

*Vol. 17, n° 3*

## **À la recherche d'une propriété perdue**

**Ysolde Gendreau\***

1. Introduction . . . . .	553
2. La propriété comme outil d'affranchissement . . . . .	554
3. La remise en question de la propriété . . . . .	558
4. La terminologie législative . . . . .	566
4.1 Terminologie française . . . . .	567
4.2 Terminologie britannique. . . . .	570
4.3 Terminologie canadienne . . . . .	572
5. Conclusion. . . . .	574

---

© Ysolde Gendreau, 2005.

\* Professeure titulaire, Faculté de droit, Université de Montréal. L'auteur désire remercier ici M<sup>e</sup> Claire Kusy pour sa collaboration à la recherche que nécessitait ce texte.

## 1. Introduction

L'association du droit d'auteur à la propriété est une relation qui est quelque peu difficile à établir en droit canadien. En effet, de par la Constitution, le pouvoir en matière de droit d'auteur, tout comme celui relatif au droit des brevets, relève de la compétence du parlement fédéral<sup>1</sup> et cet octroi de compétence est à contraster avec celui concernant « la propriété et les droits civils » qui a été accordé aux législatures provinciales<sup>2</sup>. De tels énoncés peuvent facilement induire à penser que le droit d'auteur n'est pas une forme de propriété et contribuent à la croyance que le droit d'auteur serait même une institution de droit public au même titre que le droit criminel. Or, une analyse plus réaliste admet maintenant que le droit d'auteur est une branche du droit privé qui, pour des raisons d'opportunité, a été soustraite de la compétence provinciale pour être gérée par le pouvoir fédéral<sup>3</sup>. Coupé d'un environnement notionnel, le droit d'auteur canadien se développe sans que son appartenance à l'univers général de la propriété ne soit un sujet majeur de réflexion<sup>4</sup>.

On ne saurait en dire autant du droit d'auteur en Grande-Bretagne et en France. Dans ces pays où sont nées les deux grandes conceptions occidentales de cette matière, les interrogations sur le caractère de propriété du droit d'auteur ont été nombreuses et la doctrine se penche régulièrement sur la question. En fait, il est intéressant de constater que le débat ne semble pas être clos ni dans un pays ni dans l'autre. À plusieurs époques, on prend plaisir à revenir sur ce sujet afin de toujours mieux cerner la nature du droit d'auteur. L'objectif du présent texte est de faire le point sur ce sujet pour mieux comprendre le statut du droit d'auteur en droit canadien. Le caractère bijuridique du Canada fait en sorte qu'il peut s'avérer instructif d'examiner cette problématique tant en fonction du droit britannique que du droit français, même si les origines législatives

1. Art. 91 (23) de la *Constitution*.

2. Art. 92 (13) de la *Constitution*.

3. Voir W. Noel et L.B.Z. Davis, "Some Constitutional Considerations in Canadian Copyright Law Revision", (1981) 54 *C.P.R.* (2d) 17.

4. Bien sûr, la question en a néanmoins intéressé quelques-uns. Voir, *infra*, le texte accompagnant les notes 36-47.

lointaines de la loi canadienne découlent sans conteste de la Loi de la Reine Anne de 1710. Dans la mesure du possible, on cherchera à distinguer la question du statut du droit d'auteur en tant que propriété de celle des justifications de son existence, quoique ce rapport ait été très étroit à l'origine du droit d'auteur. En effet, on a eu recours au concept de propriété pour donner au droit d'auteur sa forme moderne. Cependant, les difficultés conceptuelles de cette association ont fait en sorte que le modèle du droit de propriété est contesté. La terminologie législative pourrait, à cet égard, s'avérer instructive.

## 2. La propriété comme outil d'affranchissement

À moins d'un siècle de décalage, le droit d'auteur est né dans des circonstances relativement semblables en Angleterre et en France. Quand on compare leur évolution respective, il est frappant de constater à quel point les contextes juridiques dans lesquels le droit d'auteur est né faisaient tous deux peu de cas de la personne de l'auteur. Autre ressemblance : le recours à la notion de propriété a été un catalyseur puissant dans la profonde mutation qui s'est opérée au XVIII<sup>e</sup> siècle.

Il est bien connu que les origines anglaises du droit d'auteur remontent à la Stationers' Company, cette association d'imprimeurs-libraires qui contrôlaient le marché du livre<sup>5</sup>. Le manuscrit était acheté de l'auteur, qui n'avait alors plus de rôle à jouer dans le processus. Existait aussi un régime de lettres patentes royales pour conférer un monopole d'impression qui était fondé sur la prérogative royale et qui visait essentiellement certains types d'œuvres : les lois du Parlement, les ouvrages juridiques, les livres de l'Église d'Angleterre, les almanachs, les grammaires.

Deux forces se sont conjuguées vers la fin du XVII<sup>e</sup> siècle pour mettre fin à ce mode de fonctionnement : la remise en question de la fonction de censure de la Stationers' Company et les pensées de John Locke sur la propriété. Les assises juridiques de la Stationers' Company reposaient, en effet, sur un *Printing Act* de 1662 qui est venu à terme en 1694. En ne renouvelant pas cette loi qui confirmait les pouvoirs de la Stationers' Company, le Parlement réagissait à un courant d'idées qui s'élevait contre l'effet de censure que signifiait la

---

5. Plusieurs ouvrages et articles ont été consacrés à cette histoire. Parmi les plus importants, voir D. Saunders, *Authorship and Copyright* (Londres, Routledge, 1992), aux p. 35-74 ; M. Rose, *Authors and Owners* (Cambridge, Harvard University Press, 1993).

nécessité de passer par cette institution pour qu'un texte soit publié. Plus importants pour nos fins, cependant, sont les écrits de Locke sur la propriété dans ses *Two Treatises of Government* publiés pour la première fois en 1690. C'est dans cet ouvrage que Locke a exposé sa théorie selon laquelle le travail de l'homme est la base de son appropriation de ce qu'il a produit. Évidemment, cette théorie n'avait pas été conçue spécifiquement en fonction des auteurs, mais elle venait donner un nouvel élan à des opinions qui, dès 1666 avec la décision dans *Atkin's Case*, faisaient état d'un droit de propriété de l'auteur sur son œuvre<sup>6</sup>.

L'aboutissement de ces mouvements a été la Loi de la Reine Anne de 1710 : *An Act for the Encouragement of Learning by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors, or Purchasers, of such Copies, during the Times therein Mentioned*. Casser le monopole de la Stationers' Company était un objectif très important, car le contrôle du marché du livre qu'exerçaient les membres de cette institution était perçu comme excessif. Une des règles qui perpétuaient cette situation était celle qui faisait en sorte que seuls les imprimeurs-libraires étaient autorisés à être membres de la Stationers' Company. La Loi de la Reine Anne allait établir clairement que les auteurs étaient impliqués dans le processus de commercialisation de leurs œuvres. Ce faisant, « the author was used primarily as a weapon against monopoly »<sup>7</sup>.

Malgré ces développements, il est loin d'être certain que l'octroi de droits aux auteurs était sciemment perçu à cette époque comme une reconnaissance d'un droit de propriété en leur faveur ; « [w]here the governing powers recognized the authors' rights over their works, they did so in the ancient logic of the privilege »<sup>8</sup>. Ce n'est que par la suite, avec les célèbres affaires de *Millar c. Taylor*<sup>9</sup> et *Donaldson c. Becket*<sup>10</sup>, que les protagonistes de l'époque ont véritablement commencé à articuler leurs droits en fonction d'un concept de propriété<sup>11</sup>, concept que la Loi de la Reine Anne aurait contribué à faire éclore.

6. Voir Rose, *ibid.*, aux p. 23-24 ; M. Rose, « The Author as Proprietor : *Donaldson v. Becket* and the Genealogy of Modern Authorship », dans B. Sherman et A. Strowel, dirs, *Of Authors and Origins* (Oxford, Clarendon Press, 1994), p. 23, à la p. 28.
7. L.R. Patterson, *Copyright in Historical Perspective* (Nashville, Vanderbilt University Press, 1968), à la p. 147.
8. R. Chartier, « Figures of the Author », dans Sherman et Strowel, *Of Authors and Origins*, *supra*, note 6, p. 7, à la p. 13.
9. (1769) 4 Burr. 2303 ; 98 E.R. 201.
10. (1774) 2 Bro. P.C. 19 ; 1 E.R.837.
11. B. Sherman et L. Bently, *The Making of Modern Intellectual Property Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 1999), aux p. 11-42.

Ce débat sur la propriété littéraire en Angleterre a trouvé écho dans la France pré-révolutionnaire, où le commerce du livre était régi par des privilèges royaux dont les objectifs – sécurité financière des éditeurs et censure étatique – étaient semblables à ceux que favorisait l'existence de la Stationers' Company<sup>12</sup>. Des nombreux acteurs politiques, philosophiques, et littéraires débattaient du bien-fondé du concept de propriété dans le domaine des œuvres littéraires :

En effet quel est le bien qui puisse appartenir à un homme, si un ouvrage d'esprit, le fruit unique de son éducation, de ses études, de ses veilles, de son temps, de ses recherches, de ses observations ; si les plus belles heures, les plus beaux moments de sa vie ; si ses propres pensées, les sentiments de son cœur ; la portion de lui-même la plus précieuse, celle qui ne périt point ; celle qui l'immortalise ne lui appartient pas ? Quelle comparaison entre l'homme, la substance même de l'homme, son âme, et le champ, le pré, l'arbre ou la vigne que la nature offrait dans le commencement également à tous et que le particulier ne s'est approprié que par la culture, le premier moyen légitime de possession ? Qui est plus en droit que l'auteur de disposer de sa chose par don ou par vente ?<sup>13</sup>

Tout comme les procès *Millar c. Taylor* et *Donaldson c. Becket* l'illustrent en Angleterre, la France du XVIII<sup>e</sup> siècle était un terrain de conflits entre les librairies de la capitale et ceux de province :

La grande majorité des privilèges ayant été accordée à des libraires parisiens, les libraires de provinces contestèrent cet état des choses et eurent recours, en 1725, à l'avocat Louis d'Héricourt. Son pamphlet soutenait, entre autres, que l'artiste était propriétaire de son œuvre parce qu'il l'avait créée et qu'il s'opérait un transfert de propriété lorsqu'il le cédait à l'éditeur pour impression. Donc, « le Roi n'ayant aucun droit sur les ouvrages des auteurs ne peut les transmettre à personne sans le consentement de ceux qui s'en trouvent les légitimes propriétaires ». Ces idées influencèrent sans doute le Conseil du Roi qui rendit des décisions favorables à la propriété des auteurs en 1749 (l'affaire Crébillon), 1761 (l'affaire des petites-filles de La Fontaine), et en 1777 (l'affaire Fénelon). Cette évolution tend à

12. Sur le droit d'auteur pré-révolutionnaire, voir en général M.-C. Dock, *Étude sur le droit d'auteur* (Paris, L.G.D.J., 1963).

13. D. Diderot, « Lettre historique et politique sur le commerce de la librairie (1763) », dans J. Baetens, dir., *Le combat du droit d'auteur* (Paris, Les Impressions Nouvelles, 2001), p. 27, à la p. 28.

une reconnaissance du droit des auteurs. Une confirmation législative du principe arriva par un arrêt du Conseil du Roi le 30 août 1777.<sup>14</sup>

C'est la Révolution, avec son objectif d'abolition des privilèges, qui allait permettre le triomphe de l'idée que l'auteur peut être propriétaire de son œuvre et ainsi exercer des droits sur elle. D'ailleurs, le titre de la loi de 1793, celle qui concerne le droit de reproduction, fait directement référence à la propriété : *Loi du 19-24 juillet 1793, relative aux droits de propriété des auteurs d'écrits en tout genre, des compositeurs de musique, des peintres et des dessinateurs*. Il fait écho à des discours prononcés lors du vote des décrets-lois fondateurs de l'époque révolutionnaire, dont celui de Lakanal en 1791 :

De toutes les propriétés, la moins susceptible de contestation, celle dont l'accroissement ne peut, ni blesser l'égalité, ni donner ombrage à la liberté, c'est, sans contredit, celle des productions du génie ; et si quelque chose doit étonner, c'est qu'il ait fallu reconnaître cette propriété, assurer son libre exercice par une loi positive.<sup>15</sup>

ou encore à la célèbre formule de Le Chapelier : « La plus sacrée, [...], la plus légitime, la plus inattaquable, et si je puis parler ainsi, la plus personnelle de toutes les propriétés, est l'ouvrage fruit de la pensée d'un écrivain »<sup>16</sup>.

Depuis le traité de Locke en 1690, donc depuis un siècle, l'idée de la propriété des auteurs sur leurs œuvres avait fait son chemin. Mollement articulée avec la Loi de la Reine Anne en 1710, les idéaux révolutionnaires lui donnent une nouvelle vigueur. Cependant, il n'est pas certain que le recours à la notion de propriété ait été, dans chaque pays aux moments où il s'est produit, le signal d'un véritable changement de paradigme dans la réglementation du commerce des œuvres. Plusieurs considèrent que le discours de la propriété n'avait pas véritablement coupé les ponts avec l'ancien modèle des privilèges : les imprimeurs-libraires pouvaient simplement faire reposer leur fonctionnement sur des assises conceptuelles qui avaient, pour

14. Y. Gendreau, « Genèse du droit moral dans les droits d'auteur français et anglais », (1988) 13 *R.R.J.* 41, à la p. 44 (références omises).

15. Cité dans A.-C. Renouard, *Traité des droits d'auteurs dans la littérature, les sciences et les beaux-arts* (Paris, Jules Renouard & Cie, 1838), t. 1, p. 326.

16. Cité dans Renouard, *ibid.*, p. 309.

l'essentiel, seulement changé de nom<sup>17</sup>. Il n'empêche que le raisonnement en termes de propriété avait fait son apparition et que s'amorçait, de part et d'autre de la Manche, un débat sur la propriété littéraire qui dure jusqu'à nos jours. En effet, encore aujourd'hui, le statut du droit d'auteur en tant que propriété est remis en question.

### 3. La remise en question de la propriété

Il serait faux de croire que l'arrivée du concept de la propriété dans la conception du droit qui régleme les échanges portant sur les créations de l'esprit s'est produite sans opposition. Dans un monde habitué à une économie fondée sur le commerce de biens tangibles, l'idée d'une « propriété » sur une création de l'esprit exige un certain ajustement. La nature de l'objet en cause pose problème, bien sûr ; mais l'étendue et la durée de ce nouveau droit qui y est associé soulèvent également des interrogations sur le bien-fondé de son assimilation à la propriété en général. Dans les trois pays qui nous concernent ici, soit la France, l'Angleterre, et le Canada, de sérieux débats ont eu lieu à différentes époques.

C'est peut-être en France que le « malaise » de l'association du droit d'auteur à la propriété s'est manifesté le plus rapidement. On pourrait même dire que, dans ce pays, il est né avec le droit d'auteur contemporain. La célèbre formule de Le Chapelier continue ainsi :

cependant c'est une propriété d'un genre tout différent des autres propriétés. Quand un auteur a livré son ouvrage au public, quand cet ouvrage est dans les mains de tout le monde, que tous les hommes instruits le connaissent, qu'ils se sont emparés des beautés qu'il contient, qu'ils en ont confié à leur mémoire les traits les plus heureux, il semble que, dès ce moment, l'écrivain a associé le public à sa propriété, ou plutôt la lui a transmise tout entière. Cependant, comme il est extrêmement juste que les hommes qui cultivent le domaine de la pensée tirent quelques fruits de leur travail, il faut que, pendant toute leur vie et quelques années après leur mort, personne ne puisse, sans leur consentement, disposer du produit de leur génie. Mais aussi, après le délai fixé, la propriété du

17. R. Chartier, « Foucault's Chiasmus – Authorship between Science and Literature in the Seventeenth and Eighteenth Centuries » dans M. Biagioli et P. Galison, dirs, *Scientific Authorship* (New York, Routledge, 2003), p.13, à la p.18 ; Saunders, *supra*, note 5, aux p. 55-56 ; Rose, « The Author as Proprietor », *supra*, note 6, aux p. 31-32 ; D. Burkitt, « Copyrighting Culture – The History and Cultural Specificity of the Western Model of Copyright », [2001] *I.P.Q.* 146, aux p. 161-162.

public commence, et tout le monde doit pouvoir imprimer, publier, les ouvrages qui ont contribué à éclairer l'esprit humain.<sup>18</sup>

Dans cette explication commencent à être articulées les ambiguïtés du droit d'auteur comme propriété : le concours d'intérêts divergents des auteurs et du public sur le même objet ainsi qu'une durée limitée. Ensemble, ces deux caractéristiques font que la qualification de propriété demeure approximative. Elle a d'ailleurs été rejetée sans équivoque par Renouard dans son traité de 1838, un des premiers en la matière, parce que :

la langue du droit ne saurait ici l'admettre, sans le fausser, et sans lui faire faire divorce avec les caractères essentiels de transmissibilité, de perpétuité, d'inviolabilité qui doivent toujours en demeurer inséparables.<sup>19</sup>

À la notion de propriété, Renouard reconnaît préférer nettement « l'expression *droit de copie*, employée par les Anglais et les Allemands, [qui] est beaucoup plus juste »<sup>20</sup>. Ce serait d'ailleurs à lui que l'on devrait l'expression « droit d'auteur » en remplacement de « propriété littéraire »<sup>21</sup>.

Renouard n'est pas seul à rejeter la qualification de propriété pour le droit d'auteur. La loi de 1866 qui prolonge la durée du droit à 50 ans après le décès de l'auteur abandonne le vocable de propriété précisément parce que l'on considérerait cette assimilation problématique<sup>22</sup>. Tant au dix-neuvième siècle qu'au vingtième siècle, des éléments de la doctrine considèrent que le concept de propriété ne convient pas à un droit à durée déterminée dont l'objet, immatériel, est au confluent d'intérêts trop divers<sup>23</sup>. Dans un tel contexte, il n'est pas surprenant que d'aucuns aient cherché à trouver une nouvelle

18. *Supra*, note 16.

19. Renouard, *supra*, note 15, p. 456-457.

20. *Ibid.*, p. 456 (les soulignés sont dans le texte).

21. Burkitt, *supra*, note 17, à la p. 162.

22. P. Recht, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété* (Paris, L.G.D.J., 1969) p. 55-56.

23. Voir, par exemple, A. Morillot, « De la nature du droit d'auteur », (1878) 7 *Revue critique de législation et de jurisprudence* (n.s.) 111 ; M.-A. Hermitte, « Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjuridiciarisation-L'exemple des droits intellectuels », dans *Archives de philosophie du droit*, t. 30 (Paris, Sirey, s.d.), p. 331.

qualification au droit d'auteur : « droits intellectuels »<sup>24</sup> ou encore « droits de clientèle »<sup>25</sup>.

La référence à la propriété demeure toutefois tenace. Outre des commentateurs célèbres qui y sont favorables<sup>26</sup>, la loi du 11 mars 1957, la première révision depuis les décrets révolutionnaires, porte sur « la propriété littéraire artistique ». La codification des lois de « propriété intellectuelle » de 1992 maintient la référence avec sa première partie sur « la propriété littéraire et artistique » dont l'article L.111-1, reprend l'article premier de la loi de 1957, déclare que : « [l']auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous »<sup>27</sup>. Le débat n'est pourtant pas clos. S'agit-il d'un terme, « d'abord utilisé pour sa force symbolique, [qui] rend compte de la réalité sur le plan de la technique juridique »<sup>28</sup> ? Bien sûr, la doctrine contemporaine est très consciente de ces débats<sup>29</sup>. Lourdes de cette histoire, les conclusions dans un sens ou dans l'autre que l'on y trouve semblent toujours teintées de cette connaissance qui vient, pour ainsi dire, diminuer leur force.

Si le débat français sur la nature de propriété du droit d'auteur a pu naître en même temps que les premiers textes modernes sur ce sujet, c'est peut-être parce que les penseurs français pouvaient tirer profit des discussions fort élaborées qui avaient fait rage en Angleterre quelque temps après la Loi de la Reine Anne<sup>30</sup>. En effet, si le concept de propriété a fait son apparition avec cette loi, son essor s'est véritablement produit à l'occasion de deux procès célèbres du

24. E. Picard, *Le droit pur* (Bruxelles, Larcier, 1899), p. 121 ; J. Dabin, « Les droits intellectuels comme catégorie juridique », (1939) 59 *Revue critique de législation et de jurisprudence* 413.

25. P. Roubier, « Droits intellectuels et droits de clientèle », [1935] *Revue trimestrielle de droit civil* 285.

26. E. Pouillet, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, 2<sup>e</sup> éd. (Paris, Marchal & Billard, 1894), p. 23 et s. ; F. Hepp, « Le droit d'auteur 'propriété incorporelle' ? » (avril 1958) 19 *R.I.D.A.* 161.

27. C'est nous qui soulignons.

28. A. Lucas et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2<sup>e</sup> éd. (Paris, Litec, 2001), p. 27, n<sup>o</sup> 23.

29. Voir, par exemple, P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 5<sup>e</sup> éd. (Paris, P.U.F.), 2004, p. 28-36, Lucas et Lucas, *ibid.*, p. 24-29, n<sup>os</sup> 19-23 ; X. Linant de Bellefonds, *Droits d'auteur et droits voisins*, 2<sup>e</sup> éd. (Paris, Dalloz, 2004), p. 3-8, n<sup>os</sup> 9-25.

30. Pour une comparaison franco-britannique de l'évolution du concept de propriété dans ce domaine, voir F. Rideau, *La formation du droit de la propriété littéraire en France et en Grande-Bretagne : une convergence oubliée* (Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille), 2004. Voir toutefois A. Puttemans, *Droits intellectuels et concurrence déloyale* (Bruxelles, Bruylant, 2000), p. 25-26, n<sup>o</sup> 17, qui met en garde contre la traduction de « property » en « propriété ».

XVIII<sup>e</sup> siècle où s'opposaient droit de propriété et régime statutaire particulier. Dans *Millar c. Taylor*<sup>31</sup> et *Donaldson c. Becket*<sup>32</sup>, la Chambre des Lords allait déterminer la nature du droit des auteurs dans des procès pourtant connus sous le surnom de « Battle of the Booksellers ». Pourquoi cette importance de l'auteur ? Depuis la Loi de la Reine Anne, les libraires acquéraient des auteurs eux-mêmes les droits qui leur permettaient d'imprimer les livres et, contrairement à la situation antérieure, ces droits avaient maintenant une durée déterminée. Une idée s'est mise à germer dans l'esprit des libraires au sujet de l'expiration des droits statutaires : si une loi est une exception à la common law, « l'exception » de la durée fixe de cette loi prend fin avec la fin du droit statutaire et la common law antérieure – avec sa durée perpétuelle – pourrait alors reprendre ses droits. Pour argumenter de la sorte, il faut d'abord admettre que le droit que les auteurs peuvent céder aux libraires est d'une nature qui admet la perpétuité. C'est ainsi que les libraires qui, à l'époque, n'avaient pas vu d'un bon œil l'arrivée des auteurs dans le nouveau régime, ont été amenés à valoriser le statut de ceux-ci parce que, en tant que cessionnaires, ils devenaient avantagés par la reconnaissance d'un droit de propriété aux auteurs.

*Millar c. Taylor* a marqué le triomphe de la propriété perpétuelle des auteurs ; mais *Donaldson c. Becket* a coupé court à cette vision en disant que la publication de l'œuvre signifiait une fusion du copyright de common law pour soumettre l'œuvre de façon définitive au régime statutaire. Indépendamment de la question du rapport entre copyright de common law et copyright statutaire, ces débats ont également signalé l'arrivée d'un discours sur la notion de propriété en droit d'auteur qui demeure jusqu'à nos jours<sup>33</sup>. En étant relégué à la protection de l'œuvre avant sa publication, le copyright de common law perd, de ce fait, son importance. On aurait pu s'attendre à ce que cette diminution de son statut entraîne celle de l'idée de propriété en général lorsqu'il est question de la nature du droit d'auteur statutaire. Or, il semblerait qu'il n'en est rien et que certains développements législatifs de la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, qui allaient jeter plusieurs bases du système contemporain, ont continué de subir l'influence des débats sur le caractère de propriété du droit d'auteur<sup>34</sup>. Considérer le droit d'auteur comme un

31. *Supra*, note 9.

32. *Supra*, note 10.

33. Voir, entre autres, Rose, *supra*, note 5, surtout aux p. 67-112 ; Rose, *supra*, note 6 ; Sherman et Bently *supra*, note 11, aux p. 9-59.

34. Voir C. Seville, *Literary Copyright Reform in Early Victorian England* (Cambridge, Cambridge University Press, 1999), surtout aux p. 9-15.

droit de propriété semble même être fort bien accepté officiellement de nos jours en Angleterre puisque l'article premier de l'actuelle Loi sur le droit d'auteur déclare que « Copyright is a property right... »<sup>35</sup>.

Si l'on veut simplifier la question, l'acceptation de la qualification de propriété se fait au détriment de celle de simple monopole, monopole dont les contours sont déterminés par la loi au gré de politiques diverses. C'est l'idée même du droit d'auteur qui est en cause puisque le recours à l'une ou l'autre des conceptions aurait un impact sur la portée du droit : un droit de propriété facilite l'expansion des prérogatives et, par le fait même, limite les possibilités d'exceptions tandis que le monopole fait du droit d'auteur un instrument plus malléable<sup>36</sup>. En ces temps où le droit d'auteur est sollicité par des acteurs sociaux de tous côtés, la caractérisation du droit d'auteur selon cette alternative prend une importance renouvelée.

La même hésitation entre ces deux visions du droit d'auteur existe au Canada. La compétence fédérale sur ce droit et la rareté d'une doctrine active dans ce domaine font en sorte que les discussions sur la nature du droit d'auteur au Canada ressemblent davantage à celles qui ont cours en Angleterre qu'au débat doctrinal français. On sent moins la nécessité de positionner le droit d'auteur (et les autres droits de propriété intellectuelle) en fonction de la *summa divisio* des droits réels et des droits personnels – ce qui aurait été une démarche plus « civiliste »<sup>37</sup>– que le souci d'expliquer la fonction de ce droit à travers sa qualification.

Certains commentateurs considèrent donc que le droit d'auteur est un droit de propriété<sup>38</sup>. Ils arrivent à cette conclusion après une étude du droit d'auteur en tant que phénomène autonome de création et non parce qu'ils cherchent à le placer dans le cadre conceptuel du droit civil de la propriété. De récents travaux sur la nature du droit d'auteur canadien à la lumière du *Code civil du Québec* permettent de croire que, sur un plan purement technique, le législateur québécois envisagerait le droit d'auteur comme un droit de pro-

35. *Copyright, Designs and Patents Act 1988*, 1988, ch. 48, art. 1(1).

36. A. Strowel, « Droit d'auteur and Copyright : Between History and Nature », dans Sherman et Strowel, *supra*, note 6, p. 235, à la p. 241.

37. Une analyse approfondie du droit d'auteur en ces termes était souhaitée par Louis Baudouin. Voir L. Baudouin, *Les aspects généraux du droit privé dans la province de Québec* (Paris, Dalloz, 1967), p. 353.

38. A. Perrault, « La propriété des œuvres intellectuelles », (1924-1925) 3 *R. du D.* 49 et 107 ; A.A. Keyes et C. Brunet, « A Rejoinder to 'Canadian Copyright : Natural Property or Mere Monopoly' », (1979) 40 *C.P.R.* (2d) 54.

priété<sup>39</sup>. On peut toutefois s'interroger sur le poids qu'il faille accorder à cette détermination de la part d'un législateur auquel échappe la compétence sur l'objet de sa classification – le droit d'auteur relève clairement de la compétence du parlement fédéral –, d'autant qu'il ne semble pas avoir prêté une véritable attention à l'ensemble de la problématique de la propriété intellectuelle lors de la révision du *Code civil*<sup>40</sup>.

L'opinion qui gagne du terrain est celle qui met de l'avant la qualification de monopole. Dès 1880, Mignault y était favorable<sup>41</sup>. L'idée a refait surface presque cent ans plus tard<sup>42</sup> et continue de faire des adeptes<sup>43</sup>. Bien sûr, on retrouve les mêmes arguments théoriques qu'en France et en Angleterre. Les assises statutaires sont toutefois différentes. L'article 89 de la Loi canadienne sur le droit d'auteur porte que « [n]ul ne peut revendiquer un droit d'auteur autrement qu'en application de la présente loi ou de toute autre loi fédérale ». Ce texte renforcerait l'idée que le droit d'auteur serait un simple monopole<sup>44</sup>. Une telle interprétation semble pourtant constituer une pétition de principe, car rien ne devrait empêcher que ces droits « statutaires » soient en fait des droits de propriété. La loi britannique appelle le droit d'auteur un droit de propriété, mais cette déclaration n'a pourtant pas mis un terme au débat en droit anglais. Quel que soit l'énoncé législatif, donc, le problème demeure le même.

À voir ce débat perdurer, il commence à devenir légitime de se demander s'il pourra un jour connaître une issue. Depuis les célèbres procès anglais du XVIII<sup>e</sup> siècle, peu d'arguments nouveaux se sont ajoutés et rien, en fait, qui n'ait été définitif. Au contraire, à travers les prises de position, on dénote un souci de plus en plus marqué de nuancer la conclusion. Les indices sont relativement nombreux. Si l'on s'en tient aux réflexions canadiennes, on voit, par exemple,

39. Voir Y. Gendreau, « La nature du droit d'auteur selon le nouveau Code civil » (1993-1994) 27 *R.J.T.* 85, à la p. 107.

40. On pense ici à la référence aux « droits de propriété intellectuelle et industrielle » des articles 458 et 909 du Code et à la seule mention des brevets et marques de commerce, sans référence au droit d'auteur, à l'article 2684, à propos de l'hypothèque conventionnelle.

41. P.-B. Mignault, « La propriété littéraire », (1880) 2 *La Thémis* 289, à la p. 367.

42. R.J. Roberts, « Canadian Copyright : Natural Property or Mere Monopoly », (1979) 40 *C.P.R.* (2d) 33.

43. P.-E. Moysse, « La nature du droit d'auteur : droit de propriété ou monopole ? », (1998) 43 *R.D. McGill* 507, p. 562 ; J.S. McKeown, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 3<sup>e</sup> éd. (Toronto, Carswell, 2000), à la p. 4 ; D. Vaver, *Copyright Law* (Toronto, Irwin Law, 2000), aux p 5-8 ; S. Handa, *Copyright Law in Canada* (Toronto, Butterworths, 2002), à la p. 134.

44. McKeown, *ibid.*

MM. Keyes et Brunet déclarer que « le droit d'auteur s'exprime sous la forme d'un droit de propriété »<sup>45</sup>. Un autre considère que « [a] modern understanding of copyright reveals it to be closer in form to a regulatory framework rather than a regime of property rights »<sup>46</sup>. Et encore :

Il s'agit d'un droit exclusif et, pour ce qui est de la partie relative à l'exploitation commerciale de l'œuvre, d'un véritable monopole de reproduction. C'est certainement pour mettre en valeur ce trait que le terme de « propriété » – droit exclusif par excellence – est souvent utilisé ou, comme nous l'avons vu, débattu.<sup>47</sup>

Lorsque le sujet est abordé du point de vue du droit civil, il n'est alors pas surprenant de lire que « la propriété conférée par le droit d'auteur était d'un type différent de celle conférée par le droit civil »<sup>48</sup>.

On peut justement se demander si la « propriété » qui est évoquée dans un contexte de common law, qui est le contexte d'origine de l'ancêtre de la loi canadienne actuelle, a les mêmes connotations que la propriété de droit civil, l'autre tradition juridique du pays. Le professeur Alain Strowel semble offrir la meilleure analyse de cette question :

Certes, dans les pays anglo-saxons, on parle couramment d'« intellectual property » et on qualifie parfois le copyright de « property right », tout comme on utilise habituellement, en France et en Belgique, l'expression « propriété intellectuelle », et plus spécifiquement à propos du droit d'auteur, « propriété littéraire et artistique ». Les termes « propriété » et « property » couvrent cependant des institutions et des notions juridiques différentes.

La notion de « property right » est très difficile à cerner en droit anglo-américain ; elle s'oppose à la « propriété » du droit fran-

45. A.A. Keyes et C. Brunet, *Le droit d'auteur au Canada – Propositions pour la révision de la loi* (Ottawa, Consommation et Corporations Canada, 1977), à la p. 3.

46. Handa, *supra*, note 43.

47. Moyse, *supra*, note 43.

48. N. Tamaro, « La dissociation de la propriété du Code civil des droits d'auteur : l'exemple de la saisie », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle (1991)* (Cowansville, Blais, 1991), p. 153, à la p. 238.

çais sur plusieurs plans : la première est large, fragmentée et limitée dans le temps, la seconde étroite, unitaire et perpétuelle.

S'il existe un équivalent de la notion française de propriété, c'est dans la notion d'« ownership » qu'il se trouve. La notion de « property » est, elle, beaucoup plus large : elle comprend non seulement le droit de propriété (ownership), la propriété immobilière (estate) et divers intérêts (interests) à l'égard des choses matérielles, mais aussi des droits comme les marques, les copyrights, les brevets et même des droits *in personam* susceptibles d'être cédés ou transmis.

En France, le droit de propriété trouve sa source dans l'article 544 du Code civil, c'est une notion héritée du droit romain et qui s'inscrit dans la structure rationnelle du code. À l'inverse, le droit anglo-américain, qui n'a pas subi l'influence du droit romain, marque sa préférence pour des notions plus empiriques, telles que l'intérêt (interest), et c'est pourquoi d'ailleurs on parle souvent de « property interests » plutôt que de « property » en général. En fait, l'ensemble des « intérêts » (c'est-à-dire des droits, privilèges, pouvoirs et immunités) qu'il est légalement possible d'avoir en regard d'une « chose », forme la « propriété complète » sur cette chose (« complete property in the thing »). Lorsqu'une personne a la « propriété complète » sur une chose, on peut dire qu'elle en est « propriétaire » (« owner »). Et même si une personne ne dispose pas de l'ensemble des « intérêts » constituant la « propriété complète », mais seulement d'une série d'« intérêts » en rapport avec la chose, on la qualifiera encore de « propriétaire » (« owner »).

Comme on le voit, le droit anglo-américain insiste sur les segments ou « interests » dont se compose la « property », d'où la multiplicité des sens du terme « property », tandis qu'en régime de droit civil, une vue unitaire de la propriété est adoptée qui met l'accent sur l'« ownership » plutôt que sur des « intérêts » juridiques particuliers.<sup>49</sup>

La propriété de common law serait donc plus souple que celle du droit civil. Pourtant, c'est peut-être dans la tradition de common law/copyright que l'on observe la plus grande réserve face à la quali-

49. A. Strowel, *Droit d'auteur et copyright – Divergences et convergences* (Bruxelles, Bruylant, 1993), aux p. 123-124 (références omises).

fication du droit d'auteur comme propriété. Une multitude d'écrits sur le sujet depuis une vingtaine d'années, tant en Angleterre qu'aux États-Unis, fouille profondément les débats historiques des premières heures et apporte un éclairage contemporain qui fait une place de choix à l'aspect « monopole » du droit<sup>50</sup>. Il devient quelque peu paradoxal d'observer que la contestation du statut de propriété serait comparativement moins forte aujourd'hui en France, c'est-à-dire dans un pays où ce concept de propriété serait pourtant plus rigide et donc moins accommodant qu'en Angleterre.

Les débats sur la nature de propriété du droit d'auteur se retrouvent essentiellement dans des discussions doctrinales. Cependant, on ne saurait dire qu'ils ont lieu en vase clos. Certes, la jurisprudence y fait parfois écho ; mais rares sont les tribunaux qui sont appelés à camper directement les litiges qui leur sont soumis dans de tels enjeux<sup>51</sup>. Ce dialogue peu soutenu entre doctrine et jurisprudence ne devrait toutefois pas occulter un troisième participant à cette conversation : le législateur.

#### 4. La terminologie législative

En effet, les termes que choisit un législateur pour désigner le « droit d'auteur » et sa « propriété » sont susceptibles de révéler un positionnement assez officiel sur la question de la nature du droit d'auteur. Voilà pourquoi il pourrait s'avérer utile de recenser le vocabulaire que le législateur a choisi au fil du temps pour parler de droit d'auteur. Cette terminologie pourra être comparée à celle que la doctrine a utilisée afin de voir s'il existe une corrélation quelconque entre les réflexions doctrinales et l'énoncé législatif du droit. L'objectif étant d'apprécier le bilinguisme et le bijuridisme du droit d'auteur

50. Il est impossible de tout citer. Outre tous les textes de copyright, tant britanniques que canadiens, qui ont été ici mentionnés, on peut également se référer à P. Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property* (Aldershot, Dartmouth Publishing Ltd, 1996), surtout aux p. 210-219.

51. On pense ici à l'affaire *Compo* : « ... copyright law is neither tort law nor property law in classification, but is statutory law. It neither cuts across existing rights in property or conduct nor falls between rights and obligations heretofore existing in the common law. Copyright legislation simply creates rights and obligations upon the terms and in the circumstances set out in the statute. This creature of statute has been known to the law of England at least since the days of Queen Anne when the first copyright statute was passed. It does not assist the interpretive analysis to import tort concepts. The legislation speaks for itself and the actions of the appellant must be measured according to the terms of the statute. » : *Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 R.C.S. 357.

---

canadien issu du droit britannique, la terminologie française sera étudiée avant celle du droit britannique et du droit canadien.

#### 4.1 Terminologie française

Les développements législatifs français en matière de droit d'auteur ont connu essentiellement deux grandes périodes : l'époque révolutionnaire et la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle. Il devient alors aisé d'identifier des évolutions terminologiques.

Compte tenu des débats politiques de l'époque, on ne sera pas surpris de constater que le vocabulaire législatif français des premières heures du droit d'auteur soit empreint de références à la propriété. Si le titre du premier des deux décrets-lois fondateurs, *Décret relatif aux spectacles* de 1791, ne renvoie ni au droit d'auteur ni à la propriété comme le second, *Décret relatif aux droits de propriété des auteurs d'écrits en tout genre, des compositeurs de musique, des peintres et des dessinateurs* de 1793, en revanche les textes des deux décrets font référence aux « propriétaires de leurs ouvrages<sup>52</sup> », à la « propriété » et au « propriétaire<sup>53</sup> ». Quelque dix ans plus tard, un *Décret concernant les droits des propriétaires d'ouvrages posthumes* de 1805 parle encore de « propriétés littéraires » et de « propriétaires »<sup>54</sup>. Son régime est étendu aux « propriétaires d'ouvrages dramatiques posthumes » l'année suivante<sup>55</sup>. En dernier lieu, on peut mentionner le *Décret contenant règlement sur l'imprimerie et la librairie* de 1810, où il est question du « droit de propriété [qui] est garanti à l'auteur et à sa veuve<sup>56</sup> ».

Contrairement à ces premiers temps du droit d'auteur français, l'époque contemporaine n'est pas marquée par le désir de se distinguer de l'époque des privilèges royaux : assez de temps s'est écoulé depuis l'époque révolutionnaire pour rendre cet aspect du débat obsolète. Toutefois, les textes actuels demeurent le reflet de l'hésitation entre la qualification de propriété et celle d'un droit dont la place dans le concept de propriété ne va pas nécessairement de soi.

---

52. *Décret relatif aux spectacles*, art. 5.

53. *Décret relatif aux droits de propriété des auteurs d'écrits en tout genre, des compositeurs de musique, des peintres et des dessinateurs*, art. 1 et 5. Voir aussi le Décret interprétatif de celui du 19 juillet 1793 qui assure aux auteurs et artistes la propriété de leurs ouvrages.

54. *Décret concernant les droits des propriétaires d'ouvrages posthumes*, 1<sup>er</sup> considérant et article 1.

55. *Décret concernant les théâtres* de 1806, art. 12.

56. *Décret contenant règlement sur l'imprimerie et la librairie*, art. 39.

Le texte fondamental, encore aujourd'hui, demeure la *Loi sur la propriété littéraire et artistique* de 1957, où l'on déclare que l'auteur jouit « d'un droit de propriété incorporelle exclusif »<sup>57</sup>. Puisqu'il appartient à l'auteur, ce droit se compose de « droits des auteurs » ou de « droits de l'auteur » qui incluent des « droits patrimoniaux » et des « droits intellectuels et moraux ». Les références à la propriété n'ont cependant pas disparu : il est toujours question de « propriété incorporelle », de « droits de propriété des auteurs d'écrits en tout genre » (reprise du titre du décret de 1793), de « droits des propriétaires d'ouvrages posthumes » (reprise du titre du décret de 1805), et de « propriété des ouvrages littéraires et artistiques ». Bref, l'ancien vocabulaire persiste, mais il côtoie de nouvelles expressions.

Deux temps forts ont suivi la loi de 1957. Tout d'abord, il y a eu les amendements de 1985 pour procéder à certaines mises à jour, dont surtout l'introduction d'un régime de droits voisins. Le titre de la loi modificatrice est *Loi relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle*. On n'y traite que de « droit d'auteur » au singulier ou au pluriel, de « droits d'exploitation », ou de « droits patrimoniaux ». On pourrait ainsi être porté à croire que les notions liées à la propriété ont perdu du terrain.

Ce serait oublier l'autre développement législatif d'importance : la codification des diverses lois de propriété intellectuelle en 1992 dans un *Code de la propriété intellectuelle*. Certes, si l'on cherche à amalgamer le droit d'auteur avec la propriété industrielle, il faut bien trouver une dénomination parapluie et celle de « propriété intellectuelle » est la plus commune. D'ailleurs, elle n'a pas empêché le maintien de l'ancienne terminologie : la première partie du Code est consacrée à « La propriété littéraire et artistique » qui se divise, en un livre premier sur « Le droit d'auteur » et un livre deuxième sur « Les droits voisins du droit d'auteur » avant un livre troisième sur des dispositions générales communes aux deux types de droits. On pourrait même dire que la codification a clarifié les rapports entre les divers termes, la propriété littéraire et artistique étant l'expression qui chapeaute le droit d'auteur et les droits voisins.

La doctrine contemporaine française reflète ce va-et-vient législatif entre « propriété » et « droit d'auteur », quoique l'on dénote une préférence pour le terme propriété littéraire et artistique. Si le

---

57. Loi du 11 mars 1957, art. 1.

traité qui a dominé la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle, celui d'Henri Desbois, s'intitule *Le droit d'auteur en France*, plusieurs ouvrages postérieurs à celui-ci demeurent fidèles à l'appellation de propriété : le Précis Dalloz de Colombet<sup>58</sup>, le cours d'André Françon<sup>59</sup>, le mémento de Pierre Sirinelli<sup>60</sup>, le Précis de Pierre-Yves Gautier<sup>61</sup>, sans oublier, bien sûr, le traité des frères Lucas<sup>62</sup>. Le terme « droit d'auteur » n'a pas pour autant disparu : c'est celui qu'ont choisi André Bertrand<sup>63</sup>, Xavier Linant de Bellefonds<sup>64</sup> et, plus récemment, Frédéric Pollaud-Dulian<sup>65</sup>. Ce dernier explique d'ailleurs ainsi son choix :

C'est [...] une des raisons pour lesquelles nous préférons, pour désigner les droits qui naissent de la création d'œuvres de l'esprit, l'expression de « droit d'auteur » à celle, traditionnelle de « propriété littéraire et artistique » : elle a l'avantage de manifester l'originalité de ce droit.<sup>66</sup>

Malgré ces divergences quant au nom de la matière, une constante émerge : une nette préférence pour le terme « titulaire » pour désigner la personne qui détient les droits sur l'œuvre, le terme « propriétaire » étant davantage réservé à la propriété d'objets matériels.

Le mouvement pourrait être plus marqué, mais l'on ne peut que constater un abandon progressif de l'imaginaire de la propriété, certes plus lent dans la doctrine, en faveur d'un vocabulaire qui en fait abstraction. Les enjeux politiques n'étant pas les mêmes qu'à l'époque de la naissance du droit d'auteur, on ne saurait retrouver aujourd'hui la même détermination de changement que lorsqu'il était question de se distinguer du régime des privilèges. D'ailleurs, les distinctions théoriques entre droit d'auteur et droits voisins, qui sont propres aux pays de tradition de droit d'auteur, engendrent la nécessité de trouver un terme qui unit ces deux concepts afin de les opposer à la propriété industrielle qui, elle aussi, recouvre plusieurs

58. C. Colombet, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 9<sup>e</sup> éd. (Paris, Dalloz, 1999).

59. A. Françon, *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle* (Paris, Les Cours de droit, 1999).

60. P. Sirinelli, *Propriété littéraire et artistique*, 2<sup>e</sup> éd. (Paris, Dalloz, 2003).

61. P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 5<sup>e</sup> éd. (Paris, P.U.F., 2004).

62. A. Lucas et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2<sup>e</sup> éd. (Paris, Litec, 2001).

63. A. Bertrand, *Le droit d'auteur et les droits voisins*, 2<sup>e</sup> éd. (Paris, Dalloz, 1999).

64. X. Linant de Bellefonds, *Droits d'auteur et droits voisins*, 2<sup>e</sup> éd. (Paris, Dalloz, 2004).

65. F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur* (Paris, Economica, 2005).

66. *Ibid.*, p. 43, n<sup>o</sup> 55.

types de droits. Une telle préoccupation est absente de la recherche terminologique britannique.

#### 4.2 Terminologie britannique

En Angleterre, la situation se présente différemment. L'évolution est graduelle, mais palpable.

Le titre de la Loi sur la Reine Anne ne comprend ni propriété ni « copyright », quoiqu'il y soit question de « copies » : *An Act for the Encouragement of Learning, by vesting the Copies of printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies, during the times therein mentioned*. Les titres des lois qui ont immédiatement suivi la Loi de la Reine Anne sont fortement inspirés par son libellé : *An Act for the Encouragement of the Arts of designing, engraving, and etching Historical and other Prints, by vesting the Properties thereof in the Inventors and Engravers, during the Time therein mentioned*<sup>67</sup> ; *An Act to amend and render more effectual an Act made in the Eighth Year of the Reign of King George the Second, for the Encouragement of the Arts of designing, engraving, and etching Historical and other Prints ; and for vesting in and securing to Jane Hogarth, Widow, the Property in certain Prints*<sup>68</sup> ; *An Act for enabling the Two Universities in England, the Four Universities in Scotland, and the several colleges of Eton, Westminster, and Winchester, to hold in perpetuity their Copyright in Books, given or bequeathed to the said Universities and Colleges, for the Advancement of useful Learning and other Purposes of Education, and for amending so much of an Act of the Eighth Year of the Reign of Queen Anne as relates to the Delivery of Books to the Warehouse-keeper of the Stationers Company, for the Use of the several Libraries therein mentioned*<sup>69</sup> ; *An Act for more effectually securing the Property of Prints to Inventors and Engravers, by enabling them to sue for and recover Penalties in certain Cases*<sup>70</sup> ; *An Act to amend and render more effectual an Act of His present Majesty, for encouraging the Arts of making New Models and Casts of Busts, and other things therein mentioned ; and for giving further Encouragement to such Arts*<sup>71</sup>.

Si l'on fait exception de la mention de « copyright » dans la loi relative aux universités et de la loi sur les sculptures, ces lois utilisent toutes l'expression de « property ».

67. (1734) 8 Geo. II, c. 13.

68. (1766) 7 Geo. III, c. 38.

69. (1775) 15 Geo. III, c. 53.

70. (1777) 17 Geo. III, c. 57.

71. (1814) 54 Geo. III, c. 56.

On pourrait d'ailleurs classer cette loi sur les sculptures, qui date du début du XIX<sup>e</sup> siècle, parmi celles d'une époque charnière où s'effectue le tournant décisif vers l'expression « copyright ». En effet, le texte suivant qui a été voté par le Parlement s'est intitulé : *An Act to amend the Laws relating to Dramatic Literary Property*<sup>72</sup>. C'est le seul à faire directement écho à la tournure française de « propriété littéraire ». Puis, le titre de la loi suivante se distingue nettement des autres : *An Act for preventing the Publication of Lectures without consent*<sup>73</sup>. Par la suite, les lois allaient toutes comporter le terme « copyright » dans leurs titres<sup>74</sup>.

Les titres des ouvrages britanniques contemporains affichent une même préférence pour « copyright » pour désigner le droit d'auteur et ce, depuis fort longtemps. Depuis la première édition de Copinger en 1870<sup>75</sup>, les livres uniquement consacrés au droit d'auteur portent sur le « copyright » pour désigner le droit anglais<sup>76</sup>. Lorsqu'il est question de droit d'auteur et des droits de propriété industrielle, l'usage anglais rejoint la terminologie française et emploie le terme « intellectual property »<sup>77</sup>. Puisqu'on ne rencontre plus l'expression « literary and artistic property », l'emploi de « intellectual property » dans ces circonstances ne véhicule pas le débat à la française de la *propriété* littéraire et artistique.

72. (1833) 3 & 4 Will. IV, c. 15.

73. (1835) 5 & 6 Will. IV., c. 65.

74. *The Prints and Engravings Copyright Act*, (1836) 6 & 7 Will. IV, c. 59 ; *An Act for securing to Authors, in certain Cases, the Benefit of International Copyright*, (1838) 1 & 2 Vict., c. 59 ; *The Copyright Act*, (1842) 5 & 6 Vict., c. 45 ; *An Act to amend the Law relating to International Copyright*, (1844) 7 & 8 Vict., c. 12 ; *The Colonial Copyright Act*, (1847) 10 & 11 Vict., c. 95 ; *International Copyright Act*, (1852) 15 & 16 Vict., c. 12 ; *Fine Arts Copyright Act*, (1862) 25 & 26 Vict., c. 68 ; *The International Copyright Act*, (1875) 38 & 39 Vict., c. 12 ; *The Canada Copyright Act*, (1875) 38 & 39 Vict., c. 12 ; *The Canada Copyright Act*, (1875) 38 & 39 Vict., c. 53 ; *Copyright (Musical Compositions) Act*, (1882) 45 & 46 Vict., c. 40 ; *International Copyright Act*, (1886) 49 & 50 Vict., c. 33 ; *Copyright (Musical Compositions) Act*, (1888) 51 & 52 Vict., c. 17 ; *An Act to amend and consolidate the Law relating to Copyright*, (1911) 1 & 2 Geo V, c. 46 ; *Copyright Act*, (1956) 4 & 5 Eliz. II, c. 14 ; *Copyright, Designs and Patents Act 1988*, 1988, c. 48.

75. W. A. Copinger, *The law of copyright, in works of literature and art : including that of the drama, music, engraving, sculpture, painting, photography, and ornamental and useful designs : together with international and foreign copyright, with the statutes relating thereto, and references to the English and American decisions* (Londres, Stevens and Haynes, 1870).

76. H. Laddie, P. Prescott & M. Vitoria, *The Modern Law of Copyright and Designs*, 2<sup>e</sup> éd. (Londres, Butterworths, 1995) ; J. A. L. Sterling & M. C. L. Carpenter, *Copyright Law in the United Kingdom and the Rights of Performers, Authors and Composers in Europe* (Londres, Legal Books Pty Ltd, 1986).

77. W. R. Cornish et D. Llewelyn, *Intellectual Property : Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, 5<sup>e</sup> éd. (Londres, Sweet & Maxwell, 2003) ; L. Bently et B. Sherman, *Intellectual Property Law*, 2<sup>e</sup> éd. (Oxford, Oxford University Press, 2004).

### 4.3 Terminologie canadienne

Le propre de la terminologie canadienne en droit d'auteur, bien sûr, est d'être ici bilingue. C'est en outre un bilinguisme qui découle de la traduction en français de lois qui sont inspirées des lois britanniques. Cela devrait donc signifier que le vocabulaire anglais est susceptible de refléter ce qui a cours dans les lois britanniques et que le vocabulaire français, devant d'abord être fidèle au texte anglais, serait moins porteur du débat français sur la propriété littéraire et artistique tout en étant néanmoins en harmonie avec la terminologie française des différentes époques.

Les titres anglais des lois canadiennes sur le droit d'auteur ont toujours utilisé le terme « copyright ». La seule nuance à remarquer est dans l'orthographe. Les deux premières lois épellent le mot « Copy Rights<sup>78</sup> », tandis que la troisième, en 1847, met un trait d'union entre ces deux composantes<sup>79</sup>. Par la suite, « copyright » est toujours en un mot. Autre observation : à part la loi de 1847 et celle de 1873, le mot « copyright » est au pluriel jusqu'à la loi de 1889, loi à partir de laquelle le terme est au singulier.

Les titres français, quant à eux, offrent une situation plus complexe. Jusqu'à 1889, le législateur hésite entre « propriété littéraire »<sup>80</sup>, « propriété littéraire et artistique »<sup>81</sup>, et « droits d'auteur »<sup>82</sup>, terme employé au pluriel jusqu'en 1921. On constate que le terme « droits d'auteur » apparaît assez tôt, dès la deuxième loi, mais qu'il fait face à la concurrence de la « propriété » pendant plus de cinquante ans au dix-neuvième siècle, alors que la notion de propriété privée était des plus importantes.

78. *An Act for the Protection of Copy Rights*, (1832) 2 Will. 4, c. 53 ; *An Act for the Protection of Copy rights in this Province*, (1842) 4 & 5 Vict., c. 61.

79. *An Act to Extend the Provincial Copy-right to persons resident in the United Kingdom, on certain conditions*, (1847) 11 Vict., c. 28.

80. *Acte pour protéger la propriété littéraire*, (1832) 2 Will. 4, c. 53 ; *Acte pour imposer un droit sur les impressions étrangères des ouvrages britanniques soumis au droit de propriété littéraire*, (1850) 13 & 14 Vict., c. 6.

81. *Acte concernant la propriété littéraire et artistique*, (1868) 31 Vict., c. 54 ; *Acte concernant la propriété littéraire et artistique*, (1875) 38 Vict., c. 88 ; *Acte concernant la propriété littéraire et artistique*, (1886) 49 Vict., c. 62.

82. *Acte pour protéger les Droits d'Auteurs dans cette Province*, (1842) 4 & 5 Vict., c. 61 ; *Acte pour étendre l'Acte Provincial des Droits d'Auteur aux personnes résidant dans le Royaume Uni, à certaines conditions*, (1847) 11 Vict., c. 28 ; *Acte concernant les droits d'auteurs*, (1859) 22 Vict., c. 81 ; *Acte modifiant l'Acte concernant les droits d'auteur, chapitre soixante-deux des Statuts révisés*, (1889) 52 Vict., c. 29.

Dans les textes des lois, les concordances ne sont pas constantes, c'est-à-dire que le mot « copyright », qui est le seul à figurer dans les titres anglais, est donc traduit par trois expressions différentes en français et que l'on n'utilise pas toujours uniquement les mêmes termes en français dans le texte que ceux des titres des lois. Ainsi, il n'est pas anormal que le titre soit traduit par « propriété littéraire et artistique », mais que le texte réfère au « droit d'auteur »<sup>83</sup> et vice-versa<sup>84</sup>.

En ce qui concerne la référence à la propriété du droit d'auteur, la date charnière est 1921 dans les deux langues. Cependant, les évolutions respectives n'ont pas été identiques. En anglais, on observe un lent passage du terme « proprietor » et ses dérivés vers « owner » ; dès 1859, les termes peuvent même coexister dans la même loi<sup>85</sup>. Le vocabulaire français fait preuve de moins d'hésitation. À part la loi de 1868 qui emploie également le terme « possesseur »<sup>86</sup>, c'est le mot « propriétaire » qui est toujours utilisé. Cette seule référence à la possession semble toutefois avoir marqué le législateur puisque c'est ce terme qui est choisi en 1921 pour traduire « ownership », alors que « titulaire », et non « possesseur », correspond à « owner »<sup>87</sup>.

La tendance lourde en droit canadien est donc en faveur d'une terminologie qui s'éloigne du vocable de « propriété » dans les deux langues. Les ouvrages de doctrine contemporains sont à l'image de ce mouvement. Que ce soit en anglais<sup>88</sup> ou en français<sup>89</sup>, on utilise les expressions qui ne comportent pas de connotation de « propriété »,

83. Voir les lois mentionnées, *supra*, à la note 81.

84. *Acte modifiant l'Acte concernant les droits d'auteur, chapitre soixante-deux des Statuts révisés*, (1889) 52 Vict., c. 29 ; *Loi concernant les droits d'auteur*, (1906) S.R., c. 70.

85. *An Act respecting Copyrights*, (1859) 22 Vict., c. 81 ; *An Act respecting Copyrights*, (1868) 31 Vict., c. 54 ; *An Act respecting Copyrights*, (1886) 49 Vict., c. 62 ; *An Act respecting Copyright*, (1906) S.R., c. 70.

86. *Acte concernant la propriété littéraire et artistique*, (1868) 31 Vict., c. 54. On parle même du « possesseur ou des possesseurs du droit de propriété » : art. 10 et 11.

87. La loi modificatrice de 1931 a toutefois introduit les termes « possesseur » et « détenteur » de droit d'auteur dans certaines dispositions : *Loi modifiant la Loi du droit d'auteur*, (1931) 21 & 22 Geo V, c. 8, art. 7.

88. J.S. McKeown, *Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4<sup>e</sup> éd. (Toronto, Carswell, 2003) ; D. Vaver, *Copyright Law* (Toronto, Irwin Law, 2000) ; S. Handa, *Copyright Law in Canada* (Markham, Butterworths, 2002) ; H.G. Richard et L. Carrière, *Canadian Copyright Act Annotated* (Toronto, Carswell, 2005).

89. J. Boncompain, *Le droit d'auteur au Canada* (Montréal, Le Cercle du Livre de France, 1971) ; N. Tamaro, *Le droit d'auteur- Fondements et principes* (Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1994).

sauf lorsque l'on veut faire référence au droit d'auteur *avec* les autres droits de propriété intellectuelle<sup>90</sup>.

En fait, que ce soit au Canada, au Royaume-Uni, ou en France, le vocabulaire législatif du droit d'auteur prend ses distances par rapport à la propriété. Il n'est pas surprenant d'observer une utilisation plus prolongée du vocable « propriété littéraire et artistique » en France : les origines du droit contemporain demeurent liées aux revendications révolutionnaires du droit de propriété. Cette dimension historique précise est absente du droit britannique et, par le fait même, du droit canadien.

## 5. Conclusion

De plus en plus, ainsi, on assiste à un refus d'analyser la propriété intellectuelle en terme de propriété : « The categorization of intellectual property rights as property ... has also been criticized as too simplistic in its approach : the idea of absolute property rights was abandoned in several Western countries in the mid-twentieth century »<sup>91</sup>. Sans aller jusqu'à l'abandon complet du droit de propriété, ce qui constituerait une relecture des événements qui ne s'est pas encore véritablement traduite dans l'imaginaire collectif et la réalité sociale, on pourrait peut-être parler d'une certaine fusion des concepts de « propriété » et de « monopole » :

But the intellectual property right is not itself a right of property over the things you use or things you produce, though they may indeed be yours as well. The intellectual property right focuses on, and seems almost to be exhausted in, the very privilege itself. It is almost so, but not quite – the conceptual structure on careful analysis will prove to be one according to which you have the privilege as a consequence of your ownership of the copyright or the patent.<sup>92</sup>

D'ailleurs, la signification même de « propriété » est devenue de plus en plus multiforme, au point où l'on pourrait dire qu'on peut lui donner le sens que l'on veut :

90. D. Vaver, *Intellectual Property Law* (Toronto, Irwin Law, 1997). On pense ici également aux titres des trois revues canadiennes spécialisées dans le domaine – *Intellectual Property Journal*, *Cahiers de propriété intellectuelle*, *Canadian Intellectual Property Review* – ainsi qu'à la série *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle* qui est publiée par le Barreau du Québec.

91. I. Rahnasto, *Intellectual Property Rights, External Effects, and Anti-trust Law* (Oxford, Oxford University Press, 2003), à la p. 60, n° 2.105.

92. N. McCormick, « On the Very Idea of Intellectual Property : an Essay according to the Institutional Theory of Law », [2002] *I.P.Q.* 227, à la p. 234.

To protect the notion of absolute ownership in a world in which actual ownership rights are fragmented, simply redefine each fragment as a species of property and assign it to an owner. If the owner cannot do much with it, that limit may be said to be inherent in the thing owned, « repugnant », as the lawyers say, « to its nature. » Or one can frankly recognize the partial nature of the right, but suppose that it flows from some contract, either a real or fictitious contract, or one implied for the convenience of civil society, among owners to surrender some share of their full rights.<sup>93</sup>

La force symbolique de la propriété est tenace :

The institutions of modern capitalism, especially the business corporation, with its modes of collective production and fragmentary rights distributed among innumerable owners and controllers, should –legal writers and social theorists keep predicting– lead to general abandonment of “property” as a strong normative term of public discourse, to acknowledgment of the “disintegration” of property. But of course nothing of the sort has happened. The core image of absolute dominion, the owner in undisturbed enjoyment of his physical things, is too compelling. It still offers something to everyone : security, autonomy, expressive freedom, protection from arbitrary encroachment or restraint, participation as an equal in economic and civic life, both apology for the status quo and a promise of emancipation from it. For the great, it symbolizes protection from expropriation and regulation ; for the smallholder, independence and a patrimony to trade into wealth ; for the artisan, control over work and its product ; even for the propertyless, a claim for more equal distribution, or at least for secure entitlement to welfare benefits.<sup>94</sup>

Malgré les remises en question de part et d'autre, le vocabulaire, avec son pouvoir évocateur, demeure tant dans le système de droit d'auteur que dans celui de copyright. Il faut toutefois être conscient que l'appellation « propriété » relève de plus en plus, dans les deux systèmes, d'un raccourci suggestif qui permet à tout un chacun de lui prêter la portée qu'il veut.

93. R.W. Gordon, « Paradoxical Property », dans J. Brewer et S. Staves, dir., *Early Modern Conceptions of Property* (Londres, Routledge, 1995), p. 95, à la p. 106.

94. *Ibid.*, aux p. 107-108.