay (QC) G7H 2B1
Tél. : 418 545-5506 Téléc. : 418 545-5519
martin_cote@uqac.ca

(pas) UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

Normand Petitclerc

Secrétaire général C.P. 8888 succ. Centre-ville Montréal (QC) H3C 3P8

Tél. : 514 987-3046 Téléc. : 514 987-0258

petitclerc.normand@uqam.ca

(pas) UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À RIMOUSKI

Cathy-Maude Croft

Secrétaire générale

300, Allée des Ursulines

Rimouski (QC) G5L 3A1

Tél. : 418 724-1416

Téléc. : 418 724-1525

secgen@uqar.ca

(pas) UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À TROIS-RIVIÈRES

Me Éric Hamelin

Secrétaire général par intérim

3351, boul. des Forges C.P. 500

Trois-Rivières (QC) G9A 5H7

Tél. : 819 376-5027

Téléc. : 819 376-5029

secretariat.general@uqtr.ca

(pas) UNIVERSITÉ DU QUÉBEC EN ABITIBI- TÉMISCAMINGUE

Martine Rioux

Secrétaire générale

445, boul. de l'Université Rouyn-Noranda (QC) J9X 5E4

Tél. : 819 762-0971 Téléc. : 819 797-4727

(pas) UNIVERSITÉ DU QUÉBEC EN OUTAOUAIS

André J. Roy

Secrétaire général

283, boul. Alexandre-Taché #E-2104

Gatineau (QC) J8X 3X7

Tél. : 819 595-3900 #3965

Téléc. : 819 595-3924

andrej.roy@uqo.ca

x UNIVERSITÉ LAVAL

Jenny Lower

Accès aux documents

Adjointe à la secrétaire générale, greffe, inst. déc. dipl. et pub. off.

Pavillon Jean-Charles-Bonenfant, local 2183

2345, allée des Bibliothèques Québec (Québec)

G1V 0A6

Tél. : 418 656-2732

Téléc. : 418 656-7394

jenny.lower@sg.ulaval.ca

x UNIVERSITÉ MCGILL

Stephen Strople

Secrétaire général

845, rue Sherbrooke O. #313 Montréal (QC) H3A 0G4

Tél. : 514 398-6007 Téléc. : 514 398-4758

stephen.strople@mcgill.ca

Annexe 3 : Sommaire de la procédure de communication avec les entités universitaires du Québec

Suite à l'envoi des demandes d'accès, une correspondance s'est établie avec les instances compétentes pour effectuer un suivi adéquat. Le *Tableau* suivant propose un sommaire de ces communications en terme du nombre de jours qui se sont écoulés depuis le 7 novembre 2014.

Tableau : Détail des correspondances lors de la procédure d'accès en ordre de date, par institution

No. Document Reçu	Université	Date	Nbre jours	Type	Commentaire
1	Toutes	14-11-07	0	Envoi initial	
2	INRS	14-11-10	3	Accusé réception	lettre générique
3	Téluq	14-11-10	3	Aucun document	
4	PolyMtl	14-11-11	4	Accusé réception	lettre générique
5	ENAP	14-11-11	4	Copibec+Données	
6	UQ	14-11-11	4	Copibec	
7	Sherbrooke	14-11-11	4	Accusé réception	
8	Concordia	14-11-11	4	Accusé réception	Délais en raison de haut volume
9	UdeM	14-11-12	5	Accusé réception	
10	Laval	14-11-13	6	Accusé réception	
11	Concordia	14-11-13	6	Suivi courriel	Précisions quant à la personne à contacter à l'interne
12	McGill	14-11-14	7	Accusé réception	Délais en raison de la demande
13	PolyMtl	14-11-17	10	Copibec	Données ne sont pas diffusées par Internet
14	INRS	14-11-20	13	Copibec, pas de données	
15	HEC	14-11-20	13	Appel téléphonique	Suivi courriel avec détails sur comment extraire
16	Sherbrooke	14-11-24	17	Copibec+Données	
17	Laval	14-11-25	18	Données	Format PDF
18	Laval	14-11-25	18	Données	Format xls
19	UdeM	14-11-27	20	Avis au tiers	
20	Concordia	14-12-01	24	Copibec+Données	Format PDF, suivi pour format xls
21	ÉTS	14-12-02	25	Copibec+Données	
22	McGill	14-12-09	32	Annexes	Suivi - avis au tiers / pas de données
23	UdeM	14-12-10	33	Copibec+Données	Par la poste, suivi pour version xls
24	McGill	14-12-24	47	Copibec	

Dans le *Tableau* précédent, la première colonne désigne l'ordre dans lequel les documents furent reçus. La colonne suivante indique l'Université qui a envoyé ledit document. Les deux colonnes subséquentes indiquent respectivement la date de réception puis le nombre de jours écoulés depuis le 7 novembre. Ensuite, la colonne intitulée « Type » précise sommairement ce qui a été reçu, c'est-à-dire : une lettre ou un courriel pour indiquer un accusé de réception ; pour signaler une absence de données ; pour faire suivre l'entente Copibec ou les données demandées. Finalement, nous avons inclus nos commentaires dans la dernière colonne.

Annexe 4 : Protocole de réception des documents demandés

Au total, nous avons reçu 23 réponses de la part des institutions contactées. L'institution nous ayant répondu le plus rapidement fut la *Téluq* qui, après trois jours, a confirmé n'avoir ni licence *Copibec*, ni données de licences.

Ensuite, le réseau de l'*Université du Québec (UQ)* et l'*École nationale d'administration publique (ÉNAP)* nous ont fourni leurs documents en quatre jours, soit la licence *Copibec* pour l'*UQ* ainsi que la licence *Copibec* et l'extraction de données pour l'*ÉNAP*.

L'*Université McGill* fut la plus lente à fournir la licence *Copibec*, après 47 jours incluant le délai maximal pour effectuer un avis au tiers. *HEC Montréal* nous a contactés par téléphone, mais aucun suivi par écrit ne fut offert.

En moyenne, les institutions universitaires québécoises rejointes ont fourni la licence *Copibec*, lorsqu'il y en avait une, en vingt jours. Pour l'anecdote, deux institutions ont fait suivre les données numériques en format PDF ou sur papier, à cause de la procédure interne liée aux demandes d'accès, mais ont promptement fait suivre le jeu de microdonnées dans un format manipulable par retour de courriel.

Au final, nous avons obtenu dix licences *Copibec* et six jeux de microdonnées extraites du système de gestion des données de licence. L'*Université de Montréal* n'emploie pas le format de métadonnée de l'*OCUL Usage Rights (OUR)*, ce qui nous a occasionné des difficultés et nous a poussé à exclure leurs données de notre analyse.

Nous n'avons pas tenté de nous renseigner outre mesure concernant la disponibilité de documentation additionnelle ou complémentaire.

Le *Tableau* suivant détaille les délais encourus pour l'obtention des fichiers :

Université	Délais pour accusé réception	Délais avant avis au tiers	Délais pour obtention de la licence Copibec	Délais pour obtention des données licences	Nombre de communications avec l'institution
Téluq	3		Non-existante	Non-existante	1
UQ			4	Non-existante	1
ENAP			4	4	1
PolyMtl	4		10	Non-existante *	2
INRS	3		13	Non-existante	2
Sherbrooke	4		17	17	2
Laval	6		Non-existante	18	3
Concordia	4		24	24	3
ÉTS			25	25	1
UdeM	5	20	33	33	3
McGill	7	32	47	Non-existante	3
HEC					1

* Disponibles mais non diffusées par Internet, donc non-fournies

Annexe 5 : Manipulation de données reçues

Suite à la réception de chaque jeu de données provenant de chaque institution, nous avons opéré certaines manipulations informatiques afin de regrouper toutes ces données au sein d'un même fichier et de nous assurer de la qualité de celles-ci. Pour nous assurer de la reproductibilité de nos opérations, nous retracerons chacune des étapes que nous avons mises en place dans les paragraphes qui suivent.

Nous avons d'abord procédé à l'incorporation de chaque fichier distinct reçu des institutions dans un seul fichier Excel. Si le fichier source est en format *CSV*, c'est-à-dire un format textuel délimité manipulable, nous l'avons importé grâce à la fonction éponyme d'*Excel*. Dans l'autre cas, c'est-à-dire lorsque les fichiers sources sont déjà en format Excel, nous avons tout simplement procédé à une opération de copier-coller. À la fin de cette étape, les données de chaque institution figuraient dans un onglet distinct du fichier *Excel*. Ensuite, nous avons créé un nouvel onglet où toutes les données ont été synthétisées. Nous avons également copié les données de la première institution en prenant soin d'ajouter une colonne aux données pour transcrire le nom de cette institution sur chaque ligne des données. Ensuite, à chaque fois que nous avons copié les données d'une institution, nous avons transcrit le nom de l'institution dans la colonne appropriée. Avant de copier les données de l'institutions suivante, nous avons vérifié visuellement que chaque titre de colonne correspondait au titre de chaque colonne des jeux de données précédents (par exemple, l'*Université Concordia* a omis le champ « mot de passe » ce qui a occasionné un certain travail de correction pour que les colonnes des autres institutions soient alignées).

L'*Université de Montréal* ne suit pas le format standard, ayant plutôt défini son propre jeu de métadonnées de clauses. Nous excluons donc leurs données de l'analyse (339 lignes de données). De plus, nous avons aussi exclu 23 enregistrements inactifs (champ « Actif » indique « non ») provenant de l'*Université Concordia*. Nous avons aussi retiré le champ « Mot de passe » puisqu'il était négatif (« non » pour ENAP, ETS, Laval, Sherbrooke) ou vide (pour les autres). Il nous reste donc cinq institutions, pour 761 lignes de données, que nous ventilons par institution au Tableau suivant :

Tableau : Dénombrement des licences incluses dans le jeu de données, par institution en ordre alphabétique de nom

Institution	Total
Concordia	83
ENAP	54
ETS	20
Laval	388
Sherbrooke	216
Total	761

Ensuite, nous avons dû uniformiser certaines données pour faciliter l'analyse. Par exemple, nous avons francisé des données provenant de l'Université Concordia (« *yes* » devient « oui », « *no* » devient « non » et « *Ask* » devient « Demander »). Cette tâche a été exécutée en usant d'un filtre sur chaque colonne dans le fichier *Excel*. Cette opération permet de relever chacune des valeurs distinctes apparaissant dans chaque colonne. Puis, nous avons employé la fonction trouver-remplacer pour corriger la langue des données. Une inspection rapide permet ainsi de standardiser la nomenclature et de valider la qualité des données importées.

Finalement, nous avons transformé toutes les valeurs textuelles en nombres. Ainsi, un « oui » devient la valeur « 1 » et un « non » devient « 0 » tandis que les « demander » sont indiqués par des valeurs vides. Ainsi préparées, toutes les données étaient prêtes à être incluses dans l'analyse, car elles suivaient le même format dans un seul tableau du fichier *Excel*.

Il est important de souligner que les données reçues de chaque institution proposent un seul champ intitulé « Lectures de cours » qui représente à la fois les questions sur les « la réserve électronique » ainsi que les « leçons numériques. » Nous avons donc modifié l'intitulé de cette colonne pour indiquer « Réserve / Leçon » afin de faciliter la lecture.