

Les Cahiers de droit



Stéphane ROUSSEAU (dir.), *Juriste sans frontières. Mélanges Ejan Mackaay*, Montréal, Éditions Thémis, 2015, 705 p., ISBN 978-2-89400-361-9

Ivan Tchotourian

Volume 57, numéro 4, décembre 2016

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1038269ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1038269ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer ce compte rendu

Tchotourian, I. (2016). Compte rendu de [Stéphane ROUSSEAU (dir.), *Juriste sans frontières. Mélanges Ejan Mackaay*, Montréal, Éditions Thémis, 2015, 705 p., ISBN 978-2-89400-361-9]. *Les Cahiers de droit*, 57(4), 768–772.
<https://doi.org/10.7202/1038269ar>

Tous droits réservés © Université Laval, 2016

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

<https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

érudit

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

<https://www.erudit.org/fr/>

Stéphane ROUSSEAU (dir.), **Juriste sans frontières. Mélanges Ejan Mackaay**, Montréal, Éditions Thémis, 2015, 705 p., ISBN 978-2-89400-361-9.

Juriste sans frontières est un bel ouvrage que proposent les Éditions Thémis en l'honneur du professeur Ejan Mackaay. Dans la tradition des mélanges, cet ouvrage réunit les plumes de plus d'une vingtaine d'auteurs canadiens et d'ailleurs partageant leur analyse autour de la problématique de l'analyse économique du droit, mais aussi de thèmes plus éclectiques reflétant la curiosité intellectuelle d'Ejan Mackaay (propriété, technologie de l'information, éthique juridique...). Le total de 705 pages n'était sans doute que le minimum à consacrer à un homme de la stature d'Ejan Mackaay qui a tant œuvré à démystifier et à faire connaître l'analyse économique du droit à un public francophone de tradition civiliste, et ce, toujours en s'exprimant comme un juriste¹.

L'ouvrage est composé d'une préface rédigée par le conseiller d'État Bertrand du Marais, d'un avant-propos de Stéphane Rousseau, professeur à l'Université de Montréal et titulaire de la Chaire en gouvernance et droit des affaires, et de 21 chapitres répartis en cinq parties. Il est à souligner que ces mélanges comportent judicieusement une notice bibliographique riche et complète (62 pages) reprenant en détail la carrière d'Ejan Mackaay, les distinctions qu'il s'est vu décerner, son rayonnement, les enseignements qu'il a dispensés et ses diverses et multiples productions scientifiques (livres,

articles, organisations de colloques...). Offrant une belle photographie de qui est Ejan Mackaay, cette notice démontre ce que M. Bertrand du Marais met parfaitement en exergue dans sa préface (et qui ressort de plusieurs des textes) : les caractères de précurseur et de passeur du dédicataire de ces mélanges.

La première partie des mélanges explorant les dimensions théoriques et pratiques de l'analyse économique du droit comporte quatre chapitres. Rédigé sous la forme originale d'une pièce de théâtre, le premier chapitre, de Régis Lanneau² rappelle que l'analyse économique du droit « est là pour enrichir le débat et non le clore » (p. 14), ne propose au final qu'une façon de penser (p. 11), mais oblige utilement le juriste à envisager les conséquences des règles juridiques (p. 12). Le deuxième chapitre, rédigé par Isabelle Martin³, aborde le problème central en analyse économique de l'efficacité pour en contester la lecture qui en est traditionnellement proposée. Offrant une version remaniée de son travail de doctorat, l'auteure y partage une analyse fine sur le regard objectif que prétend porter l'analyse économique sur les règles juridiques. Après avoir présenté la lecture néoclassique de l'efficacité et offert par là une synthèse instructive (p. 25 et suiv.), l'auteure ne propose pas moins qu'une remise en question de la définition de l'efficacité en s'appuyant sur l'évolution contemporaine de certains présupposés de la science économique, comme celui du caractère exogène des préférences (p. 38). Le troisième chapitre, œuvre de Nanette Neuwahl⁴, livre ses conclusions sur le marché des publications

1. Nous sommes particulièrement émus d'avoir procédé à cette recension. En effet, nous nous rappelons qu'Ejan Mackaay a été un de ceux qui nous a chaleureusement accueillis au Centre de droit des affaires et du commerce international en octobre 2006 lors de notre stage postdoctoral. Nous nous souvenons aussi de nos nombreuses discussions avec Ejan Mackaay tout au long de notre stage et bien après. Nos échanges avec Ejan Mackaay se sont révélés d'une richesse infinie et nous inspirent encore. Son soutien et ses conseils à certaines étapes de notre carrière nous ont été également précieux. Qu'il en soit remercié.

2. Régis LANNEAU, « L'insoutenable légèreté de l'analyse économique du droit », dans Stéphane ROUSSEAU (dir.), *Juriste sans frontières. Mélanges Ejan Mackaay*, Montréal, Éditions Thémis, 2015, p. 3.

3. Isabelle MARTIN, « L'efficacité ou la quête de neutralité normative au cœur de l'analyse économique du droit », dans S. ROUSSEAU (dir.), préc., note 2, p. 19.

4. Nanette NEUWAHL, « Legal Research Quality Indicators in Europe. The Law and Economics

scientifiques en droit à l'échelon européen. Démontrant que les critères d'évaluation de la recherche sont de la compétence des institutions européennes (p. 60), l'auteure observe que demeurent à l'heure actuelle de sérieuses difficultés d'application (p. 65) et que pour cette raison « a European dialogue on research quality can be fruitful » (p. 71). Le quatrième et dernier chapitre de cette première partie, du doyen Horatio Spector⁵, dresse un pont entre les paradigmes de l'analyse économique du droit et de la philosophie du droit montrant leur contradiction et leur complémentarité.

La deuxième partie des mélanges traite de l'application de l'analyse économique du droit civil à travers trois textes. Au premier chapitre, Jean-François Gaudreault-DesBiens⁶ défend la thèse voulant qu'Ejan Mackkay ait fait partie de la doctrine au sens classique, en dépit d'une approche externe du droit positif (approche bâtie au travers d'un regard économique) qu'il a toujours adoptée. L'auteur propose finalement de voir le professeur Mackkay comme un juriste « alterciviliste » (p. 109) (il en fait d'ailleurs le titre de son chapitre) et critique les obstacles et les résistances de la doctrine traditionnelle romano-germanique face au cadre théorique et méthodologique de l'économie (p. 111 et suiv.). Jean-François Gaudreault-DesBiens clôture son plaidoyer par un souhait : voir émerger un regard sur le droit qui serait inspiré de savoirs dits externes à celui-ci (p. 119). Dans le deuxième chapitre, Alain Parent⁷ aborde la théorie de l'imprévision non pour contester sa non-réception dans les droits civils français et québécois, mais pour mettre en lumière les

problèmes sociaux en cause (p. 126). Dans son approche, l'auteur rappelle que le principe de force obligatoire des contrats n'a pas que des vertus (p. 141) et que certains « dérapages » (p. 141) engendrent une exécution onéreuse du contrat susceptible de placer l'un des contractants dans une situation délicate. Dans le troisième chapitre, Catherine Piché⁸ aborde la preuve civile qui « évolue et est appelée à évoluer » (p. 146) et qui présente des liens certains avec les théories économiques d'efficacité, d'économie et de proportionnalité (p. 145). Autour d'arguments solides, l'auteure démontre que le projet de réforme du *Code de procédure civile* québécois fait progresser le système de justice vers un modèle coopératif (p. 169), délaissant par là même la culture individualiste de l'action civile québécoise.

La troisième partie des mélanges traite de l'analyse économique en droit des sociétés et des marchés financiers, matière dans lesquelles une telle analyse exerce un rôle prépondérant. Dans le premier chapitre, Jean-Guy Belley⁹ aborde le risque de longévité du consommateur-investisseur. Traitant de trois courants de la science économique (économie néoclassique, économie comportementale et économie du droit), l'auteur constate la prédominance de la vision économique du monde sur le droit et la sociologie (p. 200). Le financement des retraites et le défi du prolongement de la vie ne peuvent être abordés sans tenir compte du comportement rationnel du consommateur-investisseur teinté de réalisme (p. 187 et suiv.), tout en mesurant la place croissante du droit des valeurs mobilières, des services financiers et de la consommation dans la définition des règles juridiques (p. 193).

of it All », dans S. ROUSSEAU (dir.), préc., note 2, p. 49.

5. Horacio SPECTOR, « Law and Economics and Legal Philosophy », dans S. ROUSSEAU (dir.), préc., note 2, p. 73.

6. Jean-François GAUDREAU-DESBIEENS, « Ejan Mackkay, alterciviliste », dans S. ROUSSEAU (dir.), préc., note 2, p. 105.

7. Alain PARENT, « Le problème de l'imprévision contractuelle : une analyse économique », dans S. ROUSSEAU (dir.), préc., note 2, p. 121.

8. Catherine PICHÉ, « La preuve québécoise et le nouveau modèle coopératif de justice civile à l'ère de la scientification du droit », dans S. ROUSSEAU (dir.), préc., note 2, p. 143.

9. Jean-Guy BELLEY, « Le risque de longévité du consommateur-investisseur », dans S. ROUSSEAU (dir.), préc., note 2, p. 177.

Dans le deuxième chapitre, Julie Biron¹⁰ aborde de front un problème tout autant d'actualité: l'activisme actionnarial. Après être revenue sur les fondements théoriques du droit de vote des actionnaires et la légitimité du pouvoir de contrôle qu'il leur confère (p. 207 et suiv.), l'auteure détaille trois problèmes liés à l'exercice du droit de vote: les coûts rattachés à l'interventionnisme accru des investisseurs institutionnels (p. 222); le recours au service de firmes-conseils spécialisées dans l'exercice du droit de vote (p. 222 et suiv.); et la vision court-termiste des investisseurs institutionnels, bien que sur ce dernier aspect l'auteure concède que tout ne soit pas noir ou blanc (p. 231). Raymonde Crête¹¹, dans le troisième chapitre, livre une analyse poussée et richement documentée des sanctions extrajuridiques (qui se traduisent par une atteinte à la réputation) qu'elle perçoit comme un moyen préventif de discipliner les acteurs de la gouvernance d'entreprise. L'auteure démontre ainsi non seulement que les sanctions de réputation complètent et renforcent les sanctions juridiques (emprisonnement, amendes...), mais encore qu'une simple anticipation des conséquences négatives d'une atteinte à la réputation est susceptible d'entraîner l'adoption d'une approche de nature proactive et préventive (p. 272). Ce texte vient enrichir l'analyse économique du droit en justifiant scientifiquement (et empiriquement) sa fonction prédictive. Le quatrième chapitre, de Stéphane Rousseau¹², dresse un tableau de la contribution de l'analyse économique du droit à la gouvernance des

entreprises dans un contexte de postcrise économique et financière. Après avoir observé la prédominance d'une approche permissive faisant une place marginale aux instruments juridiques (p. 292 et suiv.), Stéphane Rousseau démontre que la crise financière a amené une révision de l'objectif de la gouvernance d'entreprise (p. 296 et suiv.) et mis le conseil d'administration face à de sérieuses critiques (p. 301). Dans ses observations finales, l'auteur ne va toutefois pas jusqu'à rejeter les enseignements de la théorie économique, notant avec pertinence que cette dernière, d'une part, joue toujours un rôle dans la recherche de solution en matière de gouvernance et, d'autre part, nous enseigne à juste titre que la crise financière ne saurait aboutir à des solutions «simples» (p. 308).

Divisée en six chapitres, la quatrième partie des mélanges réunit des textes portant sur la propriété intellectuelle et les technologies de l'information, domaines juridiques dans lesquels le professeur Ejan Mackaay s'est pleinement investi. Dans le premier chapitre, Vincent Gautrais¹³ traite des deux types de «normativité multilatérale» qui existent aujourd'hui (normes formelles et normes informelles) pour les évaluer lorsque vient le temps d'encadrer des situations nouvelles (p. 317) et pour les mettre en parallèle avec une manière de faire plus processuelle et introspective (p. 327): la normativité individuelle. L'auteur conclut ses propos sur l'impérieuse nécessité d'intensifier la réflexion sur l'internormativité (p. 339). Paul Edward Geller¹⁴ offre dans le deuxième chapitre une discussion entre deux personnages fictifs (*Phyl* et *Lew*), dialogue qui transporte le lecteur de l'analyse économique du droit à la critique conceptuelle de la propriété intellectuelle. Dans

10. Julie BIRON, «Les bénéfices et les coûts de l'activisme actionnarial», dans S. ROUSSEAU (dir.), préc., note 2, p. 203.

11. Raymonde CRÊTE, «La complémentarité entre les sanctions juridiques et les sanctions de réputation comme instruments disciplinaires de gouvernance», dans S. ROUSSEAU (dir.), préc., note 2, p. 233.

12. Stéphane ROUSSEAU, «Après la crise financière: la contribution de l'analyse économique du droit à la gouvernance d'entreprise», dans S. ROUSSEAU (dir.), préc., note 2, p. 275.

13. Vincent GAUTRAIS, «Normativités et droit du technique», dans S. ROUSSEAU (dir.), préc., note 2, p. 311.

14. Paul Edward GELLER, «Opening Dialogue on Intellectual Property», dans S. ROUSSEAU (dir.), préc., note 2, p. 341.

le troisième chapitre, Ysolde Gendreau¹⁵ propose une lecture de nature juridique (mais aussi historique et comparative) du droit de suite qui constitue, pour l'auteure, une illustration d'une situation où s'affrontent des groupes d'intérêts cherchant à favoriser leurs intérêts commerciaux (p. 385). Alors que l'histoire démontre que le droit de suite présente un intérêt pour le continent nord-américain (p. 395), il ne fait pas l'objet d'une unanimité. L'auteure y décèle toutefois des tendances qu'elle partage avec gourmandise avec son lectorat. Le quatrième chapitre, de Daniel Gervais¹⁶, analyse la pertinence de la notion de propriété dans le développement d'un juste équilibre en propriété intellectuelle, (équilibre qui doit s'appuyer sur des résultats concrets (p. 419), et d'une réglementation en amont des technologies émergentes qu'il qualifie d'« instables » (p. 420), réglementation qui devrait être envisagée avec prudence (p. 433). Dans le cinquième chapitre, Isabelle de Lamberterie¹⁷ détaille de manière pédagogique les enjeux soulevés par les œuvres orphelines au regard du droit d'auteur, tout en rappelant dans ses mots conclusifs que le Québec a été un précurseur en la matière (p. 469). D'un côté, l'auteure expose une intéressante synthèse des diverses réalités (dans les droits canadiens et européens) que recouvrent les œuvres orphelines en présentant les différents textes cernant la notion (p. 447). D'un autre côté, l'auteure aborde l'exploitation de ces œuvres en mettant en lumière, au travers d'une démarche comparative poussée, les multiples mécanismes existants ayant pour objectif de garantir une certaine sécurité juridique à leur numéri-

sation. Le sixième et dernier chapitre a été rédigé par Nicolas W. Vermeys¹⁸. Cet auteur propose une perspective différente sur la responsabilité civile extracontractuelle en la replaçant dans les environnements numériques. Tout au long de ses développements, l'auteur cherche à répondre à une interrogation centrale : la grille d'analyse économique pour qualifier et quantifier les précautions d'une personne raisonnable, prudente et diligente est-elle adaptée à l'obligation de sécurité imposée par la *Loi concernant le cadre juridique des techniques de l'information*¹⁹ à la personne responsable de l'accès à un document technologique ?

Dans la cinquième et dernière partie des mélanges, ce ne sont pas moins de quatre textes qui ont été réunis s'inscrivant en droite ligne de la curiosité intellectuelle d'Ejan Mackaay. Le premier chapitre, rédigé par Anne Des Ormeaux et Jean-Marie Lessard²⁰, porte sur la notion de propriété avec une question qui n'en est pas des moindres : la propriété est-elle en voie d'extinction ? Le regard que portent les auteurs est cependant d'une rare originalité pour les juristes : ordre spontané, émergence institutionnelle, conventions entre particuliers, rapport intentionnel, modélisation informatique, théorie des jeux, intentionnalité collective, psychologie neuropsychologique constituent en effet le cœur de ce texte qui se révèle dense. Le deuxième chapitre de cette partie se veut historique et est, sans surprise, l'œuvre de Michel Morin²¹. Autour des écrits de l'auteur anglais William Blackstone, Michel Morin

15. Ysolde GENDREAU, « Suivre la valeur de l'art avec le droit de suite », dans S. ROUSSEAU (dir.), préc., note 2, p. 383.

16. Daniel GERVAIS, « La recherche des équilibres », dans S. ROUSSEAU (dir.), préc., note 2, p. 407.

17. Isabelle DE LAMBERTERIE, « Quelques réflexions sur les œuvres orphelines dans la société de l'information », dans S. ROUSSEAU (dir.), préc., note 2, p. 441.

18. Nicolas W. VERMEYS, « Un modèle économique pour baliser l'obligation de sécurité informationnelle », dans S. ROUSSEAU (dir.), préc., note 2, p. 471.

19. *Loi concernant le cadre juridique des techniques de l'information*, R.L.R.Q., c. C-1.1.

20. Anne DES ORMEAUX et Jean-Marie LESSARD, « Théorie dualiste de la propriété et lexicographie juridique », dans S. ROUSSEAU (dir.), préc., note 2, p. 529.

21. Michel MORIN, « Blackstone et le bijuridisme québécois, de la *Proclamation royale*

s'amuse à décrire la mise en place progressive du bijuridisme québécois pendant une période d'environ un siècle qui suit la Conquête de 1760 (p. 587). Lus avant même d'avoir été traduits, les *Commentaries* de Blackstone, comme le démontre ce chapitre, ont influencé les juristes du Québec (mais aussi français) avant et après 1774 dans les débats juridico-politiques (p. 605 et suiv.), dans la littérature, ainsi que dans la formation des juristes (p. 612 et suiv.). Par la suite, «[i]l ne fait [...] aucun doute que durant la seconde moitié du XIX^e siècle, les juristes québécois [ont fait] régulièrement référence [...] à la doctrine juridique anglaise, notamment à Blackstone» (p. 626 et 627). En fin de compte, Blackstone aurait facilité un processus d'acculturation qui s'est traduit par une greffe du droit public anglais sur le droit privé de la Nouvelle-France (p. 629). Le troisième chapitre est l'occasion pour Marie-Claude Rigaud et Elizabeth Steyn²² d'afficher une ambition distincte: proposer un projet de recherche à Ejan Mackaay au travers duquel serait mis en lumière l'apport de l'analyse économique pour l'éthique juridique (p. 636). Comme le soulignent les auteurs dans leur conclusion, «[w]e do not wish to suggest [...] that Law and Economics is the only tool when it comes to legal ethics [...] But it is clear that it is a useful tool, and one that should not be disregarded» (p. 690). Le quatrième et dernier chapitre de cette partie aborde la thématique fondamentale de l'eau en prenant le cas des Grands Lacs et du fleuve Saint-Laurent. Dans ce chapitre, Yenny Vega et Nayive Vega²³ exposent le nouveau modèle de gouvernance des res-

sources hydriques mis en place entre le Canada et les États-Unis (qui se caractérise par une place centrale des composantes fédérées et la marge de manœuvre qui leur est reconnue sur les questions locales) et précisent en parallèle le régime de gouvernance qui en résulte, sans négliger les nombreux défis futurs qui se dessinent (p. 700 et suiv.).

La richesse des textes, l'originalité des approches, l'actualité des thèmes abordés, l'audace de certains auteurs nous amènent à penser que *Juriste sans frontières* constitue des mélanges qui méritent une place à part entière dans la bibliothèque de tout juriste qui s'intéresse un tant soit peu à l'analyse économique, mais aussi de tout économiste qui travaille aux frontières de sa discipline et du droit.

Ivan TCHOTOURIAN
Université Laval

Karim BENYEKHFLEF, **Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation**, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2015, 921 p., ISBN 978-2-89400-346-6.

L'internationalisation des échanges commerciaux, l'interpénétration économique des marchés nationaux et étatiques sous forme de blocs régionaux et suprarégionaux, le rôle fulgurant et croissant joué, dans ce contexte, par les acteurs privés ainsi que l'affaïssement corrélatif de la partition normative dévolue aux pouvoirs publics et étatiques sont autant de thèmes développés dans la deuxième édition de l'ouvrage de Karim Benyekhlef, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et directeur du Centre de recherche en droit public. Cette nouvelle édition de la monographie, intitulée *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, est une mise à jour à la fois documentaire et substantielle de la première édition parue en avril 2008 chez le

de 1763 au *Code civil du Bas Canada*», dans S. ROUSSEAU (dir.), préc., note 2, p. 585.

22. Marie-Claude RIGAUD et Elizabeth STEYN, «Professor Mackaay: And if Legal Ethics Were to Become an Emeritus Project», dans S. ROUSSEAU (dir.), préc., note 2, p. 633.

23. Yenny VEGA et Nayive VEGA, «Les défis de la gouvernance transnationale des ressources hydriques: le cas des Grands Lacs et du fleuve Saint-Laurent», dans S. ROUSSEAU (dir.), préc., note 2, p. 691.