

Vol. 15, n° 1

L'affaire *Théberge*

Daniel Gervais*

1. Première partie: analyse de la décision	219
1.1 Un bref rappel des faits	219
1.2 Résumé des procédures	220
1.3 Les lignes de force de la décision majoritaire	221
1.3.1 Conflit entre deux droits: titulaire du droit d'auteur c. propriétaire d'un exemplaire	221
1.3.2 Y a-t-il eu production ou reproduction?	223
1.3.3 Conflit <i>common law</i> -droit civil et les origines du droit d'auteur au Canada	227
1.3.4 Caractère «exceptionnel» d'une saisie sans autorisation judiciaire	229
1.4 Quelques points de détail intéressants.	231
1.4.1 Autres œuvres «transférées» sur d'autres supports.	231

© Daniel Gervais, 2002.

* Professeur agrégé, Faculté de droit (section de common law), Université d'Ottawa. Texte présenté le 7 mai 2002 à Montréal à l'invitation de l'Association littéraire et artistique internationale (ALAI Canada).

1.4.2	Fixation (par. 25)	231
1.4.3	Droit moral c. droits économiques	232
1.4.4	Introduction de la notion d'œuvre dérivée . . .	232
2.	Deuxième partie: conséquences et impact de la décision . .	232
2.1	Impact à court terme	232
2.2	Impact à plus long terme	234
2.3	Le lien avec l'affaire du <i>Barreau du Haut-Canada</i> . .	236

La décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Galleries d'art du Petit Champlain inc. c. Théberge*¹ est considérée par certains comme un désastre pour les auteurs et créateurs canadiens. D'autres y voient un nécessaire rééquilibrage entre les droits des auteurs et ceux des utilisateurs de leurs œuvres. Ce qui est certain, c'est que cette décision marque un point tournant dans l'histoire du droit d'auteur au Canada.

Pour analyser cette décision, nous procéderons en deux temps. Après un bref rappel des faits, nous tracerons dans une première partie les lignes de force de la décision, soit en premier lieu le rapport entre auteur et utilisateurs, en deuxième lieu la question de savoir si un entoilage réalisé à partir d'une affiche papier («poster») constitue un acte nécessitant une autorisation de l'auteur et, enfin, le conflit entre la *common law* et le droit civil et son rôle dans l'interprétation de la notion de reproduction. Nous terminerons cette première partie par un coup d'œil sur quelques détails intrigants de la décision. Dans une seconde partie, nous étudierons l'impact de la décision à court puis à plus long terme, et en particulier son lien avec d'autres décisions que la haute Cour pourrait être amenée à rendre au cours des prochains mois.

1. Première partie: analyse de la décision

1.1 Un bref rappel des faits

Le peintre Claude Théberge autorisa la reproduction, par un tiers appelé EGI, de son œuvre intitulée *Célébration* sur divers produits de papeterie, en particulier des reproductions 50x60 cm, des cartes et une liste d'autres produits de même nature. Les Galeries d'art appelantes achetèrent de ce tiers des affiches et photolithographies qu'elles entoilèrent par un processus qui consiste à retirer l'encre des affiches. Sans entrer dans les détails du procédé d'entoilage, il faut comprendre qu'il ne permet pas la *multiplication* des

1. 2002 CSC 34 (QL) 28.03.2002.

exemplaires. En d'autres termes, à partir d'une affiche, on ne peut produire qu'un seul entoilage. Il n'y avait aucune restriction contractuelle entre le peintre intimé et EGI quant à l'utilisation des affiches.

Une des raisons qui motivèrent probablement l'appelante à produire ces entoilages est que lesdits entoilages ont une valeur commerciale nettement plus élevée que les affiches imprimées. L'intimé ne fut évidemment payé qu'en fonction de la valeur des affiches et non des entoilages. Il faut aussi ajouter que l'artiste a vu son marché des entoilages considérablement réduit pour cette œuvre, sans pour autant qu'il ait profité de la valeur élevée des entoilages. On notera donc dès le départ que si le but de la branche patrimoniale du droit d'auteur, que la haute Cour appelle les «droits économiques», est de permettre au titulaire du droit d'auteur de contrôler les principales formes d'utilisation de son œuvre, cela ne fut pas le cas ici.

La lecture des faits amène un premier commentaire: une personne qui passe un contrat avec un peintre ou autre créateur des arts visuels qui lui permet de produire des affiches et des entoilages à tout intérêt à ne produire que des affiches, payer 10 %, 12 % ou 15 % sur la valeur des affiches papier et ensuite produire elle-même des entoilages qu'elle vendra 100 \$ ou plus et sur lesquels elle devrait autrement payer des redevances se situant entre 10 \$ et 15 \$.

1.2 Résumé des procédures

Alléguant qu'il s'agissait d'une contrefaçon, l'intimé utilisa la combinaison bien connue au Québec des articles 38(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* (ci-après «la Loi») et 734 C.p.c. et fit saisir avant jugement les entoilages «comme s'il en était le propriétaire». La Cour supérieure, en se basant sur une affaire ontarienne *Fetherling c. Bougner*², dont nous reparlerons un peu plus loin, accorda la mainlevée demandée par les Galeries d'art. La Cour d'appel jugea qu'il y avait eu reproduction de l'œuvre et, partant, contrefaçon. Les juges Michaud et Delisle en arrivèrent sur ce point à des conclusions identiques mais en passant par des chemins un peu différents³. Le juge en chef insista sur le fait que les reproductions autorisées étaient toutes sur des supports papier et que l'entoilage correspondait donc à un changement dans la *nature* de l'utilisation de l'œuvre.

2. (1978) 40 C.P.R. (2d) 253 (H.C. Ont.).

3. Bien que ce ne soit pas l'objet de ce commentaire, il faut souligner que la décision de la Cour d'appel aurait pu insister davantage sur plusieurs éléments de son raisonnement.

On peut immédiatement constater le contraste évident dans la lecture des faits entre les décisions de la Cour d'appel et celle de la Cour suprême, puisque le juge Binnie, qui écrit la décision majoritaire, parle de simple «modification de l'affiche». Autrement dit, selon la majorité, ce qui était une affiche est encore une affiche après l'entoilage, que la décision compare plutôt à un encadrement.

Analysons maintenant la décision majoritaire de l'honorable juge Binnie, qui écrit aussi au nom de trois de ses collègues. Ajoutons cependant que les trois juges québécois, le juge Gonthier en tête, sont dissidents et que les juges Arbour et Bastarache ne participèrent pas à la décision.

1.3 Les lignes de force de la décision majoritaire

1.3.1 Conflit entre deux droits: titulaire du droit d'auteur c. propriétaire d'un exemplaire

D'entrée de jeu, le juge Binnie déclare qu'il s'agit d'un conflit entre les droits de l'auteur et ceux du propriétaire de l'exemplaire et reproche à son collègue le juge Gonthier d'avoir fait trop peu de cas des droits de ce dernier. En d'autres termes, pour l'appeler par son nom, c'est le conflit titulaire de droit – utilisateur. En effet, qui est l'utilisateur, sinon le détenteur, d'un exemplaire de l'œuvre? Selon le juge Binnie, les droits d'auteur (ou, du moins, les droits économiques) sur les affiches furent épuisés par la vente de cette affiche.

Ce raisonnement est tout à fait justifié en matière de brevet, par exemple, mais il ne tient pas compte d'un principe en matière de droit d'auteur. Pensons par exemple au droit de location, qui survit au transfert d'exemplaires. Malgré cela, selon la décision majoritaire le droit économique de l'auteur et le droit de propriété de l'acheteur de l'exemplaire doivent en quelque sorte être «équilibrés». Lisons à ce propos le début du paragraphe 30 de la décision:

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.

Puis le paragraphe 32, l'un de ceux qui seront de toute évidence les plus cités dans les années à venir dans toutes les causes de contrefaçon:

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 (legitimate use / fair use)*. 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.

Ce que déclare la Cour suprême, c'est donc que les utilisateurs (appelons-les «propriétaires d'exemplaires») ont non seulement des intérêts mais des *droits* opposables à l'auteur de l'œuvre. Des droits découlent de la propriété d'un exemplaire.

C'est ce qui explique que plusieurs commentateurs, dont mon collègue Michael Geist, ont immédiatement parlé de *rééquilibrage* à la sauce américaine du *fair use*⁴. En fait, avec le DMCA⁵ et d'autres mesures législatives anti-piraterie qui sont en préparation⁶, les États-Unis sont en train de renforcer la position des ayants droit et non l'inverse.

Le professeur Geist, en parlant du droit américain, écrit: «US law is noteworthy for the balance that it seeks to enshrine by establishing a limited copyright term and by focusing on the societal benefits of creativity.» Il ajoute que la Cour suprême a bel et bien adopté le point de vue selon lequel le droit d'auteur se justifie non pas

4. Michael GEIST, «Key Case Restores Copyright Balance», *Globe and Mail*, 18/04/02. Voir www.globetechnology.com.

5. *Digital Millennium Copyright Act* du 28 octobre, 1998. États-Unis d'Amérique, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860.

6. Voir par exemple Declan McCULLAGH, «Another Punch for Copy Protection», *Wired Magazine*, 28.03.2002. Disponible à l'adresse <http://www.wired.com/news/politics/0,1283,51400,00.html>.

comme un droit naturel ou même un droit de la personne, mais comme un *contrat* entre l'auteur et la société. Divulgateion et enrichissement du patrimoine collectif contre rémunération en quelque sorte. C'est la justification commune du droit d'auteur et du droit des brevets aux États-Unis⁷.

La décision *Théberge* a donc un mérite évident, celui de préciser le fondement théorique du droit d'auteur au Canada. Cette absence de théorie canadienne en la matière avait d'ailleurs fait l'objet de plusieurs commentaires récents en doctrine. Nous y reviendrons.

1.3.2 *Y a-t-il eu production ou reproduction?*

Le paragraphe 3(1) de la *Loi* édicte que l'auteur a le droit exclusif de *produire* ou *reproduire* la totalité ou une partie importante de l'œuvre, sous une forme matérielle quelconque. Selon la décision majoritaire, «en bout de ligne, aucune nouvelle reproduction des œuvres de l'intimé n'a été créée»⁸, mais le juge Binnie ajoute: «[...] je reconnais d'emblée que l'apparence d'une affiche papier est très différente de celle d'une affiche sur toile»⁹.

Il est indéniable que des entoilages qui n'existaient pas auparavant ont été créés. Cependant, en créant l'entoilage, on a détruit l'affiche, puisque l'encre en a été transférée.

On distingue deux éléments cruciaux dans la décision majoritaire sur ce point de savoir s'il y a eu violation de l'article 3. D'abord, on nous dit que le mot «production» ne veut essentiellement rien dire. À preuve, les Britanniques l'ont retiré de leur loi en 1956¹⁰. D'accord, mais le législateur canadien ne l'a pas fait. En second lieu, la Cour dit qu'il n'y a pas eu reproduction, puisqu'il n'y a pas eu *multiplication*. C'est une des clés du débat. Le juge Gonthier interprète le mot «reproduction» de façon beaucoup plus libérale. Il note que *Le Robert* définit ce terme comme incluant le fait de «produire de nouveau» ou de «faire exister des choses semblables à un modèle».

7. Voir *Feist Publications, Inc. c. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991), à la p. 349.

8. Par. 2.

9. Par. 7.

10. Par. 48. Il cite à ce sujet un article de M^e Claude BRUNET, «Copyright: The Economic Rights», dans G. Henderson (éd.), *Copyright and Confidential Information Law of Canada* (Toronto, Carswell, 1994), qui y défend en fait la thèse contraire.

Au niveau philosophique, il y a là un débat qui va à l'essentiel de la notion de reproduction. Pour le juge Binnie, il n'y a pas eu d'augmentation du *nombre net* d'exemplaires («no new reproduction was brought into existence»)¹¹ alors que pour le juge Gonthier, «ce que l'on compte afin de déterminer s'il y a eu reproduction, ce n'est pas le nombre total de copies de l'œuvre en existence suite à la matérialisation, mais bien le nombre de matérialisations survenues dans le temps»¹². Intéressant. On peut se demander pourquoi la *Loi*, à l'article 3, fait une distinction entre «production» et «reproduction» si celle-ci est inutile. La distinction entre la production et la reproduction d'une traduction, par exemple, n'a-t-elle aucun sens?

Ajoutons au débat une référence de *common law* britannique que la décision majoritaire ne mentionne pas. Une loi anglaise de 1862, le *Fine Arts Copyright Act*¹³, qui fut fusionnée lors de l'adoption de la fameuse loi britannique de 1911 (qui servit de modèle à notre première loi en la matière)¹⁴, nous éclaire davantage sur la relation entre reproduction et multiplication. Compte tenu de l'importance accordée au droit anglais dans la décision majoritaire, cette source semble assez pertinente. Cette loi anglaise prévoyait expressément que l'auteur avait «the sole and exclusive right of copying, engraving, reproducing and multiplying» à son article premier. Reproduction et multiplication n'étaient donc pas, selon les principes habituels d'interprétation de lois, des synonymes en droit anglais du *copyright*.

Cela dit, sans même parler de reproduction, il est indéniable qu'un nouvel entoilage a été *produit*. En d'autres termes, un exemplaire de l'œuvre sur toile qui n'existait pas a été créé. Sans qu'il y ait une augmentation du nombre net d'exemplaires existant à un moment bien précis, il y a de toute évidence eu *production d'un nouvel exemplaire*. Si ce n'est, au sens de l'article 3, ni une reproduction ni une production, ce doit donc être quelque chose comme une «trans-production».

11. Par. 2.

12. Par. 149.

13. Voir aussi *Bradbury, Agnew and Co. c. Day*, (1916) 32 T.L.R. 349.

14. Le droit britannique a connu une période pro-auteur. C'est à la toute fin de cette période, soit en 1911, qu'est intervenue la décision *Morang* que cite le juge Binnie et qui est résolument pro-auteur et semble issue de la thèse du droit naturel. Voir à ce sujet M. WOODMANDSEE, «The Cultural Work of Copyright: Legislating Authorship in Britain, 1837-1842», A. Srata et T.R. Kearns (éd.), *Law in the Domains of Culture* (Ann Arbor: University of Michigan Press, 2000), 65-96.

Ce qui ressort de la décision, c'est que le propriétaire d'un exemplaire peut le transférer sur un support différent sans autorisation additionnelle, à condition que l'exemplaire de départ soit simultanément détruit pendant le processus de transfert. Ce droit du propriétaire de l'exemplaire peut sans doute être restreint par contrat. L'intimé aurait certes pu interdire la production d'entoilages par EGI, mais cette restriction n'aurait produit ses effets qu'*inter partes* et on comprend mal comment Les Galeries d'art auraient été liées par cette obligation. Le cocontractant de l'auteur aurait ainsi eu beaucoup moins de «droits» qu'un tiers. Faudra-t-il à l'avenir imprimer des restrictions précises à l'endos d'affiches papier et espérer que les tribunaux accepteront la validité de ce contrat d'adhésion?

Il est étonnant que la décision majoritaire ait conclu que le changement de support n'a pas d'importance pour au moins une autre raison. En effet, l'article 13(4) LDA prévoit spécifiquement qu'une licence peut scinder l'utilisation d'une œuvre *en fonction du support*. C'est une forme de découpage du droit d'auteur qui y est expressément mentionnée. La décision majoritaire n'a malheureusement pas abordé ce point¹⁵.

La décision majoritaire ne dit cependant pas que les droits de l'acheteur-utilisateur de l'exemplaire sont d'ordre public et qu'on ne peut donc en principe y déroger par contrat. Jusqu'à preuve du contraire, le contrat demeure donc un outil disponible pour se prémunir contre la montée des droits des utilisateurs ce qui, à terme, n'est pas dans l'intérêt de ces derniers. Cela fait écho au débat qui a cours aux États-Unis en ce moment qui concerne la notion de *fair use* et le fait de savoir si on peut limiter le *fair use* par contrat¹⁶. En pratique, ce débat est de plus en plus théorique puisque si on ne peut pas le faire par contrat, on peut certainement le faire en utilisant des moyens techniques de protection dont le contournement est illégal (DMCA). La dilution à court terme des droits des auteurs n'est donc pas nécessairement une victoire pour les utilisateurs.

15. (4) Le titulaire du droit d'auteur sur une œuvre peut céder ce droit, en totalité ou en partie, d'une façon générale ou avec des restrictions relatives au territoire, *au support matériel*, au secteur du marché ou à la portée de la cession, pour la durée complète ou partielle de la protection; il peut également concéder, par une licence, un intérêt quelconque dans ce droit; mais la cession ou la concession n'est valable que si elle est rédigée par écrit et signée par le titulaire du droit qui en fait l'objet, ou par son agent dûment autorisé.

16. Voir notamment à ce sujet Lucie GUIBEAULT, *Copyright Limitations and Contracts. An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright* (Londres, Kluwer, 2002), 392 p.

Jetons maintenant un coup d'œil sur certaines décisions citées par la majorité pour étayer son interprétation de la notion de reproduction. Elle insiste sur la décision ontarienne de 1978 *Fetherling c. Boughner*. C'est également le précédent qui a emporté la décision de la Cour supérieure du Québec. C'est un précédent étonnant pour deux groupes de raisons. Quant à la nature de la décision d'abord, il s'agit d'une décision rendue oralement séance tenante, sur une requête interlocutoire, «without hearing the evidence» et qui n'avait jamais été citée avant l'affaire *Théberge*. Sur le fond, le juge y déclare d'abord que «the plaintiff's case that the defendant's process involved copying is not such that I would ever describe it as frivolous, but I do not think it is sufficiently strong to justify the granting of an interlocutory injunction». Le juge rejette la requête *non pas parce qu'il n'y a pas eu de reproduction*, mais parce que le requérant n'a pas établi son droit (titularité). En principe donc, tout ce qui est dit sur la notion de reproduction est *obiter dictum*. Mais surtout, le juge rend sa décision sans faire d'analyse de l'article 3. Le juge dit cependant qu'il y a eu *production* d'un produit (entoilage), sans pour autant discuter de la notion de production ou reproduction de l'article 3.

La majorité de la Cour suprême cite aussi l'affaire *No Fear* de 1997¹⁷. Il s'agit d'une décision du protonotaire sur une requête pour détails dans laquelle le protonotaire s'est lancé dans une belle analyse de la situation juridique de la diffusion de musique sur Internet. Nous avons maintenant la décision sur le tarif 22¹⁸.

Pour en terminer avec ce point sur la notion de reproduction, on notera ces étranges propos dans la décision majoritaire: «Je n'écarte pas la possibilité qu'un changement de support puisse, dans le cadre d'un ensemble de modifications plus importantes, équivaloir à une reproduction *sous une nouvelle forme*»¹⁹. Selon cette décision, il n'y a donc pas eu de changement de forme. Le juge Binnie nous dit aussi que si on avait tenté de reproduire les marques des coups de pinceau, il y aurait probablement eu reproduction au sens de l'article 3²⁰. Autrement dit, une reproduction plus «parfaite» (mais toujours sans multiplication) aurait pu être considérée comme une reproduction.

17. *No Fear Inc. c. Almo-Dante Mfg. (Canada) Ltd.*, (1997) 76 C.P.R. (3d) 414 (C.F.P.I.).

18. *SOCAN et al. c. CAIP et al.*, 1^{er} mai 2002, [2002] FCA 166 (C.A.F.).

19. Par. 41. Sans vouloir tomber dans l'ironie, comment peut-on dire qu'il n'y a pas eu de changement de forme alors qu'une affiche se vend 25 \$ et un entoilage, quatre ou six fois plus?

20. Par. 68.

Enfin, le juge nous dit aussi que si le transfert d'encre avait servi à combiner *Célébration* (ou une partie substantielle), avec une autre œuvre (imaginons une photo du peintre), il y aurait aussi eu une reproduction au sens de l'article 3²¹. Donc en combinant l'œuvre *Célébration* avec une photographie par exemple, il y aurait eu reproduction. Or, ce dernier exemple me semble être un cas typique de violation du droit moral, mais la décision majoritaire nous dit textuellement et clairement que les droits économiques ne doivent pas être interprétés de manière à couvrir les mêmes actes que le droit moral²².

Il reste donc un certain flou sur cette notion de reproduction.

1.3.3 *Conflit common law-droit civil et les origines du droit d'auteur au Canada*

Sur ce point, la décision est apparemment limpide. Par contre, il me semble qu'il n'était pas nécessaire d'entrer dans ce débat qui, comme le souligne d'ailleurs le juge Gonthier²³, portait sur un point de droit très précis et d'ailleurs bien circonscrit par la permission d'appeler accordée par la Cour d'appel, c'est-à-dire «seulement en ce qui concerne l'annulation de la saisie et la mainlevée»²⁴.

Selon la décision majoritaire, le point de vue du juge Gonthier est basé sur une perception erronée des origines et fondement du droit canadien en matière de droit d'auteur. En réponse à cette erreur, le juge Binnie se lance dans une longue explication des origines de notre droit. À la limite, tout ça pourrait être perçu comme un long *obiter*, puisque cela ne faisait pas partie de l'essentiel du débat. Cela dit, le fait de considérer l'essentiel de la décision majoritaire comme un *obiter* tient de l'artifice. En outre, la majorité insiste sur le fait que la notion de reproduction en droit civil est plus vaste et englobe un droit de contrôler l'utilisation, ce qui fait du débat *common law c. droit civil* (du moins aux yeux de la majorité) un aspect pertinent du débat de fond que la haute Cour était appelée à trancher. Mais cette longue explication après des années de disette à la Cour suprême en matière de droit d'auteur²⁵ indique vraisemblablement autre chose.

21. Par. 41.

22. Par. 57 à 61.

23. Par. 88.

24. *Ibid.*

25. Depuis *Compo Co. c. Blue Crest Music*, [1980] 1 R.C.S. 357.

La Cour avait-elle des messages à faire passer? Lorsque la majorité écrit qu'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»²⁶, on comprend mal comment le fait de décider si le propriétaire d'une affiche peut ou non en transférer les pigments sur une toile va affecter la créativité sociétale. En d'autres termes, à la lecture de la décision nous avons eu le sentiment que la Cour se sentait investie de la mission d'orienter le droit d'auteur. C'était non seulement la première décision de la Cour suprême dans le domaine depuis plus de dix ans, mais également sa première décision depuis les profondes modifications à la Loi de 1988 et 1997. Le droit d'auteur canadien à la recherche de ses origines, en quelque sorte.

L'auteur de ces lignes était de ceux qui pensaient que le Parlement avait nettement marqué son désir de «canadianiser» le droit d'auteur, adoptant une loi et des principes inspirés à la fois de la *common law* et du droit civil, mais aussi des solutions qu'on pourrait qualifier de *sui generis*²⁷. Tout cela a maintenant été clairement et définitivement écarté, mis de côté. La décision majoritaire est claire: bien que le droit d'auteur au Canada soit purement statutaire²⁸, cela ne veut pas dire qu'il s'agisse d'un droit *sui generis* ou «mixte». Cela veut assurément dire qu'il n'y a pas de *common law* antérieure résiduelle (non codifiée), contrairement à ce qu'on trouve aux États-Unis, mais il n'en demeure pas moins que le «statut» est bel et bien issu de la *common law* britannique. Aucun doute en ce qui concerne les droits économiques: «Le droit canadien en matière de droit d'auteur s'intéresse traditionnellement davantage aux droits économiques qu'aux droits moraux. Notre loi, entrée en vigueur en 1924, reprenait essentiellement la loi anglaise...»²⁹.

S'agissant du conflit *common law* c. droit civil, aussi connu comme conflit entre droit d'auteur et «copyright», le juge Binnie ajoute qu'il «n'est pas du tout commode («helpful») que, dans les versions française et anglaise de la Loi, les mots droit d'auteur et copyright soient traités comme des équivalents. Historiquement, la

26. Par. 32.

27. Voir la décision du juge Gonthier, au par. 116.

28. Ce qui avait été répété plusieurs fois dans des décisions précédentes, dont notamment *Compo c. Blue Crest*, *op. cit.*

29. Par. 12.

notion de copyright est liée aux droits économiques dans les systèmes de *common law*, alors que l'expression droit d'auteur est la vénérable expression française qui englobe tout un ensemble de droits comportant à la fois des aspects économiques et moraux³⁰. Puis, dans la section suivante de son jugement, le juge Binnie a recours aux décisions et aux auteurs britanniques pour interpréter la notion de reproduction. En fait, après une analyse de notions civilistes (et le recours aux ouvrages d'André Lucas et Alain Strowel³¹ dans la section suivante de son jugement³², le juge Binnie fait l'analyse de ce qu'il appelle les «ressorts comparables» (en anglais: «like-minded jurisdictions»). Et ces «like-minded jurisdictions», ce sont tour à tour les États-Unis (plus précisément le Texas et l'état de New York), l'Australie et la Nouvelle-Zélande. Enfin, après avoir écrit que «le droit de destination s'applique dans des pays de tradition civiliste»³³, il ajoute que «sous le régime de notre *Loi*, le droit de destination n'existe pas en soi»³⁴.

Le droit canadien est donc un droit de *common law* à part entière, même s'il n'est pas (encore) exclu que, pour interpréter la violation du droit moral, la Cour suprême accepte d'avoir recours aux sources civilistes, puisqu'elle reconnaît que c'est là la vénérable origine du droit³⁵. La décision majoritaire ajoute même, s'agissant du droit moral, que «la tradition civiliste a surgi très tôt dans la jurisprudence de notre Cour» et il mentionne ensuite l'affaire *Morang* de 1911³⁶. On peut douter du fait que la tradition civiliste qui a surgi en 1911 pour ne pas réapparaître fasse vraiment partie de l'avenir du droit d'auteur. Après tout, n'oublions pas que le fait de parler de droit d'auteur plutôt que de copyright n'est pas «commode».

1.3.4 Caractère «exceptionnel» d'une saisie sans autorisation judiciaire

Une facette de ce jugement qui n'est peut-être pas évidente pour les juristes québécois est le fait que la saisie en vertu de l'article 734 C.p.c. qui se fait sans autorisation judiciaire (si ce n'est la signature d'un fonctionnaire du greffe) est «choquante» pour un juriste de

30. Par. 62.

31. Par. 63.

32. Par. 66 à 69.

33. Par. 64.

34. Par. 65.

35. Par. 62.

36. *Morang and Co. c. LeSueur*, (1911) 45 R.C.S. 95.

common law. Franchement, nous serions partisan d'une réforme afin que ce type de saisie se fasse seulement à la suite d'une autorisation *ex parte* (comme sa cousine de l'article 733 C.p.c.) lorsque l'origine du droit de «propriété» est l'article 38 de la *Loi sur le droit d'auteur*. Il est clair, à la lecture de la décision majoritaire, que la saisie avant jugement pratiquée «automatiquement» est difficile à accepter. Le juge Binnie en parle d'ailleurs ainsi:

Il n'existerait pas de ligne de démarcation raisonnablement «claire» entre une conduite attentatoire et une conduite non attentatoire, ce qui serait particulièrement nuisible en ce qui concerne la saisie avant jugement pratiquée à l'instigation du demandeur, sans surveillance judiciaire.³⁷

Et il ajoute que «l'artiste qui s'oppose à une «modification» de la reproduction autorisée pourrait ainsi esquiver l'évaluation indépendante d'un juge en pratiquant une saisie avant jugement au Québec»³⁸. Il parle de procédure «draconienne et dérogatoire»³⁹, citant une décision du juge Gonthier, alors juge à la Cour supérieure du Québec, qui traitait non pas du motif de la saisie mais plutôt du respect de la procédure en la matière. Or, la majorité en tire une conclusion de fond et non de forme: le motif de la saisie ici est un droit de propriété «hors du commun» qui s'affronte au (vrai) droit de propriété du détenteur de l'affiche. Il n'y a qu'un pas à franchir conceptuellement pour dire que les droits économiques de l'auteur doivent être interprétés de façon restrictive puisque leur violation donne lieu à cette restriction au *fructus* et à l'*abusus* du droit de propriété de propriétaire de l'exemplaire. À cet égard, il faudrait peut-être se demander, ce que ne fait pas explicitement la Cour, si l'article 38 fait vraiment naître un droit de propriété au sens où l'entendent l'art. 734 C.p.c. et le droit civil québécois. Mais ça, c'est un autre débat.

En terminant sur ce point, ajoutons qu'un des rares éléments sur lesquels les deux décisions semblent s'accorder est que la violation du droit moral n'entraîne pas de contrefaçon. Les recours habituels sont néanmoins possibles en cas de violation, notamment l'injonction et les dommages-intérêts. Sans contrefaçon, l'article 38 ne s'applique pas et sans cette quasi-propriété, pas de saisie avant jugement (du moins sans autorisation).

37. Par. 40.

38. Par. 60.

39. Par. 77.

1.4 Quelques points de détail intéressants

Avant d'entreprendre l'analyse de l'impact de cette décision, certains détails moins fondamentaux de la décision méritent d'être soulignés.

1.4.1 Autres œuvres «transférées» sur d'autres supports

La décision majoritaire mentionne deux exemples historiques pour illustrer le fait qu'un transfert de support ne nécessite pas d'autorisation. Ces deux exemples sont les œuvres de Raphaël qui ont dû être enlevées des églises pour leur rénovation et les objets d'art et autres mosaïques de Pompéi. Ces exemples sont fort peu convaincants. D'abord, il est évident que lors de leur transfert ces œuvres étaient depuis fort longtemps tombées dans le domaine public. Mais ce qui rend l'emploi de ces exemples presque risqué, c'est que personne n'a demandé aux artistes pompéiens ou à Raphaël la permission de restaurer ces œuvres. Si Raphaël ou ses héritiers s'étaient opposés formellement à l'enlèvement des œuvres alors que celles-ci étaient encore protégées, le transfert aurait-il eu lieu?

1.4.2 Fixation (par. 25)

Selon la décision majoritaire, «la fixation a un sens relativement bien établi plutôt différent en matière de droit d'auteur. Cette notion sert à distinguer les œuvres susceptibles d'être protégées par le droit d'auteur des idées générales qui sont la propriété intellectuelle de tous». Cela est inexact, du moins en matière d'œuvres musicales et de prestations d'artistes interprètes. Par ailleurs, si la fixation est à ce point essentielle, ne devrait-elle pas être un acte nécessitant l'autorisation de l'auteur? À ce propos, il semble que le procédé de transfert a au moins constitué une nouvelle *fixation* sur toile de l'œuvre, ce avec quoi la décision majoritaire est d'accord puisqu'elle parle des entoilages comme d'affiches «fixées à nouveau»⁴⁰. Il faut également noter dans ce passage la référence au concept de «propriété intellectuelle de tous», qui rejoint le concept de «intellectual commons» que défend notamment Lawrence Lessig dans son dernier livre *The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World*⁴¹.

40. Par. 50.

41. (New York: Random House, 2001).

1.4.3 Droit moral c. droits économiques

La majorité déclare que le droit moral ne peut s'appliquer aux mêmes actes que les droits économiques⁴². Il y a des limites au droit moral qui ne s'appliquent pas aux droits économiques. Or, les articles 29 à 32 de la *Loi* ont de façon évidente été édictés pour limiter les droits *économiques*. En fait, la décision majoritaire nous dit que le droit moral et les droits économiques sont complètement distincts, mais rien dans la *Loi* ne dit qu'ils ne peuvent pas s'appliquer en même temps à une situation donnée.

1.4.4 Introduction de la notion d'œuvre dérivée

La décision majoritaire a recours au concept d'œuvre dérivée qui n'existe pourtant pas dans la *Loi*. Cela n'est cependant pas choquant. Il est évident que le concept existe *de facto* en droit canadien. On le retrouve également dans la Convention de Berne. Il ne s'agit pas d'un grand changement au droit en la matière. Il s'agit aussi d'un concept clé de droit américain, mais le libellé de la loi des États-Unis est trop différent pour nous permettre d'interpréter la nôtre sur ce point⁴³.

2. Deuxième partie: conséquences et impact de la décision

2.1 Impact à court terme

À moins que la violation apparente du droit moral de M. Théberge ne donne droit à des dommages conséquents, par exemple le double des royautés qui auraient dû être versées sur le prix de vente des entoilages (et non des affiches), les utilisateurs/propriétaires d'affiche vont perdre au change, car les artistes n'autoriseront plus les affiches. Il va falloir payer le prix pour des entoilages. Cela ne renforce pas de façon évidente l'équilibre entre ayants droit et utilisateurs recherché par la majorité, mais il s'agit là d'un point relativement peu important. S'agissant d'une décision de la Cour suprême qui, à l'évidence, n'a pas accepté d'entendre cette affaire pour résoudre la question des entoilages d'affiches d'art, laquelle ne semblait pas a priori être d'intérêt national, il faut chercher le sens de la décision et son application dans d'autres secteurs du droit d'auteur.

42. Par. 22 *in fine*.

43. Par. 72 et 73.

L'une de ces extensions les plus évidentes de la portée de la décision est de l'appliquer à d'autres transferts de support. Par exemple, si un utilisateur transfère un fichier MP3 d'un ordinateur à celui d'un ami alors que s'effacent les bits de son disque dur au fur et à mesure de la transmission, il n'y a pas de reproduction. De la même manière, si je prends une vidéocassette et la transfère sur DVD, il n'y a toujours pas de reproduction, à condition que la cassette s'efface à mesure. Mieux encore: contrairement à la décision ontarienne dans l'affaire *Robertson*⁴⁴ et celle de la Cour suprême des États-Unis dans la fameuse affaire *Tasini c. New York Times*⁴⁵, les auteurs n'ont pas le droit de s'opposer à la numérisation de leurs textes par les éditeurs de journaux et périodiques, à condition bien sûr que le processus de balayage («scan») efface à mesure l'encre d'un exemplaire du journal⁴⁶. L'auteur qui a consenti à une reproduction papier n'a donc pas de droit distinct en ce qui concerne un support électronique ou numérique, puisque le transfert de support est sans conséquence sur le droit de reproduction. À moins, bien sûr, que la décision majoritaire ne vise vraiment que les entoilages et que tous les autres cas de transfert de support ne soient en fait des exceptions à la règle, comme celles qu'entrevoit la décision majoritaire au fameux paragraphe 41⁴⁷.

S'agissant du rééquilibrage entre les droits des auteurs et ceux des propriétaires d'exemplaires/utilisateurs, il aura bel et bien lieu. Prenons la décision de la Cour d'appel fédérale relative au tarif 22⁴⁸. Le juge Evans se plie déjà à la nouvelle consigne:

Although originally enacted to provide a statutory protection to intellectual property rights that the *common law* did not recognize, the *Copyright Act* is not concerned exclusively with advancing the interests of writers, composers, artists and other creative people. As Binnie J. said in *Galerie d'art du Petit Champlain inc. v. Théberge*, at paragraph 30:

44. *Roberston c. Thomson Corp.*, (2001) 15 C.P.R. (4th) 147 (C. d'Ont.).

45. *Tasini c. New York Times et al.*, 121 S.Ct. 2381 (2001).

46. À notre connaissance, cette technologie n'existe pas encore, mais le fait de l'inventer pour les fins de ce commentaire permet de mieux en illustrer la portée.

47. Il faut lire attentivement ce paragraphe: «Je n'écarte pas la possibilité qu'un changement de support puisse, dans le cadre d'un ensemble de modifications plus importantes, équivaloir à une reproduction sous une nouvelle forme (peut-être, par exemple, si l'œuvre de l'intimé était intégrée au moyen de la méthode de transfert d'encre à l'œuvre originale d'un autre artiste), mais ce n'est pas le cas en l'espèce.»

48. Voir note 18, *supra*.

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...

Hence, its provisions should be interpreted with an eye to striking an appropriate balance between these competing interests.⁴⁹

On peut certainement interpréter les passages sur le rééquilibrage dans la décision majoritaire comme permettant de restreindre la portée des droits exclusifs des auteurs. À la limite, un avocat représentant des utilisateurs pourrait aussi essayer de dire qu'il y a maintenant une exception générale en droit canadien dans les cas où les intérêts ou droits des utilisateurs sont brimés. Une sorte de *fair use* jurisprudentiel en quelque sorte. Sur ce point, je citerai encore mon collègue Michael Geist, qui établit même un lien direct avec le processus législatif, que l'on appelle généralement la phase III de la réforme de la *Loi*:

By sending a clear message about its support for a fair copyright balance, the Supreme Court has indirectly provided the most important submission on the current digital copyright reform consultations. The court has begun to sketch the limits of copyright protection – those limits include recognizing the rights of users as well as the fact that more copyright protection does not necessarily foster more creativity and innovation.

Supporters of copyright reform have often sought to label their opponents as thieves looking for free music or pirated movies. With this decision it would appear that the opponents have been joined by a group not so easily dismissed: the Supreme Court of Canada.⁵⁰

2.2 Impact à plus long terme

La décision majoritaire est sans doute entachée de certaines faiblesses et la logique de son raisonnement n'est pas toujours implacable, mais la critique de l'arrêt doit s'arrêter ici, car c'est dorénavant «The law of the land». C'est aussi peut-être le début d'une importante

49. *Ibid*, par. 119.

50. Voir note 4, *supra*.

réforme jurisprudentielle du droit d'auteur au Canada. La Cour n'avait pas à prendre un dossier dont les faits n'étaient pas d'intérêt national. Elle n'avait pas non plus à se lancer dans ces grandes envolées qui, sur le fond du débat, étaient essentiellement inutiles. Il y avait, et il y a peut-être encore, une bataille philosophique relative au droit d'auteur au Canada, et la décision majoritaire a tranché.

Le fait de décider que le droit canadien est un droit de *common law* pur aura-t-il des conséquences? Au niveau de l'interprétation des droits patrimoniaux, sans doute, puisque comme le dit la décision majoritaire, «il est souhaitable, dans les limites permises par nos propres lois, d'harmoniser notre interprétation de la protection du droit d'auteur avec celle adoptée par d'autres ressorts guidés par une philosophie analogue à celle du Canada»⁵¹. Or, dans le jugement, ces juridictions analogues, on l'a vu, sont le Royaume-Uni mais surtout les États-Unis, l'Australie et la Nouvelle-Zélande, dont les lois n'ont pas été influencées par les civilistes de l'Union européenne.

Si notre analyse est juste, la Cour sera tentée de rédiger dans le même sens la décision sur l'appel de madame Desputeaux⁵². Que fera la haute Cour de l'analyse inspirée des enseignements de Claude Colombet adoptée par la Cour d'appel⁵³? La seule façon de réconcilier *Desputeaux* et *Théberge* est d'insister sur l'indépendance des deux droits et sur le fait que le droit civil est la source du droit moral et que celui-ci ne doit donc pas être cuisiné à la sauce de la *common law*. La décision majoritaire n'interdit pas ce raisonnement.

La majorité fait également fi de la distinction entre le marché de la papeterie et celui des entoilages. Or, en ce qui concerne les biens informationnels, ne faut-il pas analyser chaque segment du marché et laisser les ayants droit organiser ces segments dans le but d'optimiser l'exploitation de l'œuvre? Toute l'industrie du cinéma, pour ne nommer que celle-là, en dépend.

51. Par. 6.

52. *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, [2001] R.J.Q. 945 (C.A.), permission d'appeler accordée le 8.11.2001.

53. «Le droit d'auteur est reconnu comme bi-frontal, droit de la personnalité et droit pécuniaire. L'œuvre protégée par le droit d'auteur est, en effet, à la fois une émanation de la personnalité de l'auteur et une source d'intérêts énonomiques. Une œuvre n'est pas seulement un produit que l'on peut vendre, c'est le résultat d'un acte de création personnelle. L'auteur communique sa pensée, ses émotions de sorte que l'œuvre fait partie de la personnalité de l'auteur et lui demeure attachée toute sa vie.» *Ibid.*

Encore une fois, si notre analyse est juste, la haute Cour sera sans doute tentée d'accorder une permission d'appeler dans l'affaire relative au tarif 22⁵⁴ et ce sera, avec *Théberge* et *Desputeaux*, la fin d'une trilogie qui aura marqué à la fois un tournant et une confirmation historique de ce qu'est le droit d'auteur au Canada. L'affaire *Barreau du Haut-Canada*⁵⁵ pourrait s'ajouter à cette liste, ce qui serait d'ailleurs souhaitable.

2.3 Le lien avec l'affaire du Barreau du Haut-Canada

Malgré les efforts déployés par la Cour suprême pour préciser la position canadienne, des doutes subsistent, en particulier parce qu'il existe plus d'une version du copyright de *common law*. À preuve, dans sa récente décision portant sur les photocopies d'extraits judiciaires⁵⁶, la Cour d'appel est revenue sur ses pas en rejetant ses conclusions de l'affaire *Télé-Direct* sur la notion-phare d'originalité. Dans *Télé-Direct*, inspirée par la décision de la Cour suprême américaine dans l'affaire *Feist*⁵⁷, la Cour d'appel fédérale avait défini l'originalité en matière de compilations comme comprenant un minimum de créativité. Il s'agissait d'une décision qui tranchait le débat relatif à la notion d'originalité et qui opposait les tenants de la thèse créativiste à ceux, inspirés du droit britannique, qui penchaient pour la thèse du simple labeur («industrious collection»). La Cour d'appel fédérale australienne vient de rendre une décision dans le même sens, dans laquelle elle refuse de suivre *Feist* et se sent liée par les précédents anglo-australiens. Mais un des juges souhaite que la Haute Cour australienne intervienne⁵⁸, et un autre en appelle au Parlement⁵⁹. Le problème qui se pose est que la décision majoritaire dans *Théberge* accorde une certaine importance aux précédents américains et parle des États-Unis, de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande comme des ressorts comparables. Or, en ce qui concerne la notion d'originalité, sans doute la plus importante dans le domaine du droit d'auteur, les ressorts comparables mènent à des solutions opposées. Mais, à la lecture de *Théberge*, on ne sait plus très bien à quel saint de *common law* se vouer.

54. Voir note 18, *supra*.

55. *CCH Canadian Ltd. c. The Law Society of Upper Canada*, 14.05.2002, [2002] FCA 187 (C.A.F.).

56. *Ibid.*

57. Voir note 7, *supra*.

58. *Desktop Marketing Systems Pty Ltd. c. Telstra Corporation Limited*, [2002] FCAFC 112, par. 217.

59. *Ibid.* par. 429.

Il faut ajouter que le concept britannique d'originalité est sans doute une erreur historique. Ce concept est insensé. En effet, comme le souligne d'ailleurs la Cour d'appel australienne, puisque toute compilation factuelle non copiée est protégée, il est interdit de copier ces *faits* à moins de procéder à un processus de collecte indépendant. Ce que le droit d'auteur protège, ce sont donc des faits et les efforts de collecte de ces faits. Or, le droit d'auteur n'est pas censé protéger les faits⁶⁰ et son but n'est pas de protéger les efforts de collecte factuelle (ce qui peut éventuellement relever de la concurrence déloyale) mais la création *d'œuvres*.

La Chambre des Lords britannique a d'ailleurs elle-même dépassé le stade du simple labeur et exige que ce labeur soit «original»⁶¹. Mais, dans l'affaire *LSUC*, tout cela «passe à la trappe» et on en revient au droit «anglo-canadien» pur et dur. Il serait donc très utile que la Cour suprême nous dise quelle *common law* s'applique en la matière en cas de conflit entre le droit américain et le droit britannique. On devine la réponse. Le Canada reviendra-t-il à *University of London Press*⁶², que la Cour d'appel australienne était tentée de rejeter pour passer à une version plus moderne, et que même la vénérable Chambre des Lords a nuancé depuis⁶³.

*Il faut aussi dire que descendre le niveau d'originalité au minimum n'est dans l'intérêt de personne. D'abord, l'industrie des bases de données aux États-Unis après l'affaire Feist a vraiment crié au loup, mais en vain. Cette industrie se porte très bien, malgré Feist et malgré l'absence d'un droit sui generis*⁶⁴. En fait, en protégeant tout

60. À la limite, ce serait même une violation de l'Accord sur les ADPIC (TRIPS), dont l'article 9(2) prévoit «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.»

61. Dans *Newspaper Licensing Agency Ltd c. Marks & Spencer plc*, [2001] UKHL 38; [2002] R.P.C. 4, au par. 19: «[...] copying of certain of the ideas expressed in that [fabric] design which, in their conjoined expression, had involved *original artistic skill and labour*, constituted the copying of a substantial part of the artistic work. [...] The notion of *reproduction*, [...] is sufficiently flexible to include the *copying of ideas abstracted from a literary, dramatic, musical or artistic work*, provided that their expression in the original work has involved sufficient of the relevant *original skill and labour* to attract copyright protection.» Voir aussi *Designers Guild Ltd c. Russell Williams (Textiles) Ltd.*, [2000] 1 WLR 2416, [2001] 1 All E.R. 700.

62. *University of London Press Ltd. c. University Tutorial Press Ltd.*, [1916] 2 Ch. 601.

63. Voir note 61, *supra*.

64. Voir S. Leigh FULWOOD, «*Feist v. Rural: Did The Supreme Court Give License To Reap Where One Has Not Sown?*», (1991) 9 *Comm. Law*, 15, 19; Jessica LITMAN, «*After Feist*», (1992) 17 *U. Dayton L. Rev.* 607, 608. *Contra*, Paul T. SHEILS et Robert PENCHINA, «*What's All the Fuss About Feist? The*

et n'importe quoi par le biais du droit d'auteur, on dévalorise le droit d'auteur des vrais créateurs. En protégeant les faits, on donne aux opposants du droit d'auteur et au lobby des utilisateurs de sérieux arguments pour prétendre que ce droit est abusif. Lorsque le droit d'auteur est appliqué aux faits, qui sont pourtant à l'évidence de libre parcours, on irrite les utilisateurs qui réclament alors à juste titre un rééquilibrage, mais ce rééquilibrage entamé par la décision majoritaire ne serait en fait plus «nécessaire» si le droit d'auteur, et en particulier la notion d'originalité – qui en est le filtre –, était correctement appliqué et interprété.

Comme nous avons eu l'occasion de le démontrer auparavant⁶⁵, le concept de *common law* britannique issu de *University of London Press* ne fonctionne pas, ni en théorie ni en pratique. À la limite, un auteur qui travaille très fort sur une page blanche (sur laquelle il tente d'écrire une œuvre musicale par exemple) y a mis tout son talent et son labeur. Sa page blanche mérite-t-elle protection pour autant. Comme le souligne très justement la Cour d'appel australienne dans *Telstra*⁶⁶, l'effet pratique de l'adoption d'un test de simple labeur (donc de «sweat of the brow» ou «skill and labour») est de protéger non pas l'œuvre mais le travail de l'auteur. Dans le cas d'œuvres factuelles, on ne protège pas directement les faits (dit-on), mais le travail de cueillette⁶⁷. Est-ce bien là l'objet du droit d'auteur? Si oui, ce n'est certes pas un «copy-right». Le test moderne qui correspond à analyser la présence de choix créateurs dans l'œuvre est plus objectif, plus simple, donc beaucoup plus prévisible. Il est également parfaitement cohérent avec l'esprit du droit d'auteur, qui est de nourrir la créativité⁶⁸.

La Cour d'appel fédérale dans *Télé-Direct* avait emprunté une voie moderne, suivie par les tribunaux français, américains⁶⁹ et par

Sky Is Not Falling on the Intellectual Property Rights of Online Database Proprietors», (1992) 17 *U. Dayton L. Rev.* 563.

65. Daniel GERVAIS, *La notion d'œuvre dans la Convention de Berne et en droit comparé* (Genève, Droz, 1998).

66. Note 58, *supra*.

67. «It is at law, if not in practice, open to a person to ascertain all the facts recorded in a Telstra directory by independent inquiry and to compile his or her own directory containing the results. So long as the second compiler did not copy Telstra's product, there would be no infringement of any copyright in the (identical) Telstra directory.» (*Ibid.*, par. 26)

68. Voir note 65, *supra*, p. 207-216. En résumé, les choix créateurs sont ceux qui ne sont dictés ni par la fonction de l'objet, ni par la méthode ou technique de création utilisée, ni par les normes («standards») applicables.

69. Voir note 65, *supra*.

l'ensemble de l'Union européenne qui a codifié dans plusieurs directives⁷⁰ le fait qu'une œuvre doit être une création intellectuelle propre à son auteur. Il semble difficile de prétendre que la notion de création intellectuelle n'est pas liée à celle de créativité. En fait, la notion de création intellectuelle fut utilisée dans pratiquement toutes les conférences de révision de la Convention de Berne (à laquelle le Canada est partie) comme synonyme de celle d'œuvre⁷¹. Dans l'affaire du tarif 22⁷², elle a reculé et il n'est pas certain que ce soit pour mieux sauter.

À n'en pas douter, les mois prochains nous réservent de belles surprises.

70. Ainsi par exemple dans les paragraphes 15 et 16 du préambule de la Directive du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données (Directive, 11/03/1996, n° 96/9), on peut lire ce qui suit: «(15) considérant que les critères appliqués pour déterminer si une base de données sera protégée par le droit d'auteur devront se limiter au fait que le choix ou la disposition du contenu de la base de données constitue une création intellectuelle propre à son auteur; que cette protection vise la structure de la base; (16) considérant qu'aucun autre critère que l'originalité au sens de la création intellectuelle de l'auteur ne devra être appliqué pour déterminer si une base de données est protégeable par le droit d'auteur ou non [...]». Le critère de «création intellectuelle propre à son auteur» fait aussi partie du corps de la Directive, à son article 3(1). On pourrait citer ici aussi la Directive du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (91/250/CEE), art. 1(3).

71. Voir note 65, *supra*, p. 45-49.

72. Voir note 18, *supra*.