

Vol. 16, n° 2

Essai sur le fractionnement du droit d'auteur

Deuxième partie: originalité, créativité et réalignement du droit d'auteur

Daniel Gervais*

1. Introduction	365
2. Vers une théorie du droit d'auteur	367
2.1 Approche historique	368
2.1.1 Évolution dans les lois nationales	368
2.1.2 La Convention de Berne	375
2.1.3 Analyse critique	379
2.2 Approche philosophique	382
2.2.1 Le droit naturel	383
2.2.2 Analyse économique du droit	385
2.2.3 <i>Critical Legal Studies</i>	387

© Daniel Gervais, 2003.

* Professeur agrégé, Faculté de Droit (*common law*), Université d'Ottawa. L'auteur tient à remercier M^e Michel Héту, ancien vice-président et premier dirigeant, Commission du droit d'auteur du Canada et M^e Mario Bouchard, avocat général de cette même Commission, pour leurs commentaires judicieux. Cet essai est dédié à M. le professeur André Lucas, dont le soutien continu au cours des dix dernières années m'a été très précieux.

2.3	Approche des tribunaux canadiens	388
3.	Droit d'auteur et pragmatisme	390
3.1	Droit d'auteur mort et enterré?	391
3.2	Le nouveau rôle des utilisateurs	393
3.3	Pistes de solution	398
3.3.1	La piste de la gestion collective	398
3.3.2	Fractionnement contractuel c. fractionnement légal.	399
3.3.3	Réaligner le droit par rapport à son objet	399
4.	Conclusion.	402

1. Introduction

Dans la première partie de cet essai¹, nous avons suggéré de nombreuses façons de défragmenter le droit d'auteur dans les cas où le fractionnement du droit ne sert pas à optimiser son application pratique. Réciproquement, nous avons indiqué que dans bien des cas le fractionnement est indispensable. Pour résumer les conclusions de la première partie, nous sommes d'avis qu'il convient de favoriser le fractionnement dans la mesure où une fraction (ou fragment) de la portion patrimoniale du droit permet de réaliser une *opération économique* par rapport à l'œuvre (et faisant souvent partie d'une stratégie d'optimisation de l'exploitation) si tel est le vœu de l'auteur ou autre ayant droit. Mais le fractionnement doit être évité, pour les mêmes raisons, lorsqu'il est un obstacle à la réalisation d'une opération économique unique.

L'utilité des fractionnements qui résultent d'évolutions historiques ou autres doit se mesurer à l'aune de l'optimisation de l'utilisation des œuvres, dans le respect des conditions souhaitées par l'auteur mais sans poser d'obstacles inefficaces aux utilisateurs. Hormis les cas dans lesquels une exception à la nécessité d'une autorisation s'applique, le droit d'auteur, pour conserver sa valeur à l'ère d'Internet, doit être géré de façon à permettre l'utilisation des œuvres chaque fois que l'auteur ou son ayant droit souhaite liciter l'utilisation en question.

À ce titre, il conviendrait d'analyser le rapport entre droit d'auteur et droits voisins. Si ces derniers étaient autrefois soumis à une hiérarchie, maladroitement codifiée à l'article premier de la Convention de Rome², force est de constater que tel n'est plus le cas.

1. (2003) Vol. 15, n° 2 *Cahiers de propriété intellectuelle*, aux pages 501-536.
2. L'article 2 de la *Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radio-diffusion* de 1961 se lit comme suit: «La protection prévue par la présente Convention laisse intacte et n'affecte en aucune façon la protection du droit d'auteur sur les œuvres littéraires et artistiques. En conséquence, aucune disposition de la présente Convention ne pourra être interprétée comme portant atteinte à cette protection.» On peut aussi se référer dans ce contexte à l'article 90 de la *Loi sur le droit d'auteur* (L.R.C. (1985), c. C-42, ci-après appelée la «Loi» canadienne.

Si, comme nous l'expliquons plus loin, on peut comprendre le fait de protéger les interprétations «créatives» par ce que la loi canadienne appelle un droit d'auteur³, il en va tout autrement de la protection des investissements des producteurs et radiodiffuseurs. Ces deux formes de protection ne sont à l'évidence pas destinées à protéger la créativité de leurs titulaires. Or, et c'est à notre sens peut-être une erreur historique de leur part, les interprètes ont choisi de se placer dans le monde des droits voisins, dans lequel il sera structurellement presque impossible de reconnaître leur apport créateur⁴.

L'expansion des droits voisins en droits exclusifs, en particulier sur les enregistrements sonores, a aussi eu pour effet d'augmenter l'effet du fractionnement. En effet, les droits (distincts) du producteur sur ce type d'enregistrement entravent le droit d'autoriser de l'auteur de l'œuvre sous-jacente. Le droit voisin nuit donc au droit d'auteur. Cela est d'autant plus grave si l'auteur est prêt à autoriser une utilisation (additionnelle) de son œuvre via Internet alors que le producteur ou diffuseur y voit une forme de concurrence avec une autre forme (classique) de distribution et utilise le veto de son droit voisin.

Il n'est pas possible de couvrir dans cet essai l'ensemble de la question du rapport entre droit d'auteur et droits voisins. Plusieurs des solutions proposées dans la première partie de l'essai sont applicables *mutatis mutandis* au fractionnement (par superposition) de droits d'auteur et de droits voisins. Dans ce second volet, nous traiterons de la défragmentation du droit d'auteur en tant que tel. Il pourrait néanmoins être intéressant de poursuivre ultérieurement la discussion sur la question des droits voisins.

Nos suggestions font en partie appel aux pouvoirs inhérents de la Commission du droit d'auteur. La Cour d'appel fédérale vient de confirmer que la Commission a en effet de vastes pouvoirs non seulement de fixer des tarifs, mais aussi les *modalités* afférentes, d'interpréter la Loi et de prendre des décisions sur la base de son analyse d'un domaine dont la complexité croît de façon notable⁵. Il semble

3. Article 15. Bien évidemment, au Canada le fait d'appeler «droit d'auteur» ce qui, autrement et même dans les publications gouvernementales, est appelé «droit voisin» peut s'expliquer par la nécessité de rattacher cette protection à l'article 91(23) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

4. Cette erreur remonte aux années 1950. Il aura fallu plus de 40 ans aux interprètes pour obtenir une quasi-parité avec les auteurs.

5. Il est très intéressant à ce propos de consulter la récente décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Société de gestion des droits voisins c. SOCAN et al.*, [2003] FCA 302 (décision du 10 juillet 2003), dans laquelle le juge Evans, au

donc que plusieurs des recommandations formulées dans la première partie de cet essai pourraient être mises en œuvre dès à présent et sans amendement législatif.

Nous avons annoncé dans le premier volet de cet essai que nous proposerions d'autres moyens que la Commission pourrait mettre en œuvre. À la lumière de cette décision de la Cour d'appel et du fait que la question de la norme applicable aux demandes de révision judiciaire fait partie des questions soulevées devant la Cour suprême dans l'affaire dite du «tarif 22», nous avons préféré nous en tenir à la question de fond qui est la suivante: au-delà des possibles interventions de la Commission (avec ses pouvoirs actuels ou des pouvoirs étendus), est-il temps de réécrire le droit d'auteur? C'est là le thème de ce second volet.

Il y a au moins deux façons d'aborder la question. On peut choisir une approche théorique ou conceptuelle dont le but est d'aligner le droit d'auteur avec ses objectifs. Une seconde approche, plus pragmatique, est de ne «réparer que ce qui est cassé», comme disent les États-Uniens. Essayons de suivre chacune de ces approches pour voir où elles nous mènent.

2. Vers une théorie du droit d'auteur

Cette première branche de notre étude se scinde en trois sections. Pour faciliter l'analyse, nous prendrons d'abord la route historique pour voir ce que tentaient de faire les fondateurs du droit d'auteur moderne. Dans un deuxième temps, nous aborderons la question sous l'angle de la philosophie du droit. Enfin, nous traite-

nom de la Cour, écrit (version française non disponible au moment d'écrire ces lignes: «This factor requires an assessment of whether the expertise of the administrative agency on the issue in dispute exceeds that of the reviewing court. If it does, a deferential standard of review is indicated. In order to make this assessment, a reviewing court must consider the extent of the expertise of both the agency and the court, and the nature of the problem before the administrative agency.

As for the general scope of the Copyright Board's expertise, it is relevant to note that the Board has no explicit policy-making and legislative powers, but performs its functions on a case-by-case basis. Nonetheless, *its function is highly specialized and its subject-matter is of a technical nature*. The Board's statutory mandate requires it to set the rates of remuneration payable to the collective societies that represent various copyright holders, *and to determine what terms and conditions, if any, should be attached to the royalties*. In exercising this broad rate-setting discretion, the Board must balance the competing interests of copyright holders, service providers and the public». (les italiques sont nôtres).

rons brièvement des fondements historiques et philosophiques retenus par les tribunaux canadiens.

2.1 Approche historique

Notre approche historique se scinde elle-même en deux parties. Il convient d'étudier d'abord l'évolution du droit d'auteur dans les lois nationales, puis, dans un deuxième temps, de se tourner vers les conventions internationales. Une troisième sous-section présentera une analyse critique des résultats.

2.1.1 Évolution dans les lois nationales

Conceptuellement, il faut reconnaître que le droit d'auteur a un côté bricolage historique pas toujours très réussi. Pour les pays de *common law*, c'était à l'origine un droit relatif à la publication de livres, mais pas seulement comme on le prétend parfois dans une optique purement économique. Le *Statute of Anne* de 1709-10 visait trois objectifs inter-reliés: prévenir la «ruine» des auteurs et des éditeurs; augmenter la production et la diffusion de livres pour des fins d'apprentissage et, enfin, assurer la rémunération des auteurs et éditeurs⁶. Il s'agissait d'un simple droit de publier («*printing and reprinting*») des livres et, logiquement, d'empêcher leur publication non autorisée par d'autres éditeurs.

Dans sa version «copyright»⁷, l'histoire du droit d'auteur fut d'abord marquée par une formidable augmentation du volume des œuvres protégées, en raison de l'accroissement quantitatif du nombre d'œuvres classiques mais aussi de la protection par le droit

6. Le préambule du *Statute of Anne* (8 Anne, c. 19 (1710)) contient en effet ce qui suit: «Whereas printers, booksellers, and other persons have of late frequently taken the liberty of printing, reprinting, and publishing, or causing to be printed, reprinted, and published, books and other writings, without the consent of the authors or proprietors of such books and writings, to *their very great detriment, and too often to the ruin of them and their families*: for preventing therefore such practices for the future, and for *the encouragement of learned men to compose and write useful books*». L'objectif relatif à l'apprentissage se retrouve dans le titre même de cette loi, «An Act for the Encouragement of Learning...».

7. Rappelons-nous que dans *Théberge c. Galeries d'art du Petit Champlain Inc.*, [2002] CSC 34, la Cour suprême du Canada a déclaré que, d'une part, les droits patrimoniaux contenus dans la *Loi sur le droit d'auteur* (L.R.C. (1985) c. C-42) puisent leur source uniquement en *common law* et, d'autre part, qu'il n'est pas commode que la Loi traduise le mot *copyright* par «droit d'auteur». Voir pour plus de détails Daniel GERVAIS, «L'affaire Théberge», (2002) 15 *Cahiers de propriété intellectuelle* 217.

d'auteur d'autres types de productions. Cet accroissement s'est manifesté de deux façons. D'une part, selon un axe horizontal, la sphère des œuvres protégées par le droit d'auteur s'est agrandie lorsqu'on a confié au droit d'auteur la mission de protéger de nouveaux types d'œuvres artistiques au fur et à mesure du progrès des méthodes de création (par exemple l'invention de la photographie et du cinéma). Cette évolution a connu une expansion incroyablement accélérée lorsqu'il fut décidé, d'abord par les tribunaux mais ensuite par de nombreux législateurs⁸, que les logiciels devaient être considérés comme des œuvres littéraires. La croissance exponentielle du volume des œuvres protégées s'explique en effet par l'importance de l'industrie du logiciel (par rapport aux autres industries dites du droit d'auteur). Cela aura d'importantes répercussions pratiques dont nous traiterons plus loin. Mais le choc conceptuel était aussi énorme, car on faisait entrer dans la famille du droit d'auteur des œuvres créées sans prétention artistique ou esthétique aucune⁹, des œuvres qui étaient en fait purement fonctionnelles.

Autre saut conceptuel causé par l'entrée en masse des logiciels: l'œuvre protégée n'était plus destinée à être perçue par qui que ce soit: son rôle était de faire *fonctionner* un ordinateur¹⁰. Confrontés à cette rupture entre l'œuvre protégée en tant que telle (le code) et l'œuvre perçue (ce qui est perçu par l'utilisateur de la machine), les tribunaux états-uniens ont cherché à dépasser la protection du simple code¹¹. Ils l'ont fait de deux façons.

8. Le consensus international est maintenant reflété à l'article 10.1 de l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (TRIPS).
9. Est-ce bien la même chose de dire que le mérite artistique n'importe pas, ce que les tribunaux ont maintes fois répété, que de dire qu'il ne doit pas y avoir une recherche (peut-être vaine) d'un mérite artistique même considéré de façon purement subjective? En ce qui concerne la jurisprudence sur ce point, on peut penser à *Underwriters' Survey Bureau Ltd. c. American Home Fire Assurance Co.*, [1939] Ex. C. R. 296; *Ladbroke (Football) Ltd. c. William Hill (Football) Ltd.*, [1964] 1 All.E.R. 465 (U.K. H.L.) et *Goldner c. CBC*, (1972) 7 C.P.R. (2d) 158. Bien évidemment, la question se pose davantage et peut-être uniquement dans l'hypothèse où l'on accepte que le droit d'auteur protège la créativité de l'auteur et non l'investissement en temps ou en argent nécessaire à la réalisation d'une «œuvre». Attendons sur ce point la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Barreau du Haut-Canada c. CCH Canadian Limited*, [2002] SCCA 317.
10. Tout ou presque a été écrit sur ce sujet. Il est néanmoins intéressant de relire les premières décisions en la matière, comme *IBM Corporation c. Ordinateurs Spirale Inc.*, [1985] 1 C.F. 190 et bien sûr *Apple Computer Inc. c. Mackintosh Computer Corporation Ltd.*, en particulier la décision de Madame le juge Reed en première instance rapportée à [1988] 1 C.F. 173.
11. C'est pourtant ce que protège l'Accord TRIPS à son article 10.1: «Les programmes d'ordinateur, qu'ils soient exprimés en *code source* ou en *code objet*...».

Ces tribunaux ont d'abord tenté de protéger non pas le code (considéré comme œuvre «littéraire») mais plutôt le «contenu perçu», c'est-à-dire ce qui était généré par ce code lors de l'exécution de l'œuvre. C'est le fameux courant de décisions protégeant le *look & feel*¹², dont le Canada a pour l'essentiel été épargné¹³. C'était la méthode la plus transparente de combler le fossé conceptuel entre, d'une part, ce qui aurait dû être protégé comme œuvre mais était de peu d'intérêt dans les cas de contrefaçon un tant soit peu sophistiquée¹⁴ (le code) et, d'autre part, ce qui était de fait perçu par l'utilisateur. Car c'était la première fois (à cette échelle du moins) que ces deux réalités étaient distinctes.

Pour que le droit d'auteur puisse ainsi protéger non pas l'œuvre mais plutôt son «output», il a fallu emprunter le test de première impression du consommateur au droit des marques. Heureusement, cette tendance jurisprudentielle s'est éteinte ou, plus précisément, s'est raffinée en considérant que le code-œuvre contenait d'autres œuvres (musicales, audiovisuelles, etc.). Cela est beaucoup plus acceptable pour le juriste de droit d'auteur qui est prêt à reconnaître que le mode de fixation (support) importe peu. Pour ce qui est de protéger l'impression provoquée par l'exécution du code sur un ordinateur, elle était de nature à provoquer chez ce même juriste une urticaire durable¹⁵.

Une autre approche suivie par les tribunaux états-uniens a été de remonter selon un axe appelé des «niveaux d'abstraction». Ainsi, on a tenté d'épurer le code du logiciel pour en arriver à sa «séquence, structure et organisation». Ce test jurisprudentiel, dont les porte-étendard étaient assurément les affaires *Whelan c. Jaslow Dental*

12. Pour une analyse des nombreuses décisions, voir Paul GOLDSTEIN, *Copyright – Law & Practice* (1989), au n° 2.15.2.

13. Voir cependant *Delrina Corp c. Triolet Systems Inc.* (1993), 47 C.P.R. (3d) 1 (D.G.Ont.), conf. en partie par (2002), 17 C.P.R. (4th) 289 (C.A.Ont.); *Prism Hospital Software Inc. c. Hospital Medical Records Institute* (1994), 57 C.P.R. (3d) 129 (C.S.C.-B.).

14. Sauf dans les cas de piraterie pure.

15. Mais en même temps qui ouvre des pistes de réflexion particulièrement intéressantes: l'œuvre existe-t-elle? Y a-t-il une œuvre objective? Car chaque œuvre produit chez son «consommateur» une impression filtrée par les circonstances de la perception (allant de la luminosité aux bruits environnants en passant par la fatigue) et l'expérience du sujet. Cela ouvre au juriste tout le champ de l'esthétique relationnelle et de l'allographie. Voir notamment N. BOURRIAUD, *Esthétique relationnelle* (Dijon, Presses du réel, 1998) et G. GENETTE, *L'œuvre de l'art* (Paris, Seuil, 1997). Peut-on penser au sujet en tant que coauteur sans sombrer dans une profonde hérésie?

*Lab, Inc.*¹⁶ et *Plains Cotton Co-Op c. Good Pasture Computer Serv., Inc.*¹⁷, consistait à quitter le «texte» du code pour en abstraire l'expression protégée à son plus haut niveau d'abstraction, sans pour autant protéger l'idée sous-jacente, puisque le copyright états-unien s'oppose par principe à la protection des idées¹⁸.

Ce développement n'était pas choquant pour le juriste. Hormis les cas de piraterie pure, la contrefaçon commerciale implique généralement un effort de comparaison qui passe par la recherche de l'acte de copie-contrefaçon à un niveau d'abstraction plus élevé que celui du texte ou de l'image en tant que tel. La cause aujourd'hui célèbre du livre *The Wind Done Gone* d'Alice Randall en est un exemple¹⁹. En France, la jurisprudence sur la protection des idées par l'article L.111-1 du *Code de la propriété intellectuelle* (droit d'auteur) est abondante²⁰. Au Canada, on peut penser à l'affaire *Darryl Neudorf c. Netzwerk Productions Ltd., Sarah Mclachlan et al.*²¹. Le demandeur avait «suggéré» quelques mesures à M^{me} Mclachlan mais le tribunal a jugé que ce n'était pas suffisant pour constituer une contrefaçon (puisque les suggestions n'étaient pas des œuvres). Tout autre est l'affaire de *la P'tite Vite*²², car on y avait repris les noms et attitudes des personnages (sauf les costumes...), le décor, etc.

À l'issue de cette analyse, à part le dérapage du *look & feel*, on ne peut pas dire au niveau conceptuel que l'entrée du logiciel ait trop ébranlé l'édifice du droit d'auteur ou ses principes fondateurs.

Qu'en est-il des fameuses œuvres dites multimédia? La réponse ici est simple: elles n'existent pas, du moins pas en tant que catégorie ou sous-catégorie²³ distincte²⁴. Il y a bien sûr des productions multi-

16. (1986), 797 F.2d 1222 (3^e cir.).

17. (1987), 807 F.2d 1256 (5^e cir.).

18. Cela est même inscrit à l'article 102(b) du *Copyright Act* et aussi, mais sous une forme légèrement différente, à l'article 9(2) de l'Accord TRIPS.

19. Voir *Suntrust Bank c. Houghton Mifflin Co.* (2001), 268 F.3d 1257 (11^e Cir.). Quoique la question du Premier Amendement (liberté d'expression) en matière de parodie ait dominé les débats au niveau de la Cour d'appel.

20. Voir Trib. Com. Seine, 8 oct. 1956; Paris 29 juillet 1887; Versailles, 6 fév. 1985; D. 1986, inf. rap. 182, obs. Colombet.

21. [2000] BCSC 1257.

22. *Les Productions de Favreau Inc. et Groupe B.A.I. Inc. c. Les Productions Avanti Ciné Vidéo Inc.*, [1999] R.J.Q. 1939 (CA); autorisation d'en appeler rejetée [1999] C.S.C.R. 479.

23. Le terme «catégorie» est employé ici au sens de l'article 2 de la Convention de Berne, qui énumère la liste des «catégories» de productions du domaine littéraire et artistique que la Convention protège (au minimum).

24. Voir Daniel GERVAIS, *La notion d'œuvre dans la Convention de Berne et en droit comparé* (Genève, Librairie Droz, 1998), 195-205.

média, c'est-à-dire des compilations qui regroupent sur un seul support des œuvres ou parties d'œuvres de nature différente. Mais cela ne crée guère de remous dans notre sphère, qui connaît depuis longtemps les compilations même d'œuvres de catégories différentes²⁵. L'expansion du volume d'œuvres protégées due aux «œuvres multi-média» est donc à toutes fins pratiques négligeable.

Le débat relatif aux compilations est beaucoup plus intéressant. Qu'il s'agisse de compilations de mots-clés²⁶ ou de données brutes (par exemple, des noms d'abonnés téléphoniques²⁷), il est certain que l'entrée dans la maison du droit d'auteur du nombre incalculable de compilations factuelles (ou utilitaires), mue par la remarquable croissance des bases de données électroniques (en particulier celles qui sont accessibles via Internet), a été très remarquée. Si la protection des anthologies et autres compilations «subjectives» a rarement posé problème²⁸, il en va autrement des compilations de données. Le dédain du juriste pour ce parent pauvre du droit d'auteur est bien illustré par l'expression «petite monnaie du droit d'auteur» qui s'y rattache.

Plusieurs décisions de tribunaux démontrent une hésitation certaine à protéger les compilations factuelles et autres annuaires. Aux États-Unis, la situation a été tranchée de façon définitive par la Cour suprême dans la célèbre affaire *Feist* de 1991²⁹. Même si *Feist* a été en partie décidée sur des points de droit constitutionnel états-uniens non directement applicables au Canada, l'insistance sur le nécessaire fondement du droit d'auteur dans la créativité de l'auteur est à nos yeux une analyse exportable à d'autres pays³⁰. En France et

25. La Loi canadienne le reconnaît en toutes lettres puisque pour chaque grande catégorie d'œuvres, la définition se termine par l'expression «et compilations d'œuvres X» et contient aussi une définition du terme «compilation» qui s'applique aux compilations d'œuvres ou de parties d'œuvres de nature différente ou de données.

26. Je pense bien sûr à l'affaire du *Barreau du Haut-Canada c. CCH Canadian Ltd.*, [2002] 4 C.F. 213 (CA), permission d'en appeler accordée, [2002] C.S.C.R. 317.

27. *Télé-Direct (Publications) Inc. c. American Business Information, Inc.* (1997), 154 D.L.R. (4th) 328; permission d'en appeler refusée [1997] C. S.C.R. 660. Voir aussi *Édutile Inc. c. Association pour la protection des automobilistes*, [2000] 4 C.F. 195 (C.A.); permission d'en appeler refusée [2000] C.S.C.R. 302.

28. Voir A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2^e éd. (Paris, Litec, 2001), p. 110.

29. *Feist Publications c. Rural Telephone Service Company, Inc.* (1991), 499 U.S. 340.

30. Voir Daniel GERVAIS, «Feist Goes Global: A Comparative Analysis of the Notion of Originality in Copyright Law», (2002) *J. of the Copyright Soc'y of the USA* 949.

au Canada, on trouve nombre de décisions contradictoires sur ce point³¹. On notera néanmoins dans une décision de la Cour d'appel de Paris ce qui suit: «les annuaires qui consistent dans un assemblage de matériaux fournis par le domaine public ne sont point à ce titre susceptibles d'une propriété privative assimilable à la propriété littéraire »³².

Et c'est là que le bât blesse: les compilations factuelles nous forcent à répondre à la question fondamentale (du point de vue de l'analyse conceptuelle) suivante: le droit d'auteur est-il un instrument de stimulation de la *créativité* ou une banale protection lockéenne³³ contre l'appropriation illicite du *travail* et de l'investissement? C'est sans doute la question la plus importante à laquelle nous permettra de répondre cette analyse historique, car elle indique l'objet véritable de la protection par droit d'auteur.

Le *copyright* des pays de *common law* est en effet rongé par la très discutée (du point de vue canadien) décision dans l'affaire *University of London Press*³⁴. A nos yeux, cette décision est conceptuellement inacceptable parce qu'elle fonde la protection du droit d'auteur sur un vague droit contre l'appropriation illicite³⁵. Sans doute une analyse en *equity* de la décision nous mène-t-elle à une conclusion moins dirimante. Le droit britannique (en *common law* pure) contre l'appropriation illicite (au sens de «misappropriation») était très peu développé au début du XX^e siècle et les tribunaux ont naturellement cherché un moyen de protéger les nombreuses heures de «labeur» des auteurs de compilations factuelles, même dans les cas où le résultat de ce labeur était dépourvu de toute créativité. Résultat: le *copyright* de *University of London Press* est un droit de protection de l'investissement (en temps et en argent), rien de plus. Cela dévalorise le

31. Pour le Canada, voir les notes 26 et 27 ci-dessus. Pour la France, 12 décisions favorables sont citées dans Lucas, *op. cit.*, mais également 13 décisions en sens inverse.

32. 2 avr. 1986: *Ann. Propr. Ind.* 1989, p. 62.

33. Voir section I(B)(1) *infra*.

34. *Univ. of London Press Ltd. c. Univ. Tutorial Press, Ltd.*, [1916] 2 Ch. 601. Il ne s'agit pas d'une décision de la Chambre des Lords, mais dans *Ladbroke c. William Hill*, 291-2, l'honorable Chambre n'a pas fait beaucoup mieux: «the courts have looked to see whether the compilation of the unoriginal material called for *work or skill or expense*. If it did, it is entitled to be considered original and to be protected against those who wish to steal the fruits of the work or skill or expense by copying it without taking the trouble to compile it themselves...».

35. Pour preuve, dans l'ouvrage de H. LADDIE, P. PRESCOTT, M. VITORIA, A. SPECK et L. LANE, *The Modern Law of Copyright and Designs* (2000), aux par. 3.88, 3.90 on peut lire ce qui suit: «Consequently the copyright in such a work may be infringed by appropriating an undue amount of the material.».

droit d'auteur et son histoire. Or, même sans quitter les îles Britanniques, il ressort clairement du texte du *Statute of Anne* que l'approche de 1710 était utilitariste, certes, mais solidement ancrée dans la créativité de l'auteur: «... encouragement of learned men to compose and write useful books...»³⁶.

La définition de l'originalité contenue dans *University of London Press* est absurde pour d'autres raisons. Le mot «original» y est interprété au sens de «origine»: il faut simplement qu'un auteur soit à l'«origine» d'une «œuvre» pour qu'elle soit protégée. Il faut donc, raisonne le juge Peterson, que cette «œuvre» ne soit pas copiée (car dans ce cas son «origine» n'est pas l'«auteur») et que cet auteur qui a produit «quelque chose» puisse démontrer (très logiquement d'ailleurs) qu'il a fourni un effort. Cette interprétation du terme «original» – et non originel, notons-le au passage –, est bien loin du sens commun du terme. En outre, la loi britannique telle qu'amendée en 1911 parle bien de «original literary work», le mot *original* ayant été ajouté³⁷ à la définition du terme «œuvre».

Les dictionnaires anglophones donnent trois sens au terme «original»³⁸: il s'emploie pour identifier un texte qui a été traduit; pour désigner (généralement une personne) excentrique et bien sûr pour désigner la chose dont on veut dire qu'elle émane bien d'un auteur donné (le *Oxford* donne ici l'exemple de la haute couture). C'est ce dernier sens que le juge Peterson a retenu³⁹. Ce n'est à l'évidence pas le sens qu'il faut lui attribuer en droit d'auteur. Tous les travaux relatifs à la Convention de Berne (auxquels a participé le gouvernement britannique) démontrent clairement que l'originalité est intimement liée à l'action de création intellectuelle⁴⁰. En français, le terme «original» est beaucoup plus simple à définir. Le

36. Voir note 6, *supra*.

37. Comme le souligne d'ailleurs le juge Petersen, ce qui lui permet de distinguer la cause *Walter c. Lane* décidée sous l'ancienne loi (*loc. cit.*, p. 606). Le terme a été effacé de la loi en 1956, *Copyright Act* (R.U.) 1956 (ch. 74), art. 7-9.

38. Je me base ici sur le *Oxford Dictionary*, 2^e éd., 1989.

39. Il suffit de relire le passage le plus souvent cité pour saisir la faiblesse de la logique sous-jacente: «The word “original” does not in this connection mean that the work must be the expression of original or inventive thought. Copyright Acts are not concerned with the originality of ideas, but with the expression of thought, and, in the case of “literary work,” with the expression of thought in print or writing. The originality which is required relates to the expression of the thought. But the Act does not require that the expression must be in an original or novel form, but that the work must not be copied from another work – that it should originate from the author» (*loc. cit.*, p. 608-9).

40. Pour une démonstration historique documents à l'appui, voir Daniel GERVAIS, *op. cit.* note 24, aux p. 45-49 et 55-65 et la prochaine sous-section.

Robert, tout comme le *Larousse*, par exemple, donnent deux définitions (avec variantes), soit original au sens d'archétype qui sera copié ou traduit, et original au sens de «création personnelle».

Enfin, en abaissant le seuil d'originalité, plusieurs œuvres et en particulier des compilations factuelles sans aucune créativité se retrouvent dans la sphère de protection du droit d'auteur, comme dans l'affaire *Telstra* mentionnée ci-dessus. L'effet imprévu est d'empêcher l'utilisation de ces données factuelles protégées, ce qui irrite les utilisateurs et peut les mener à demander de nouvelles exemptions ou l'étendue du champ d'application d'exemptions existantes. Ces demandes témoignent elles aussi de l'inadéquation du test du *skill & labour*. En effet, si le droit d'auteur est correctement aligné par rapport à son objet, qui est d'encourager la créativité et que seule l'expression créative est protégée, le besoin pour ces nouvelles exceptions disparaît.

La leçon qui ressort de cette analyse est double: d'une part, le droit d'auteur devrait servir d'outil de promotion et de récompense de la *créativité* et non de l'investissement. D'autre part, il peut être nécessaire de protéger certains investissements dénués de créativité, mais il ne faut pas pour cela dénaturer le droit d'auteur. Si le droit de la responsabilité délictuelle ne suffit pas, on peut envisager des mesures qui ressemblent par leur effet au droit d'auteur, mais sans les faire entrer de force dans l'article 3 de la Loi.

2.1.2 La Convention de Berne

La Convention de Berne est-elle vraiment très mal rédigée ou ses rédacteurs ont-ils tenu pour acquis que le lecteur (averti) était en mesure de faire la différence entre les différents sens du mot «original»? À son article 2(3), d'abord, la Convention prévoit ce qui suit: «Sont protégés *comme des œuvres originales*, sans préjudice des droits de l'auteur de l'œuvre originale, les traductions, adaptations, arrangements de musique et autres transformations d'une œuvre littéraire ou artistique»⁴¹.

Puis à son article 8, la Convention dispose: «Les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques protégées par la présente Convention jouissent, pendant toute la durée de leurs droits *sur l'œuvre originale*, du droit exclusif de faire ou d'autoriser la traduction de leurs

41. Les italiques ne figurent pas dans le texte de la Convention.

œuvres.» Des dispositions semblables sont contenues aux articles 11(2), 11^{ter}(2) et 14(2).

Et notons l'article 14^{bis}(1): «Sans préjudice des droits de l'auteur de toute œuvre qui pourrait avoir été adaptée ou reproduite, l'œuvre cinématographique est *protégée comme une œuvre originale*. Le titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre cinématographique jouit des mêmes droits que *l'auteur d'une œuvre originale*, y compris les droits visés à l'article précédent».

Puis à l'article 14^{ter}(1): «En ce qui concerne *les œuvres d'art originales* et les *manuscripts originaux* des écrivains et compositeurs, l'auteur – ou, après sa mort, les personnes ou institutions auxquelles la législation nationale donne qualité – jouit d'un droit inaliénable à être intéressé aux opérations de vente dont l'œuvre est l'objet après la première cession opérée par l'auteur».

Et à l'article 16: «Toute œuvre contrefaite peut être saisie dans les pays de l'Union où *l'œuvre originale* a droit à la protection légale».

Enfin, à l'article IV(3) de l'Annexe: «S'il s'agit d'une traduction, *le titre original* de l'œuvre doit en tout cas figurer sur tous ceux-ci».

Étonnamment, la Convention emploie donc le terme «original» dans chacun des trois sens mentionnés ci-dessus, soit a) pour désigner l'œuvre provenant du cru de l'auteur, (art. 14^{ter}(1)); b) pour désigner l'œuvre dont des reproductions ou adaptations seront faites (art. 2(3), 8, 11(2), 11^{ter}(2), 14(2), 16 et art. IV de l'Annexe); et enfin, c) pour désigner la création intellectuelle (originale) protégée par la Convention (art. 14^{bis}(1)).

Cet article 14^{bis}(1) est celui qui nous éclaire le plus sur le sens à donner au terme «original». Il permet aussi de saisir la pertinence de l'analyse historico-conceptuelle que nous proposons ici. En effet, s'est posée dès la Conférence de révision de Berlin de 1908 la question de savoir si les productions cinématographiques (nouvelle technologie de l'époque) étaient des œuvres protégées par la Convention. Ce n'est en effet qu'à la Conférence de Rome de 1928 que les œuvres cinématographiques seront ajoutées à la liste des catégories contenue à l'article 2. Mais comme solution provisoire, un texte qu'on peut considérer comme le prédécesseur de l'article 14^{bis} fut ajouté à la Convention. Cet article 14(2) de l'Acte de Berlin se lisait comme suit:

Sont protégées comme œuvres littéraires et artistiques les productions cinématographiques lorsque, par les dispositifs de la

mise en scène ou les combinaisons des incidents représentés, l'auteur aura donné à l'œuvre un caractère personnel et *original*.⁴²

Le sens à donner au terme «original» dans ce contexte ne fait aucun doute. Son emploi apposé au mot «personnel» pouvait néanmoins poser problème. C'est ce qui explique qu'à la Conférence de Rome, vingt ans plus tard, l'article 14(2) fut réécrit et grandement simplifié: «Sont protégées comme œuvres littéraires et artistiques les productions cinématographiques lorsque l'auteur aura donné à l'œuvre un caractère *original*»⁴³.

Au cas où le lecteur aurait encore un doute sur le sens à donner au terme «original» dans le contexte de la Convention, le Rapport général de la Conférence note ce qui suit: «Un film qui reproduit des scènes de la rue sans aucune mise en scène ne mérite aucune autre protection que celle qui est accordée par la loi aux photographies. La protection des autres œuvres d'art doit être réservée aux productions cinématographiques qui répondent aux exigences d'originalité [...] Afin de bien marquer qu'il ne s'agit pas ici d'exigences autres que celle de *l'originalité que doit revêtir toute œuvre de l'esprit*, nous proposons de biffer [...] le mot personnel»⁴⁴.

Cette disposition sera retranchée à la Conférence de Bruxelles de 1948 car, comme le note le Rapporteur Marcel Plaisant, «le moment est venu, eu égard au perfectionnement de l'industrie du film, de traiter toutes les productions cinématographiques sur un pied d'égalité...»⁴⁵. Une évolution parallèle, mais nettement plus lente, marquera la protection des œuvres photographiques⁴⁶. La Convention permet d'ailleurs toujours une limitation de la durée de protection de ces œuvres «inférieures» à 25 ans à partir de leur réalisation⁴⁷, disposition que les États ayant ratifié le *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur* de 1996 se sont engagés à ne plus utiliser⁴⁸.

42. Texte tiré du livre *1886-1986, Centenaire de la Convention de Berne* (Genève, OMPI, 1986), à la p. 269.

43. *Ibid.*, à la p. 270.

44. *Ibid.*, à la p. 207.

45. *Ibid.*, à la p. 218.

46. Voir Y. GENDREAU, A. NORDEMANN et R. OESCH, *Copyright and Photographs* (Londres, Kluwer, 1999).

47. Article 7(4). Le fait que la Convention n'emploie pas ici le mot «création» témoigne peut-être du même préjugé.

48. Article 9.

On rétorquera que l'histoire de la Convention de Berne est certes intéressante mais importe peu, car, d'une part, elle n'a pas force de loi au niveau international et, d'autre part, la norme internationale véritablement contraignante aujourd'hui est l'Accord TRIPS. Cela est inexact. D'abord, l'article 32 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* permet de considérer les travaux préparatoires et cela est pertinent dans le contexte de l'Accord TRIPS parce que l'Organe de règlement des différends a confirmé à deux reprises que les articles 31 et 32 de cette Convention s'appliquaient aux accords conclus sous l'égide de l'OMC⁴⁹.

Mais, s'empressera-t-on d'ajouter, il doit s'agir des travaux préparatoires de l'Accord TRIPS⁵⁰, et non de ceux de la Convention de Berne. Comment peut-on utiliser les travaux préparatoires des révisions de la Convention de Berne pour interpréter les normes de cette Convention incorporées à l'Accord TRIPS⁵¹? La réponse est simple: l'incorporation à l'Accord TRIPS des dispositions des articles 1 à 21 (sauf l'article *6bis* et dispositions connexes) de la Convention de Berne emporte incorporation de l'historique des négociations relatives à ces dispositions.

En effet, dans l'affaire concernant l'article 110(5) du *Copyright Act* des États-Unis⁵², le groupe spécial (panel) de l'OMC a déclaré ce qui suit:

Rien dans le libellé de l'Accord sur les ADPIC n'indique que les articles 11 et *11bis* ont été incorporés à l'Accord en vertu de l'article 9:1 de ce dernier sans entraîner la possibilité de prévoir des exceptions mineures aux droits exclusifs respectifs. S'il s'était agi d'incorporer uniquement le texte des articles 1 à 21 de la Convention de Berne (1971), et non l'ensemble de l'acquis de Berne concernant ces articles, l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC l'aurait explicitement indiqué.⁵³

49. Voir Inde – Protection par brevet des produits agricoles et pharmaceutiques, doc. OMC WT/DS50/AB/R, par. 46 et États-Unis – Normes concernant la gazoline, doc. OMC WT/DS2/AB/R.

50. Voir Daniel GERVAIS, *The TRIPS Agreement: Drafting History and Interpretation*, 2^e éd. (Londres, Sweet & Maxwell, 2003).

51. Article 9.1: «Les Membres se conformeront aux articles premier à 21 de la Convention de Berne (1971) et à l'Annexe de ladite Convention ».

52. Document OMC WT/DS160/R du 15 juin 2000.

53. À cet égard, nous nous référons au traitement des droits moraux dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC. L'article 9:1 exclut explicitement les droits et obligations des Membres en ce qui concerne les droits conférés par l'article *6bis* de la Convention de Berne (1971) et les droits qui en sont dérivés.

Nous concluons en conséquence qu'en l'absence d'exclusion expressément énoncée à l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC, l'incorporation des articles 11 et 11*bis* de la Convention de Berne (1971) dans l'Accord englobe l'ensemble de l'acquis de ces dispositions, y compris la possibilité de prévoir des exceptions mineures aux droits exclusifs respectifs.⁵⁴

En outre, le groupe spécial a déclaré qu'une déclaration contenue au rapport général pouvait constituer un accord au sens de l'article 31 2)a) de la Convention de Vienne⁵⁵.

On peut donc se référer aux travaux préparatoires pour interpréter le sens du mot original dans la Convention de Berne, tel qu'il a été incorporé à l'Accord TRIPS. Et cette analyse mène inéluctablement à la conclusion que *l'originalité au sens de la Convention, telle que celle-ci s'applique non seulement aux États parties à cette Convention mais également aux membres de l'OMC est intimement liée à la créativité de l'auteur et cette définition engage les États parties à l'Accord TRIPS.*

2.1.3 Analyse critique

Examinons comme point de départ de l'analyse critique le fondement de l'hésitation concernant l'originalité des œuvres cinématographiques. Cette hésitation est en fait très pédagogique et nous pensons pouvoir en tirer des enseignements applicables, par exemple, aux bases de données et autres compilations factuelles.

Les débats concernant l'adoption de l'article 14 de la Convention de Berne à Berlin puis sa modification à Rome montrent clairement que dans l'esprit des rédacteurs il y avait à l'époque deux types de films: ceux qui témoignaient d'une mise en scène (et avaient un caractère dramatique) et ceux qui se contentaient de filmer «ce qui se passe devant la caméra» sans aucune mise en scène⁵⁶. Ce sont donc

54. *Ibid.*, par 6.62-6.63.

55. *Ibid.*, par. 6.53.

56. Ce qui n'est pas sans rappeler les faits de l'affaire *Canadian Admiral Corporation c. Rediffusion Inc.*, [1954] R.C.E. 382 concernant la télédiffusion de matchs de football. Cette décision ne semble plus s'appliquer en ce qui concerne la définition de «public» (voir *Assoc. Can. de télévision par câble c. Commission du droit d'auteur*, [1993] 2 F.C. 138, 153, mais la définition de la notion d'originalité tient bon (Voir *Chancellor Management Inc. c. Oasis Homes Ltd.*, (2002) 19 C.P.R. (4th) 480 (C.B.R. Alta) et *IBM Corporation c. Ordinateurs Spirales Inc.*, *supra*, note 10).

ces *choix* qui organisent la production qui donnent au film cet élément qui dépasse le simple fait d'enregistrer la réalité et sont à la source de l'originalité. Pensons ici au micro ouvert qui capte les sons ambiants, par rapport à l'œuvre musicale. Dira-t-on que celui qui savait quel filtre ou pellicule (ou autre technique) utiliser pour filmer dans la pénombre est l'auteur de ce qu'enregistre une caméra immobile? Ou que celui qui place un micro pour capter les chants d'oiseaux ou bruits sous-marins est l'auteur d'une œuvre musicale? Non, mais c'est pourtant exactement ce qu'enseigne *University of London Press*: il faut seulement qu'une personne ait déployé un effort sans avoir copié. C'est ce travail ou l'argent dépensé, nous dit le juge Petersen, que protège le droit d'auteur.

C'est tout aussi étonnant que la décision australienne dans l'affaire *Telstra*⁵⁷, qui a protégé le travail nécessaire pour produire une compilation de noms d'abonnés au téléphone mais qui reconnaît du même souffle que si quelqu'un refaisait le même travail (et si celui-ci est exhaustif arrivait exactement au même résultat) alors il n'y aura pas eu de contrefaçon. Comment prétendre dans ce contexte que *l'expression* est protégée? Or, c'est bien la protection de l'expression à laquelle les pays signataires de l'Accord TRIPS se sont engagés: «La protection du droit d'auteur s'étendra aux expressions et non aux idées, procédures, méthodes de fonctionnement ou concepts mathématiques en tant que tels ». Dans *Telstra*, ce n'est pas l'expression, mais bien la «sueur», le *sweat of the brow* qui est protégé.

Une décision tout aussi incompréhensible provenant d'Angleterre mérite d'être citée ici. Il s'agit de l'affaire *Blacklock & Co. Ltd. c. C. Arthur Pearson Ltd.*⁵⁸. Dans le but d'organiser un concours, un journal avait reproduit (mais en y ajoutant ses propres données) quelques pages d'un index des gares et horaires de train connu comme «The Bradshaw's Guide». Il n'y avait aucune concurrence entre les deux, mais le juge en est venu à la conclusion qu'il y avait contrefaçon du *copyright* dans cette liste de noms de gares et d'horaires de départ et d'arrivée, car «*without any exertion of their own getting the benefit of the labour and expense expended in compiling the list which formed the index to Bradshaw*»⁵⁹.

La notion britannique d'originalité est donc de ce point de vue essentiellement une mesure destinée à pallier l'absence d'un droit de

57. *Desktop Marketing Systems Pty Ltd. c. Telstra Corporation Limited*, [2002] FCAFC 112 (Aust.).

58. [1915] 2 Ch 376.

59. *Ibid.*, à la p. 383.

la concurrence déloyale suffisamment musclé. Il se peut que cette notion ait un sens en Angleterre⁶⁰, mais à notre avis, le Canada et d'autres pays (notamment les États-Unis) qui ont développé des doctrines plus étoffées devraient laisser au droit d'auteur le champ de la créativité et laisser à la *common law* (et au Code civil⁶¹) les aspects généraux de concurrence déloyale et d'appropriation illicite⁶².

Si la Cour de chancellerie qui a entendu l'affaire *University of London Press*⁶³ avait pu utiliser l'arme du délit d'appropriation illicite comme dans la décision (controversée) de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *International News Service c. Associated Press*⁶⁴ il n'aurait pas été nécessaire d'utiliser le droit d'auteur pour combler les lacunes de l'*equity*. Dans *International News Service*, la Cour suprême a protégé des nouvelles du jour au-delà du copyright par l'application de ce délit en établissant trois critères: 1) que le demandeur ait investi temps et argent pour développer un bien («property»); 2) qu'un défendeur se soit approprié ce bien (même immatériel) à peu ou pas de coût; et 3) qu'un demandeur ait subi un préjudice.

60. Nous ne nous prononçons pas sur l'évolution de ce droit au Royaume-Uni depuis le début du XX^e siècle; ainsi une étude de la pertinence de conserver une notion d'originalité mal fondée au regard des objectifs du droit d'auteur, du moins tel que défini dans la Convention de Berne et l'Accord TRIPS, mériterait sans doute un examen plus approfondi.

61. Nous pensons notamment à la concurrence illicite ou déloyale et peut-être aussi à l'enrichissement sans cause, dans la mesure où un manque à gagner peut être démontré. Il suffit pour prouver l'élément d'appauvrissement (voir *Holdstock c. Joint Committee of the Ladies' Hairdressing Trade of Montreal*, (1941) C.S. 272; et en France Cass. 1^{ère} civ., 25 janv. 1965: D. 1965, somm. 61; *Gaz. Pal.* 1965, 1, 198), les autres étant l'enrichissement, la corrélation et, bien évidemment, l'absence de cause.

62. Il est intéressant de relire les propos du juge Gonthier dans *Ciba-Geigy Canada Ltd. c. Apotex*, [1992] 3 R.C.S. 120, par. 34 et s. Le délit est déjà assez développé en matière de droit à l'image. Voir notamment *Krouse c. Chrysler Canada Ltd. et al.* (1974), 40 D.L.R. (3rd) 15 (C.A.Ont.); *Gould Estate c. Stoddard Publishing Co.* (1998), 80 C.P.R. (3d) 161; permission d'en appeler refusée [1998] C.S.C.R. 373. Lire surtout la décision (confirmée) de première instance publiée à (1996), 30 O.R. (3d) 520 (D.G. Ont.). Aux États-Unis, la doctrine est beaucoup plus développée. Voir notamment *Mfg. Co. c. June Mfg. Co.* (1896), 163 U.S. 169 et *Marcraft Recreation Corp. c. Francis Devlin Co., Inc.*, D.C. N.Y. (1981), 506 F. Supp. 1081, 1087: «Tort involving the misappropriation for commercial advantage of a benefit or property right belonging to another.», décision elle-même basée sur *Dior c. Milton*, (1956), 155 N.Y.S.2d 443 (C. Sup. N.Y.), conf. Par. (1956), 156 N.Y.S.2d 996.

63. Voir note 34, *supra*.

64. (1918), 248 U.S. 215. Pour une discussion, voir Daniel GERVAIS, «Feist Goes Global: A Comparative Analysis of the Notion of Originality in Copyright Law», précité note 30, page 954.

Il y a donc à notre sens un lien au moins indirect entre l'état du droit relatif à l'appropriation illicite (ou aux aspects de responsabilité civile délictuelle et de quasi-contrat correspondant des systèmes civilistes) et la définition de la notion d'originalité. Quand les tribunaux cherchent un moyen de protéger l'effort et l'investissement, le droit d'auteur est le véhicule juridique qui leur a semblé le plus proche. Le droit d'auteur comme droit voisin de l'appropriation illicite, en quelque sorte.

Cela est une erreur historique, au moins pour le Canada⁶⁵. Mieux vaut développer un délit d'appropriation illicite que de triturer l'originalité. Le droit d'auteur est et doit rester un système juridique qui encourage et protège le résultat de la créativité intellectuelle. En outre, il est vraisemblable que la Convention de Berne et l'Accord TRIPS nous y obligent.

Conceptuellement, cette protection doit donc être suffisante pour atteindre cet objectif et respectueuse des auteurs. C'est l'équilibre qui est ici tracé entre droits patrimoniaux⁶⁶ et droit moral: d'une part, un incitatif économique permettant d'optimiser la diffusion et, partant, les revenus générés par l'exploitation de l'œuvre et, d'autre part, un mécanisme permettant à l'auteur de protéger sa qualité d'auteur et l'intégrité de l'œuvre. Voilà, à nos yeux, le fondement du droit d'auteur et c'est ce sur quoi s'appuiera, au niveau conceptuel, la solution proposée plus loin.

2.2 Approche philosophique

Empruntons quelques instants la lorgnette des philosophes du droit pour répondre à une question en apparence fort simple: à qui sert le droit d'auteur? De façon plus précise, est-ce un droit des auteurs⁶⁷? Il n'est pas possible ni même sans doute souhaitable d'analyser le droit d'auteur sous l'éclairage de toutes et chacune des philosophies du droit. Nous pensons cependant pouvoir tirer des

65. Encore une fois, nous ne critiquons pas le droit britannique tel qu'appliqué en Angleterre. Voir note 60.

66. Dans *Théberge c. Galeries d'art du Petit Champlain Inc.*, [2002] CSC 34, la Cour suprême emploie plutôt l'expression «droits économiques».

67. Rappelons-nous que dans *Théberge c. Galeries d'art du Petit Champlain, loc. cit.*, la Cour a déclaré qu'il n'était pas «commode» que «copyright» (un terme qui est neutre quant à la personne qui doit bénéficier du droit) soit «traduit» par l'expression «droit d'auteur» d'inspiration civiliste. Cela dit, il est évident que les deux versions de la Loi sont équivalentes et que l'une ne doit pas être considérée comme une traduction de l'autre.

enseignements utiles à la suite de notre étude de certaines d'entre elles. Cela dit, deux avertissements s'imposent: d'abord, les partisans d'une des philosophies mentionnées ci-dessous seront sans doute déçus, car il est vrai qu'on peut élaborer une théorie complète du droit d'auteur en se fondant sur une seule de ces approches philosophiques. Là n'est pas notre dessein. L'analyse qui suit est donc très incomplète si on la considère du point de vue de l'une des approches utilisées. Ensuite, il est évident qu'un choix s'imposait. Nous avons donc fait référence à seulement quelques approches bien connues. L'analyse n'est donc pas exhaustive, loin s'en faut.

2.2.1 *Le droit naturel*

John Locke⁶⁸ n'a pas prôné un modèle particulier pour le droit d'auteur. Il croyait, pour résumer sa pensée en quelques mots, que rien dans la nature ne permet d'octroyer à l'un ou à l'autre un quelconque droit de propriété. Selon lui, la puissance divine impose à chacun d'entre nous des devoirs moraux qu'on peut discerner par la raison. C'est ce qui doit guider le travail des juges.

Ces devoirs sont en général réciproques: ce que je dois aux autres ils me le doivent en retour. Locke classe ces devoirs en deux grandes catégories: ceux qui ont trait à la liberté et ceux qui donnent un droit de revendiquer («claim»). Les quatre grands devoirs sont: a) celui de ne pas causer de tort («harm») à autrui (sauf en cas d'extrême urgence); b) le devoir (de liberté) de faire ce que chacun veut de ses «efforts» et pour ce faire, chacun peut utiliser à sa guise le domaine public; c) le devoir de partager ses ressources en cas de nécessité ou pour éviter leur gaspillage; d) enfin, le devoir de ne pas empêcher autrui de profiter de ce qu'il aura créé ou transformé à partir du domaine public grâce à ses efforts⁶⁹. C'est ce dernier argument qui sert à justifier le droit d'auteur: une œuvre nouvelle est créée à partir du «domaine public», donc des idées et œuvres existantes. C'est aussi une des raisons qui ont conduit les tribunaux britanniques à trouver un moyen de protéger le *travail* effectué plutôt que le résultat de ce travail (donc avec ou sans créativité). C'est une erreur, car la nature du travail doit avoir une incidence sur la protection. Il y a bien évidemment une condition quantitative: l'auteur qui travaille

68. Sur ce point, voir l'excellent article de Wendy GORDON, «A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property», (1993) 102 *Yale L.J.* 1533. Pour remonter à la source, voir John LOCKE, *Two Treatises of Government*, 2d ed. (Peter Laslett ed.) (Cambridge Univ. Press, 1967), aux p. 269-78 (livre II, par. 4-15).

69. Voir Wendy GORDON, *loc. cit.*, aux p. 1542-3.

deux jours durant sur une feuille blanche mais ne produit rien d'autre que ratures et taches de café n'a pas créé une œuvre, même pour les «travailleurs» de *University of London Press*. Un certain nombre de mots sera exigé. Mais il y a aussi une condition *qualitative* (pourtant minimale), qui procède de la même démarche. Il y a en effet dans l'approche «créativiste» de *Feist, Télé-Direct* et autres un parallélisme entre deux conditions minimales de fond et de forme. *Feist* peut ainsi être réconcilié avec les enseignements de Locke, qui ont d'ailleurs inspiré les Pères de la Constitution états-unienne, en replaçant l'auteur et sa créativité au centre du modèle.

Il reste que le droit naturel des pays de *common law* tel que décrit par John Locke offre une perspective intéressante. Nous serions tentés de le comparer à une taxe à la valeur ajoutée: chaque «intervenant», en partant de l'auteur en passant par les éditeurs, producteurs et jusqu'au diffuseur, n'aurait de ce point de vue un droit que dans la mesure où ses efforts ont ajouté une valeur à l'œuvre. Or, il est évident que l'essentiel de la valeur est produit par l'auteur, qui a en outre la possibilité d'invoquer la nature différente de sa contribution. On pourrait assez facilement justifier un droit pour les interprètes⁷⁰. La valeur ajoutée à l'œuvre par les industries est sans doute moins évidente, dans la mesure où elles utilisent l'œuvre pour faire un profit. Leur droit, dirait Locke, doit donc porter essentiellement sur la diffusion, alors que les droits sur l'œuvre doivent appartenir à l'auteur.

Si Locke ne semble pas faire de différence entre le labour d'un champ de maïs et le labeur d'un auteur, le droit (naturel) civiliste à l'origine du droit d'auteur est mû par une perception spécifique aux œuvres de l'esprit. Du moins après la Révolution. Car en 1777, lors des débats au parlement français, le président Lefèvre-d'Ormesson invoqua deux justifications pour reconnaître un droit des *libraires*: «...le privilège en librairie est une grâce fondée en justice, qui est la *récompense du travail de l'auteur*, ou l'indemnité des frais du libraire»⁷¹. La protection des «frais du libraire» ressemble à s'y méprendre au *Statute of Anne*⁷². En ce qui concerne la «grâce fondée

70. Il ne serait pas choquant pour Locke de considérer certaines grandes interprétations comme des œuvres (dérivées, certes). Il est plus difficile de classer au même rang les «exécutants».

71. Procès-verbal de ce qui s'est passé au Parlement touchant les six arrêts du Conseil du 30 août 1777 concernant la librairie, avec les comptes rendus à leur sujet, reproduit dans Laboulaye (ed.) et G. GUIFFREY. *La propriété littéraire au XVIII^e siècle* (Paris, Hachette, 1859), à la p. 468.

72. Voir note 6, *supra*.

en justice», il s'agit vraisemblablement d'un droit naturel fondé sur le *travail* de l'auteur. Il ne semble donc pas exagéré de voir une certaine symétrie entre les droits britannique et français au 18^e siècle. Mais en France, le paradigme travailliste tombe rapidement après la Révolution au profit d'une approche fondée sur le lien entre l'auteur et l'œuvre. Le fondement de la loi du 19-24 juillet 1793 est clair: l'auteur a un droit sur son œuvre indépendamment du travail fourni ou de la «valeur ajoutée»⁷³.

2.2.2 Analyse économique du droit

Il est impossible de résumer tous les débats entourant la protection du droit d'auteur dans le milieu très actif de l'analyse économique du droit. Pour les auteurs les plus actifs du domaine, la situation est somme toute assez simple: «a work will be created only if the difference between expected revenues and the cost of making copies equals or exceeds the cost of expression»⁷⁴.

L'analyse économique a fait beaucoup parler d'elle dans la célèbre affaire *Eldred c. Ashcroft*⁷⁵ qui contestait la constitutionnalité de l'augmentation de la durée de protection de vie plus 50 ans à vie plus 70 ans⁷⁶. Les demandeurs, représentés par le professeur Lawrence Lessig de l'Université Stanford, pouvaient compter sur l'appui d'un groupe d'économistes dont cinq prix Nobel, pour démontrer chiffres et équations à l'appui que l'augmentation de la durée de protection serait sans effet sur la promotion de la création de nouvelles œuvres, en particulier parce qu'elle s'appliquait aussi à des œuvres déjà publiées. Dans son opinion dissidente, le juge Breyer a adopté plusieurs des arguments avancés par les économistes. Cela n'est pas surprenant, car dans un article publié en 1970, il avait fortement critiqué la protection par droit d'auteur en matière de reprographie⁷⁷.

73. Voir Cécile BOUGEARD, «Les racines du droit d'auteur», in I. de Lamberterie (éd.), *Le droit d'auteur aujourd'hui* (Paris, CNRS, 1991), à la p. 10.

74. William M. LANDES et Richard A. POSNER, «An Economic Analysis of Copyright Law», (1989) 18 *J. Legal Stud.* 325, 327.

75. (2003) 123 S. Ct. 769.

76. Les arguments des appelants se divisaient en deux branches. La première est surtout intéressante pour les juristes états-uniens car elle traite de la clause de la constitution américaine qui donne au Congrès fédéral le pouvoir de protéger le droit d'auteur «for limited times» (Const. ÉU Art1, cl. 8). La Cour a jugé que le Congrès avait l'autorité de décider ce qui constituait une période de protection adéquate. Par ailleurs, l'autre branche de l'argument portait sur la liberté d'expression. La Cour a également rejeté cet argument.

77. Stephen BREYER, «The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs», (1970) 84 *Harv. L. Rev.* 281.

C'est ce même professeur Lessig qui défend la thèse d'un *Commons* de l'information⁷⁸, dans le but de nourrir la créativité. À l'ère de l'information, le contrôle de l'information sous «prétexte» qu'elle a pris la forme d'une œuvre (une compilation, par exemple) est non seulement presque impossible à réaliser sur le plan technique, et difficile à vendre au public sur le terrain du commerce des œuvres, il est aussi contre-productif, car l'information est la matière première.

On peut utiliser les arguments à saveur économique pour réfuter une fois de plus la thèse du *skill and labour*⁷⁹: pour créer, chaque auteur se fonde sur son expérience et sur les créations antérieures d'autres auteurs. Dans cette optique, ce n'est pas parce que l'auteur n'a pas copié qu'il doit être protégé: c'est parce qu'il a nourri de sa créativité notre patrimoine commun.

Un auteur américain a récemment tenté de démontrer que le droit d'auteur encourageait la créativité en permettant aux autres non seulement d'emprunter les nouvelles idées exprimées (qui sont de libre parcours) mais d'augmenter la production de créations dérivées⁸⁰. Selon cet auteur, il ne s'agit pas d'une joute à somme nulle («zero sum game») entre ayants droit et utilisateurs, car le résultat net de la protection des nouvelles expressions est, d'une part, une «récompense» pour l'auteur et, d'autre part, l'accès à de nouvelles idées.

La théorie économique est aussi à l'origine de suggestions de nouvelles formes de protection plus aptes à remplir la fonction du droit d'auteur, dont celle mise en avant récemment par les professeurs Posner et Landes⁸¹ ou les théories dites hybrides⁸². Les économistes reconnaissent le besoin de décourager l'appropriation pure par autrui tout en limitant la protection au niveau optimal, c'est-à-dire sans protéger au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre

78. Voir creativecommons.org.

79. Voir la discussion de l'affaire *University of London Press, supra*.

80. Voir R. Polk WAGNER, «Information Wants To Be Free: Intellectual Property And The Mythologies Of Control», (2003) 103 *Columbia L. Rev.* 995.

81. William M. LANDES et Richard A. POSNER, «Indefinitely Renewable Copyright», (2003) 70 *Chicago L. R.*

82. E. MacKAAY, «Legal Hybrids: Beyond Property And Monopoly?», (1994) 94 *Columbia L. Rev.* 2630, 2631; J. H. REICHMAN, «Of Green Tulips And Legal Kudzu: Repackaging Rights In Subpatentable Innovation», (2000) 53 *Vanderbilt L. Rev.* 1743. Le professeur Mackaay a aussi proposé une théorie de «clôture» («fencing») dans «Intellectual Property and the Internet: The Share of Sharing», in N. Netanel, Niva Elkin-Koren and Victor Bouganim (éds), *The Commodification of Information* (La Haye, Kluwer), 2003.

l'objectif recherché⁸³. En d'autres termes, éviter tout autant la maximisation de rentes («rent-seeking») que le resquillage («free riding»)⁸⁴.

Au cas par cas (donc en partant de l'analyse empirique), il est difficile de voir comment atteindre cet objectif théorique, car c'est pour l'essentiel le marché qui dicte qu'une chanson de hip-hop dernier cri «vaut» 10, 20 ou 100 millions de dollars alors que le poète qui a travaillé un an sur son recueil sera chanceux de toucher mille dollars et que l'auteur d'un article scientifique révolutionnaire ne touchera probablement rien. Ces derniers exemples montrent également que pour l'auteur le droit d'auteur fait partie d'une équation plus large qui englobe également les subventions, les prix, le prestige et la reconnaissance.

2.2.3 *Critical Legal Studies*

Compte tenu du caractère politique de la question, il est tentant d'avoir recours à une analyse fondée sur les *Critical Legal Studies*, même si ce mouvement est en nette perte de vitesse depuis quelques années. On est ici bien loin des principes de droit naturel qui soutiennent le droit d'auteur civiliste et même les justifications plus lockéennes qui reconnaissent un droit aux auteurs au motif que tout travailleur devrait bénéficier d'un droit sur le produit de son travail (ou une compensation). Prenons un point de départ un peu cynique et demandons-nous si la logique et la structure du droit d'auteur sont fondées sur des «principes» ou au contraire ne sont qu'un reflet des relations de pouvoir au sein de la société, un jeu auquel il est a priori difficile pour les auteurs de gagner. Si, comme le croient les bonzes des *Critical Legal Studies*⁸⁵ le droit n'est là que pour maintenir les

83. Voir par exemple J. H. REICHMAN, «A Contractually Reconstructed Research Commons for Scientific Data in a Highly Protectionist Intellectual Property Environment», (2003) 66 *Law & Contemp. Probs.* 315.

84. Comme l'écrivait le professeur Ejan Mackaay dans son excellent article précité, p. 2631: «Competition involves, amongst other things, freedom to imitate successful formulas developed by others. Yet most nations have developed, as part of the ordinary law of the land, rules restricting the extent to which imitators may free ride on the efforts of others».

85. Voir Mark KELMAN, «A Guide to Critical Legal Studies» Cambridge, *Harvard Univ. Press*, 1987, p. 1-14. Ce mouvement d'inspiration marxiste est né aux États-Unis à la fin des années 1970. Il part du point de vue que le système juridique des sociétés libérales «reflects ideological struggles among social factions in which competing conceptions of justice, goodness, and social and political life get compromised, truncated, vitiated, and adjusted». Andrew ALTMAN, «Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin», *Philosophy and Public Affairs* (1986), 15:2, p. 221. Ce «mouvement» a été déclaré mort, ou presque,

rapports de force existants (et les inégalités qu'ils engendrent) le droit d'auteur ne serait alors qu'un reflet des rapports entre grands titulaires de droit (industrie de l'édition, du disque, du film et du logiciel – hors open source), d'une part, et grands utilisateurs⁸⁶ (radio et télédiffuseurs, fournisseurs d'accès Internet), d'autre part. L'auteur, de ce point de vue, apparaît comme un prétexte et non un centre d'attention⁸⁷. Cela a certes l'avantage de relativiser le copernicisme des autres théories, mais offre surtout un pont entre les enseignements des théoriciens et la *realpolitik* du droit d'auteur dont nous traiterons plus loin.

2.3 Approche des tribunaux canadiens

Avant de passer à une analyse plus pragmatique, il convient d'analyser l'attitude des tribunaux canadiens par rapport aux fondements du droit d'auteur. Si l'analyse est assez brève pour cause de rareté de la matière première, il ressort clairement que ces tribunaux ne semblent pas d'accord sur la philosophie qui doit nous guider.

Dans *Bishop c. Stevens*⁸⁸, M^{me} le juge McLachlin (alors juge puînée), se prononçant pour la Cour suprême, écrit:

Comme le souligne le juge Maugham dans l'arrêt *Performing Right Society, Ltd. v. Hammond's Bradford Brewery Co.*, [1934] 1 Ch. 121, 127, [traduction] 'le *Copyright Act* de 1911 a un but unique et a été adopté au seul profit des auteurs de toutes sortes, que leurs œuvres soient littéraires, dramatiques ou musicales'.⁸⁹

Cette interprétation a été retenue dans la décision de première instance dans l'affaire *CCH*⁹⁰.

dans une série d'articles récents. Voir par exemple Cass R. SUNSTEIN, «On Academic Fads And Fashions», (2001) 99 *Mich. L. Rev.* 1251; et Dana NEACSU, «CLS Stands For Critical Legal Studies, If Anyone Remembers», (2000) 8 *J.L. & Pol'y* 415.

86. Cette terminologie est éminemment «trompeuse». Les éditeurs, ainsi que les producteurs de disques et de films sont aussi de grands utilisateurs. Walt Disney n'a-t-il pas «utilisé» de nombreux contes de fée pour ses films? Réciproquement, les diffuseurs sont souvent propriétaires d'énormes catalogues de droits.

87. Jane GINSBURG, «The Concept of Authorship in Comparative Copyright Law», (2003) 52 *DePaul L. Rev.* 1063.

88. [1990] 2 R.C.S. 467.

89. *Ibid.*, à la p. 479.

90. *Barreau du Haut-Canada c. CCH Canadian Ltd.*, [2000] 2 C.F. 451, inf. en partie par [2002] 4 C.F. 213; permission d'appeler accordée [2002] R.C.S.C. 317.

Il est intéressant de noter d'entrée de jeu la référence au droit anglais, qui n'est pas entièrement réfractaire, même après l'adoption de la loi de 1911 qui était en vigueur au moment de *University of London Press*, à faire une bonne place à l'auteur. Dans *PRS c. Hammond's*, citée par M^{me} le juge McLachlin, l'auteur est même le but unique de la Loi.

On peut mettre cela en parallèle avec une des premières décisions anglaises en matière de droit d'auteur, dans laquelle on peut lire ceci: «Il est sage de toute manière d'encourager les lettres et les recherches ardues des gens instruits. La façon la plus facile et égalitaire de le faire consiste à leur *garantir la propriété* de leurs propres œuvres»⁹¹.

Puis, dans *Apple Computer, Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*⁹², c'est l'approche utilitariste propre au droit américain qui prend le dessus. M^{me} le juge Reed de la Cour fédérale écrit en effet:

[L]a *Loi sur le droit d'auteur* ... ne contient aucune distinction relative à l'objectif visé par l'œuvre créée, que ce soit le divertissement, l'enseignement ou autre. À mon avis, la Loi avait deux buts: *encourager la publication* d'œuvres, pour 'l'avancement de la science' et protéger et *récompenser les efforts intellectuels* des auteurs, pendant un certain temps.⁹³

Enfin, dans *Théberge*⁹⁴, le droit d'auteur est soumis à une troisième philosophie, l'analyse économique:

La Loi est généralement présentée comme établissant un équilibre entre, d'une part, la promotion, *dans l'intérêt du public*, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles et, d'autre part, l'obtention d'une *juste récompense* pour le créateur (ou, plus précisément, l'assurance que personne d'autre que le créateur ne pourra *s'approprier les bénéfices* qui pourraient être générés).

On atteint le juste équilibre entre les objectifs de politique générale, dont ceux qui précèdent, non seulement en reconnais-

91. *Millar c. Taylor* (1769), 4 Burr. 2303, 98 E.R. 201, le juge Willes, p. 218. Traduction de la Cour suprême (dans *Théberge*).

92. [1987] 1 C.F. 173 (1^{re} inst.); conf. par [1988] 1 C.F. 673 (C.A.); conf. par [1990] 2 R.C.S. 209.

93. *Ibid.*, à la p. 200.

94. Note 67, *supra*.

sant les droits du créateur, mais aussi en accordant l'importance qu'il convient à la nature limitée de ces droits. D'un point de vue *grossièrement économique*, il serait tout aussi inefficace de *trop rétribuer* les artistes et les auteurs pour le droit de reproduction qu'il serait nuisible de ne pas les rétribuer suffisamment. [...]

Un *contrôle excessif* de la part des titulaires du droit d'auteur et d'autres formes de propriété intellectuelle pourrait *restreindre indûment la capacité du domaine public* d'intégrer et d'embellir l'innovation créative dans l'intérêt à long terme de l'ensemble de la société, ou créer des obstacles d'ordre pratique à son *utilisation légitime*.

La présente affaire démontre le *conflit économique fondamental* entre le titulaire du droit d'auteur sur une œuvre et le propriétaire du bien matériel qui incorpore les expressions protégées par le droit d'auteur.

La première partie de l'analyse de M. le juge Binnie se rapproche de celle de M^{me} le juge Reed dans *Apple c. Mackintosh*. La Cour suprême insiste en effet sur la nécessité de promouvoir l'innovation et la créativité et de récompenser l'auteur. Le droit d'auteur est bel et bien perçu comme un levier économique, et, de ce point de vue, la recherche d'une efficacité législative optimale se traduit par une protection suffisante pour susciter la création et la distribution de nouvelles œuvres sans pour autant favoriser la maximisation de rentes au-delà de ce qui est nécessaire. Par ailleurs, il faut saluer le lien entre droit d'auteur et créativité que tisse cette décision. On peut espérer que la Cour continuera sur cette lancée dans l'affaire *CCH c. Barreau du Haut-Canada*.

3. Droit d'auteur et pragmatisme

Nous avons annoncé en introduction une analyse en deux branches, la seconde étant ce que nous avons appelé l'approche pragmatique. Celle-ci part du point de vue simple (simpliste?) que pour changer le droit d'auteur, il faut d'abord démontrer qu'il est cassé. Puis, cette analyse prend en compte l'impact prévisible des changements sur les acteurs en place ou potentiels.

3.1 Droit d'auteur mort et enterré?

Le droit d'auteur est mort. La première déclaration de décès a sans doute été celle de John Perry Barlow. Dans son célèbre essai de 1993 intitulé *The Economy of Ideas*⁹⁵, il défendait la thèse selon laquelle la dématérialisation enlevait toute sa pertinence au droit d'auteur, car celui-ci a été conçu pour protéger la bouteille et non le vin, mais à l'ère du numérique, cette bouteille a disparu. Il lançait alors sa sentence sans appel:

Intellectual property law cannot be patched, retrofitted, or expanded to contain the gasses of digitized expression any more than real estate law might be revised to cover the allocation of broadcasting spectrum. (Which, in fact, rather resembles what is being attempted here.) We will need to develop an entirely new set of methods as befits this entirely new set of circumstances.

Dans la mouvance de cet ancien *rancher* et parolier des *Grateful Dead*, des universitaires états-uniens, puis d'autres pays, ont commencé à expliquer pourquoi le droit d'auteur était devenu obsolète à l'ère d'Internet⁹⁶. Mais force est de constater que ces faire-part étaient un peu hâtifs. Le droit d'auteur est encore parmi nous et rares sont ceux qui peuvent démontrer qu'une société (capitaliste) sans droit d'auteur assurerait autant ou mieux la création et la diffusion de nouvelles œuvres⁹⁷.

Certains coups ont porté. Admettons d'emblée que les industries du droit d'auteur (les «titulaires de droit») n'ont pas brillé par leur rapidité à s'adapter à Internet. Ces industries ont pour l'essentiel combattu Internet et dans le cas des industries de la musique et du cinéma le combattent encore⁹⁸. Nous sommes de ceux qui avaient

95. John PERRY BARLOW, «The Economy of Ideas: Selling Wine Without Bottles on the Global Net » *Wired*, Issue 2.03, mars 1994. Disponible à l'adresse <<http://www.wired.com/wired/2.03/features/economy.ideas.html>>.

96. Le lecteur en trouvera un bon exemple dans l'article de Glynn S. LUNNEY Jr., «The Death of Copyright: Digital Technology, Private Copying, and the Digital Millennium Copyright Act», (2001) 87 *Virginia L. Rev.* 813. Voir aussi Robert C. DENICOLA, «Mostly Dead? Copyright Law in the New Millennium», (2000) 47 *J. Copyright Soc'y of the USA* 193.

97. Bien évidemment, certains prônent un remplacement du droit d'auteur par autre chose, mais reconnaissent néanmoins la nécessité de la fonction.

98. Il n'est pas inutile de rappeler le combat contre les photocopieurs. Dans un rapport de 1961 du *Register of Copyrights* des États-Unis, on tirait une sonnette d'alarme semblable à celle qui retentit aujourd'hui: «...Copying has now taken on new dimensions with the development of photocopying devices by which any

suggéré dès 1998 d'utiliser l'arme du modèle d'affaires⁹⁹. L'industrie du texte et des revues scientifiques s'y sont mises il y a quatre ou cinq ans et certaines ont augmenté considérablement les possibilités offertes à leurs lecteurs, que ce soit la mise à disposition de fichiers de données de laboratoire (trop volumineux pour une impression papier), des modélisations tridimensionnelles de molécules, ou simplement le fait que la diffusion de nouveaux articles a été accélérée¹⁰⁰.

L'industrie du disque, après des déboires relatifs aux questions de normalisation¹⁰¹, et de nombreux procès retentissants visant à empêcher les échanges de fichiers entre internautes soit à partir d'un site central¹⁰² ou en réseau point-à-point («peer-to-peer») commence à peine à autoriser le téléchargement de fichiers musicaux¹⁰³. L'industrie du cinéma teste encore les systèmes de diffusion.

Le souci principal de la plupart des industries semblent être d'éviter toute réutilisation du contenu téléchargé. Et c'est précisément là que le problème de l'adaptabilité du droit d'auteur au monde numérique se pose de la façon la plus criante.

quantity of material can be reproduced readily and in multiple copies...» Report of the Register of Copyrights on the General Revision of the U.S. Copyright Law, 25 juillet 1961.

99. Daniel GERVAIS, «Electronic Rights Management and Digital Identifier Systems» (1999), 4 *J. of Elec. Publishing*. Disponible à l'adresse <http://www.press.umich.edu/jep/04-03>. («The content is there. In almost all cases, it is in digital form or can be digitized. Networks with sufficient bandwidth are being built, and many business users and individual consumers are already connected. They are ready for the content. Many copyright industries and other rights holders are coming to the view that global networks represent good business opportunities and that digital, though it may be different, is nonetheless interesting commercially. In fact, it may be the only future growth area. To put it simply, digital is inevitable»). Il s'agit d'un rapport présenté à l'OMPI (Genève) en décembre 1998.
100. Voir Daniel GERVAIS, «Copyright and eCommerce», un chapitre dans Melvin Simensky, Lanning Bryer, Neil J. Wilkof (éds.), *Intellectual Property In The Global Marketplace. 2001 Supplement* (New York, Wiley, 2002).
101. On pense ici surtout au *Secure Digital Music Initiative* (SDMI), projet qui a été mis en attente. Sur le site du projet (www.sdmi.org) on peut lire ce qui suit (fin juillet 2003): «As of May 18, 2001 SDMI is on hiatus, and intends to re-assess technological advances at some later date.»
102. Dont le fameux procès contre Napster.
103. Par exemple, sur le site iTunes.com appartenant à Apple Computers, qui connaît un franc succès malgré le fait qu'il ne fonctionne qu'avec des ordinateurs Mac équipés de la dernière version (10) du système d'exploitation.

3.2 Le nouveau rôle des utilisateurs

Historiquement, l'utilisateur de «contenu» protégé par droit d'auteur ne faisait pas partie de l'équation centrale du droit d'auteur. On en a la preuve dans les nombreuses exceptions dans les lois nationales relatives à l'utilisation et à la copie privée¹⁰⁴ et la règle d'épuisement du droit après la vente d'un exemplaire¹⁰⁵. Le droit d'auteur¹⁰⁶ était, du début du dix-huitième siècle jusqu'à la toute fin du vingtième, un substrat nécessaire, d'une part, à la conclusion de transactions entre auteurs, éditeurs, producteurs et distributeurs et, d'autre part, à la lutte contre les pirates professionnels. Le droit d'auteur était régi par des contrats et le recours aux tribunaux était rarement nécessaire¹⁰⁷. Il le devenait dans les cas de différends relatifs à l'interprétation du contrat, plus rarement de la loi elle-même, ou dans les cas de piratage à une échelle commerciale. Soulignons aussi que les utilisateurs devaient rarement accepter un contrat avant d'avoir accès à une œuvre. Lors de l'achat d'un livre ou d'un disque, il y avait certes un contrat de vente (non écrit), mais pas un contrat relatif à l'utilisation (équitable ou non) du livre ou du disque.

Mais avec la phénoménale popularité du Web, l'utilisateur a pris toute sa place dans une équation qui a priori n'était pas destinée à le recevoir. Cette place, il la doit à la perception que son rôle de réutilisateur n'est ni neutre ni négligeable car il a aujourd'hui une incidence directe sur le marché.

Cela a posé deux séries de problèmes: en premier lieu, le droit d'auteur et les contrats le régissant ont dû réorienter leur tir vers les utilisateurs. L'utilisateur qui télécharge un fichier doit dans la plu-

104. Au Canada, les articles 29 et 80 de la Loi.

105. Aussi appelée «doctrine de la première vente», selon la pratique états-unienne.

106. Nous parlons toujours ici de la composante patrimoniale du droit. Les problèmes pratiques posés par le *droit moral* sont peu nombreux et ne méritent guère une reformulation de fond en comble du droit, même si les règles d'attribution peuvent en théorie gêner l'utilisation de certaines exceptions contenues dans la Loi, comme le suggère le Gouvernement dans le rapport «Stimuler la culture et l'innovation: Rapport sur les dispositions et l'application de la Loi sur le droit d'auteur» d'octobre 2002, à la p. 41: «Un autre point à soulever est le fait que l'utilisation n'est pas considérée comme étant équitable si l'utilisateur ne cite pas ses sources lors d'une critique, d'un compte rendu ou d'un reportage de nouvelles. En pratique, une reconnaissance complète des sources peut être longue et encombrante, car elle pourrait inclure non seulement le nom de l'auteur, mais également de l'artiste interprète, du producteur de l'enregistrement sonore ou du diffuseur ».

107. Voir Lucie GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts. An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright* (Londres, Kluwer Law International, 2002).

part des cas accepter (en cliquant) un contrat qui bien souvent lui interdit toute réutilisation de l'œuvre, même dans des cas qui seraient autrement autorisés par la loi¹⁰⁸. Il s'agit d'une première source de tension propre au numérique: auparavant, l'utilisateur disposait d'une marge de liberté reconnue par la loi et en formant partie intégrante. La Cour suprême nous l'a d'ailleurs rappelé dans l'affaire *Théberge*¹⁰⁹. Cette marge se rétrécit à vue d'œil au motif que les utilisateurs en ont abusé ou, du moins, que certaines utilisations ou réutilisations privées ont eu une incidence négative sur le marché¹¹⁰. Mais l'utilisateur non professionnel a rapidement pris conscience de l'existence d'un droit auquel il était naguère rarement confronté. La «confiance» qui était manifestée à son égard par le biais des règles et exceptions concernant l'utilisation privée s'est évaporée. L'utilisateur est passé d'un rôle de consommateur à celui de pirate (au moins en herbe). Ironiquement, cela peut influencer son attitude de bon citoyen et le mener vers des comportements marginaux¹¹¹.

108. Par exemple, les articles 29 à 30. Le rapport gouvernemental précité (note 106) traite aussi de cette question (p. 38): «La Loi permet des exceptions précises pour certains usagers dans certains contextes. Plusieurs intervenants font remarquer que des exceptions autorisant certains usages d'œuvres protégées sont invalidées par les conditions d'utilisation que l'on retrouve dans les ententes contractuelles types. On pense ici, entre autres, aux licences automatiques liant quiconque ouvre l'emballage d'un logiciel. Avec ce type de licence, l'utilisateur accepte les conditions d'utilisation par le simple fait de retirer l'emballage. Ces contrats types l'emporteraient donc sur les exceptions légales de la Loi. Ceci entraîne la préoccupation que ces contrats types puissent être utilisés pour élargir le champ d'application de la protection, au-delà de ce qui est prévu dans la Loi. Au Royaume-Uni, la Loi contient une clause qui empêche qu'une exception ayant trait à l'enseignement soit limitée par un accord légal.» Voir aussi L. GUIBAULT, *loc. cit.*
109. *Supra*, note 7, par. 32: «Un contrôle excessif de la part des titulaires du droit d'auteur et d'autres formes de propriété intellectuelle pourrait restreindre indûment la capacité du domaine public d'intégrer et d'embellir l'innovation créative dans l'intérêt à long terme de l'ensemble de la société, ou créer des obstacles d'ordre pratique à son utilisation légitime. *Ce risque fait d'ailleurs l'objet d'une attention particulière par l'inclusion, aux art. 29 à 32.2, d'exceptions à la violation du droit d'auteur.* Ces exceptions visent à protéger le domaine public par des moyens traditionnels, comme l'utilisation équitable d'une œuvre aux fins de critique ou de compte rendu, ou à ajouter de nouvelles protections, adaptées aux nouvelles technologies, telles que la reproduction limitée d'un programme d'ordinateur et l'«enregistrement éphémère» de prestations exécutées en direct.» (les italiques sont nôtres).
110. Ce qui n'est pas sans rappeler la deuxième partie du test en trois parties de l'article 9(2) de la Convention de Berne et de l'article 13 de l'accord TRIPS. Voir Daniel GERVAIS, *The TRIPS Agreement: Drafting History and Interpretation*, 2^e éd. (Londres, Sweet & Maxwell, 2003), aux p. 144-152.
111. Les travaux du professeur Eric Posner ont démontré que le taux d'évasion fiscale croît en proportion de l'effort de contrôle. Le citoyen qui est traité comme un bandit (potentiel) aurait ainsi plus tendance à se comporter selon ce que le gou-

La seconde source de tension est un aveu que le droit d'auteur est devenu insuffisant. Pour pallier cette insuffisance, on a ajouté au droit d'auteur des mesures techniques de protection¹¹². Ces mesures interdisent soit l'accès (p.ex. par mot de passe) ou l'utilisation (p. ex. un fichier PDF qui ne peut pas être sauvegardé ou imprimé) d'œuvres. Contrairement à un contrat, l'utilisateur qui ne dispose pas des outils du «hacker» n'a pas le choix de respecter ou non un contrat ou la loi. Ces mesures ne cesseront pas non plus de s'appliquer lorsque le contenu tombera dans le domaine public¹¹³. D'autre part, le recours aux exceptions dont il pourrait bénéficier lui est souvent interdit par la technique. Cela est de nature à faire augmenter la tension et la frustration ressenties par l'utilisateur¹¹⁴.

Enfin, à cette couche technique de protection s'est ajoutée la couche légale qui protège non pas le droit d'auteur (au sens de droits patrimoniaux reconnus dans les articles 3, 15, 18 et 21 de la Loi), mais les mesures techniques en tant que telles. Cette protection découle de la mise en œuvre des traités OMPI de 1996¹¹⁵. Or, les mesures techniques opèrent malgré le fait qu'un utilisateur bénéficie soit d'une autorisation, soit d'une exception, ce qui ne correspond d'ailleurs pas à l'esprit des traités¹¹⁶. Il s'agit, en d'autres termes, d'une couche de protection distincte des droits patrimoniaux. Cette couche est souvent gérée par les diffuseurs et non par les auteurs ou leurs ayants droit. Elle déplace donc le centre de gravité vers ces industries et, par conséquent, l'éloigne de l'auteur.

vernement «attend» de lui. Voir Eric A. POSNER, «Law and Social Norms: The Case of Tax Compliance», (2000), 86 *Virginia L. Rev.* 1781.

112. Voir Ian KERR et al., «Mesures de protection technique: Partie I - Tendances en matière de mesures de protection technique et de technologies de contournement», rapport établi pour Patrimoine Canadien, 2002. Disponible à l'adresse http://www.pch.gc.ca/progs/ac-ca/progs/pda-cpb/pubs/protection/index_f.cfm pour une description du phénomène. Voir aussi Daniel GERVAIS, «Copyright and eCommerce», *op. cit.*, note 100.
113. Ce qui, ne l'oublions pas, se produit au moins 20 ans plus tôt au Canada qu'aux États-Unis ou en Europe.
114. Voir note 109 ci-dessus.
115. *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et Traité de l'OMPI sur les interprétations, les exécutions et les phonogrammes* du 20 décembre 1996. 36 I.L.M. 76.
116. L'article 11 du *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur* (auquel correspond l'article 18 du *Traité de l'OMPI sur les interprétations, les exécutions et les phonogrammes*) prévoit ce qui suit: «Les Parties contractantes doivent prévoir une protection juridique appropriée et des sanctions juridiques efficaces contre la neutralisation des mesures techniques efficaces qui sont mises en œuvre par les auteurs dans le cadre de l'exercice de leurs droits en vertu du présent traité ou de la Convention de Berne et qui restreignent l'accomplissement, à l'égard de leurs œuvres, *d'actes qui ne sont pas autorisés par les auteurs concernés ou permis par la loi.*» (les italiques sont nôtres).

Mais à nos yeux si ces critiques sont en bonne partie fondées, elles ne sont pas, et de loin, l'essentiel du problème. Le problème provient du fait que l'utilisateur connaît les possibilités qu'offre Internet et veut en bénéficier. Or, dans la plupart des cas, il n'a pas accès à une source licite. Les industries ont vainement tenté de maintenir certains modèles d'affaires (p. ex. le fait de vendre la musique populaire en «albums» de 10 ou 12 chansons¹¹⁷). Au lieu de mettre à disposition sur Internet et de profiter (comme l'a fait tardivement l'industrie des revues et journaux)¹¹⁸ du fantastique effet de levier et de réduction des coûts de distribution¹¹⁹, l'industrie s'est acharnée à empêcher l'Internet de tourner en rond. Peur du risque et absence de contrôle des intermédiaires peuvent certes expliquer cette réaction¹²⁰. Mais son effet est tout aussi évident: le droit d'auteur est devenu l'ennemi numéro un sur Internet¹²¹.

La bataille a eu peu de succès. En fermant Napster¹²², l'industrie a créé l'hydre du réseau point-à-point et se voit obligée de poursuivre les utilisateurs individuels¹²³, ce qui, au-delà des coûts, aura vraisemblablement un impact négatif sur l'image de l'industrie,

117. Qui a lui-même chassé le modèle d'affaires du rouleau de cire ou celui des «45 tours», même si l'industrie utilise encore régulièrement la tactique commerciale dite du «single».

118. Voir Daniel GERVAIS, «Copyright and eCommerce», *op. cit.*, note 100.

119. Imaginons un instant que chaque consommateur puisse légalement envoyer un fichier musical à ses amis qui peuvent ensuite l'ouvrir en payant une somme minimale. Le bénéfice global pour l'industrie serait énorme et les coûts presque nuls. C'est le modèle de la superdistribution, que la revue *The Economist* définit comme suit: «A novel retailing tactic meant to allow people to distribute copyright material freely to others. But before these others can actually play or view it, it will automatically "phone home" to a special Internet clearing-house to arrange for a suitable fee».

En ce qui concerne les coûts de diffusion, il en coûte bien moins pour télécharger sur Internet que de vendre des CDs. Pas de détaillant à marge élevée, pas de stocks, transport, etc.

120. Voir Jane GINSBURG, «The Concept of Authorship in Comparative Copyright Law» (2003), 52 *DePaul L. Rev.* 1063 et de la même auteure, «Copyright and Control Over New Technologies of Dissemination», (2001) 101 *Colum. L. Rev.* 1613, 1646.

121. Présomons aussi qu'il s'agit surtout d'un refus de l'industrie, souvent en tant que titulaire de droits voisins, et non de la volonté de l'auteur.

122. Rachetée par Bertelsmann qui a compris la valeur (commerciale) du symbole, ce qui lui a aussi attiré des ennuis. Voir la dépêche de REUTERS «EMI sues Bertelsmann over Napster», *News.com*, 4 juin 2003, disponible à l'adresse http://news.com.com/2100-1027_3-1013307.html.

123. Voir le communiqué de la *Recording Industry Association of America* (RIAA) publié le 25 juin 2003, «Recording Industry To Begin Collecting Evidence And Preparing Lawsuits Against File "Sharers" Who Illegally Offer Music Online». Disponible à l'adresse <http://www.riaa.com/news/newsletter/062503.asp>.

sans compter l'effet rebond potentiel d'une telle démarche¹²⁴, même s'il semble que le nombre de fichiers échangés ait diminué depuis l'annonce de la stratégie visant à attaquer des utilisateurs individuels¹²⁵. Enfin, il n'est pas risqué de prévoir que la technologie permettra de mettre les internautes friands de l'échange de fichiers musicaux à l'abri de poursuites, par exemple en combinant une technologie de point-à-point avec une technologie de maintien de l'anonymat. Sauf si elles s'accompagnent d'une «solution du modèle d'affaires», c'est-à-dire de la possibilité d'avoir accès légalement à la musique (par fichier) sur Internet, toutes les solutions judiciaires sont vouées à l'échec à court ou moyen terme.

Cela dit, les utilisateurs ne sont pas innocents. Plusieurs d'entre eux savent¹²⁶ que la loi les empêche de télécharger (du moins en amont ou «upload» vers le serveur ou par mise à disposition en réseau point-à-point – la situation est plus nébuleuse pour le téléchargement en sens inverse ou «download», du moins au Canada¹²⁷). Mais en l'absence de solutions légitimes, la tentation de l'Internet et de son énorme pouvoir de renouveler et même de transcender un modèle de distribution jugé obsolète par plusieurs consommateurs de musique (populaire) est trop forte. En augmentant la place faite à la répression, l'industrie (et les auteurs) perdent en revenus (considérables¹²⁸) ce que les utilisateurs gagnent en frustration.

124. Voir note 111, *supra*.

125. Voir John BORLAND, «RIAA threat may be slowing file swapping», *News.com*, 14 juillet 2003, disponible à l'adresse http://news.com.com/2100-1027_3-1025684.html.

126. Cependant, selon une étude récente deux tiers des internautes américains adultes ne savent pas que l'opération est illégale ou en font peu de cas. Voir «Two-thirds of adult music downloaders don't care about copyrights», *Mercury News*, 31 juillet 2003. Disponible à l'adresse <www.siliconvalley.com/mld/siliconvalley/news/editorial/6429613.htm>.

127. Voir l'article 80(1) de la Loi. Est-ce qu'un ordinateur est un support audio? Sans doute, mais peut-être pas un support vierge au sens de l'article 79. La prochaine décision de la Commission sur les tarifs de copie privée pourrait nous éclairer sur ce point.

128. Napster à son apogée avait environ 60 millions d'utilisateurs, soit, à l'époque, près de 70 % des internautes états-uniens. Si ceux-ci avaient accepté de payer 5 \$ par mois, Napster aurait généré environ 3 \$ milliards par an, soit 30 % des revenus totaux de l'industrie aux États-Unis. Même en admettant qu'une partie de ces revenus aurait cannibalisé les ventes de disques, ces ventes auraient néanmoins continué. D'autre part, les revenus bruts de Napster se rapprochent beaucoup plus d'un résultat net que ceux des ventes de disques, qui eux comportent des marges plus réduites en raison des coûts de fabrication, inventaire, distribution etc. En extrapolant sur la base de l'augmentation du nombre d'internautes depuis la fermeture de Napster, il est raisonnable de penser que Napster aurait aujourd'hui au moins 150 millions d'utilisateurs à travers le monde, générant (sur la base des mêmes chiffres) 9 \$ milliards de dollars par an (150,000,000 X 12 X 5 \$).

3.3 Pistes de solution

3.3.1 La piste de la gestion collective

Une des avenues de solution que nous avons proposées est de faire davantage de place à la gestion, en particulier la gestion collective. Pour l'auteur qui souhaite autoriser l'utilisation raisonnable de son œuvre, trois choix sont possibles. Premièrement, il peut s'en remettre à un «ayant droit» professionnel, mais alors son œuvre sera traitée comme un élément d'une stratégie commerciale globale. Il peut dans certains cas bénéficier de la machine de production et de distribution, mais il n'en a évidemment pas le contrôle, ce qui devient gênant si la stratégie commerciale du moment ne fait pas de place à l'œuvre dont il s'agit. Il est aussi fort probable que cette stratégie soit d'interdire l'accès par Internet en raison des insécurités des industries du droit d'auteur dont nous avons parlé précédemment. Deuxièmement, l'auteur peut décider de renoncer à exercer ses droits économiques ou certains d'entre eux et encourager la libre diffusion de son œuvre sur Internet. Il pourra aussi tenter dans ce contexte d'imposer certaines restrictions à l'utilisation, comme la réutilisation commerciale ou l'emploi sans mention de son nom. L'Internet est alors utilisé comme véhicule publicitaire, ce qui peut dynamiser des sources de revenus autres mais ne rapporte rien directement à l'auteur. Enfin, l'auteur peut choisir de confier à une société de gestion collective le mandat de gérer ses droits. Il partage alors le fardeau et les coûts avec d'autres auteurs (du même type d'œuvres) et augmentera les chances d'être payé. Une société de gestion pourra par exemple accorder à un utilisateur (institution d'enseignement, gouvernement ou société commerciale par exemple) une licence d'utilisation de tout son répertoire, c'est-à-dire de l'ensemble des droits dont la gestion lui a été confiée.

La gestion collective n'est pas une panacée. Les œuvres y sont souvent amalgamées en présumant qu'elles ont une valeur égale. Dans le cas des licences générales ou de répertoire, la répartition se fait sur la base de sondages qui ne sont pas exempts de critique. Mais une gestion collective efficace et bien organisée est sans doute le meilleur moyen pour la majorité des auteurs de profiter des avancées de la technique pour accroître la diffusion de leurs œuvres tout en étant rémunérés. Il faut pour cela que les sociétés disposent d'un répertoire adéquat. C'est pourquoi nous avons suggéré la création d'un mécanisme légal de licence étendue et un niveau d'intervention de la Commission plus élevé dans les cas où cela est nécessaire, en

particulier dans les cas où de multiples autorisations sont requises pour une seule opération économique¹²⁹.

3.3.2 Fractionnement contractuel c. fractionnement légal

Y aurait-il lieu de défragmenter le droit d'auteur lui-même pour remédier aux problèmes rencontrés par les auteurs et les utilisateurs? Reconnaissons d'emblée que le fractionnement contractuel est utile et même essentiel pour optimiser l'exploitation dans des canaux et marchés multiples des œuvres protégées par droit d'auteur. Du même souffle, il nous semble raisonnable de conclure que le fractionnement légal, qui résulte, comme nous l'avons vu, d'une évolution historique désordonnée au niveau des détails bien que reposant sur de solides prémisses, est rarement efficace ou utile. Ainsi par exemple, l'utilisation sur Internet nécessite l'obtention de plusieurs fragments (reproduction, communication au public/mise à disposition, peut-être aussi le fragment d'adaptation) alors qu'il s'agit d'une seule opération économique.

Par ailleurs, l'exclusivité de certains droits doit également correspondre à l'objet du droit d'auteur qui, à nos yeux, doit être d'inciter les auteurs à *créer*.

Il est aujourd'hui illégal au Canada d'enregistrer une émission de télévision sur vidéocassette, à moins de se convaincre qu'il s'agit d'une copie à des fins d'«étude privée»¹³⁰. D'une façon plus générale, à chaque nouveau fragment correspond aujourd'hui une ou plusieurs exceptions. La complexité de ce système est rébarbative, en particulier en ce qui concerne les utilisations privées ou sans incidence sur le marché.

3.3.3 Réaligner le droit par rapport à son objet

D'un point de vue pragmatique, il serait plus efficace de défragmenter le droit d'auteur pour qu'il corresponde à son objet premier, tout en laissant aux auteurs, autres titulaires de droit, distributeurs

129. Voir la première partie de cet essai et le rapport sur la gestion étendue établi pour Patrimoine Canada, disponible à l'adresse http://www.pch.gc.ca/progs/ac-ca/pubs/index_f.cfm.

130. Article 29 de la Loi. On peut aussi imaginer un argument selon lequel toute personne qui diffuse ou autorise la diffusion télé au Canada a accordé une licence implicite. Compte tenu du nombre d'ayants droit (y compris étrangers) visés, cette solution nous paraît bien peu convaincante.

et utilisateurs le soin de définir par fractionnement contractuel les utilisations autorisées, plutôt que de tenter artificiellement de faire correspondre chaque utilisation à un ou plusieurs des fragments légaux.

Est-il efficace ou utile de demander à l'auteur qui veut autoriser une diffusion de son œuvre à la télévision si cela entraînera une ou plusieurs reproductions, une ou plusieurs exécutions ou communications, etc.? Cela n'est pas nouveau. Le droit d'auteur est traditionnellement allergique à un tel cumul. Dans l'exemple de la radiodiffusion, envisagée comme une seule opération économique¹³¹, la tendance très nette a été de préférer le «fragment dominant», qui est bien évidemment celui de la communication au public. C'est ce qui explique qu'on ait mis dans la Loi une exception pour l'utilisation de l'autre fragment, indispensable mais de second ordre, celui de reproduction. Nous parlons ici bien sûr de l'exception d'enregistrement éphémère¹³².

Cela dit, le fait de devoir prévoir de telles exceptions est à nos yeux un signe du manque de parallélisme entre le droit d'auteur et son objet. Il faut donc réaligner le droit, et nous sommes d'avis qu'un tel réalignement doit se faire en partant de deux principes: d'une part, que le fractionnement est nécessaire, certes, mais doit s'opérer par contrat. Le droit d'auteur¹³³ doit donc être un droit unique, divisible par contrat. D'autre part, il doit s'agir d'un droit d'autoriser ou d'interdire les utilisations qui restreignent le marché ou les possibilités d'exploitation de l'œuvre. L'approche que nous suggérons est donc de mettre l'accent sur *l'effet* de l'utilisation plutôt que sur sa *nature*.

Si on réfléchit bien, ce n'est pas la reproduction non autorisée (même à dix mille exemplaires) d'un livre qui nuit à l'auteur ou à l'éditeur, mais la distribution au public de ces exemplaires. Donc la reproduction *aux fins de distribution*¹³⁴.

131. La rediffusion par câble etc. peut évidemment être envisagée séparément.

132. Article 30.9 de la Loi, rapport «Stimuler la culture et l'innovation: Rapport sur les dispositions et l'application de la Loi sur le droit d'auteur», précité note 106, à la p. 38 et Convention de Berne, article 11*bis*(3).

133. Il s'agit encore et toujours ici uniquement de la composante économique du droit. En ce qui concerne le droit moral, voir note 106, *supra*.

134. Deux auteurs états-uniens ont d'ailleurs proposé de remplacer le droit d'auteur par un droit de distribution au public. Leur analyse du problème est intéressante, mais force est de constater que la distribution n'est pas la seule façon d'entamer un marché. Voir E. MILLER et J. FEIGENBAUM, «Taking the Copy Out of Copyright», publié en ligne à l'adresse <http://www.cs.yale.edu/homes/jf/MF.pdf>.

L'affaire *Bishop c. Stevens*¹³⁵ est un des meilleurs exemples de l'effet hautement critiquable du fractionnement légal du droit d'auteur. Le fractionnement entre droit de communication et droit de reproduction a permis à la Cour suprême de conclure que Télé-Métropole n'avait pas obtenu le fragment reproduction. Si l'opération «diffusion à la télévision» avait été envisagée en fonction de sa destination, le fait que cette diffusion puisse ou non requérir une adaptation, une ou plusieurs reproductions totales ou partielles, éphémères ou non, n'aurait été aucunement pertinent. Ce qui aurait été important aurait été de prévoir contractuellement l'étendue de l'opération économique envisagée: une ou plusieurs diffusions, dans quelles conditions, etc.

Une approche téléologique et non technique de l'utilisation aurait aussi l'avantage d'être technologiquement neutre. Son seul impératif immuable est celui du marché. Deux auteurs ont d'ailleurs déjà proposé de reformuler le droit d'auteur en prenant une approche fondée sur l'effet. La professeure Jessica Litman a suggéré un droit d'exploitation commerciale¹³⁶. Puis le professeur Andrew Christie a proposé de simplifier l'ensemble de la législation, au motif notamment que les utilisateurs-consommateurs sont de plus en plus obligés de l'appliquer et, donc, de la comprendre¹³⁷. S'agissant des droits patrimoniaux, il propose de les regrouper en deux grandes familles: reproduction et dissémination¹³⁸. Le professeur Ricketson a fortement critiqué ce type de simplification¹³⁹. Nous pensons également qu'une simplification de ce genre, qui réduit le nombre de fragments mais maintient les droits fondés sur la nature technique de l'utilisation est vouée à l'échec. L'idée n'est pas de simplifier pour simplifier.

Notons aussi une proposition de créer un droit spécifique de «transmission par Internet»¹⁴⁰, qui pourrait résoudre certains problèmes propres à Internet, mais autrement ne résout pas les problèmes conceptuels et pragmatiques étudiés jusqu'ici.

L'approche suggérée par le professeur Litman est donc a priori la plus intéressante, mais comme le souligne justement la profes-

135. *Op. cit.*, note 88.

136. J. LITMAN, *Digital Copyright* (New York, Prometheus Books, 2001).

137. Voir A. CHRISTIE, «A Proposal for Simplifying United Kingdom Copyright Law», (2001) *E.I.P.R.* 26.

138. *Ibid.*, aux p. 37-38.

139. Voir S. RICKETSON, «Simplifying Copyright Law: Proposals from Down Under», (1999) *E.I.P.R.* 537.

140. Voir M. LEMLEY, «Dealing With Overlapping Copyrights on the Internet», (2002) 22 *U. Dayton L. R.* 547, 582-3.

seure Ginsburg¹⁴¹, il faut pousser beaucoup plus avant le travail de conceptualisation. Nous sommes d'avis qu'il faut aussi prendre en compte les traités internationaux, en particulier l'accord TRIPS, la Convention de Berne (et leur histoire législative).

Des exemples de tentatives de simplification se retrouvent déjà dans certaines lois nationales. Ces tentatives sont incomplètes et aucune ne bascule complètement vers un paradigme fondé sur *l'effet*. Cela dit, ces efforts méritent d'être soulignés. Le meilleur exemple est sans doute celui de la loi suisse¹⁴², qui prévoit à son article 10: «L'auteur a le droit exclusif de décider si, quand et de quelle manière son œuvre sera utilisée.» Ajoutons aussi que le gouvernement canadien a ouvert la porte à une réflexion sur ce sujet en mettant au programme des travaux de révision la question de la «clarification et simplification de la Loi»¹⁴³.

Il est donc possible de tracer les pistes, mais il y a encore beaucoup de chemin à parcourir pour trouver la solution qui répondra à toutes les attentes et respectera toutes les balises proposées.

4. Conclusion

Le droit d'auteur n'est pas mort, c'est évident. Mais il est clair qu'il a souffert au cours des dernières années. L'entrée en masse du logiciel a affaibli le lien entre le droit d'auteur et l'auteur. Le droit est devenu en quelque sorte un substrat industriel permettant de donner ou d'accroître la valeur d'un actif intangible appelé contenu. Dans un tel univers, il est de plus en plus difficile à l'auteur de faire ou de garder sa place, mais la lutte pour que l'auteur et la créativité demeurent l'objet principal du droit doit continuer. En basant le droit d'auteur sur le simple fait que du temps ou de l'argent ont été investis sans trace de créativité, on dénature le droit et le vide de sa substance. Et pourtant, le droit d'auteur a pour mission de favoriser l'émergence de la créativité et non de pallier les insuffisances réelles ou non du droit de la concurrence déloyale.

Mais alors que le droit d'auteur ne s'était pas totalement remis de ces bouleversements industriels, Internet est venu le secouer de nouveau. En permettant à tous de s'approprier du matériel diffusé

141. J. GINSBURG, *op. cit.*, note 136, p. 83.

142. Loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins du 9 octobre 1992.

143. Dans le rapport «Stimuler la culture et l'innovation: Rapport sur les dispositions et l'application de la Loi sur le droit d'auteur», précité note 106, p. 51.

sous forme numérique, de nouvelles méthodes et formes de création ont vu le jour, mais aussi de nouveaux modes de diffusion. Certains, et ils sont nombreux, ont profité de l'occasion pour «partager» des œuvres avec d'autres, amis ou étrangers, la dernière manifestation en date étant le phénomène des réseaux point-à-point.

Ces développements ont mis au jour l'inadéquation du droit, qui résulte en partie de son fractionnement. Si le fractionnement contractuel (de la portion patrimoniale du droit d'auteur) est un nécessaire préalable à l'optimisation de l'exploitation commerciale des œuvres, il n'en va pas de même du fractionnement légal, qui semble plutôt être le résultat d'une évolution historique en partie incohérente, produit de réactions à des soubresauts découlant d'innovations technologiques. On a en effet ajouté des fractions au faisceau de droits que l'on appelle droit d'auteur pour accorder un droit exclusif relatif à de nouveaux types d'œuvres (par exemple le cinéma ou les logiciels) ou d'exploitation des œuvres (radiodiffusion, télédiffusion, câble, satellite, etc.). Ce fractionnement fonctionnait relativement bien quand une exploitation (considérée comme opération économique unique) correspondait à l'un de ces fragments. Dans les autres cas, la tendance était de pousser sous le tapis, comme ce fut le cas pour les enregistrements éphémères.

Le fractionnement a aussi engendré des formes de gestion sous forme de compartiments étanches. Encore une fois, cela posait peu de problèmes lorsque les fragments correspondaient à l'utilisation. Tel n'est plus le cas aujourd'hui. La nature (juridique) des utilisations est plurielle: reproduction, communication, adaptation, etc.

Par ailleurs, le droit d'auteur ne s'était jamais intéressé aux utilisateurs-consommateurs, en reconnaissant par exemple l'épuisement des droits ou la copie à usage privé. Mais dès lors que l'utilisateur est devenu un élément pertinent de l'équation commerciale, notamment grâce aux possibilités de diffusion sur Internet, il a fallu réagir. Si le droit d'auteur et celui des contrats ont été mis à profit, on a aussi eu recours aux mesures techniques de protection puis, par les traités OMPI de 1996, à la protection juridique de ces mesures techniques. Cela a eu pour effet indésirable de déresponsabiliser l'utilisateur en l'empêchant de décider lui-même de l'étendue de son utilisation, au motif que celle-ci n'est plus uniquement dans sa sphère privée. Dans plusieurs cas, on a en effet tout simplement éliminé la marge de manœuvre dont ont toujours disposé les utilisateurs, essentiellement parce que les utilisations dites privées

n'avaient que peu d'effet sur le marché¹⁴⁴. Le recours aux mesures techniques a aussi renforcé la position des entités de commercialisation/distribution par rapport aux titulaires du droit d'auteur classique, en particulier les auteurs eux-mêmes. Cette situation est aggravée par l'équipollence établie depuis quelques années entre certains droits voisins appartenant à l'industrie et droits d'auteur relatifs aux œuvres exploitées par ces industries.

Pour tenter de résoudre ces problèmes, cette deuxième partie de notre essai a passé en revue les fondements philosophiques, économiques et pragmatiques du droit d'auteur, et conclut qu'un droit d'auteur refondé en partant de *l'effet* des utilisations plutôt que de leur *nature* est la meilleure piste de solution.

144. On peut se poser la question pour les photocopies. Quel est l'effet cumulatif des centaines de millions de copies effectuées à travers le monde?