

PRÉSENTATION DU COLLECTIF « NORMES ÉNORMES »

Vincent Gautrais¹

5

Vincent Gautrais
Présentation du collectif « Normes énormes »

¹ Directeur du CRDP. Professeur titulaire, Faculté de droit de l'Université de Montréal. Titulaire de la Chaire L.R. Wilson en droit du commerce électronique. www.gautrais.com. vincent.gautrais@umontreal.ca. @gautrais.

[1] Encadrement juridique d'un monde en mutation. Le droit évolue, forcément. C'est dans la nature des choses. Comme juriste, nous nous plaisons à définir, circonscrire, établir des frontières que l'on souhaite les plus fines, les plus précises possibles. Derrière la profession, la formation, il y a donc cette appétence au « ciselage réglementaire » qui se trouve particulièrement sous tendance dans un monde évolutif, où la quête du « bon droit », entre fidélité descriptive et construction théorique² se détermine de plus en plus difficilement. Bien sûr, le droit positif est voué à être déconnecté avec la réalité vivante qu'il cherche à encadrer. Grant Gilmore évoquait de longues périodes de déconnection (autour de 70 ans) entre faits et droit, entrecoupées par de plus courtes dites « classiques » où une meilleure adéquation apparaissait, suite à une loi ou un changement jurisprudentiel³. Le débat entre « classiques » et « romantiques »⁴ prévaut comme toujours ; sans doute exacerbé par une réalité factuelle qui se mute en profondeur et à une vitesse inégalée⁵.

[2] Cycle de conférences. Mais au-delà de cette quête de concordance entre faits et droit, il est un phénomène qui semble constaté, et très souvent dénoncé, selon lequel ce souhait fort légitime passe trop souvent par une amplification pathologique du droit. Le droit enfle ; devient « obèse », rendant par le fait même son accès illusoire. Et si, comme l'oxygène, son excès devenait fatal ? C'est à cette question qu'en 2016 un cycle de conférence sur les « Normes énormes » tenta de répondre. Aussi, il nous importait de regarder le phénomène d'explosion normative qui caractérise la plupart des sources juridiques primaires et secondaires. En effet, s'il est un fait qui suscite sans doute le plus de nostalgie de la part des juristes, c'est assurément ce temps « que les moins de vingt ans ne peuvent pas connaître » où nul ne pouvait raisonnablement ignorer les lois, où la jurisprudence constituait une masse informative « finie », où les pratiques contractuelles valorisaient la parcimonie, où la doctrine se limitait à une poignées de revues savantes. Ce temps n'est plus : les lois

2 Vittorio VILLA, « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme », dans Paul AMSELEK, *Théorie du droit et science*, Paris, P.U.F., 1994, p. 288.

3 Grant GILMORE, *The Death of the Contract*, Columbus (Ohio), State University Press, 1974, p. 102.

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

5 Ethan KATSH, *The Electronic Media and the Transformation of Law*, New York, Oxford University Press, 1989, p. 21.

sont de plus en plus nombreuses et de plus en plus longues ; de surcroît, elles tendent régulièrement la main vers des normes techniques ou marchandes dont on reconnaît la juridicité. Dans la même direction, les tribunaux cherchent, souvent, à jouer un rôle didactique en explicitant leur décisions, parfois dans des documents de centaines de pages. Les contrats sont à l'occasion sanctionnés pour une « pollution » contractuelle source d'incompréhension. Contrairement à une idée trop largement répandue, en dépit de nos mondes en mutation que le droit cherche à encadrer, nous ne sommes nullement face à un état de « vide juridique » ; bien au contraire, c'est bien davantage un trop plein de références en tout genre qui constitue une source de changement quant au rigorisme inhérent du droit.

[3] Six textes sur six normes. Ce phénomène inquiète ; évidemment, la crainte d'insécurité juridique est souvent invoquée. Également, cette situation pléthorique laisse parfois planer le doute de déshumaniser le processus juridique qui en perd ses repères. Cette évolution ne suscite en revanche pas uniquement des points de vues nostalgiques, plusieurs croyant au contraire que cette « oxygénation » du droit, plus en lien avec les sciences sociales, permet d'objectiver des situations de plus en plus complexes qui ont besoin de ces références multiples pour intégrer les changements en lien avec la globalisation des échanges, l'internationalisation du droit, l'intégration des technologies nouvelles. C'est donc au regard de six différents textes, relativement à six différentes normes, que les auteurs de cet ouvrage vont tenter d'analyser le phénomène. En effet, si la doctrine intéresse le juriste qui s'y réfère directement, c'est l'inflation législative qui vient à l'esprit lorsque on pense aux normes énormes. Les lois seront considérées généralement d'abord, en incluant le processus règlementaire, puis particulièrement en traitant du cas particulier du droit d'auteur. Ensuite, il s'agira de regarder comment se traduit ce « trop plein » en matières jurisprudentielle (s'il existe!) puis contractuelle. Même si cela n'avait pas été prévu originellement dans le cycle de conférence, un dernier texte sur les normes techniques vient, nous semble-t-il, confirmer le phénomène.

[4] Inflation doctrinale. La première conférence fut donnée par le professeur Larivière, de l'EBSI, qui en tant que spécialiste des données dans le monde de l'éducation, mesure comment les revues savantes se mutant face à la numérisation des savoirs. Dans un article co-écrit avec Julien Larrègue et Sarah Cameron-Pesant, les auteurs offrent un regard

historique sur l'édition savante qui se diversifie ; se multiple de façon exponentielle. Même si la stabilisation de ce phénomène a été annoncée, il n'en est rien et c'est toujours plus de revues, toujours plus de pays impliqués, toujours plus d'édition en anglais, toujours plus à jour, toujours plus concentrée et toujours plus libre que l'édition contemporaine se présente. L'édition savante se cherche ; elle présente des défis, des craintes, mais également des espoirs véritables face à des universités qui tendent à sortir de la tour d'ivoire dans laquelle on tend souvent à la cantonner.

[5] Inflation des normes. La deuxième intervention, et le deuxième article, s'intéresse cette fois ci au phénomène normatif dans sa généralité. Le propos du professeur Mackaay est d'abord de mettre la table : au regard d'une analyse comparée, historique également, on se rend compte que la problématique n'est pas récente même si le phénomène semble avoir une ampleur depuis plusieurs décennies que nous n'avons jamais constatée auparavant. Aucun pays n'y échappe et une certaine unanimité semble se dessiner quant aux pathologies découlant de cette situation. Face à cet état de fait de l'état du droit, il est loisible de s'interroger sur les raisons de ce trop plein. Complexification des relations humaines, désir de contrôler davantage, médiatisation du droit, politisation aussi, les lois ayant de plus en plus souvent un nom de ministre porteur du projet de loi. Comme le disait joliment le professeur Atias :

« l'idée de loi – l'idée que les phénomènes et les comportements obéissent à des lois – séduit. Parce qu'elle s'expose simplement et demeure en mémoire, parce que le nom d'un découvreur peut y être attaché, l'affirmation de la loi semble marquer une étape historique. »⁶.

S'il est possible de dénoncer cet état des lieux, que faire ? Le professeur Mackaay se tourne d'abord vers les technologies qui permettent sans doute, de par leur efficacité, de mieux se mouvoir dans cet océan normatif, et ce, même si cette voie n'est pas sans conséquence, n'est pas « neutre », en terme de cohérence, de légistique. Il est également possible de regarder certains projets pilotes qui prirent soin de favoriser l'adoption d'une loi à la condition qu'une autre, plus ancienne, disparaisse. Notons que cet article a été agrémenté d'une version augmentée, écrite avec Ali Borjian, qui se trouve traduite en farsi.

⁶ Christian ATIAS, « Tendances d'un temps ou inexorable loi du droit ? De l'obligation au droit », D. 2010.2536.

[6] Inflation législative. Si les « normes énormes » doivent être comprises dans cet ouvrage de façon globale, celui-ci s'intéressant à toutes les normes (lois, règlements, jurisprudence, contrats, doctrine, normes techniques), le texte de la professeure Goudreau va s'attacher aux lois et particulièrement à celles en droit d'auteur. Il est en effet important de s'intéresser comment cette expansion textuelle se traduit en pratique et notamment aux travers que l'on aperçoit. D'abord, comme on peut le voir dans cet article, l'approche principielle qui prévalait traditionnellement en droit d'auteur tend à s'étioler, la tendance étant au contraire de préciser ce que la loi veut dire. La précision prime sur l'adaptation ; comme si on ne faisait pas confiance au juge ! Un autre changement d'attitude concerne aussi l'approche casuistique qui semble se propager. En effet, fort de cette précision accrue, la situation du « cas-par-cas » se généralise. Que ce soit à cause des conventions internationales qui elles aussi suivent souvent une telle approche, où des exceptions nombreuses, parfois le fruit de lobbying des professions impactées par la gestion des intérêts distincts apparaissant de plus en plus en propriété intellectuelle, les lois s'allongent. Quoi qu'il en soit, clairement, cet article dénonce cette situation pathologique du gonflement législatif.

[7] Inflation jurisprudentielle. La situation est peut-être distincte en matière de rédaction jurisprudentielle... En effet, dans l'article provenant du professeur Devinat, une dissonance semble de mise par rapport aux autres textes. Car si quantitativement les décisions de justice sont sans aucun doute plus nombreuses et plus longues, il n'en reste pas moins que les éléments clés au sein de cette prose demeure identifiable. Comme avant, la *ratio decidendi* demeure. Par un retour aux sources, analysant à la fois les fonctions et les modes d'expression traditionnels de la jurisprudence, l'auteur expose donc ses doutes sur l'inflation pour cette forme de norme en particulier.

[8] Inflation contractuelle. L'idée générale du cycle de conférence, à savoir le regard chagrin sur ces trop plein de normes, se traduit en revanche clairement dans le texte du professeur Mustapha Mekki. « [L]e contrat se mêle de tout et probablement s'emmêle dans tout ». Ainsi, c'est tant dans son domaine d'application que dans sa forme que cette explosion se matérialise. Tout se contractualise et tout est contractualisé

dans cet appareil de « prévision du futur »⁷. Une quête de maîtrise des risques tend à inclure les hypothèses les plus hypothétiques, le tout avec un succès vis-à-vis duquel on peut douter ; vis-à-vis duquel le professeur Mekki doute assurément.

[9] Inflation des normes individuelles. Enfin, et même si cette hypothèse n'avait pas été prévue initialement dans le cadre du cycle de conférence, il nous est apparu opportun d'adjoindre l'analyse des normes techniques issues des institutions elles-mêmes. De plus en plus en effet, une délégation est opérée par les lois afin que les acteurs justifient et argumentent leurs manière de faire. Une forme de botté en touche est instituée ; les entreprises, les personnes morales de droit public aussi, doivent documenter, procéduraliser, et ce, que ce soit dans le domaine de la sécurité, de la santé, de la vie privée. Cette démarche est devenue si importante qu'elle constitue à bien des égards le centre de gravité de la normativité. Si cette solution est séduisante, des abus semblent de mise. Quoi qu'il en soit, il importe de trouver des critères pour évaluer ces procédures, directives, codes de conduite. C'est donc ce regard suspicieux qui est proposé dans cet article rédigé avec Christelle Papineau dans un domaine où l'énorme est particulièrement présent et où cette profusion documentaire n'est sans doute pas un gage de réalisation des fonctions initiales des lois.

⁷ Ian R. MACNEIL, *The New Social Contract - An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven, Yale University Press, 1980, p. 36. Un contrat est défini par cet auteur « as the relations among parties to the process of projecting exchange into the future ».