

**L'arrimage entre les droits
privés provinciaux et la
Loi sur le droit d'auteur :
une dissonance harmonieuse ?**

Emilie Conway*

INTRODUCTION	1187
1. L'INTERFACE ENTRE LE DROIT FÉDÉRAL DU DROIT D'AUTEUR ET LES DROITS PRIVÉS PROVINCIAUX	1191
1.1 Droit fédéral et droit provincial : une relation sous le signe de la complémentarité	1192
1.1.1 L'inexistence d'un droit commun fédéral	1192
1.1.2 Le droit provincial, droit supplétif	1195
1.2 La complémentarité mise en doute : entre uniformité et autonomie	1203
1.2.1 L'uniformisation du droit fédéral par l'interprète judiciaire	1204

© Emilie Conway, 2011.

* Candidate au B.C.L./LL.B., Faculté de droit, Université McGill ; LL.M. en droit international public, Université du Québec à Montréal (UQÀM) ; B.A relations internationales et droit international (UQÀM). L'auteure tient à remercier le professeur Pierre-Emmanuel Moysse pour ses commentaires et suggestions sur les versions antérieures de ce texte.

1.2.2	Le bijuridisme dérivatif	1210
2.	ÉTUDE DE CAS : LA LICENCE À LA LUMIÈRE DE L'AFFAIRE <i>EURO-EXCELLENCE C. KRAFT</i>	1211
2.1	La <i>LDA</i> ¹ en état d'autarcie	1212
2.1.1	<i>Kraft</i> ou les chocolats de la discorde	1212
2.1.2	La licence : un concept autosuffisant	1217
2.2	La <i>LDA</i> en état de sollicitation	1219
2.2.1	La licence : un concept ambigu.	1219
2.2.2	La common law en renfort	1222
	CONCLUSION	1227

1. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), c. C-42 [*LDA*].

INTRODUCTION

Aucune loi, pas même un code civil, ne saurait être complet : derrière tout texte législatif se dissimule un univers normatif et conceptuel non-écrit qui échappe à son libellé explicite². Si elle paraît passer pour un truisme, cette affirmation prend, dans le contexte législatif fédéral canadien, une coloration toute particulière. Cette singularité tient à la nature spécifique du droit fédéral qui, en vertu de l'architecture constitutionnelle canadienne, puise tant dans la tradition de droit civil que de common law. Le bijuridisme législatif fédéral emporterait donc la prise en compte du dialogue entre le droit statutaire fédéral et le droit d'application générale attaché à chaque tradition, et donc le droit civil en ce qui concerne le Québec³.

D'emblée, plusieurs questions s'offrent à nous : comment concilier « l'infra-texte » propre aux systèmes de droit civil et de common law dans l'interprétation de la législation fédérale ? Quel est l'impact

-
2. MACDONALD (Roderick A.), « Harmonizing the Concepts and Vocabulary of Federal and Provincial Law : The Unique Situation of Quebec Civil Law », dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien. Recueil d'études*, (Ottawa : Ministère de la justice du Canada, 1997) 29, au paragraphe 32 [Macdonald, « Harmonizing »].
 3. ALLARD (France), « Entre le droit civil et la common law : la propriété en quête de sens » dans GÉMAR (Jean-Claude) *et al.*, dir, *Jurislinguistique : entre langues et droits*, (Montréal : Thémis, 2005) 193, à la page 215 [Allard, « Propriété en quête de sens »] ; BASTARACHE (Michel), « Le bijuridisme au Canada », dans Ministère de la justice du Canada, *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien, Deuxième publication* (Ottawa : Ministère de la justice du Canada, 2001), fascicule 1, à la page 17 (selon la formule consacrée, « le « bijuridisme » ou « bijuralism » au Canada désigne la coexistence des traditions de la common law anglaise et du droit civil français, dans un pays possédant un système fédéral ») ; sur les origines du bijuridisme législatif canadien, lire ALLARD (France), « La Cour suprême du Canada et son impact sur l'articulation du bijuridisme » dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien, Deuxième publication* (Ottawa : Ministère de la justice du Canada, 2001), fascicule 3, 1 aux pages 1-3 [Allard, « Impact sur le bijuridisme »]. Sur le concept de juridiction « mixte » lire par exemple : TETLEY (William), « Mixed jurisdictions : Common law vs. Civil law (codified and uncoded) » (2000), 60 *Louisiana Law Review* 677.

de cette double assise référentielle sur la teneur et le sens des concepts que renferment les lois fédérales ? Ces derniers seraient-ils forcément polysémiques⁴ ?

Ces interrogations sont particulièrement vivaces sous l'angle du droit d'auteur, domaine du droit fédéral où la proximité avec le droit privé des provinces est étroite à plusieurs titres. D'abord parce que les deux corpus de droit coexistent dans l'objet de protection lui-même : alors que la propriété incorporelle des droits d'auteur relève de la compétence exclusive fédérale sous l'article 91(23) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la propriété de l'objet matériel formant le support physique de l'œuvre tombe quant à elle sous le coup de la compétence en matière de propriété et de droit civil reconnue aux provinces en vertu de l'article 92 (13) de la Constitution⁵.

À cette cohabitation forcée s'ajoute ensuite la difficulté de cerner les contours de la compétence exclusive dévolue au Parlement fédéral en matière de droit d'auteur. Bien que la Cour suprême se soit peu prononcée sur la portée de l'article 91(23), on trouvera quelque réconfort dans la jurisprudence portant sur l'interprétation du partage des compétences⁶. Pour juger de la validité d'une loi du point de vue du partage des compétences, on s'en remettra à la conception de l'exclusivité désormais dominante, incarnée par la théorie du caractère véritable : c'est ainsi qu'« une loi qui, de par son caractère véritable, est fédérale sera maintenue même si elle touche à des matières qui paraissent constituer des sujets de législation provinciale »⁷.

Or, l'identification de ce qui représente l'essence ou le cœur de la compétence sur le droit d'auteur n'est justement pas besogne facile. En effet, l'exercice d'équilibrage entre les intérêts concurrents des créateurs et de leurs auxiliaires et ceux du public – tâche incombant au Parlement central au titre de la *LDA* – est intimement lié à la compétence provinciale de principe dans le champ du droit privé,

4. ALLARD, « Propriété en quête de sens », *ibid.*, p. 218.

5. TAMARO (Normand), *Loi sur le droit d'auteur : texte annoté*, 8^e éd. (Toronto : Carswell, 2009), p. 404 [Tamaro, *LDA*].

6. Par contraste, le pouvoir législatif fédéral en matière de marques de commerce, chef de compétence non énoncé dans la Constitution, s'est notamment mérité l'attention de la Cour suprême dans les affaires suivantes : *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik*, [2005] 3 R.C.S. 302 ; *MacDonald c. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 134.

7. *General Motors of Canada c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, 670 ; BRUN (Henri) et al., *Droit constitutionnel*, 4^e éd. (Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002), p. 448 et s.

qui gouverne les rapports des citoyens entre eux et avec leurs biens⁸. De fait, s'interroge le professeur Jean Leclair, « quel pouvoir accorde le paragraphe 91(23) de la Constitution de 1867 sinon celui de prohiber, de limiter les droits de propriété, les droits contractuels, et parfois même constitutionnels de certaines personnes au profit de certains privilégiés »⁹ ?

Au surplus, notons que, loin d'être anodin, le voisinage du droit civil et de la common law prend, pour le droit d'auteur canadien, des allures de quête des origines. Car au-delà de la technique législative, des divergences philosophiques – dont on ne saurait néanmoins exagérer ou sous-estimer l'importance – séparent traditionnellement le *droit d'auteur* d'ascendant civiliste au *copyright* issu du modèle anglo-américain : « propriété naturelle » pour les premiers, « monopole juridique » chez les seconds ; « un droit qui se pense, d'un côté, par référence à l'auteur, à la personne créatrice, de l'autre, par référence à l'exemplaire de l'œuvre, au produit de la création que l'on préserve contre la copie »¹⁰.

Où donc classer le droit d'auteur canadien dans cet inventaire¹¹ ? Civiliste de par son inclusion du droit moral et common

8. La tension entre les droits des créateurs et ceux du public accompagne depuis longtemps l'évolution de la propriété intellectuelle. Pour une perspective historique (en matière de brevets), voir MACHLUP (Fritz) *et al.*, « The patent controversy in the Nineteenth Century » (1950), 10 : 1 *The Journal of Economic History* 1 ; *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336, au paragraphe 30 (juge Binnie) [*Théberge*] (résumant les objectifs de politique générale qui ont inspiré la LDA, le juge Binnie écrit : « [l]a 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) »).
9. LECLAIR (Jean), « L'interface entre le droit commun privé provincial et les compétences fédérales « attractives » » dans GENDREAU (Ysolde), dir, *Un cocktail de droits d'auteur* (Montréal : Thémis, 2007) 25, à la page 37 [Leclair, « Interface »] [Gendreau, *Cocktail*] ; voir les débats suscités en matière de copie privée et de droits voisins : *Société canadienne de perception de la copie privée c. Canadian Storage Media Alliance*, 2004 CAF 424 ; de BEER (Jeremy F.), « Copyrights, Federalism, and the Constitutionality of Canada's Private Copying Levy » (2006), 51 *McGill Law Journal* 3 ; de BEER (Jeremy F.), « Constitutional Jurisdiction Over Paracopyright Laws » dans GEIST (Michael), *In the Public Interest : The Future of Canadian Copyright Law* (Toronto : Irwin Law, 2005) 89.
10. Alain STROWEL (Alain), *Droit d'auteur et copyright : divergences et convergences* (Bruxelles : Bruylant, 1993), p. 20 ; MOYSE (Pierre-Emmanuel), « La nature du droit d'auteur : droit de propriété ou monopole ? » (1998), 43 *McGill Law Journal*, à la page 562 [Moysse, « Propriété ou monopole »].
11. Nous reprenons ici la question posée par Nicholas Kasirer en ouverture de son texte « L'ambivalence lexicographique en droit d'auteur canadien » dans CORNU

lawyer par sa facture et ses origines historiques, le droit d'auteur canadien serait-il, de par sa double filiation spirituelle, réfractaire aux catégorisations¹² ? Malgré sa physionomie particulière, le droit d'auteur canadien ne serait pas aussi inclassable qu'il n'y paraît. Une nuance est ici apportée par un commentateur, lequel nous avertit qu'il « n'est pas rigoureusement exact de dire que le droit d'auteur canadien se situe à la croisée des systèmes de droit de type continental et de ceux de common law »¹³. En effet, sans être tout à fait à cheval entre les deux traditions, reste que le droit d'auteur canadien a, depuis son berceau anglo-américain, été sensible aux influences d'autres systèmes, parmi lesquels le droit civil occupe une place de premier rang¹⁴.

Soulignons que la confusion des genres est entretenue, en droit d'auteur canadien, par le fait que les versions anglaise et française de la *LDA* (*copyright/droit d'auteur*) semblent se revendiquer de deux traditions conceptuelles distinctes¹⁵. Cette ambivalence ne revêt pas seulement un intérêt sur le plan jurislinguistique. Elle renvoie aussi plus largement aux débats sur la nature du droit d'auteur qui, loin de se borner aux cercles académiques, ont à au moins une occasion, divisé le banc de la Cour suprême du Canada¹⁶.

(Marie) et al., dir, *Dictionnaire comparé du droit d'auteur et du copyright* (Paris : Centre national de la recherche scientifique, 2003) 259, p. 259.

12. *Ibid.* On ne saurait toutefois voir une tradition de droit moral en droit d'auteur canadien. Voir à cet effet : *Théberge, supra*, note 8, aux paragraphes 11-12 ; Pierre-Emmanuel Moyse, *Le droit de distribution : analyse historique et comparative en droit d'auteur* (Cowansville : Blais, 2007), p. 125 [Moyse, *Le droit de distribution*] ; Mistrale Goudreau, « Le droit moral de l'auteur au Canada » (1994), 25 *Revue générale de droit* 403. Voir aussi généralement ADENEY (Elizabeth), *The Moral Rights of Authors and Performers : an International and Comparative Analysis (Moral Rights)* (Oxford : OUP, 2006) ; ADENEY (Elizabeth), « Moral rights in Canada : an historical and comparative view » dans GENDREAU (Ysolde), dir, *An Emerging Intellectual Property Paradigm : Perspectives from Canada*, (Northampton (Ma) : Edward Elgar, 2008), p. 163 [Gendreau, *Emerging Paradigm*].
13. Moyse, *Le droit de distribution, ibid.*
14. *Ibid.*
15. Strowel, *supra*, note 10, p. 23 et s.
16. *Théberge, supra*, note 8 (la Cour était appelée à décider si une galerie d'art avait violé les droits d'auteur d'un peintre en transférant sur toile des reproductions papier autorisées de ses œuvres, à des fins de revente. Dans cette affaire, les juges de droit civil et de common law s'opposent dans leur interprétation de la notion de « reproduction », ainsi qu'en ce qui concerne la nature des droits moraux de l'auteur. La majorité, composée de juges de common law, conclut à l'absence de violation, car le procédé d'entoilage ne menait selon eux à aucune reproduction de l'œuvre. Le juge Binnie insiste sur la dimension avant tout économique du *copyright* dans la tradition de common law. Il écarte ce faisant l'idée d'un droit de destination, qui dans la tradition civiliste du droit d'auteur, donne à l'auteur le droit

On l'aura compris, il est ici tout autant question de technique juridique, de fédéralisme, de tradition juridique que de langue. C'est sur cette toile de fond que nous nous proposons d'analyser, dans la présente étude, l'interface entre le droit commun provincial et la législation fédérale sur le droit d'auteur.

Au cours de la première partie de cette étude, sera rappelé le cadre constitutionnel régissant l'interaction entre le droit fédéral et le droit privé provincial dans le champ du droit d'auteur (I). Nous verrons que si la relation entre le droit fédéral et le droit provincial s'établit généralement sous le signe de la complémentarité, ce lien est parfois mis sous pression, allant même jusqu'à être à l'occasion rompu par l'interprète judiciaire.

Nous nous attardons, dans une seconde partie, à l'ambivalence interprétative générée par le recours au droit provincial pour combler les interstices de la législation fédérale sur le droit d'auteur (II). Notre regard se portera sur certains aspects contractuels de l'exploitation des œuvres où cette ambiguïté est pleinement ressentie, et dont l'épicentre sera, pour nos fins, le concept de licence, prévu à l'article 13 de la *LDA*. Nous discuterons plus particulièrement de l'impact de l'arrêt *Euro-Excellence c. Kraft*, jugé par la Cour suprême en 2007, sur le traitement de la notion de licence en droit d'auteur canadien¹⁷.

1. L'INTERFACE ENTRE LE DROIT FÉDÉRAL DU DROIT D'AUTEUR ET LES DROITS PRIVÉS PROVINCIAUX¹⁸

Affirmer l'incomplétude de la législation fédérale, c'est dire « simplement que, prise isolément, elle n'exprime pas la totalité du droit applicable dans les matières qui ressortissent à la compétence

de contrôler l'utilisation des copies autorisées de son œuvre. Les trois magistrats civilistes L'Heureux-Dubé, Gonthier et LeBel, qui incarnent la dissidence, adoptent quant à eux une interprétation plus extensive du droit d'auteur, qui laisse à l'auteur un droit de regard sur l'utilisation subséquente de son œuvre) ; *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339 [CCH] ; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, [2004] 2 R.C.S. 427.

17. *Euro-Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc.*, [2007] 3 R.C.S. 21 [*Euro-Excellence c. Kraft*].

18. Nous reprenons le terme « interface » tel qu'employé par le professeur Jean Leclair dans Leclair, « Interface », *supra*, note 9. Ce vocable traduit parfaitement l'idée d'une frontière permettant les échanges entre deux systèmes. DENAULT (Philippe), *Recherche d'unité dans l'interprétation du droit fédéral : cadre juridique et fragments du discours judiciaire*, (Montréal : Thémis, 2008) aux p. 18-61.

du Parlement »¹⁹. Si la loi fédérale ne se suffit pas à elle-même, c'est donc à l'extérieur du texte qu'il faut rechercher les normes destinées à la compléter.

Trois voies semblent dès lors s'ouvrir à l'interprète : la première, incarnée par le principe de complémentarité, consiste à lier les textes fédéraux aux espaces juridictionnels au sein desquels ils sont voués à s'appliquer. Dans cette perspective, les omissions, lacunes et silences des lois fédérales sont comblés par la matrice résiduelle que constitue le droit commun des provinces.

Néanmoins, il arrive que ce lien de complémentarité soit mis à l'épreuve, tant par la doctrine que par la pratique judiciaire. La complémentarité est ici mise en cause sur deux fronts distincts, qui seront abordés dans une même section. Ainsi, la seconde avenue, plus rarement empruntée, est celle qu'ont choisie les tribunaux en regard de certaines compétences fédérales de droit privé dites « attractives », parmi lesquelles figure notamment le droit maritime. Dans une telle hypothèse, une interprétation extensive des compétences fédérales fait échec à la prise en compte du droit provincial à titre complémentaire et supplétif. Se dégage enfin une troisième approche, où la relation de complémentarité cède le pas à un dialogue entre le droit fédéral et le droit provincial, dialogue capable d'initier la création de nouvelles normes.

1.1 Droit fédéral et droit provincial : une relation sous le signe de la complémentarité

Cette première section est consacrée aux fondements du rapport de complémentarité qu'entretient le droit fédéral en général, et le droit d'auteur en particulier, avec le droit privé des provinces. Après avoir constaté l'absence de droit commun fédéral, nous nous tournerons vers son corollaire, à savoir la fonction supplétive qu'assume le droit provincial dans l'interprétation du droit fédéral statutaire.

1.1.1 L'inexistence d'un droit commun fédéral

Un aparté historique est ici de mise : il nous faut en effet revenir aux commencements de la Confédération pour bien saisir la place qui revient aujourd'hui au droit privé fédéral dans l'ordre constitutionnel canadien. À cet égard, il est notamment utile de broser les

19. BRISSON (Jean) et al., « Droit fédéral et droit civil : complémentarité, dissociation » (1996), 75 *Revue du Barreau* 297, à la page 300 [Brisson et Morel].

grandes lignes de la réception du droit privé et du partage des pouvoirs législatifs aménagé par la *Loi constitutionnelle de 1867*²⁰.

Contrairement aux législatures provinciales, les autorités fédérales n'ont guère reçu le droit privé préconfédéral sous l'empire de la Constitution de 1867. À la différence des anciennes colonies, en effet, l'ordre de gouvernement fédéral nouvellement créé n'hérite d'aucun système juridique sur la base duquel ériger son droit²¹. En revanche, le sort des régimes de droit privé des colonies ayant adhéré à la fédération est scellé par l'article 129 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui prévoit la continuité du droit en vigueur en ces termes :

[s]auf toute disposition contraire prescrite par la présente loi, toutes les lois en force en Canada, dans la Nouvelle-Écosse ou le Nouveau-Brunswick, lors de l'union, tous les tribunaux de juridiction civile et criminelle, toutes les commissions, pouvoirs et autorités ayant force légale, et tous les officiers judiciaires, administratifs et ministériels, en existence dans ces provinces à l'époque de l'union, *continueront d'exister dans les provinces d'Ontario, de Québec, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick respectivement, comme si l'union n'avait pas eu lieu ; mais ils pourront, néanmoins (sauf les cas prévus par des lois du parlement de la Grande-Bretagne ou du parlement du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande), être révoqués, abolis ou modifiés par le parlement du Canada, ou par la législature de la province respective, conformément à l'autorité du parlement ou de cette législature en vertu de la présente loi.*²² [Les italiques sont nôtres].

Suivant cette disposition, le droit préconfédéral est maintenu dans les quatre provinces originelles jusqu'à ce qu'il soit modifié par les paliers de gouvernement provincial et fédéral agissant dans leurs champs de compétence respectifs. Il s'ensuit en clair qu'à l'aube de la Confédération, les divers droits préconfédéraux applicables sur les territoires des nouvelles provinces s'appliquaient techniquement aux matières fédérales, jusqu'à ce que le Parlement central y pourvoie – parfois tardivement – par une initiative législative²³.

20. *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict, c. 3, reproduite dans L.R.C. (1985), ann II, n° 5, art 129 [*Loi constitutionnelle de 1867*].

21. Brisson et Morel, *supra*, note 19, p. 310.

22. *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra*, note 20, art. 129.

23. HOGG (Peter W.), *Constitutional Laws of Canada*, 5^e éd. (Toronto : Carswell, 2009), p. 43-44 (selon l'auteur, le corpus préconfédéral des provinces recouvrait les éléments suivants : 1) les lois « reçues » du Royaume-Uni, et de la France, dans

Aussi les sources préconfédérales qui couvraient des chefs de compétence fédérale furent-elles progressivement substituées par les mesures législatives du Parlement du Canada, désireux d'uniformiser, d'un océan à l'autre, le droit applicable à certains sujets de droit privé fédéral.

Le droit d'auteur n'a guère échappé à cette évolution. En effet, avant que la compétence sur le droit d'auteur ne soit attribué au Parlement canadien dans la Constitution 1867, plusieurs lois préconfédérales s'y intéressaient déjà²⁴. Il faut cependant attendre jusqu'en 1832 pour que le Bas-Canada adopte l'*Acte pour protéger la propriété littéraire*, qui fait office de pionner en droit d'auteur canadien²⁵. Après 1867, ces lois furent remplacées par une succession de lois fédérales – plus ou moins complètes – sur le droit d'auteur, jusqu'à l'adoption, en 1921, de la *Loi concernant le droit d'auteur*, ancêtre de la LDA actuelle et premier texte législatif moderne en ce domaine²⁶.

C'est à partir de cette genèse du droit fédéral, ci-dessus brièvement esquissée, qu'est généralement expliquée l'absence de droit commun fédéral²⁷. La législation fédérale qui remplace peu à peu les normes préconfédérales n'a pour toile de fond aucun droit fondamental proprement fédéral. En effet, selon le constitutionnaliste Peter W. Hogg,

le cas du Québec ; 2) les lois adoptées pour la province en vertu de la prérogative royale ; 3) les lois adoptées pour la province par le Parlement impérial ; 4) les développements judiciaires en common law (ou en droit civil) depuis la date de réception ; 5) les lois adoptées par la législature provinciale précédente) ; DENAULT, *supra*, note 18, à la page 28.

24. TAMARO (Normand), *Le droit d'auteur : fondements et principes* (Montréal : PUM, 1994), p. 24 [Tamaro, *Fondements*].
25. Tamaro, *Fondements*, *ibid.* ; *Acte pour protéger la propriété littéraire*, (1832) 2 Will. IV, c. 53. La loi fut abrogée en 1841 de manière à ce que son application soit étendue à « toute la Province » suite à l'entrée en vigueur de l'*Acte d'Union : Acte pour protéger les Droits d'Auteurs dans cette Province*, (1841) 4&5 Vict, c. 61.
26. *Loi de 1921 concernant le droit d'auteur*, 11-12 Geo, V, c. 24. Deux lois fédérales ont précédé celle de 1921. Elles ont respectivement été adoptées en 1868 et 1875 : *Acte concernant la propriété littéraire et artistique*, (1875) 38 Vict, c. 88 ; *Acte concernant la propriété littéraire et artistique*, (1868) 31 Vict, c. 54.
27. L'absence de droit commun fédéral reste toutefois contestée par une frange de la doctrine. Voir notamment MACDONALD (Roderick A.), « Encoding Canadian Civil Law », dans BRIERLEY (John E.C.) *et al.*, dir, *Mélanges Paul-André Crépeau* (Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997), p. 579 [Macdonald, « Encoding »] ; ALLARD (France), « La disposition préliminaire du Code civil du Québec, l'idée de droit commun et le rôle du Code en droit fédéral » (2010), 88 *Canadian Bar Review* 275.

with respect to matters within federal legislative authority, there is no single body of law in 1867 ; such matters were regulated by [...] pre-confederation laws which were continued in force by s. 129.²⁸

En clair, la législation fédérale ne peut compter sur un corpus primaire de règles lui tenant lieu de réservoir conceptuel, parce qu'à l'opposé du droit des provinces, elle ne s'est guère construite sur la base d'une réception de droit privé dans un contexte colonial, mais à partir des interventions positives du constituant fédéral dans les champs de compétence dont il est investi²⁹.

Ainsi, si les législations fédérales de droit privé émanent des pouvoirs législatifs du Parlement central dans cette sphère, le droit fédéral non statutaire dérive, quant à lui, du droit de chacune des provinces³⁰. Notons que c'est toutefois à partir d'un autre angle que la Cour suprême du Canada en est venue à rejeter l'existence d'une common law fédérale supplétive, dans la trilogie *Quebec North Shore, McNamara et Fuller*³¹. En effet, c'est une interprétation restrictive de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, fondement juridictionnel de la Cour fédérale, qui a permis à la cour d'ouvrir la voie à la complémentarité entre le droit fédéral et le droit provincial³².

1.1.2 Le droit provincial, droit supplétif

Comme nous l'avons exposé, c'est par la plume du législateur fédéral, et les lois qu'il promulgue, que s'exprime, en l'absence de droit commun fédéral, le droit privé fédéral. Des précisions s'imposent avant d'aller plus loin, ne serait-ce qu'en clarifiant ce à quoi renvoient les concepts-pivots de droit commun et de complémentarité.

La notion de droit commun recouvre plusieurs acceptions, que nous n'avons pas l'ambition d'exposer en ces pages³³. Retenons sim-

28. HOGG, *supra*, note 23, p. 44.

29. BRISSON (Jean-Maurice), « L'impact du *Code civil du Québec* sur le droit fédéral : une problématique », (1992) 52 *Revue du Barreau* 345, 348.

30. DENAULT, *supra*, note 18, p. 38.

31. *Quebec North Shore Paper c. C.P. Ltée*, [1977] 2 R.C.S. 1054 ; *McNamara Construction c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654 ; *R. c. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.*, [1980] 1 R.C.S. 695.

32. LECLAIR, « Interface », *supra*, note 9, p. 51.

33. Sur les différents sens à donner au concept de droit commun, lire Macdonald, « Encoding », *supra*, note 27 (en anglais, l'expression « common law » désigne à la fois : 1) la tradition juridique britannique implantée dans les colonies comme le

plement qu'à titre de « dictionnaire législatif par défaut » du droit fédéral, le droit commun a pour fonction « de fournir à l'interprète des ressources conceptuelles pour appliquer des lois [...] »³⁴.

L'idée de complémentarité suppose quant à elle l'existence de deux systèmes entre lesquels puisse s'établir un dialogue. Si le phénomène de complémentarité fait aujourd'hui généralement consensus, au point de sembler aller de soi, sans doute est-il utile de rappeler qu'il n'en fut pas toujours ainsi³⁵.

Canada ; 2) une méthode de production du droit à travers les jugements émanant des tribunaux ; 3) les principes, concepts et politiques dégagés par les interprètes des textes constitutionnels, des conventions internationales, de la jurisprudence, de la doctrine, de la législation, de la coutume et des valeurs sociales communes ; 4) l'ensemble de règles, principes et concepts qui constituent le fondement du droit privé ; 5) et, enfin, le droit supplétif appelé à compléter un texte législatif lacunaire). Voir aussi généralement BRIERLEY (John E.C.), « Quebec's Common Law (*Droits communs*) : How Many Are There ? », dans CAPARROS (Ernest), dir., *Mélanges Louis-Philippe Pigeon* (Montréal : Wilson & Lafleur, 1989) 109 [Caparros, *Mélanges Louis-Philippe Pigeon*] ; GLENN (H. Patrick), *On Common Laws* (Oxford : OUP, 2005) ; sur la notion de droit commun sous le *Code civil du Québec*, voir Doré c. Verdun (*Ville*), [1997] 2 R.C.S. 862 ; BISSON (Alain-François), « La Disposition préliminaire du Code civil du Québec » (1999), 44 *McGill Law Journal* 539 ; GLENN (H. Patrick), « La Disposition préliminaire du Code civil du Québec, le droit commun et les principes généraux du droit », (2005) 46:1-2 *Cahiers de droit* 339.

34. L'expression est de Roderick A. MACDONALD, « Harmonizing », *supra*, note 2, par. 41 ; BISSON (Jean-Maurice), « Le Code civil, droit commun ? » dans CÔTÉ (Pierre-André), dir., *Le nouveau Code civil : interprétation et application* (Montréal : Thémis, 1993) 292, p. 296.
35. Plusieurs commentateurs critiquent la conception du bijuridisme telle que privilégiée par le programme d'harmonisation mis en place par le gouvernement fédéral. Lire par exemple SULLIVAN (Ruth), « The Challenges of Interpreting Multilingual, Multijural Legislation », (2004) 29 *Brooklyn Journal of International Law* 985 ; LECKEY (Robert), « Rhapsodie sur la forme et le fond de l'harmonisation juridique » (2010), 51 :1 *Cahiers de droit* 3 ; KASIRER (Nicholas), « L'outre-loi » dans CASTONGUAY (Lynne) et al., dir., *Étudier et enseigner le droit : hier, aujourd'hui et demain : études offertes à Jacques Vanderlinden* (Bruxelles : Bruylant, 2006) 329, p. 331 (l'auteur parle d'une « épistémologie de la séparation » dans le contexte du bijuridisme fédéral, expression reprise plusieurs fois dans la doctrine) ; JUTRAS (Daniel), « Cartographie de la mixité : la common law et la complétude du droit civil du Québec » (2010), 88 :2 *Canadian Bar Review* 247, 257-58 [Jutras, « Cartographie de la mixité »] (l'auteur parle d'une conception d'un droit fédéral « en silos », où « la législation fédérale de droit privé devrait emprunter, chaque fois que c'est nécessaire, au lexique et à l'appareil conceptuel du droit civil québécois ». Selon l'auteur, « l'occasion était bonne de favoriser, en même temps, une interaction fructueuse entre les deux traditions dans la sphère fédérale. La juxtaposition des deux traditions dans chaque version linguistique offrait l'occasion d'un dialogue comparatif, ou même d'une compréhension des normes fédérales qui s'accorde avec l'esprit de l'une et l'autre version ». De cette lecture, on aurait pu tirer, peut-être, un droit privé fédéral distinctif, appuyé sur l'une et l'autre tradition, mais néanmoins autonome par rapport aux régimes de

Premièrement, l'un des deux interlocuteurs – le droit civil – n'a pas toujours bénéficié de la reconnaissance qui est aujourd'hui la sienne. Il suffit, pour s'en convaincre, de relire les premières décisions de la Cour suprême du Canada, qui traduisent ce que certains commentateurs décrivent comme une volonté systématique d'uniformiser le droit à partir de la common law³⁶. Cette ambition universaliste, décriée dans les milieux juridiques québécois de l'époque, allait provoquer la naissance d'un mouvement en faveur de la sauvegarde de la spécificité et de l'intégrité du droit civil québécois, au début du XX^e siècle³⁷. Retraçant l'évolution des relations entre le droit civil et la common law à la Cour suprême du Canada, les auteurs Lebel et Le Saunier rappellent ici la contribution décisive des juges Mignault, Pigeon et Beetz, aux efforts de valorisation du droit civil québécois, et surtout d'affirmation de son autonomie par rapport à la common law, qui lui confèrent le statut dont il jouit désormais³⁸.

Deuxièmement, même une fois le droit civil devenu interlocuteur respecté, l'apparition d'un véritable rapport dialogique entre le droit civil et la common law ne fut pas automatique. En effet,

droit privé provinciaux. Néanmoins, cette perspective n'a pas été privilégiée dans le processus d'harmonisation du droit fédéral et du droit civil québécois. » ; GAUDREAU-DESBIENS (Jean-François), *Les solitudes du bijuridisme canadien. Essai sur les rapports de pouvoir entre les traditions juridiques et la résilience des atavismes identitaires*, (Montréal : Thémis, 2007), à la p. 120 : « dès lors qu'une disposition législative fédérale ne peut être interprétée comme se référant à un quelconque *jus commune* provincial et que le sens de cette disposition demeure ambigu après avoir recouru aux règles ordinaires d'interprétation, cette disposition devrait être interprétée de la manière qui soit la plus intersubjectivement légitime tant du point de vue de la common law que du droit civil [...] [L]e cas échéant, la meilleure interprétation serait celle qui ferait le moins possible injure et au droit civil et à la common law ce qui mènerait presque inévitablement à l'élaboration d'un droit fédéral dissocié partiellement mixte ou métissé ».

36. LEBEL (Louis) *et al.*, « L'interaction du droit civil et de la common law à la Cour suprême du Canada », (2006) 47:2 *Cahiers de droit* 179, 182 et s. [LeBel et Le Saunier] ; JOBIN (Pierre-Gabriel), « Le droit comparé dans la réforme du *Code civil du Québec* et sa première interprétation » (1997), 38:3 *Cahiers de droit* 477, 484 ; NORMAND (Sylvio), « Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec : La sauvegarde de l'intégrité du droit civil » (1986-1987) 32 *McGill Law Journal* 559, 578 et s. Pour une critique de la méfiance qu'inspire, encore aujourd'hui, la common law eu égard au *Code civil du Québec*, lire JUTRAS, « Cartographie de la mixité », *ibid.*, p. 249-51 (l'auteur identifie quatre thèmes qui guident les rapports entre le droit civil et la common law : l'intégrité, la résistance, le ressentiment et la complétude).
37. LEBEL et LE SAUNIER, *ibid.*, p. 186 ; NORMAND, *ibid.*, p. 568-78 (l'enjeu de préservation du droit civil était notamment inspiré par des préoccupations nationalistes. Parmi les arguments militant en faveur de la défense du droit civil figurent le maintien de l'héritage des anciens, la survivance de la nation et le respect dû au Code civil en tant que régime codifié).
38. LEBEL ET LE SAUNIER, *ibid.*, p. 187 et s.

l'établissement d'un tel rapport est, selon Lebel et Le Saunier, tributaire d'un ensemble de facteurs d'ordre sociologique et culturel, institutionnel, technique et juridique³⁹. Les auteurs notent par exemple l'impact positif du Programme d'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil, qui a permis, depuis son lancement en 1997, de clarifier les questions entourant certains points de rencontre du droit fédéral avec le droit privé des provinces⁴⁰.

Précédant ces initiatives, les professeurs Jean-Maurice Brisson et André Morel se sont penchés sur le principe de complémentarité, dans une étude commandée par le ministère de la Justice du Canada⁴¹. Les auteurs opèrent une distinction entre la complémentarité voulue par le législateur – qui procède alors par renvoi aux lois provinciales – et celle qui découle implicitement de principes fondamentaux, et notamment de mécanismes constitutionnels canadiens. Ce deuxième scénario recouvre les situations de « dépendance implicite » de la loi fédérale envers un autre droit, du fait que celle-ci ne soit pas entièrement autonome et « ne fourni[sse] pas à elle seule tous les éléments nécessaires à son application et où il faut avoir

39. *Ibid.*, p. 210 et s.

40. *Ibid.*, p. 214 ; MAGUIRE WELLINGTON (Louise), « Bijuridisme canadien : méthodologie et terminologie de l'harmonisation », dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien. Deuxième publication*, (Ottawa : Ministère de la justice du Canada, 2001) fascicule 4 (le travail d'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil ne date pas d'hier. Amorcé à la fin des années soixante dix, il s'est accéléré à la faveur de l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, le 1^{er} janvier 1994. Le Programme s'inscrit dans la continuité de la *Politique d'application du Code civil du Québec à l'administration publique fédérale* et de la *Politique sur le bijuridisme législatif*, respectivement mises en place par le Ministère de la justice du Canada en 1993 et 1995. Cette dernière politique a pour objectif de « fournir aux Canadiennes et aux Canadiens l'accès à des textes législatifs fédéraux qui soient respectueux du système de droit qui les régit, et ce dans chacune des versions linguistiques des textes législatifs ». À cette fin, le Ministère « reconnaît formellement qu'il est impératif que les quatre auditoires canadiens (les francophones civilistes, les francophones de common law, les anglophones civilistes et les anglophones de common law) à qui sont destinés les lois et les règlements fédéraux puissent, d'une part, lire ces textes dans la langue officielle de leur choix et, d'autre part, y retrouver une terminologie et une formulation qui soient respectueuses des concepts, notions et institutions propres au régime juridique (droit civil ou common law) en application dans leur province ou territoire ».

41. BRISSON et MOREL, *supra*, note 19. Cette publication constitue une révision d'un premier texte, qui avait contribué à définir les orientations générales du bijuridisme législatif canadien : « Droit fédéral et droit civil : complémentarité, dissociation » dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien. Recueil d'études* (Ottawa : Ministère de la justice, 1997) 213.

recours, pour la compléter, à des concepts et à des règles qui sont extérieurs à la loi même »⁴². Selon les auteurs, il en va ainsi

[à] chaque fois qu'une disposition d'une loi fédérale utilise une notion de droit privé sans la définir ou sans lui donner autrement une signification propre ; à chaque fois aussi qu'une loi fait défaut de régler complètement une question particulière de droit privé ou d'adopter une disposition formelle de renvoi, il faut avoir recours, pour pallier les silences de la loi, à l'un des deux systèmes juridiques en vigueur.⁴³

Quelle que soit sa justification, le phénomène de complémentarité est, d'après les professeurs Morel et Brisson, appelé à se déployer dans deux types de situations. La complémentarité est premièrement mise à contribution par ricochet lorsque la loi fédérale, droit spécial par rapport à celui des provinces, se juxtapose à une relation de droit privé avant tout fondée et règlementée par le droit provincial⁴⁴.

Le droit d'auteur offre un terrain idéal pour illustrer cette première manifestation de la complémentarité. En effet, celui-ci présente plusieurs points de contact avec le droit commun provincial, et plus spécifiquement celui du Québec : à cet égard, méritent notamment d'être signalées les règles générales du régime des obligations, les règles relatives aux saisies avant jugement et aux sûretés, les règles encadrant les relations de travail entre titulaires du droit d'auteur ou encore celles qui concernent l'arbitrage du droit d'auteur⁴⁵.

À ce titre, le rattachement entre le droit d'auteur et le droit privé québécois peut être illustré par l'arrêt *Desputeaux c. Les Éditions Chouette*, où la Cour suprême devait trancher sur l'arbitrabilité des différends portant sur le droit d'auteur⁴⁶. L'enjeu, dans cette affaire, était de savoir si les parties à un contrat de licence d'exploitation d'un personnage de livres pour enfants étaient libres de soumettre l'interprétation et l'application dudit contrat à l'arbitrage. En

42. BRISSON et MOREL, *ibid.*, p. 309.

43. *Ibid.*

44. *Ibid.*, p. 317. Sur le caractère exceptionnel du droit privé fédéral : *Citizens Insurance Company of Canada c. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96.

45. MOYSE, *Le droit de distribution*, *supra*, note 12, p. 123 ; voir en matière de saisies *Tri-Tex Co. Inc. c. Gideon*, [1999] R.J.Q. 2324 (C.A.) ; PAYETTE (Louis), « Droit d'auteur et droit commercial : droits d'auteur exploités sous licence, sûretés et insolvabilité », dans Gendreau, *Cocktail*, *supra*, note 9, p. 91.

46. *Desputeaux c. Les Éditions Chouette*, [2003] 1 R.C.S. 178.

l'espèce, la Cour refuse de soustraire à l'arbitrage les litiges concernant la paternité le droit d'auteur au motif que ceux-ci ne peuvent être assimilés à des questions d'ordre public ou familial, matières que l'article 2639 C.c.Q. réserve exclusivement à la compétence des autorités judiciaires⁴⁷.

La décision *Desputeaux* est intéressante en ce qu'elle met en lumière un double arrimage entre la LDA et le Code civil : ce jugement révèle d'une part que, sans acte juridique formé conformément au C.c.Q., il ne peut y avoir, en droit civil québécois, de contrat de licence d'exploitation au sens de la LDA ; d'autre part, l'affaire nous enseigne que, pour déterminer si la question de la titularité des droits d'auteur peut faire l'objet d'une convention d'arbitrage, c'est d'abord le *Code civil du Québec* qu'il faut interroger.

La complémentarité est en deuxième lieu sollicitée quand le droit provincial se trouve à enrichir une disposition fédérale qui, en soi, « ne contient pas tout le droit nécessaire à la réalisation de son objet » : celui-ci peut servir à titre utilitaire (s'il s'agit par exemple d'isoler un délai de prescription) ou encore sur le plan substantiel, pour suppléer aux lacunes, aux silences, aux vides et aux imprécisions que laisse la législation fédérale quant au contenu de certaines notions⁴⁸. Nous reviendrons à ce second cas de figure dans le cadre de notre analyse de la licence en droit d'auteur. Retenons pour l'instant que le droit provincial est, dans ce cas d'espèce, convoqué au chevet de règles qui pèchent par leur caractère particulièrement incomplet.

Reconnue par les commentateurs et la jurisprudence, la complémentarité est, aux yeux de plusieurs, codifiée par l'article 8 de la *Loi d'interprétation*, qui porte sur la propriété et les droits civils. Nous reproduisons la disposition pour le bénéfice du lecteur :

(1) Le droit civil et la common law font pareillement autorité et sont tous deux sources de droit en matière de propriété et de droits civils au Canada et, *s'il est nécessaire* de recourir à des règles, principes ou notions appartenant au domaine de la propriété et des droits civils en vue d'assurer l'application d'un texte dans une province, il faut, sauf règle de droit s'y opposant, avoir recours aux règles, principes et notions en vigueur dans

47. Art. 2639 C.c.Q. : « Ne peut être soumis à l'arbitrage, le différend portant sur l'état et la capacité des personnes, sur les matières familiales ou sur les autres questions qui intéressent l'ordre public. Toutefois, il ne peut être fait obstacle à la convention d'arbitrage au motif que les règles applicables pour trancher le différend présentent un caractère d'ordre public ».

48. BRISSON et MOREL, *supra*, note 19, p. 317.

cette province au moment de l'application du texte [nous soulignons].

(2) *Sauf règle de droit s'y opposant*, est entendu dans un sens compatible avec le système juridique de la province d'application le texte qui emploie à la fois des termes propres au droit civil de la province de Québec et des termes propres à la common law des autres provinces, ou qui emploie des termes qui ont un sens différent dans l'un et l'autre de ces systèmes [Les italiques sont nôtres.]⁴⁹

Les extraits qui précèdent appellent quelques remarques. Le paragraphe 8 (1) stipule l'égalité de statut du droit civil et de la common law comme sources de droit. Cela signifie, autrement dit, qu'un système ne peut être privilégié au détriment de l'autre : partant, dans l'interprétation de la terminologie fédérale, l'interprète judiciaire ne saurait présumer d'une intention, de la part du législateur fédéral, de faire référence aux concepts et aux institutions d'un système particulier, auquel on accorderait, à tort, plus de poids. Toujours selon le paragraphe 8 (1), les sources provinciales supplétives ne sont mises en branle que lorsqu'« il est nécessaire » de s'en inspirer. Selon Philippe Denault, ce critère de nécessité empêche de conclure à une complémentarité de principe, puisqu'il n'y aura véritablement complémentarité qu'en cas d'incomplétude de la loi⁵⁰. Ce n'est en effet que lorsque la loi ou une de ses dispositions présente une carence, soit un vide ou un silence, que les tribunaux doivent obligatoirement interpellier le droit commun des provinces.

Enfin, le paragraphe 8 (2) établit, sur le plan terminologique, le principe de compatibilité du texte fédéral avec le droit de la juridiction où il s'applique « sauf règle de droit s'y opposant ». Ce dernier membre de phrase évoque la possibilité que le texte fédéral puisse exclure l'application supplétive du droit commun provincial, soit par renvoi ou par la voie de dispositions dérogatoires. C'est ce que Brisson et Morel nomment « dissociation », dont les modalités sont choisies par le législateur ; celui-ci est en effet libre de formuler, dans les limites de sa compétence (exceptionnelle) en matière de droit privé, des règles incompatibles le droit privé d'une ou de plusieurs provinces et qui auront préséance sur ce dernier⁵¹.

49. *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), c. 1-21, art. 8. Cet article a été introduit en 2001 par la *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2001, c. 4.

50. DENAULT, *supra*, note 18, p. 76-77.

51. BRISSON et MOREL, *supra*, note 19.

Qu'en est-il de la *LDA* ? Où se situe-t-elle sur le spectre complémentarité/dissociation ? On s'étonnera d'abord du fait que la question de la complémentarité entre la *LDA* et le droit privé des provinces ait jusqu'ici peu suscité l'intérêt de la doctrine. Néanmoins, certains travaux se sont penchés sur l'article 89 de la *LDA*, qui se lit comme suit : « nul ne peut revendiquer un droit d'auteur autrement qu'en application de la présente loi ou de toute autre loi fédérale ; le présent article n'a toutefois pas pour effet d'empêcher, en cas d'abus de confiance, un individu de faire valoir son droit ou un tribunal de réprimer l'abus »⁵².

D'aucuns ont vu dans cet article la confirmation du caractère statutaire du droit d'auteur, qui semble devoir être lu en isolation⁵³. Ainsi, en identifiant la *LDA* comme seul canal de revendication d'un droit d'auteur, l'article 89 circonscrirait strictement l'interprétation au seul texte de la loi, évacuant du coup le recours à tout droit supplétif. Or, plusieurs auteurs, parmi lesquels le professeur Moysse, réfutent cette interprétation, préférant voir dans cette disposition une clause de réserve de compétence, miroir de l'article 91(23) de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁵⁴.

Mentionnons enfin que si la complémentarité s'établit de la même manière entre le droit fédéral et le droit privé de toutes les provinces canadiennes, reste qu'elle est sans doute plus tangible au Québec, dont le droit privé appartient à une tradition juridique distincte – rappelons par contraste que le droit fédéral partage avec les autres provinces canadiennes une même langue juridique, un même système de référence fondamental, soit celui de la *common law*⁵⁵. Bien que l'harmonisation des effets des lois fédérales à travers le pays soit certes souhaitable, il n'en demeure donc pas moins qu'« une « loi fédérale qui recourt à une source de droit privé externe ne s'appliquera pas nécessairement de façon uniforme à travers le pays »⁵⁶. Cette asymétrie serait, pour ainsi dire, établie par la Constitution⁵⁷.

52. Art. 89 *LDA*, *supra*, note 1.

53. Voir par exemple TAMARO (Normand), « Le nouveau *Code civil*, droit commun des contrats en matière de droits d'auteur ? », (1993) 96 *Revue du Notariat* [TAMARO, « Code civil »].

54. MOYSE, *Le droit de distribution*, *supra*, note 12, p. 118.

55. Pour un panorama de la jurisprudence de la Cour suprême portant sur les rapports entre le C.c.Q. et le droit fédéral, voir LEBEL (Louis), « L'influence de la Cour suprême du Canada sur l'application du *Code civil du Québec* depuis 1994 » (2010), 88 :2 *Canadian Bar Review* 231, 238-40.

56. *St-Hilaire c. Canada (Procureur général)*, [2001] 4 C.F. 289 au paragraphe 49 [*St-Hilaire*].

57. *Ibid.*

À cet égard, quelques commentateurs voient une certaine anomalie dans le fait que le droit fédéral puisse, dans son application, être modulé selon les droits communs provinciaux, qui lui confèrent un relief inégal en fonction de l'endroit où il s'applique⁵⁸. Comme nous le verrons dans la section qui suit, ce point de vue fut à l'occasion partagé par les tribunaux qui ont, dans certains domaines du droit, court-circuité le lien de complémentarité unissant le droit fédéral à celui des provinces.

1.2 La complémentarité mise en doute : entre uniformité et autonomie

Nous revenons, en ouverture de cette seconde section, au questionnement qui nous animait en introduction et qui constitue le fil d'Ariane de cette étude, à savoir à quel corpus de droit l'interprète doit-il se référer pour « colmater les brèches » de la législation fédérale ? Trois solutions sont envisageables : s'en remettre au droit commun de la juridiction où le texte s'applique, que ce soit le droit civil au Québec et la common law pour les autres provinces ; privilégier l'uniformité du droit fédéral en recourant par défaut à la common law ; ou encore chercher des réponses dans un éventuel droit commun fédéral.

La première option, qui a fait l'objet des pages qui précèdent, est celle de la complémentarité. Bien qu'elle soit confortablement établie, celle-ci a toutefois subi quelques assauts, tant de la part de certains commentateurs que des pouvoirs judiciaires, qui s'en sont éloignés dans certaines branches du droit. En effet, ces derniers ont parfois eu tendance à dissocier le droit fédéral du droit commun des provinces, et *a fortiori* du droit civil, de façon à uniformiser le droit fédéral sur la base du système de common law uniquement, d'où les inégalités décrites. Concernant la troisième option susmentionnée, nous nous sommes déjà prononcés sur l'absence de droit commun fédéral. Un courant de pensée juridique avance toutefois l'hypothèse d'un droit commun fédéral d'origine judiciaire.

58. Ce qui explique peut-être le « forum shopping » entre les cours fédérales et les cours supérieures provinciales auquel peuvent se livrer les praticiens, particulièrement au Québec. Voir par exemple en matière d'injonctions interlocutoires : CARRIÈRE (Jean), « Injonction interlocutoire : dans les faits, existe-t-il vraiment au Québec un choix de forum entre la Cour fédérale et la Cour supérieure ? », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, vol. 157 (Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001), p. 149.

1.2.1 *L'uniformisation du droit fédéral par l'interprète judiciaire*

La complémentarité du droit provincial vis-à-vis des lois fédérales est à l'occasion mise à mal au nom d'une quête d'uniformité d'application du droit fédéral à travers le pays. Par opposition à la dissociation réalisée par le législateur, nous parlons ici de « dissociation judiciaire », où l'unité de la législation fédérale est cette fois décrétée par les tribunaux⁵⁹. Dans ces cas d'espèce, les juges sont tentés de procéder à l'unification du droit privé fédéral en évinçant l'application du droit provincial supplétif. Cette position participe, de l'avis de Brisson et Morel, d'une certaine impression d'inadéquation – tant sur le plan linguistique que substantiel – entre le droit civil et le droit fédéral, qui se manifeste, en pratique, par un repli vers la common law⁶⁰. Ce réflexe est par ailleurs animé par le sentiment qu'un texte législatif fédéral « à géométrie variable » frustrerait la finalité même des compétences fédérales, vouées à régir « l'ensemble du pays »⁶¹. Selon les auteurs, trois sortes d'arguments servent à écarter la complémentarité du droit provincial : les cours canadiennes invoqueront tour à tour les origines de la législation, les objectifs du législateur ou l'autonomie de la loi fédérale⁶².

Nombreuses sont les lois fédérales qui empruntent au modèle conceptuel de la common law. En effet,

[n]ul n'oserait contester le fait que la législation fédérale est, de façon régulière, rédigée dans un style et suivant un schème de pensée qui sont caractéristiques du système de common law, quand elle n'est pas au surplus inspirée directement de modèles anglais. La structure de la loi, son libellé, sa teneur même, tout nous renvoie au droit anglais. Ce sont là autant de points de rattachement qui facilitent une interprétation de la loi dans un contexte de common law et en faisant appel à son univers conceptuel [notes omises].⁶³

Ceci est particulièrement vrai dans le cas de la *Loi sur le droit d'auteur*, dont la première mouture moderne était copiée sur la loi anglaise de 1911⁶⁴. Par ailleurs, n'a-t-on pas dit de la *LDA* qu'elle

59. DENAULT, *supra*, note 18, p. 7.

60. BRISSON et MOREL, *supra*, note 19, p. 315.

61. BRISSON, *supra*, note 29, p. 347.

62. BRISSON et MOREL, *supra*, note 19, p. 311 (par souci de commodité, nous reprenons la structure de ce texte, qui a pour vertu la clarté).

63. *Ibid.*

64. Voir *supra*, note 26.

comptait parmi les systèmes dits « fermés » du droit d'auteur⁶⁵ ? À l'inverse des législations continentales de *droit d'auteur*, qualifiées d'« ouvertes » – lesquelles s'appuient sur des principes larges et généraux –, les systèmes fermés énoncent plutôt, à l'instar d'un catalogue, les droits qui sont couverts, et ce, de façon limitative⁶⁶. Les systèmes fermés se caractérisent en outre par leur mode d'extension du droit d'auteur, qui s'effectue essentiellement par l'entremise du législateur. En territoire de copyright, les juges sont en effet réticents à repousser les frontières du droit d'auteur⁶⁷. Les pouvoirs judiciaires canadiens s'inscrivent résolument dans cette mouvance, en ce qu'ils font traditionnellement preuve d'une grande déférence dans l'interprétation de la *Loi*⁶⁸.

Au vu de ce qui précède, la *LDA* paraît toute droit sortie d'un moule de common law. Mais peut-on pour autant en déduire que le législateur avait la volonté de substituer, en ce qui concerne le Québec, le droit civil par la common law comme source de droit complémentaire ? Défendue par certains, cette idée est en revanche écartée par Brisson et Morel, pour qui le lien de parenté unissant la législation fédérale à la common law ne serait pas, en soi, déterminant⁶⁹. Ils font observer, à l'appui de cette opinion, qu'un bouleversement aussi complet aurait sans doute requis une indication claire de l'intention du législateur⁷⁰. Si l'on emprunte ce raisonnement, il appert que l'appartenance de la *LDA* à la famille de la common law ne permettrait pas de conclure à la liquidation complète du droit supplétif provincial aux fins de son interprétation.

Au lieu de sonder le mode d'élaboration de la loi, les autorités judiciaires ont parfois choisi de consulter l'objet de celle-ci, suivant une interprétation téléologique. Cette démarche a notamment trouvé écho en droit maritime, domaine où la Cour suprême a été plutôt réceptive aux arguments d'efficacité économique afin de justi-

65. STROWEL, *supra*, note 10, p. 146 ; MOYSE, *Le droit de distribution*, *supra*, note 12, p. 119.

66. STROWEL, *ibid.* Sur les distinctions entre les deux traditions, lire plus généralement GENDREAU (Ysolde), *La photographie et le droit d'auteur en droit français, américain, britannique et canadien* (Paris : LGDJ, 1994) ; FRANÇON (André), *Le droit d'auteur : aspects internationaux et comparatifs* (Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992).

67. STROWEL, *ibid.*

68. MOYSE, *Le droit de distribution*, *supra*, note 12, p. 119 ; voir par exemple à ce sujet *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467 [*Bishop*] ; *Compo Co. Ltd. c. Blue Crest Music*, [1980] 1 R.C.S. 357 [*Compo*].

69. BRISSON et MOREL, *supra*, note 19, p. 312.

70. *Ibid.*

fier l'uniformisation du droit privé fédéral. Dans une série d'arrêts âprement critiqués par les observateurs québécois, la Cour a proclamé l'uniformité du droit maritime canadien, tout en fermant définitivement la porte au droit provincial d'application supplétive, et parfois aux dépens du droit civil⁷¹.

Décision phare en cette matière, *ITO-Int'l Terminal Operators c. Miida Electronic* annonce, pour la première fois, l'application d'une common law fédérale en droit maritime⁷². Dans ce pourvoi, se posent les questions du champ d'application du droit maritime, et de la compétence de la Cour fédérale par rapport à celui-ci. L'affaire se résume, en quelques mots, à une action en négligence intentée par le propriétaire d'une cargaison de calculatrices contre le transporteur et une compagnie d'acconage et de manutention, pour le vol de cartons de marchandises, laissés sans surveillance dans l'entrepôt portuaire. Les faits donnent à penser que le différend peut soit porter sur le droit maritime *stricto sensu*, soit relever du droit de la responsabilité contractuelle ou délictuelle, en touchant le droit maritime de façon incidente.

La Cour penche, on l'aura deviné, pour la première version. Elle dispose de l'affaire en tablant sur une interprétation (très) extensive de la compétence fédérale exclusive en matière de « navigation et expéditions par eaux » (art. 91(10)) et de la juridiction qui revient à la Cour fédérale sous l'égide de la *Loi sur les Cours fédérales*⁷³. Selon la Cour, dès lors qu'un litige de droit privé présente une quelconque connexité maritime, ce sont les règles de droit anglais maritimes et la common law relative aux affaires d'amirauté qui trouvent à

71. *ITO-Int'l Terminal Operators c. Miida Electronics*, [1986] 1 R.C.S. 752 [ITO] ; voir aussi *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437. Pour une perspective critique, voir par exemple BRAËN (André), « La responsabilité en matière maritime » (2002), 62 *Revue du Barreau* 387 ; BRAËN (André), « De l'effet relatif du contrat maritime ou de la relative uniformité du droit maritime canadien », (2001) 31 *Revue générale de droit* 473 ; LEFEBVRE (Guy), « L'uniformisation du droit maritime canadien aux dépens du droit civil québécois : lorsque l'infidélité se propage de la Cour suprême à la Cour d'appel du Québec », (1997) 31 *Revue juridique Thémis* 577 ; LECLAIR (Jean), « L'impact de la nature d'une compétence législative sur l'étendue du pouvoir conféré dans le cadre de la Loi constitutionnelle de 1867 », (1994) 28 *Revue juridique Thémis* 661 ; LEFEBVRE (Guy) *et al.*, « La Cour suprême et le droit maritime : la mise à l'écart du droit civil québécois est-elle justifiable ? » (1991), 70 *Canadian Bar Review* 121 ; BRAËN (André), « L'arrêt *ITO-International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, ou comment écarter l'application du droit civil dans un litige maritime au Québec » (1987), 32 *McGill Law Journal* 386.

72. *ITO*, *ibid.*

73. *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra*, note 20, art. 91(10) ; *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), c. F-7, art. 2.

s'appliquer, telles qu'incorporées par référence en droit maritime canadien par le truchement de l'article 2 de la *Loi sur les Cours fédérales*⁷⁴.

L'impératif d'uniformité du droit maritime canadien s'explique, d'après la Cour, par des considérations d'ordre pratique. Elle cite tantôt la nécessité d'une application indifférenciée du droit maritime à l'échelle de l'ensemble des voies navigables du pays ; l'intégration étroite entre les activités des transporteurs locaux et interprovinciaux ; ou encore la promotion de la certitude juridique dans le cadre du commerce international⁷⁵. En tout état de cause, peu importe le motif invoqué, le résultat est le même, car « dans la mesure où le droit fédéral se pose comme la source première de droit commun, il ne subsiste que peu d'espace pour l'expression du droit provincial »⁷⁶. Se clôt alors le dialogue entre le droit fédéral et le droit des provinces, ce dernier étant bâillonné.

Les tribunaux résisteront-ils aux sirènes de l'uniformisation eût égard au droit d'auteur ? Les arguments d'efficacité économique y trouveront-ils pareillement preneur ? Il convient ici de rester circonspect, car l'exemple du droit maritime est, semble-t-il, à manier avec précaution. En effet, le parallèle entre le droit d'auteur et le droit maritime comporte des limites, étant donné la spécificité inhérente à cette dernière branche du droit, qui a historiquement revêtu une dimension fortement transnationale⁷⁷. Pour le professeur Jean Leclair, l'interpénétration quasi inextricable entre la *LDA* et le droit provincial milite contre la réception de tels arguments en droits d'auteur⁷⁸.

Terminons à présent par la dernière source de dissociation judiciaire, à savoir celle de l'autonomie que reconnaissent les tribunaux à certaines législations fédérales ou à quelques-unes de leurs dispositions.

74. *ITO*, *supra*, note 71, p. 788.

75. *Ibid.*

76. LEBEL et LESAUNIER, *supra*, note 36, p. 218.

77. BRAËN (André), *Le droit maritime au Québec*, (Montréal : Wilson & Lafleur, 1992), aux paragraphes 8-10 (selon l'auteur, l'originalité du droit maritime tient à la nature des règles qui le composent, fondées sur les « usages et les coutumes des gens de mer, et [...] souvent communes à toutes les nations maritimes ». Le droit maritime se démarque en outre par le fait qu'il se soit développé sous les auspices de tribunaux spécialisés, soit les tribunaux maritimes ou cours d'amirauté).

78. LECLAIR, « Interface », *supra*, note 9, p. 50.

Rappelons qu'il est loisible au Parlement central de créer, dans la poursuite d'une fin qui lui est propre, n'importe quelle institution juridique, en s'affranchissant des véhicules conceptuels fournis par la common law ou le droit civil. Aussi peut-il redéfinir une notion propre à l'une ou l'autre des traditions en dérogeant à sa signification usuelle. Dans cette optique, la législation fédérale de droit privé ne serait ancrée dans aucune des traditions juridiques canadiennes, mais transcenderait plutôt chacune d'elles.

Ces procédés législatifs ont parfois été pris pour preuves d'une véritable autonomie du droit privé fédéral à l'égard du droit provincial. Ainsi, certaines dispositions de la *Loi sur la faillite* ou la *Loi sur les banques* ont été qualifiées de « codes complets » auto-suffisants, parce qu'elles ne trouvaient d'équivalents dans le droit d'aucune province⁷⁹. En d'autres occasions, les lois ou articles dits « autonomes » n'ont été que la transposition, en droit domestique, de traités internationaux dont le Canada est partie, et qui ont pour effet d'importer, en droit canadien, des notions jusque-là inédites⁸⁰.

Souvenons-nous que l'argument de l'autonomie de la *LDA* a notamment été fait par Normand Tamaro, pour qui la *LDA* « forme un code complet »⁸¹. Il se fonde en cela sur la lettre de l'article 63 de la *LDA*, prédécesseur de l'actuel article 89 susmentionné. Semblable raisonnement se retrouve aussi chez les common lawyers, pour qui la déférence envers le texte législatif, droit de spécialité, est tentante. Préséance est ici donnée à la loi particulière qui fixe la common law sur le droit d'auteur en un instantané figé :

[...] un *common lawyer* dirait que le droit d'auteur procède d'un « *statute* » qui prend en considération des droits spécifiques présentés sous une forme systématique. Partant, dire que la Loi sur le droit d'auteur constitue un code complet [...] signifierait grosso modo que la common law et l'*equity* ne peuvent plus aider à découvrir les règles régissant l'existence des droits d'auteur. Le « *statute* » suppléerait complètement à toutes autres sources du droit, du moins quant aux règles fond applicables en matière de droit d'auteur.⁸²

79. *Loi sur les banques*, L.C. 1991, c. 46 ; *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), c. B-3 ; *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121 ; *B.C. c. Henfrey Samson Belair*, [1989] 2 R.C.S. 24.

80. BRISSON et MOREL, *supra*, note 19, p. 314.

81. TAMARO, « Code civil », *supra*, note 53, p. 12.

82. TAMARO (Normand), « La dissociation de la propriété du Code civil des droits d'auteur : l'exemple de la saisie », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, (Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991), p. 153, p. 160-61.

Qui plus est, il nous faut convenir du fait que le droit d'auteur, et la propriété intellectuelle en général, sont sujets à une forte réglementation internationale. Ceci est d'autant plus vrai depuis la création de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), le 1^{er} janvier 1995, et l'entrée en vigueur concomitante de l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, qui s'ajoute aux conventions préexistantes et aux traités régionaux sur la propriété intellectuelle⁸³. L'internationalisation du droit d'auteur sous l'égide de l'OMC accentuée, à n'en pas douter, la pression en faveur d'une interprétation cohérente et uniforme, voire « globalisante », du droit d'auteur à l'échelle nationale⁸⁴.

83. *Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, Annexe 1C de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1869 R.T.N.U. 332 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1995) ; sur l'internationalisation de la propriété intellectuelle voir notamment BLAKENEY (Michael), « International intellectual property jurisprudence after TRIPs » dans VAVER (David) *et al.*, dir., *Intellectual Property in the New Millennium : Essays in Honour of William R. Cornish* (Cambridge : CUP, 2004), p. 3. L'*Accord sur les ADPIC* l'*Accord* incorpore et complète certaines dispositions des différentes conventions internationales existantes, qui deviennent des normes minimales obligatoires pour tous les Membres de l'OMC : *Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle du 20 mars 1883 révisée à Bruxelles le 14 décembre 1900, à Washington le 2 juin 1911, à La Haye le 6 novembre 1925, à Londres le 2 juin 1934, à Lisbonne le 31 octobre 1958 et à Stockholm le 14 juillet 1967*, 14 juillet 1976, 828 RTNU 305 ; *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, 24 juillet 1971, 1161 RTNU 3 (entrée en vigueur : 6 juin 1982) ; *Traité de coopération en matière de brevets (avec Règlement d'exécution annexé et procès-verbal de rectification de l'original français du Traité en date du 14 juin 1972)*, 19 juin 1970, 1160 RTNU 267 (entrée en vigueur : 24 janvier 1978) ; *Convention de Rome pour la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion*, 26 octobre 1961, 496 RTNU 43 (entrée en vigueur : 18 mai 1964).

84. BROWNLIE (Ian), *Principles of Public International Law*, 7^e éd. (Oxford : OUP, 2008), à la p. 45. (suivant la théorie dualiste, l'incorporation des traités internationaux en droit canadien requiert un acte de transposition par voie d'une loi de mise en œuvre. Bien qu'on ne puisse parler de transposition directe – à la différence de certains pays de tradition moniste – le droit canadien est certainement influencé par les obligations auxquelles consent le Canada sur la scène internationale). Par contraste, voir pour la France DAILLIER (Patrick) *et al.*, *Droit International Public*, 7^e éd. (Paris : LGDJ, 2002), p. 232 et s. On assiste, au Canada comme ailleurs, à une inflation normative de la propriété intellectuelle. Au niveau substantiel, celle-ci a considérablement élargi son champ d'application, pour embrasser une vaste panoplie d'activités inventives, bien au-delà des matières qui l'ont vu naître. On ne s'émeut guère aujourd'hui qu'en droit d'auteur, les ouvrages de Boris Vian, Margaret Atwood ou encore Salinger côtoient la publicité, l'architecture, les compilations musicales et les chorégraphies. Des développements analogues sont à souligner en droit des brevets et en droit des marques.

1.2.2 Le bijuridisme dérivatif

Malgré le consensus dont il est généralement l'objet, le principe de complémentarité demeure aussi contesté par une frange de la doctrine. Par exemple, la professeure Ruth Sullivan s'oppose à la thèse de la complémentarité/dissociation au motif que celle-ci nie toute autonomie conceptuelle à la législation fédérale, alors cantonnée dans un rapport de dépendance ontologique avec le droit provincial. En effet, pour l'auteure,

[t]he unstated assumption here is that in interpreting a federal enactment, judges have no jurisdiction to develop and apply distinctly federal concepts or principles based on their reading of the federal text in the context of Canadian law generally (both federal and provincial) as well as in the context of other sources. In other words, the only legitimate legal context for interpreting federal legislation that deals with property or civil rights is provincial law and more particularly the *jus commune* embodied in the Civil Code in Québec or scattered through case law and legislation in the common law provinces.⁸⁵

Il s'agit alors de déterminer si les juges peuvent eux-mêmes, en interprétant la loi fédérale, créer un droit non légiféré (*unenacted law*)⁸⁶. L'auteure répond ici par l'affirmative. Elle rejoint en cela la professeure France Allard, qui fait valoir que la Cour suprême adopte déjà, dans certains domaines du droit, une approche unifiée qui puise tant dans la tradition de droit civil que celle de common law⁸⁷. Daniel Jutras fait quant à lui remarquer que les deux traditions sont appelées à interagir de diverses manières dans les jugements des cours canadiennes⁸⁸. Il recense par exemple des arrêts où les tribunaux consultent les deux traditions afin de choisir la solution la plus judicieuse au problème juridique posé. Dans

85. SULLIVAN, *supra*, note 35, à la p. 1041.

86. *Ibid.*, 1042.

87. ALLARD, « Impact sur le bijuridisme », *supra*, note 3, p. 21 et s. ; LAVALLÉE (Louise), « Manifestations du bijuridisme dans les jugements de la Cour suprême du Canada depuis l'adoption du Code civil du Québec », dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien*, Deuxième publication, (Ottawa : Ministère de la justice du Canada, 2001), fascicule 3, 1 ; GRENON (Aline), « The Interpretation of Bijural or Harmonized Federal Legislation : *Schreiber v. Canada (A.G.)* » (2005), 84 *Canadian Bar Review* 132. [Grenon, Schreiber]

88. JUTRAS (Daniel), « Emerging Issues in Private Law : A Case of Cross-Fertilization », contribution présentée dans le cadre de la Conférence sur le bijuridisme (Toronto : National Judicial Institute, 4 avril 2003), tel que cité dans Sullivan, *supra*, note 35, note 249.

d'autres décisions, la dualité des sources est inhérente au sujet même du litige.

Selon Sullivan, ces différentes configurations démontrent les avantages du bijuridisme dérivatif, où la législation fédérale est susceptible d'être interprétée à l'aune de l'ensemble des sources pertinentes, que celles-ci proviennent de la common law, du droit civil, du droit autochtone, ou encore du droit international.

Ainsi, dans l'optique du bijuridisme dérivatif, ces divers systèmes sont conviés à un dialogue, à l'issue duquel s'opère un véritable processus de création du droit. Au terme de cette hybridation naît une norme méta-systémique qui se situe au-delà du texte, et qui résulte du partage symbiotique entre les traditions⁸⁹. De fait, par le chevauchement des représentations culturelles et complémentaires propre à chaque système, « le bijuridisme augmente les possibilités d'expression de la norme explicite, qu'elle soit légiférée, judiciaire ou conventionnelle »⁹⁰.

Les auteurs Brisson et Morel avaient d'ailleurs proposé, dans leur étude fondatrice sur la complémentarité, de vérifier l'existence d'un droit d'auteur autonome d'origine judiciaire⁹¹. Bien que nous n'ayons pas le projet de répondre à cette invitation, nous nous proposons d'examiner cette hypothèse à travers notre examen du concept de licence, tel qu'interprété par la Cour suprême dans l'affaire *Euro-Excellence c. Kraft*.

2. ÉTUDE DE CAS : LA LICENCE À LA LUMIÈRE DE L'AFFAIRE *EURO-EXCELLENCE C. KRAFT*

La cause *Kraft* a assurément délié les plumes des auteurs. Si ceux-ci se sont surtout concentrés sur les questions, fort riches, du régime d'importation parallèle et du cumul des droits, peu a cependant été écrit sur la notion de licence⁹². Aussi nous attellerons-nous,

89. JUTRAS (Daniel), « Énoncer l'indicible : le droit entre langues et traditions » (2000), 52 :4 *Revue internationale de droit comparé* 781, p. 793 [JUTRAS, « Énoncer l'indicible »]. Sur ce sujet, lire MACDONALD (Roderick A.), « Legal Bilingualism » (1997), 42 *McGill Law Journal* 119. C'est à dessein que nous avons occulté la question, très riche, du bilinguisme juridique.

90. JUTRAS, « Énoncer l'indicible », *ibid.*, p. 795 ; voir aussi GLENN (H. Patrick), « Le droit comparé et la Cour suprême du Canada », dans Ernest Caparros, *Mélanges Louis-Philippe Pigeon, supra*, note 33, p. 197.

91. BRISSON et MOREL, *supra*, note 19, note 136.

92. Voir généralement DRAPEAU (Daniel S.), « Marchandises d'importation parallèle : une Cour suprême divisée », (2008) 20 *Cahiers de propriété intellectuelle*

dans cette deuxième partie, à l'analyse de l'affaire *Euro-Excellence c. Kraft*, qui nous permettra de mettre la grille d'analyse précédemment exposée à l'épreuve de la pratique judiciaire. Dans cette deuxième partie, nous tenterons de situer l'interprétation du concept de licence par la Cour suprême du Canada sur l'axe complémentarité/dissociation. Nous verrons dans l'affaire *Kraft* que si la *LDA* semble pour les uns se suffire à elle-même, son interprétation justifie pour les autres de faire appel aux outils de la common law.

2.1 La LDA en état d'autarcie

Nous ne pouvons tout d'abord faire l'économie d'un résumé de cette cause complexe. La complexité de la décision *Kraft* tient surtout à la multiplicité des opinions exprimées, qui lui donnerait des airs de « courtepoinette juridique »⁹³. En effet, la Cour est fort divisée, et c'est en vain que l'on recherche la *ratio decidendi* de son jugement : aux motifs de Rothstein, auxquels souscrivent trois juges, se greffent des motifs concordants, des motifs concordants quant au résultat seulement, ainsi qu'une dissidence.

C'est d'abord l'opinion dissidente, rédigée par la juge Abella, qui retiendra notre attention. À l'instar du jugement rendu par la juge Desjardins de la Cour d'appel fédérale, les motifs de la juge Abella, auxquels adhère la juge en chef, traduisent l'idée que la *LDA* renferme en elle-même toutes les clés nécessaires à l'interprétation de la notion de licence.

2.1.1 Kraft ou les chocolats de la discorde

Débutons, à titre liminaire, par un succinct rappel des faits, pour ensuite extraire l'essence du raisonnement des juges.

Le 26 juillet 2007, la Cour suprême du Canada rendait sa décision dans l'affaire *Euro-Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc.* Le litige

183 ; HITCHMAN (Carol) *et al.*, « *Euro-Excellence Inc. v. Kraft Canada Inc.* » (2007), 7 *Canadian International Law* 118 ; HUTCHISON (Cameron J.), « Which *Kraft* of Statutory Interpretation ? A Supreme Court of Canada Trilogy on Intellectual Property Law » (2008), 46 *Alberta Law Review* 1 ; SCASSA (Teresa), « Using Copyright Law to Prevent Parallel Importation : A Comment on *Kraft Canada Inc. v. Euro Excellence, Inc.* » (2006), 85 *Canadian Bar Review* 409 ; TOMKOWICZ (Robert), « Copyrighting Chocolate : *Kraft Canada v. Euro Excellence* » (2007), 20 *Intellectual Property Journal* 399.

93. GOUDREAU (Mistrale), « L'affaire *Euro-Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc.* », (2007) 37 *Revue générale de droit* 515, 519 [GOUDREAU, « L'affaire *Kraft* »].

oppose Euro-Excellence, distributeur non autorisé de tablettes de chocolats Côte-d'or et Toblerone, à Kraft Canada Inc (« KCI »), distributeur canadien exclusif de ces produits, ainsi que les deux sociétés mères, Kraft Foods Belgium SA (« KFB ») et Kraft Foods Schweiz AG (« KFS »), qui les fabriquent en Europe.

Les intimés reprochent à Euro-Excellence d'avoir continué à vendre des produits de confiserie Côte-d'or après l'expiration de son contrat de distribution et de commercialiser, toujours sans autorisation, des tablettes Toblerone, en s'approvisionnant de revendeurs européens dont l'identité n'est pas dévoilée⁹⁴. Il est à préciser qu'Euro-Excellence ne met pas sur le marché des imitations frauduleuses des tablettes litigieuses, mais bien les produits authentiques de KFB et KFS, toutefois importés par des voies de distribution parallèles⁹⁵. En tout état de cause, les activités d'Euro-Excellence font concurrence à KCI, détenteur d'un monopole de distribution sur le territoire canadien.

Cependant, KCI ne fait pas valoir ses droits à titre de titulaire de marque de commerce. Les recours habituellement disponibles en droit des marques – soit le délit de contrefaçon codifié par la *Loi sur les marques de commerce (LMC)* ou le délit de substitution (*passing-off*) existant à la fois en common law et en vertu de la *LMC* – sont tenus en respect, étant donné l'absence d'emploi contrefaisant, de fausse représentation ou de confusion quant à l'origine du produit⁹⁶. Peu importe l'identité du distributeur ou le réseau de distribution emprunté, la fonction du droit des marques est respectée, dans la mesure où les produits véritables du producteur sont vendus pour ce qu'ils sont en indiquant leur provenance⁹⁷.

Pour contourner l'impuissance du droit des marques, KFB et KFS développent une stratégie visant à contrer la distribution canadienne de tablettes par Euro-Excellence, en déplaçant le litige sur le terrain du droit d'auteur⁹⁸. Pour ce faire, KFB et KFS enregistrent

94. *Kraft Canada Inc. c. Euro Excellence Inc.*, [2004] 4 R.C.F. 410, par. 1 [*Kraft c. Euro-Excellence* (CF)].

95. *Ibid.*, par. 2-3.

96. MOYSE (Pierre-Emmanuel), « *Kraft Canada c. Euro-Excellence* : l'insoutenable légèreté du droit » (2008), 53 *McGill Law Journal* 741, 757 [MOYSE, « Insoutenable légèreté »] ; *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), c. T-13, art. 7. Sur la protection des marques de commerce dans le contexte bijuridique canadien, lire SCASSA (Teresa), « The challenge of trademark law in Canada's federal and bijural system » dans GENDREAU, *Emerging Paradigm*, *supra*, note 12, p. 3.

97. MOYSE, « Insoutenable légèreté », *ibid.*

98. *Kraft c. Euro-Excellence* (CF), *supra*, note 94, par. 4.

au Canada, dans la catégorie des œuvres artistiques protégées par le droit d'auteur, les logos décorant les emballages de tablettes de chocolat, et concèdent à KCI une licence exclusive d'utilisation et de reproduction de ces logos⁹⁹. Les sociétés mères se joignent ensuite au distributeur canadien KCI pour tenter une poursuite en contrefaçon contre Euro-Excellence. Ils sollicitent, ce faisant, une ordonnance interdisant à Euro-Excellence de vendre, de distribuer, de mettre ou d'offrir en vente des produits de confiserie Côte d'Or et Toblerone dont les papiers d'emballage arborent les dessins protégés par le droit d'auteur¹⁰⁰. L'acte de contrefaçon visé consiste en l'importation illégale, au Canada, des exemplaires des œuvres que sont les emballages des tablettes de chocolat marqués d'un logo.

Kraft Canada s'appuie sur l'alinéa 27(2)e) de la *LDA*, qui traite du recours en importation, pour tenter de contraindre Euro-Excellence à masquer les illustrations protégées. Cette disposition se lit comme suit :

[c]onstitue une violation du droit d'auteur [l'importation de] l'exemplaire d'une œuvre [...] [en vue de l'un ou l'autre des actes visés aux alinéas a) à c)], alors que la personne qui accomplit l'acte sait [...] que la production de l'exemplaire [...] constituerait une [violation de ce droit] si l'exemplaire avait été produit au Canada par la personne qui l'a produit.¹⁰¹

L'alinéa 27(2)e) protège le titulaire canadien contre l'importation parallèle de ses œuvres en établissant une présomption de violation de ses droits d'auteur même quand les œuvres importées ne contreviennent pas aux législations sur les droits d'auteur dans leur pays de provenance¹⁰². Cet article concerne les violations de droits

99. *Ibid.*

100. *Ibid.*, par. 3.

101. Alinéa 27(2)e) *LDA*, *supra*, note 1.

102. *Euro-Excellence c. Kraft*, *supra*, note 17, par. 21 (le juge Rothstein explique la finalité de cet article en ces termes : « l'alinéa 27(2)e) vise apparemment à accorder une protection supplémentaire au titulaire du droit d'auteur canadien qui ne détient pas le droit d'auteur sur l'œuvre en question à l'étranger. L'alinéa 27(2)e) protège le titulaire du droit d'auteur canadien contre l'« importation parallèle » en présumant qu'il y a violation du droit d'auteur même lorsque les œuvres importées ne violent pas les lois sur le droit d'auteur dans le pays où elles ont été produites. Sans l'al. 27(2)e), le titulaire du droit d'auteur étranger qui pourrait fabriquer l'œuvre à un coût moindre à l'étranger pourrait venir saturer le marché canadien de son œuvre, ce qui dépouillerait de toute utilité le droit d'auteur canadien. L'alinéa 27(2)e) traduit ainsi l'intention du législateur d'assurer que le titulaire du droit d'auteur canadien obtienne une juste récompense même s'il ne détient pas le droit d'auteur à l'étranger ») ; *Kraft Canada Inc. c. Euro*

d'auteur à une étape ultérieure, et s'étend donc par exemple aux situations où une personne est réputée avoir violé un droit d'auteur même si elle n'a pas elle-même produit ou reproduit l'œuvre protégée.

La mécanique particulière de l'alinéa 27(2)e) de la *LDA* requiert que l'on développe un peu plus. La Cour suprême, dans l'affaire *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, identifie trois éléments pour prouver la violation à une étape ultérieure suivant le paragraphe 27(2) : « (1) une violation initiale du droit d'auteur ; (2) l'auteur de la violation à une étape ultérieure aurait dû savoir qu'il utilisait le produit d'une violation initiale du droit d'auteur ; (3) l'auteur de la violation à une étape ultérieure a vendu, mis en circulation ou mis en vente des marchandises constituant des contrefaçons »¹⁰³. L'alinéa 27(2)e) se présente toutefois comme une exception à cette proposition générale en trois volets, puisque contrairement aux alinéas 27(2) a) à d), on n'exige pas qu'il y ait violation initiale réelle ; une violation initiale hypothétique suffit¹⁰⁴. Les faits sont ici soumis au « test du fabricant hypothétique »¹⁰⁵, par lequel les plaignants doivent « prouver que les œuvres contestées qui ont été importées et mises en circulation par Euro-Excellence auraient constitué une violation du droit d'auteur si elles avaient été produites au Canada par les personnes qui les ont produites en Europe », soit les sociétés mères Kraft, KFB et KFS¹⁰⁶ [les italiques sont nôtres].

Pour établir l'existence d'une violation hypothétique, il faut donc déterminer si les sociétés KFB et KFS auraient contrevenu aux droits d'auteur de Kraft Canada – à qui elles ont concédé une licence exclusive sur les droits d'auteur relatifs à Toblerone et à Côte d'Or – si elles avaient produit les œuvres protégées au Canada.

Excellence Inc., [2006] 3 R.C.F. 91, au paragraphe 2 [*Kraft c. Euro-Excellence* (CAF)] (en se basant sur l'alinéa 27(2)e) de la *LDA*, Kraft Canada cherche à freiner le « marché gris » de ses œuvres, terme défini par la Cour d'appel fédérale de la façon suivante : « « marché gris » [...] s'entend généralement de biens qui sont importés contrairement aux souhaits du titulaire du droit d'auteur ou d'un importateur autorisé dans un territoire spécifique. Il s'agit d'un bien qui, règle générale, est légitimement mis sur le marché étranger mais dont la présence sur le marché local est assombrie par suite d'allégations de contrefaçon. D'où le nom « marché gris », par opposition au marché noir, où il y a contrevention au droit d'auteur, et au marché blanc, où il n'y a pas contrevention au droit d'auteur »).

103. *CCH*, *supra*, note 16, par. 81.

104. *Euro-Excellence c. Kraft*, *supra*, note 17, par. 14, 19.

105. MOYSE, « Insoutenable légèreté », *supra*, note 96, p. 760.

106. *Euro-Excellence c. Kraft*, *supra*, note 17, par. 22.

L'issue de l'affaire se joue donc sur la portée et la nature des droits octroyés au licencié exclusif¹⁰⁷.

Trois dispositions de la *LDA* viennent éclairer la notion de licence exclusive. La *Loi sur le droit d'auteur* s'intéresse d'abord, par le biais de son paragraphe 13(4), aux rapports contractuels créés par la délivrance de licences. Le prescrit de la *LDA* va comme suit :

[l]e 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.¹⁰⁸

S'ajoutent ensuite les paragraphes 2(7) (définition de la licence exclusive) et 13(7) (possession du droit d'auteur) de la *LDA*, dont les libellés se lisent ainsi :

2 (7) Pour l'application de la présente loi, une licence exclusive est l'autorisation accordée au licencié d'accomplir un acte visé par un droit d'auteur de façon exclusive, qu'elle soit accordée par le titulaire du droit d'auteur ou par une personne déjà titulaire d'une licence exclusive ; *l'exclusion vise tous les titulaires.*

13 (7) Il est entendu que la *concession d'une licence exclusive* sur un droit d'auteur est réputée toujours avoir valu *concession par licence d'un intérêt dans ce droit d'auteur* [Les italiques sont nôtres.]¹⁰⁹

Nous reviendrons à ces articles. Contentons-nous pour l'heure de souligner qu'ils se prêtent à plusieurs lectures, tel qu'en témoigne d'ailleurs la mosaïque de motifs composant le jugement. De l'avis des juges Binnie, Deschamps et Rothstein, Euro-Excellence n'a pas porté atteinte aux droits de Kraft Canada, car le licencié exclusif ne peut, en vertu de la *LDA*, s'opposer à l'importation parallèle des produits de son titulaire concédant. Bien qu'il adhère aux conclusions de la majorité, le juge Fish s'inquiète de son côté pour l'intégrité du droit

107. *Ibid.*, par. 26.

108. Paragraphe 13(4) *LDA*, *supra*, note 1.

109. *Ibid.*, par. 2(7), 13(7).

d'auteur canadien. Il manifeste plus particulièrement sa méfiance face à la possibilité de détourner le régime des droits d'auteur de son objectif, en transformant les protections qu'il offre en instruments de contrôle du commerce¹¹⁰. Les juges Bastarache, Lebel et Charron estiment, quant à eux, que le paragraphe 27(2) n'est tout simplement pas déclenché, car la loi ne couvre pas les œuvres qui seraient présentes sur l'emballage à titre accessoire¹¹¹. Enfin, la dissidence, représentée par les juges McLachlin et Abella, considère que le titulaire d'une licence exclusive au Canada peut invoquer une protection contre la violation à une étape ultérieure, et ce, quand bien même l'œuvre protégée par le droit d'auteur est-elle produite par le titulaire-concédant¹¹².

Les vues des juges divergent sur plusieurs points : la méthode d'interprétation législative ; la théorie du caractère accessoire des œuvres ; ou encore l'opportunité de recourir à la *LDA* dans la promotion d'intérêts commerciaux. Mais au cœur de cette dissension repose, de toute évidence, l'interprétation à donner au concept d'intérêt propriétaire de la licence exclusive.

2.1.2 La licence : un concept autosuffisant

Contrairement à la majorité, qui donne gain de cause à Euro-Excellence, les juges dissidents Abella et McLachlin sont d'avis de rejeter le pourvoi, au motif qu'il y a bien violation de l'alinéa 27(2)e) de la *LDA*. Ils confirment en cela les conclusions du juge de première instance et de la Cour d'appel fédérale, qui avaient autorisé le recours d'un titulaire de licence exclusive contre le titulaire-concédant du droit d'auteur.

La dissidence de la Cour suprême et les décisions des instances inférieures ont pour point commun leur interprétation technique, voire mécanique, des dispositions de la *LDA*. Dans cette perspective, la loi se suffit à elle-même : la lecture parallèle des articles de loi, génératrice de sens, permet de lever les incertitudes entourant le concept de licence. Aux yeux des juges dissidents, l'origine exclusive-

110. *Euro-Excellence c. Kraft*, *supra*, note 17, par. 52-56.

111. *Ibid.*, par. 57 et s. (les motifs du juge Rothstein laissent penser que c'est le juge Bastarache qui a pu, au départ, être chargé de rédiger les motifs majoritaires. En effet, la décision s'ouvre curieusement sur l'intitulé « les réserves », sous lequel treize paragraphes justifient le rejet de la théorie du caractère accessoire de l'œuvre avancée par le juge Bastarache. À défaut de pouvoir vérifier l'information auprès des intéressés, ceci ne demeure qu'une hypothèse).

112. *Ibid.*, par. 107 et s.

ment législative de la LDA justifie de s'en tenir au « libellé clair de la Loi [qui] est déterminant »¹¹³. La juge Abella clarifie ainsi la nature et l'étendue des droits du licencié exclusif en interprétant les articles litigieux à la lumière des dispositions qui les entourent et de l'économie générale de la loi.

Lus conjointement, les paragraphes 13(4), 13(6), 13(7) et 36(1) accréditent la thèse de la « transférabilité » d'un intérêt propriétaire dans le droit d'auteur. La portée de cet intérêt est quant à elle déterminée par les termes du contrat de licence unissant Kraft Canada aux sociétés mères. Les juges dissidents sont d'avis qu'en l'espèce, les conditions du contrat permettent au licencié exclusif de faire valoir ses droits d'auteur à l'encontre du titulaire-concédant. Au soutien de cette interprétation, est également invoqué le paragraphe 2(7) de la LDA, qui établit l'opposabilité *erga omnes* des droits du licencié exclusif (« l'exclusion vise tous les titulaires »). Or, exempter le titulaire-concédant des poursuites du licencié exclusif aurait, selon les juges dissidents, pour conséquence de vider le paragraphe 2(7) de son sens : de fait, « une licence exclusive qui n'empêcherait pas autrui, y compris le titulaire concédant, d'accomplir les actes énoncés dans le contrat de licence ne serait plus exclusive »¹¹⁴.

En définitive, les juges dissidents constatent une violation des droits d'auteur de Kraft Canada :

en l'espèce, KCI a acquis la licence exclusive sur l'œuvre protégée par le droit d'auteur justement parce qu'elle souhaitait avoir un droit d'auteur sur les emballages des tablettes de chocolat. Euro-Excellence a acheté des barres de chocolat dont les étiquettes arboraient les œuvres protégées ; elle a importé ces œuvres au Canada après avoir été avisée de l'intérêt de KCI dans le droit d'auteur canadien ; elle a importé les tablettes de chocolat et les emballages pour en faire la vente ou la mise en circulation dans un but commercial. L'existence d'une contravention à l'al. 27(2)e) est donc établie. KCI a le droit d'exercer les recours prévus par la Loi.¹¹⁵

Bien qu'ils concluent eux aussi à la responsabilité d'Euro-Excellence, les juges de la Cour d'appel fédérale ne passent pas par la notion de licence. Écrivant au nom des juges Noël et Pelletier, la juge

113. *Ibid.*, par. 114.

114. *Ibid.*, par. 127.

115. *Ibid.*, par. 129.

Desjardins concentre plutôt son analyse sur le paragraphe 27(2) de la *LDA*. Se fondant sur l'historique de cet article et la jurisprudence qui y est relative, la Cour considère que KCI doit prouver deux éléments pour établir la violation de leur droit d'auteur à une étape ultérieure : (1) qu'elle détenait le droit de reproduction exclusif pour le Canada ; (2) qu'elle n'a pas elle-même produit les exemplaires importés par Euro-Excellence¹¹⁶. La Cour juge qu'une violation des droits d'auteur a été démontrée :

[a]insi, les reproductions des œuvres protégées faites hors du Canada, même par les titulaires des droits d'auteur KFB et KFS, ne peuvent être importées au Canada par Euro Excellence en vue de l'un ou l'autre des actes énumérés aux alinéas 27(2)a) à c), sans qu'il y ait violation du droit d'auteur de KCI à une étape ultérieure, puisque KCI détient un droit exclusif de reproduction pour le Canada, même à l'égard de KFB et de KFS, et qu'Euro Excellence connaissait l'enregistrement pour le Canada des licences exclusives de KCI sur les deux œuvres.¹¹⁷

Au vu de ce qui précède, on peut penser que la résolution de l'affaire ne commandait aucune recherche au-delà du texte de la *LDA*. Ce n'est pourtant pas la démarche intellectuelle choisie par les juges majoritaires, comme nous le verrons maintenant.

2.2 La *LDA* en état de sollicitation

À l'instar de leurs confrères de la Cour d'appel fédérale, les juges Abella et McLachlin s'en sont tenus au texte de la *LDA* pour expliquer le concept de licence exclusive. Confrontés à la difficulté de définir cette notion, les juges de la majorité préfèrent quant à eux appeler la common law en renfort.

2.2.1 La licence : un concept ambigu

Le législateur fédéral, tempéré dans son élan par des contraintes constitutionnelles, s'est montré peu loquace quant au régime contractuel des droits intellectuels. Le caractère abscons du paragraphe 13(4) de la *LDA*, plusieurs fois relevé par la doctrine¹¹⁸, n'a d'égal que l'importance de la licence en pratique, qui est, essentiellement, un contrat prévoyant l'octroi à un tiers du droit dont jouit d'ordinaire le

116. *Kraft c. Euro-Excellence* (CAF), *supra*, note 102, par. 48-55.

117. *Ibid.*, par. 60.

118. Voir par exemple GOUDREAU, « L'affaire *Kraft* », *supra*, note 93 ; TAMARO, « Code civil », *supra*, note 53.

titulaire du droit d'auteur. Et les paragraphes 2(7) (définition de la licence exclusive) et 13(7) (possession du droit d'auteur), ne seraient, selon certains, que d'un maigre secours à l'interprète dubitatif¹¹⁹. Toute l'ambiguïté résiderait dans la portée des droits conférés par la Loi au licencié exclusif : ce dernier dispose-t-il d'un intérêt suffisant pour poursuivre le titulaire-concédant ?

Puisque la notion de licence paraît, *prima facie*, présenter des carences au niveau substantiel, on peut se demander si, conformément au principe de complémentarité, les droits communs provinciaux peuvent être amenés à l'agrémenter. Car ne sommes-nous pas, en effet, dans le scénario dépeint par Brisson et Morel, à savoir celui d'une « dépendance implicite » de la loi fédérale envers un autre droit¹²⁰ ? Le droit provincial ne répond-il pas présent chaque fois qu'une loi fédérale fait usage d'une notion de droit privé sans la définir ou sans en épuiser le sens ?

Dans l'affirmative, l'appel aux droits communs des provinces est-elle judicieuse ? Et d'ailleurs, comment peut-on en juger ? Une méthode formaliste, dérivée de la *Loi d'interprétation*, a été suggérée par l'auteur Philippe Denault afin de vérifier l'applicabilité du droit provincial supplétif dans l'interprétation de la législation fédérale : « l'interprète doit (1) identifier l'existence d'un vide ou silence législatif – une absence de sens – rendant nécessaire le recours à des sources supplétives externes ; et (2), le cas échéant, identifier une question de droit privé rendant alors obligatoire le recours aux sources provinciales »¹²¹. Des balises additionnelles ont également été posées par la Cour d'appel fédérale, dans l'affaire *St-Hilaire c. Canada*, qui comprend une analyse éloquente du principe de complémentarité¹²². Aux yeux du juge Décary,

ce qui devrait déterminer s'il y a lieu ou non de recourir au droit privé (au Québec, le droit civil), c'[est] le fait que la loi fédérale, dans un litige donné, doit être appliquée à des situations ou à des relations qu'elle n'a pas définies et qui ne peuvent l'être qu'en fonction des personnes affectées. Lorsque celles-ci sont des justiciables et que leurs droits civils sont en litige et n'ont pas été définis par le Parlement, c'est le droit privé provincial qui vient combler le vide.¹²³

119. TAMARO, « Code civil », *ibid.*

120. BRISSON et MOREL, *supra*, note 19, p. 10.

121. DENAULT, *supra*, note 18, p. 92-93.

122. *St-Hilaire*, *supra*, note 56.

123. *Ibid.*, par. 65.

La Cour poursuit : « [l]e justiciable québécois, impliqué dans un litige relatif à ses droits civils en application d'une loi fédérale muette à cet égard, est en droit de s'attendre à ce que ses droits civils soient définis par le droit civil québécois »¹²⁴. On voit mal, en l'espèce, ce qui forcerait l'intervention, à titre supplétif, du droit complémentaire de la province de Québec. L'affaire n'ayant pas été plaidée sur cette base, il paraît plus sage de nous en éloigner. Mais reste qu'un détour par le droit civil fournit un éclairage intéressant sur le malaise qui entoure, en droit d'auteur, la notion de licence.

La difficile appréhension de la notion de licence par le droit civil n'est guère un problème nouveau. L'évidence s'impose d'emblée : le concept de licence n'est pas un terme usité en droit civil québécois. Même s'il y était appelé, le droit civil aurait grand peine à nourrir le droit fédéral et semble, *a priori*, avoir peu à apporter à la compréhension du concept de licence tant celui-ci lui est étranger. Il n'en demeure pas moins que plusieurs hypothèses ont été avancées par les juristes civilistes pour saisir cette notion.

Pour certains, la licence est absorbée par le discours sur le démembrement des droits réels¹²⁵. Qu'elle soit qualifiée comme un droit réel incomplet, une servitude personnelle ou une forme d'usufruit, l'observateur y voit le transfert de quelque chose, suivant une conception subjectiviste de droits préétablis¹²⁶. Pour d'autres, c'est plutôt l'aspect contractuel et personnel de la licence qui retient l'attention : celle-ci est tantôt vue comme un contrat de louage ou un contrat innommé¹²⁷. Dressant le tableau des positions défendues par les auteurs québécois, Mistrale Goudreau évoque enfin l'attitude de ceux qui ignorent la difficulté, ou qui se rabattent sur des références de la common law sans se questionner sur leur pertinence ou le

124. *Ibid.*, par. 51.

125. LAFOND (Pierre-Claude), *Précis de droit des biens*, 2^e éd. (Montréal : Thémis, 2007), p. 757 et s.

126. Sur le droit de propriété incomplet, lire TAMARO, *LDA, supra*, note 5, p. 314-15 ; TAMARO, « Code civil », *supra*, note 53, p. 51 ; sur la licence comme servitude voir GILKER (Stéphane), « Le *Locus standi* du titulaire d'une licence de droit d'auteur : une question...d'intérêt ! » Partie I (1989), 1 *Cahiers de propriété intellectuelle* 275 ; Partie II (1989), 2 *Cahiers de propriété intellectuelle* 1, p. 24 (selon l'auteur, la *bare licence* de common law « peut être traduite en termes de droit civil par l'octroi d'une servitude personnelle sur le droit d'auteur, c'est-à-dire d'un droit d'usage restrictif conféré par le titulaire d'un droit d'auteur au profit d'un tiers sans que ce dernier ne puisse en tirer quelque fruit »).

127. PAYETTE (Louis), « Hypothèque sur propriété intellectuelle » dans Louis Payette, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 3^e éd. (Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006) n^o 1327.

bien-fondé d'y recourir¹²⁸. D'autres encore nous invitent à rechercher des solutions dans le droit français qui, prétend-on, aurait mieux su concilier le droit d'auteur avec le régime de la propriété instauré par le Code civil¹²⁹. En dépit de tous ces efforts doctrinaux, il semble que l'on n'ait guère dépassé les débats sur la taxinomie de la licence, à défaut d'entreprendre une réflexion plus profonde sur sa nature.

Or, l'interrogation sur le régime de la licence ne se limite pas à la frontière marquée par la rivière Outaouais. Dans son article « *The Exclusive licence in Copyright* », David Vaver relevait déjà, en 1995, toute la difficulté d'appliquer la licence, liée à l'origine à des biens matériels, à des intangibles tels que les droits intellectuels¹³⁰. Il faut dire qu'en droit des biens de common law, la licence n'est traditionnellement qu'un contrat par lequel on accorde à quelqu'un l'autorisation d'utiliser un bien personnel ou réel sans lui en transférer la possession¹³¹. En donnant cette permission, la personne titulaire de l'intérêt possessoire s'engage à ne pas poursuivre pour violation de son droit en vertu du délit d'intrusion. Appliquée au droit d'auteur, la licence permettrait à son bénéficiaire d'exercer un droit autrement réservé au titulaire du droit d'auteur sans encourir le risque d'une poursuite en contrefaçon. C'est donc dans la perspective d'un recours, ou plutôt dans la levée conditionnelle des poursuites que s'analyse la licence. Mais le paragraphe 13(4) de la *LDA* laisse entendre que la licence serait en fait assortie d'un intérêt propriétaire. La formulation malheureuse de cet article gagne, selon les juges de la majorité, à être suppléée par une norme externe, la loi n'apportant pas d'indices satisfaisants.

2.2.2 *La common law en renfort*

L'indétermination de la norme est résolue, par le juge Rothstein, en recourant aux ressources conceptuelles de la common law. En effet, la majorité scrute la licence à travers le prisme de cette tra-

128. GOUDREAU, « L'affaire *Kraft* », *supra*, note 93, à la page 520.

129. TAMARO, « Code civil », *supra*, note 53. Le droit français renvoie plutôt à la notion de contrat d'édition : *Code de propriété intellectuelle* art. 132(1) (« le contrat d'édition est le contrat par lequel l'auteur d'une œuvre de l'esprit ou ses ayants droit cèdent à des conditions déterminées à une personne appelée éditeur le droit de fabriquer ou de faire fabriquer en nombre des exemplaires de l'œuvre, à charge pour elle d'en assurer la publication et la diffusion »).

130. VAVER (David), « The Exclusive Licence in Copyright » (1995), 9 *Intellectual Property Journal* 163.

131. GOUDREAU, « L'affaire *Kraft* », *supra*, note 93, p. 523 ; Derek MENDES DA COSTA (Derek) *et al.*, *Property Law* (Toronto : Emond-Montgomery, 1982), p. 1160.

dition, et s'en remet à ses enseignements pour distinguer l'étendue des droits dont bénéficient respectivement le licencié exclusif et le cessionnaire aux termes de la *LDA*.

Le recours à la common law sert en outre à clarifier la question de l'opposabilité des droits du licencié exclusif envers le concédant que la lecture conjuguée des paragraphes 2(7), 13(4) et 13(7) de la *LDA* laissait incertaine. Le juge Rothstein met à plat, common law sous le bras, les trois techniques contractuelles que prévoit la loi sans pourtant en détailler le fonctionnement (licence (*mere licence*), licence exclusive et cession)¹³².

Citant Ziff et Megarry, juristes de common law, la majorité conclut que les droits du licencié exclusif se trouvent à mi-chemin entre ceux du simple licencié et du cessionnaire. Ainsi, le juge Rothstein s'appuie sur la définition traditionnelle de la licence en common law, équivalente à une simple autorisation, pour faire ressortir la position supérieure du licencié exclusif, qui jouit d'un intérêt de propriété – limité – dans le droit d'auteur¹³³. Le juge Rothstein met ensuite en opposition le caractère strictement contractuel, et non propriétaire, des droits reconnus au simple licencié, avec l'intérêt de propriété opposable à tous conféré au cessionnaire¹³⁴. Ainsi, contrairement au simple licencié, le licencié exclusif dispose d'un intérêt propriétaire dans le bien protégé ; à la différence du cessionnaire cependant, l'intérêt du licencié exclusif a une portée restreinte. Malgré cet exercice de différenciation, les particularités propres au licencié, au licencié exclusif et au cessionnaire restent, au final, plutôt obscures.

Le juge Rothstein se tourne ensuite vers les législations américaine et britannique pour distinguer les droits dont bénéficient respectivement les licenciés exclusifs et les cessionnaires au titre de la *LDA*. Adoptant une interprétation contextuelle de la loi, le juge Rothstein conclut qu'à l'instar du droit britannique, le droit canadien ne permet pas aux licenciés exclusifs d'intenter une action pour violation du droit d'auteur contre le titulaire-concédant¹³⁵ :

[e]n tant que titulaires du droit d'auteur canadien sur les logos de Toblerone et de Côte d'Or, les sociétés mères Kraft ne peu-

132. *Euro-Excellence c. Kraft*, *supra*, note 17, par. 26 et s.

133. *Ibid.*, par. 31 (la Cour s'appuie en outre sur la lettre des paragraphes 13(4) et 13(7) de la *LDA* qui, contrairement au paragraphe 2(7) (« autorisation »), évoquent une dimension propriétaire (« concession d'un intérêt »). Voir aussi *Robertson c. Thomson Corp.*, [2006] 2 R.C.S. 363, par. 56.

134. *Euro-Excellence c. Kraft*, *ibid.*, par. 2.

135. *Ibid.*, par. 46.

vent pas violer leur propre droit d'auteur. Bien que, à titre de titulaire d'une licence exclusive, Kraft Canada ait, dans le droit d'auteur, un intérêt de propriété qui l'habilite à intenter contre des tiers une action pour violation du droit d'auteur, les sociétés mères Kraft conservent, dans ce droit, un intérêt de propriété résiduel qui empêche Kraft Canada de les poursuivre pour violation du droit d'auteur. Kraft Canada n'a donc pas établi l'existence de la « violation hypothétique » nécessaire pour justifier une action contre Euro-Excellence fondée sur l'alinéa 27(2)e).¹³⁶

Les juges de la majorité se fondent notamment sur les similitudes rencontrées entre les législations canadienne et britannique : des origines communes, une définition similaire de la licence exclusive, et une distinction semblable entre les droits des licenciés exclusifs et les cessionnaires¹³⁷.

À première vue, la référence à la common law ne choque pas, tant elle semble former l'environnement naturel de la licence de droit d'auteur. C'est d'ailleurs assez instinctivement que la Cour semble la consulter. Mais l'emploi de la common law supplétive pour remédier aux incertitudes de la LDA est-elle à prendre à la légère ? Traduit-il une solution ponctuelle ou est-il plutôt symptomatique d'une attitude générale consistant à lire systématiquement la LDA sur un arrière-plan de common law, et ce même quand c'est le droit civil complémentaire qui devrait être appliqué ? Sachant que le droit d'auteur n'est pas complètement imperméable aux arguments d'efficacité économique ayant présidé à l'uniformisation épisodique du droit fédéral par les tribunaux canadiens, il faudra à l'avenir rester vigilant.

Au soutien de l'uniformité du droit d'auteur, ajoutons que le juge Rothstein semble, dans ses motifs, avoir épousé la prémisse suivant laquelle le droit d'auteur serait exclusivement d'origine législative : « la Cour a constamment jugé que le droit d'auteur tire son origine de la loi, et les droits et recours que prévoit la *Loi sur le droit d'auteur* sont exhaustifs »¹³⁸. L'auteur Pierre-Emmanuel Moysé fait,

136. *Ibid.*, par. 49.

137. *Ibid.*, par. 46 (la Cour rappelle à cet égard qu'« au Canada, la *Loi de 1921 concernant le droit d'auteur*, S.C. 1921, c. 24, qui a précédé la Loi actuelle, était en grande partie fondée sur la *Copyright Act, 1911* britannique, 1 & 2 Geo. 5, c. 46. Depuis l'adoption de la Loi de 1921, des séries de modifications se sont succédées, mais nos dispositions concernant les concessions de licence et les cessions ressemblent davantage à celles du Royaume-Uni qu'à celles des États-Unis. »).

138. *Ibid.*, par. 3 ; *CCH*, *supra*, note 16, au paragraphe 9 ; *Théberge*, *supra*, note 12, par. 5 ; *Bishop*, *supra*, note 68, p. 477 ; *Compo*, *supra*, note 68, p. 372-73.

à cet égard, l'observation suivante : « [la Cour] semble vouloir figer tout le droit d'auteur dans sa seule expression textuelle particulièrement exigüe. [Car] il est vrai qu'à travers le prisme des définitions, la structure législative du droit d'auteur canadien semble particulièrement hermétique »¹³⁹.

Même si la Cour se revendique, par son positionnement dans *Kraft* et par sa jurisprudence passée, du courant prônant l'autonomie du droit d'auteur, on peut se questionner si le fait de glaner dans la common law supplétive n'y serait pas, en fin de compte, antinomique. Le jugement de la Cour suprême tranche en tout cas certainement avec celui des cours inférieures, également empreints de cette idée d'autonomie. Fait à noter, ce ne sont que les juges majoritaires de la Cour suprême qui, en définitive, semblent s'être butés au concept de licence. En effet, les juges dissidents et ceux des instances inférieures n'avaient eu aucune difficulté à comprendre la licence en se fiant à la loi seule. Par exemple, les juges Abella et McLachlin avaient aisément conclu à une violation à une étape ultérieure du droit d'auteur de KCI par Euro Excellence, en considérant uniquement le sens généré par le jeu réciproque des articles de loi¹⁴⁰. De même, dans l'esprit de la juge Desjardins de la Cour d'appel fédérale, la *Loi sur le droit d'auteur* semble exister en vase clos, en ce qu'elle recèle tous les éléments nécessaires à son interprétation. Le résultat se dévoile à l'interprète du fait de la logique intrinsèque du texte lui-même ; « la normalité serait toute entière inscrite dans le texte »¹⁴¹.

On peut aussi se demander si c'est plutôt le principe de complémentarité qui serait appliqué, presque inconsciemment, par la Cour suprême. Si tel est le cas, il eût été judicieux de préciser les raisons pour lesquelles l'article 8(1) de la *Loi sur l'interprétation* trouverait application en l'espèce. Comme le souligne Aline Grenon, lorsqu'une disposition législative repose effectivement sur le droit provincial, il faut le dire, et ne pas chercher à occulter cette réalité »¹⁴². Et même si la common law est sollicitée à juste titre, cela n'interdit pas pour autant d'interroger d'autres systèmes. À cet égard, il aurait été de bon augure de questionner le droit civil, ne serait-ce que par signes

139. MOYSE, « Insoutenable légèreté », *supra*, note 96, p. 781.

140. *Kraft c. Euro-Excellence* (CAF), *supra*, note 102, par. 39 et s.

141. MOYSE, « Insoutenable légèreté », *supra*, note 96, p. 782.

142. GRENON (Aline), « Le bijuridisme canadien à la croisée des chemins ? Réflexions sur l'incidence de l'article 8.1 de la Loi d'interprétation » (2011) 56:4 *McGill Law Journal* 777 à la p. 813 [GRENON, « Bijuridisme »].

de courtoisie judiciaire ou d'ouverture au dialogue des traditions, comme cela a pu être fait dans d'autres domaines¹⁴³.

Peut-être est-ce simplement la méthode d'interprétation moderne qu'adopte la Cour en « lisant les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur »¹⁴⁴ ? Il faut reconnaître toute la marge de manœuvre que laisse un tel principe, car il revient justement au juge de sélectionner le contexte de référence le plus approprié. Une analyse contextuelle, qui comprend l'utilisation du droit comparé, ne doit toutefois pas être confondue avec assimilation asymétrique du droit d'auteur à la common law. D'aucuns se demandent si le principe d'interprétation moderne n'invite pas aujourd'hui à tenir compte de l'importance accordée par le législateur fédéral au bijuridisme législatif, au vu de nombreux efforts déployés pour favoriser son développement¹⁴⁵.

Une autre thèse, soumise par Brisson et Morel, rejoint cette fois le bijuridisme dérivatif, qui n'aura pas été évoqué inutilement. Les auteurs posent la question à savoir si, par l'accrétion de la jurisprudence, « le droit fédéral n'est pas en voie d'acquérir une autonomie telle que l'utilité du droit privé provincial comme droit supplétif est appelée à s'estomper »¹⁴⁶. On entreverrait ici l'émergence d'une jurisprudence cosmopolite, plurielle, dont les sources, méta-traditionnelles, peuvent être difficilement départagées, et encore moins rattachées à une aire juridictionnelle précise. Sous l'effet de l'internationalisation du droit d'auteur, la généalogie des idées est peut-être, en effet, sur le point de s'effacer¹⁴⁷. Ainsi, si la majorité dans *Euro-Excellence c. Kraft* creuse la common law pour chercher des réponses, la solution déterrée transcende peut-être ce système. Car la norme provinciale, une fois arrachée à son contexte d'application usuel afin d'appuyer la législation fédérale, subit-elle peut-être une

143. Sur les tendances comparatistes de la Cour suprême dans les domaines du droit de la famille et des droits de la personne, voir ALLARD, « Impact sur le bijuridisme », *supra*, note 3, p. 20-22.

144. *Euro-Excellence c. Kraft*, *supra*, note 17, par. 2, citant DRIEDGER (Elmer A.), *Construction of Statutes*, 2^e éd. (Toronto : Butterworths, 1983), p. 87. Ce passage est cité dans un grand nombre de décisions de la Cour suprême. Voir BEAULAC (Stéphane) *et al.*, « Driedger's « Modern Principle » at the Supreme Court of Canada : Interpretation, Justification, Legitimization » (2006) 40:1 *Revue Juridique Thémis* 131.

145. GRENON, « Bijuridisme », *supra*, note 142, p. 785.

146. BRISSON et MOREL, *supra*, note 19, p. 333.

147. *Ibid.*, p. 334, en citant GLENN (H. Patrick), « La civilisation de la common law », dans CAPARROS (Ernest), dir., *Mélanges Germain Brière*, Collection bleue (Montréal : Wilson et Lafleur, 1993) 595, p. 608.

mutation, pour apparaître, dans sa version prétorienne, sous un nouveau visage.

CONCLUSION

Nous avons tenté, dans le présent article, d'appréhender l'interface entre les droits communs provinciaux et la législation fédérale sur le droit d'auteur, à partir d'une étude du concept de licence. Dans une première partie, nous avons passé en revue le contexte constitutionnel gouvernant la relation entre les droits communs provinciaux et le droit fédéral sur le droit d'auteur. Nous avons vu que le droit supplétif provincial peut, dans certaines circonstances, combler les silences de la *LDA*, que ce soit, comme dans l'affaire *Desputeaux*, quand le régime du droit d'auteur se superpose à un rapport de droit privé régi par le droit des provinces, ou encore, comme dans le cas de la licence, lorsque le contenu de la loi ne suffit pas à en préciser les modalités d'application. Nous avons en outre été témoins de formes de résistance à la complémentarité, qui poussent pour une uniformité d'application de la *Loi sur le droit d'auteur* sur la base de sa prétendue autonomie.

Dans une seconde partie, nous avons cherché à localiser, sur l'axe complémentarité/dissociation, l'interprétation donnée à la notion de licence par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Euro-Excellence c. Kraft*. D'une part, le jugement semble faire droit à la complémentarité en ce qu'il n'hésite pas à recourir aux outils conceptuels de la common law pour repousser les limites de la *LDA*, là où celle-ci s'arrête. D'autre part, les juges majoritaires semblent toujours fermement attachés à la conception privilégiant l'autosuffisance de la *LDA*, conçue comme une création statutaire autonome envers laquelle il convient de prendre ses distances.

La rigidité, désormais apparente, du cadre conceptuel que nous avons tenté d'appliquer semble devoir s'incliner devant « l'insoutenable légèreté du droit » et l'aspect parfois insondable du raisonnement judiciaire¹⁴⁸. Même en cherchant très attentivement, les traces d'une *jus commune* non légiférée en matière de droit d'auteur ne sauraient être décelées dans un seul jugement, et encore moins dans une affaire aussi peu conclusive que l'affaire *Euro-Excellence*. Nous soumettons toutefois que l'exercice aura valu le coup : malgré ses ambitions modestes, cette étude s'est avant tout voulu un exercice de défrichage d'une matière qui reste encore à l'état de jachère. Elle revêt, à cet égard, un caractère éminemment exploratoire.

148. Nous reprenons ici le titre évocateur du professeur Moyse dans son article « Insoutenable légèreté », *supra*, note 96.