

## PRÉSENTATION

*Il se mit à siffloter une rengaine de son pays qui,  
une fois traduite, n'avait plus aucun sens, mais  
cela n'avait pas beaucoup d'importance, car il en  
avait oublié les paroles.*

– Louis GAUTHIER, *Les aventures de Sivis Pacem  
et de Para Bellum – Tome 1*  
(Montréal : Fides, 1970), à la page 40.

*La musique est, comme les belles lettres, un moyen  
d'élever notre esprit, de lui faire goûter la saveur  
du bon et du beau jusqu'à la Bonté et la Beauté  
suprêmes, c'est-à-dire jusqu'à Dieu.*

– Amédée GASTOUÉ, musicologue et  
compositeur français (1873-1943)

Pour ce numéro de mai, un contenu un peu spécial puisqu'à la désormais traditionnelle revue de certaines décisions d'intérêt rendues en 2011 dans le domaine de la PI et des TIC<sup>1</sup> se greffent plusieurs articles sur l'œuvre orpheline<sup>2</sup>, et ce, de divers horizons.

1. J'allais écrire TI (technologies de l'information, terme défini par l'OQLF comme « ensemble des matériels, logiciels et services utilisés pour la collecte, le traitement et la transmission de l'information ») mais on m'a fait remarquer que ça faisait un peu « support informatique ». Qu'à cela ne tienne, moderne, j'ai voulu opter pour NTIC (nouvelles technologies de l'information et de la communication, terme autrement défini par l'OQLF comme « ensemble des technologies issues de la convergence de l'informatique et des techniques évoluées du multimédia et des télécommunications, qui ont permis l'émergence de moyens de communication plus efficaces, en améliorant le traitement, la mise en mémoire, la diffusion et l'échange de l'information »), mais des membres du comité de lecture m'ont indiqué que ça faisait ringard (pas le nom, l'adjectif) puisque plus si nouvelles que cela ou toujours nouvelles, selon le point de vue. On m'a suggéré fortement « TIC » mais, tac, j'ai un blocage disneyien. Docile, je me soumetts, notant toutefois que l'OQLF donne pour synonyme à TIC, NTI et NTIC...
2. « Tout le monde ne peut pas être orphelin. » : Jules Renard, *Poil de carotte* (Paris : Flammarion/J'ai lu, 1957 (1894)), à la page 179 [Coup de théâtre, Scène V, Poil de carotte, Au fond d'un placard. Dans sa bouche, deux doigts ; dans son nez, un seul.]

Quoiqu'elle varie d'un système à l'autre, une œuvre dite « orpheline »<sup>3</sup> s'entend généralement d'une œuvre dont on ne peut retrouver les ayants droit après des recherches raisonnables : « Les œuvres orphelines sont devenues importantes avec la numérisation du patrimoine culturel, car cette numérisation permet d'envisager leur exploitation dans des conditions économiques viables, ce qui n'était souvent pas le cas auparavant »<sup>4</sup>. Les différentes problématiques liées à l'œuvre orpheline<sup>5</sup> sont d'ailleurs superbement exposées dans le billet que commet Ghislain Roussel<sup>6</sup>.

Florence-Marie Piriou<sup>7</sup> présente le projet de Directive sur les œuvres orphelines et son harnachement au droit français alors que Alexandra Bensamoun<sup>8</sup> traite, elle, de l'approche française des œuvres orphelines<sup>9</sup>. L'expérience nordique de la diffusion en ligne et le régime de licence collective étendue dans le cas d'œuvres orphelines est illustrée par Jan Rosén<sup>10</sup>.

La récente législation hongroise sur l'utilisation des œuvres orphelines<sup>11</sup> est abordée par Mihály Ficsor<sup>12</sup> en grand contraste avec le statu quo prévalant dans le monde arabe, tel que décrit, avec un rappel poétique, par Souheir Nadde-Phlix<sup>13</sup>.

3. « Je ne défendrais point la veuve et je n'attaquerai point l'orphelin . Plus de toge, plus de stage Voilà ma radiation obtenue. » : Victor Hugo, *Les misérables*, tome 3 (Paris : J. Hetzel et A. Lacroix, 1865 (1862)), à la page 363 (Oraison funèbre de Blondeau, par Bossuet). Dans la même veine : « Il n'y aurait pas besoin d'avocats pour défendre la veuve et l'orphelin, s'il n'y avait pas d'abord d'avocats qui les attaquent. » : Alphonse Karr, *Les Guêpes – Quatrième série*, (Paris : Michel Levy Frères, 1874 (Juillet 1843)), à la page 299.
4. Eh oui, une définition tirée de Wikipédia, juste pour faire râler les puristes !
5. « Nous sommes les inconsolables orphelins des mesures du passé » : Denis Guedj, *Le mètre du monde*, (Paris : Seuil/Points, 2003 (2000)), à la page 34.
6. Avocat, président des Cahiers de propriété intellectuelle.
7. Docteure en droit, Sous-directrice Sofia (Société française des intérêts des auteurs de l'écrit).
8. Maître de conférences HDR, directrice du Master 2, Droit des nouvelles propriétés, Université Paris-Sud XI (faculté Jean-Monnet).
9. Laquelle n'a rien à voir avec le film canadien *Orphan* de Jaume-Collet-Serra (Warner Brothers, 2009) hybride entre le suspense psychologique et le film d'horreur ou de la pièce de théâtre *Orphelins* de Dennis Kelly mise en scène de Maxime Dénoyée (La manufacture, 2012).
10. LL.D, professeur de droit privé, Faculté de droit de l'Université de Stockholm. Texte traduit par Ghislain Roussel.
11. « Qui tue un taureau rend orphelin un veau » : Philippe Bouvard, *Mille et une pensées*, (Paris, Le Cherche-Midi, 2005).
12. Membre du conseil d'administration du Conseil hongrois d'experts sur le droit d'auteur et précédemment sous-directeur général de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle ; texte traduit par Ghislain Roussel.
13. Chercheuse, Institut Max-Planck pour la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence, Munich, Allemagne.

Daniel Gervais<sup>14</sup> et David R. Hansen<sup>15</sup> nous livrent une analyse quantitative et qualitative, d'un point de vue états-unien, du problème des œuvres orphelines.

On est loin des romans *Oliver Twist*<sup>16</sup> et *Sans famille*<sup>17</sup> !

Intermezzo<sup>18</sup>.

Marie-Pier Luneau<sup>19</sup> nous brosse un portrait d'un remarquable oublié<sup>20</sup> Louvigny de Montigny, cet « intraitable cerbère », protecteur de la propriété littéraire et artistique<sup>21</sup> et pourfendeur du piratage

- 
14. Professeur de droit à la Faculté de droit de l'université Vanderbilt (FedEx Research) et co-directeur du Vanderbilt Intellectual Property Program.
  15. Digital Library Fellow à la Faculté de droit de l'Université Berkeley.
  16. « Olivier criait de toute sa force. S'il eût pu savoir qu'il était orphelin, abandonné à la tendre compassion des marguilliers et des inspecteurs, peut-être eût-il crié encore plus fort. » : Charles Dickens, *Oliver Twist* (Paris : Hachette, 1858 (1837) ; traduction d'Alfred Gérardin), à la page 3. On ne retrouve pas un passage aussi joliment dans l'adaptation en bande dessinée de Olivier Deloye et Loïc Dauvillier (Paris : Delcourt, 2007-2008) ou dans le *Fagin le juif (Fagin the Jew)* de Will Eisner (Paris : Delcourt, 2004), non plus que dans la comédie musicale *Oliver !* de Lionel Bart (1960) ou le film franco-tchèque-britannico-italien réalisé par Roman Polanski (2005), *Oliver et Compagnie*, ni dans le long-métrage d'animation de Walt Disney Pictures (1988), ou dans *Les nouvelles aventures d'Oliver Twist*, série de dessins animés réalisée par Bruno Bianci (Saban/Kero Video, 1996). Comme quoi le domaine public sert de matériel « pas cher ».
  17. Hector Malot, *Sans famille* (Paris : Dentu, 1878) qui donnera lieu notamment (orphelin ne veut pas dire sans progéniture) à une série animée japonaise *Rémi sans famille* (1997), des séries télévisées dont celle de Jean-Daniel Verhaeghe (2000), sans compter les adaptations cinématographiques de Georges Monca (1925), Marc Allégret (1943) et André Michel (1958) ou la bande dessinée éponyme en six volumes de Yann Dégruel (Paris : Delcourt : 2004-2008) [à ne pas confondre avec le *Sans famille* de Roberto Baldazzini (Dynamite, 2005)].
  18. J'hésitais entre « Interlude » qui, au sens musical, est une courte pièce exécutée entre deux autres plus importantes (et c'est masculin singulier) et « intermède », « ce qui interrompt qqch, sépare dans le temps deux choses de même nature » (Le Petit Robert 2012, et c'est aussi masculin). J'ai finalement opté pour le « intermezzo », le mouvement de liaison dans une œuvre musicale parce que je trouvais cela plus apte.
  19. Professeure agrégée au Département des lettres et communications de l'Université de Sherbrooke ; codirectrice du Groupe de recherches et d'études sur le livre au Québec (GRÉLQ) et, surtout, auteure de *Louvigny de Montigny – à la défense des auteurs* (Montréal : Leméac, 2011), 221 pages, ISBN : 978-2-7609-06004 dont on aura pu lire le compte rendu à 24 :1 CPI 191...
  20. Pour emprunter au titre de l'émission radiophonique radio-canadienne de l'historien Serge Bouchard.
  21. Tel que connue entre S.C. 1875, c. 88, *Acte concernant la propriété littéraire et artistique* (dont l'article 21 est à l'effet « Citant le présent acte, il suffira de dire « l'Acte de 1875 sur la propriété littéraire et artistique » et S.C. 1886, c. 82, *Acte concernant la propriété littéraire et artistique* dont l'article 1 est à l'effet que « Le présent acte pourra être cité sous le titre *Acte concernant le droit d'auteur*. »

et de la contrefaçon et qui a été l'instigateur de plusieurs recours judiciaires<sup>22</sup>, « il affirmait avoir intenté 480 procès et les avoir tous gagnés au cours des cinquante années passées au service des auteurs français »<sup>23</sup>.

Et la revue de la jurisprudence canadienne de 2011<sup>24</sup>.

De cinq en cinq : Vincent Bergeron<sup>25</sup> fait un survol de cinq décisions d'intérêt en matière de technologie de l'information alors que René Pepin<sup>26</sup> présente cinq décisions notables en droit d'auteur. Dans le domaine des marques de commerce, François Larose<sup>27</sup> commente cinq<sup>28</sup> décisions d'intérêt de la Commission des oppositions et Florence Lucas<sup>29</sup> analyse cinq décisions en matière de vie privée.

Enfin, une capsule de A. Sasha Mandy<sup>30</sup> sur une récente affaire canadienne<sup>31</sup> en matière de brevets et d'octroi de dommages punitifs et un compte rendu de Olivier Charbonneau<sup>32</sup> de l'ouvrage *Entre l'art, l'invention et la nourriture : la propriété intellectuelle des recettes au Canada*<sup>33</sup>.

- 
22. Dont on retiendra notamment : *Mary c. Hubert* (1906), 29 C.S. 334 ; conf. (1906), 15 B.R. 381 *Montigny c. Asselin* (1948), 7 Fox Pat. C. 192 (C. d'É.) ; *Montigny c. Le Gouriadec* [1940] D.A. 92 (Cour des Sessions du Québec) ; *Montigny c. Cousineau* ([1948] R.C.É. 330 ; inf. [1950] R.C.S. 297) et *Durand & Cie c. La Patrie Publishing Co Limited* (1959), 32 C.P.R. 1 (C. d'É.) ; inf. [1960] R.C.S. 649.
23. Pierre Tisseyre « Nécessité de sanctions dissuasives en droit d'auteur. Le rôle joué par Louvigny de Montigny », (1983), 3 :3 *Revue canadienne du droit d'auteur* 7.
24. Les revues ça se fait généralement en début d'année, pas « au mois de mai, manteau jeté ». Mais voilà, les impératifs de dates de tombée font en sorte que pour le numéro de janvier, l'année à commenter n'est pas encore terminée et qu'à moins d'envisager un hors-série annuel, il ne reste que le mois de mai.
25. Avocat au bureau de Québec de ROBIC, S.E.N.C.R.L., un cabinet multidisciplinaire d'avocats et d'agents de brevets et de marques de commerce.
26. Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.
27. Avocat et associé chez Bereskin & Parr.
28. Généreux, l'auteur fait également état de cinq autres décisions, illustrant que « choisir c'est mourir un peu ».
29. Avocate au cabinet Gowling Lafleur Henderson S.E.N.C.R.L., S.R.L. ; membre du conseil d'administration des *CPI*.
30. Avocat et ingénieur junior de ROBIC, S.E.N.C.R.L., un cabinet multidisciplinaire d'avocats et d'agents de brevets et de marques de commerce.
31. *Eurocopter c. Bell Helicopter Textron Canada Limitée* 2012 CF 113 ; en appel A-74-12.
32. Bibliothécaire professionnel à l'Université Concordia, candidat au doctorat en droit à l'Université de Montréal.
33. Gaëlle BEAUREGARD, *Entre l'art, l'invention et la nourriture : la propriété intellectuelle des recettes au Canada*, (Cowansville : Éditions Yvon Blais, 2011), xvi, 172 pages, ISBN 978-2-89635-662-1.

Et pour conclure, le perlier du quadrimestre qui « sa croix » (s'accroît) avec une vérification du « primitif » (plumitif) des procédures « contre les facteurs » (contrefacteurs), sans oublier une première divulgation « en république » (divulgation au public), un bondissant « les sauteurs de l'écrit » (auteurs de l'écrit), une administration « pudique » (publique) fédérale qui était presque aussi bonne qu'une Direction « ludique » (direction juridique)

« Despite some inaccuracies, the « crooks » (crux) of the decision could be found at paragraphs... »<sup>34</sup>, poursuivre les démarches auprès du Tribunal administratif du Québec et autres « intenses » (instances) si requis, « d'astuces » de la création » (plutôt que le situs de la création), la « super position » (superposition) des droits, un sous « le fait » (l'effet) de l'ordonnance et le dyslexique *free* « *from* » (*form*) *fitness* complèteraient les trouvailles. « Les notes ont la vie dure » pour « les mythes ont la vie dure ».

Et la jurisprudence n'est pas en reste : « Suivant les enseignements de la Cour d'appel dans l'affaire *Les Immeubles Paroli, s.e.n.c. c. Ville de Québec* [2009 QCCA 2376], les règlements de zonage doivent faire l'objet d'une interprétation théologique »<sup>35</sup> suivie du « Le terme anglais « copyright » est un des nombreux exemples d'un mot anglais dont l'emprunt a été considéré comme nécessaire – et finalement accepté – pour compléter le vocabulaire français spécialisé du droit d'auteur »<sup>36</sup>.

Et même un clin d'œil de la Cour suprême du Royaume uni<sup>37</sup> :

[48] We would uphold the judgments below very largely for the reasons that they give. But (at the risk of appearing humourless) we are not enthusiastic about the “elephant test” in para. [77] of the Court of Appeal’s judgment (“knowing one when you see it”). Any zoologist has no difficulty in recognising an

34. Et c'est moi qui ai signé la lettre ! Cela vaut bien les « droppings » (toppings) dans un sandwich que l'on présentait (et pour cause) comme distinctif ...

35. *Centres de la jeunesse et de la famille Bayshaw c. Dorval*, 2011 QCCS 4685 (C.S. Qué. ; 2011-09-07), la juge Nantel au paragraphe 60. Coquille qui est par ailleurs un classique dans les examens d'agents de brevets qui doivent appliquer la méthode téléologique d'interprétation des brevets.

36. *Droit de la famille – 12170*, 2012 QCCS 326, (C.S. Qué. ; 2012-02-03), le juge Dugré entre les notes 2 et 3. Je préfère néanmoins cette citation retrouvée : « Copyright is a cold-blooded attempt at reconciling mind with money. » : Ernest Roth, *The Business of Music : Reflections of a Music Publisher* (London : Cassel, 1966), à la page 20.

37. Oui, oui, c'est l'ancienne House of Lords : *Constitutional Reform Act*, 2005, c. 4, art. 23 ; disposition entrée en vigueur le 2009-10-01.

elephant on sight, and most could no doubt also give a clear and accurate description of its essential identifying features. By contrast a judge, even one very experienced in intellectual property matters, does not have some special power of divination which leads instantly to an infallible conclusion, and no judge would claim to have such a power. The judge reads and hears the evidence (often including expert evidence), reads and listens to the advocates' submissions, and takes what the Court of Appeal rightly called a multi-factorial approach. Moreover the judge has to give reasons to explain his or her conclusions.<sup>38</sup>

Bref, presque assez de matériel pour un recueil illustré qui pourrait s'appeler « Les perles d'Hermès »<sup>39</sup>, dieu des faussaires et des voleurs<sup>40</sup>.

Sur ce, bonne lecture

Laurent Carrière  
Rédacteur en chef<sup>41</sup>

---

38. *Lucasfilm Ltd. c. Ainsworth*, [2011] F.S.R. 41 (S.C. ; 2011-07-27) les juges Walket et Collins [confirmant sur la question de droit d'auteur mais infirmant sur la question de juridiction [2010] 3 W.L.R. 333 (C.A. ; 2009-12-16), confirmant [2009] F.S.R. 2 (Ch. ; 2008-07-31)].

39. À ne pas confondre avec les ouvrages de Pascal Élie et Jean-Louis Baudouin, *Les perles de Thémis ou les joyaux de l'humour involontaire*, (Cowansville : Éditions Yvon Blais, 1990), *Les perles de Thémis II* (Cowansville : Blais, 1995) et *Les perles de Thémis III* (Cowansville : Éditions Yvon Blais, 2001).

40. À ne pas confondre avec le gentil sorcier Hermès dans *Les aventures d'Isabelle de Will* (Willy Maltaite, dit) (1927-2000), épris de Calendula et non de Kalendula.

41. Et non dictateur en chef comme certaines méchantes langues se plaisent à me taquiner.