

*Vol. 19, n° 3*

## **La vie après la mort : l'œuvre posthume et sa divulgation**

**Florence Lucas\***

1. INTRODUCTION . . . . .	1051
2. DE LA DIVULGATION À LA PUBLICATION . . . . .	1052
2.1 La divulgation et la publication : des distinctions importantes . . . . .	1053
2.2 La reconnaissance du droit de divulgation . . . . .	1055
3. LA PROTECTION DES ŒUVRES POSTHUMES. . . . .	1060
3.1 La protection de l'œuvre posthume . . . . .	1060
3.2 La dévolution des droits liés à l'œuvre posthume . . . . .	1064
4. CONCLUSION. . . . .	1067

---

© Florence Lucas, 2007.

\* L'auteure est avocate pour l'étude *Gowling Lafleur Henderson* S.E.N.C.R.L. Membre du Barreau du Québec et du Barreau de Paris, elle détient un D.E.A. en propriété intellectuelle de l'Université Panthéon-Assas, Paris II. L'auteure remercie Madame Jeanne Tugault-Lafleur qui a collaboré à la recherche afférente au présent article.

## 1. INTRODUCTION

Les auteurs, artistes et compositeurs ont laissé trop souvent derrière eux des textes complets jamais publiés, des poèmes inédits, des ébauches, des toiles imparfaites, des croquis et dessins dépareillés, des mélodies et symphonies inachevées, des lettres perdues ou cachées. Ces œuvres, jamais révélées au grand public, ne sont pas dépourvues d'intérêt, bien au contraire. Souvent prisées des fans ou des historiens, elles constituent des objets de droit de propriété intellectuelle, malgré la mort de leur auteur.

Pour ne donner qu'un seul exemple, la bibliographie de Victor Hugo compte près d'une vingtaine d'ouvrages posthumes, ceux qui ont finalement été publiés après sa mort. Dès 1846, il exprimait ainsi à ses héritiers sa volonté :

Si je meurs avant d'avoir fini, mes enfants trouveront dans l'armoire en faux laque qui est dans mon cabinet et qui est tout en tiroirs, une quantité considérable de choses à moitié faites ou tout à fait écrites, vers, prose. Ils publieront tout cela sous le titre Océan.<sup>1</sup>

Et en 1881, quatre ans avant sa mort, Victor Hugo rédigeait son fameux « testament littéraire » :

Je donne tous mes manuscrits et tout ce qui sera trouvé écrit ou dessiné par moi à la bibliothèque nationale de Paris qui sera un jour la Bibliothèque des États-Unis d'Europe.<sup>2</sup>

Il a ainsi fait en sorte que tout ce qu'il avait écrit soit légué, à sa mort, à la postérité.

Au Canada, la *Loi sur le droit d'auteur*<sup>3</sup> (« Loi ») édicte depuis son adoption des règles spécifiques à la protection des

---

1. Victo HUGO, *Œuvres complètes*, Édition Jean Massin, tome VII, p. 502.

2. <[http://www.senat.fr/evenement/victor\\_hugo2002/index.html](http://www.senat.fr/evenement/victor_hugo2002/index.html)>.

3. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), c. C-42, ci-après la « Loi ».

œuvres posthumes. Dans le cadre de la réforme de 1997, les amendements apportés à celles-ci par le législateur ont modifié substantiellement la durée de protection et suscité la controverse<sup>4</sup>. Malgré cela, les tribunaux et juristes canadiens ont eu très peu d'occasions de se pencher sur l'interprétation et l'intérêt de ces dispositions.

Puisque la mort est au programme de cette édition des *Cahiers de la Propriété intellectuelle*, nous tenons maintenant une excellente occasion de nous intéresser au fondement et au destin des œuvres posthumes.

Afin d'aborder dans l'ordre la question, nous nous intéressons, dans un premier temps, à la définition même de l'œuvre posthume, en analysant la notion de divulgation qui la caractérise, trop souvent assimilée à la publication. Dans un deuxième temps, nous touchons le cœur du sujet, c'est-à-dire la protection accordée à cette œuvre non-divulguée *post mortem* et à la dévolution des droits qui s'y attachent.

## 2. DE LA DIVULGATION À LA PUBLICATION

Du latin *posthumus*, la doctrine française considère que l'expression « œuvre posthume » est consacrée à l'œuvre non divulguée à la mort de l'auteur, mais qui pourra l'être *post mortem*<sup>5</sup>.

Plus particulièrement en droit canadien, sous l'égide de l'article 7 de la Loi, une œuvre posthume est un ouvrage qui n'a pas été publié, représenté en public ou communiqué au public par télécommunication avant la date de la mort de son auteur<sup>6</sup>. Les juristes canadiens ont coutume d'utiliser le vocable *d'œuvre non-publiée*.

Au préalable, il s'avère donc important de définir les notions de divulgation et de publication, tout en examinant leurs reconnaissances respectives dans notre système de droit. Ensuite, nous tentons de positionner le droit de publication et le droit de divulgation, le cas échéant, au cœur des aspects moral et patrimonial du droit d'auteur.

---

4. Voir §3.2 du présent texte.

5. Pierre-Yves GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 5<sup>e</sup> édition (Paris, P.U.F., 2004), n° 220 ; André LUCAS et Henri-Jacques LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2<sup>e</sup> édition (Paris, Litec., 2001), n° 451.

6. Wanda NOEL, *Protection du droit d'auteur sur les œuvres non publiées (sic) : Rapport final*, 23 avril 2002 : <<http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/incrpprda.nsf/vwGeneratedInterF/rp01107f.html>>.

## 2.1 La divulgation et la publication : des distinctions importantes

Contrairement à la divulgation, la publication est spécifiquement définie par le législateur canadien dans la Loi comme étant la mise à la disposition du public d'exemplaires d'une œuvre ou d'un enregistrement, de l'édification d'une œuvre architecturale ou de l'incorporation d'une œuvre artistique à celle-ci. Or, de cette définition sont nommément exclues « la représentation ou l'exécution en public d'une œuvre littéraire, dramatique ou musicale ou d'un enregistrement sonore, leur communication au public par télécommunication ou l'exposition en public d'une œuvre artistique »<sup>7</sup>. Somme toute, la publication doit donc s'entendre d'un fait matériel.

Clairement reconnu dans notre législation, le droit de publication est considéré comme un droit exclusif de l'auteur en vertu de l'article 3 de la Loi.

Pour sa part, la notion même de divulgation n'est pas explicitement définie dans notre législation en matière de droit d'auteur. Spontanément, nous nous en remettons au sens commun du terme :

« Divulguer », c'est « porter à la connaissance du public » (ce qui était connu de quelques-uns).<sup>8</sup>

Aussi, s'inspirant d'une autre forme de propriété intellectuelle, nous prenons, en exemple additionnel, la *Loi sur les brevets* qui prévoit qu'une invention est divulguée lorsqu'elle fait « l'objet d'une communication qui l'a rendue accessible au public au Canada »<sup>9</sup>.

Ces définitions s'imbriquent aisément dans celle du droit de divulgation en France, en matière de droit d'auteur, soit « la mise en contact de l'œuvre avec le public, décidée par l'auteur seul et selon le procédé et les conditions qu'il aura choisis »<sup>10</sup>. Le Professeur Pierre-Yves Gautier précise :

7. Art. 2.2 de la Loi.

8. Petit Robert 2005, définition de « DIVULGUER ».

9. Article 28.2 de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), c. P-4.

10. Art. L121-2 du *Code de la propriété intellectuelle* français, ci-après « Code » ; Gérard CORNU, *Vocabulaire Juridique*, 8<sup>e</sup> édition, (Paris, P.U.F., 2002) ; Pierre-Yves GAUTIER, précité, note 5, n<sup>o</sup> 120.

La divulgation procède généralement d'un support ou d'un procédé de communication, fut-il immatériel (Internet), mais elle peut aussi prendre une forme orale.<sup>11</sup>

Nous concevons que cette mise en contact de l'œuvre avec le public puisse se manifester par le « procédé » de la publication, certes, mais cette œuvre peut également être divulguée autrement, notamment au terme d'une représentation, de son exécution ou de sa communication au public. Ces manifestations nous ramènent à la définition de l'œuvre posthume sous l'article 7 de la Loi précitée.

Également, rappelant que ces dernières manifestations ont été exclues de la définition de publication en droit canadien, nous concluons par conséquent que les deux notions sous étude, la divulgation et la publication, ne sauraient être convenablement assimilées, à tout le moins dans notre droit<sup>12</sup>.

À la lumière de ceci, les premiers constats s'imposent :

1. Les définitions française et canadienne de l'œuvre posthume, énoncées en introduction, sont équivalentes, soit une œuvre qui n'a pas été *divulguée* du vivant de l'auteur.
2. La référence à une œuvre « *non-divulguée* » s'avère être un synonyme plus juste de l'œuvre posthume que l'expression « *non-publiée* », plus fréquemment utilisée par la doctrine canadienne.

Force est de constater que la divulgation est une notion importante, ancrée à l'article 7 de la Loi<sup>13</sup>, qu'il faut apprécier distinctement dans le cadre de l'étude de l'œuvre posthume. Or, la recon-

11. Pierre-Yves GAUTIER, *ibid.*

12. En droit français, il n'existe pas de définition précise au droit de publication, ni d'exclusions à l'instar de la Loi canadienne. Or, il semble qu'en vertu de l'article L123-4 du Code (que nous analyserons en deuxième partie du présent texte), la divulgation est assimilée à la publication, soit dans le sens le plus large incluant toute communication au public par un moyen quelconque : André LUCAS, Henri-Jacques LUCAS, précité, note 5, n° 454, soit « Art. L. 123-4. Pour les œuvres posthumes, la durée du droit exclusif est celle prévue à l'article L. 123-1. Pour les œuvres posthumes *divulguées* après l'expiration de cette période, la durée du droit exclusif est de vingt-cinq années à compter du 1<sup>er</sup> janvier de l'année civile suivant celle de la *publication*. »

13. Ainsi qu'à 2.2 (3) de la Loi : Absence de consentement du titulaire du droit d'auteur (3) « Pour l'application de la présente loi – sauf relativement à la violation du droit d'auteur –, une œuvre ou un autre objet du droit d'auteur n'est pas réputé publié, représenté en public ou communiqué au public par télécommunication si le consentement du titulaire du droit d'auteur n'a pas été obtenu ».

naissance d'un droit de divulgation dans notre législation suscite davantage de controverses.

## 2.2 La reconnaissance du droit de divulgation

Dans la tradition civiliste, le droit de divulgation est admis comme un droit moral important de l'auteur. Considéré comme intimement lié à sa réputation : « il réserve à l'auteur la décision fondamentale si et quand l'œuvre quitte la sphère privée pour devenir publique »<sup>14</sup>.

Le Code reconnaît explicitement que « L'auteur a seul le droit de divulguer son œuvre », sous le chapitre des *Droits Moraux*, à l'article L.121-2<sup>15</sup>.

Notre loi ne connaît pas de telles dispositions. De ce fait, le gouvernement canadien dans sa *Politique de propriété intellectuelle* suggère que :

Le Canada a adopté ses dispositions relatives aux droits moraux dans le cadre des modifications de 1988, lesquelles figurent aux articles 14.1 et 14.2 de la *Loi sur le droit d'auteur*, qui prévoient des droits à la paternité et à l'intégrité, *mais aucun droit de divulgation et de retrait*.

Les droits moraux ont été critiqués parce qu'ils confèrent à l'auteur un trop grand contrôle sur son œuvre aux dépens des droits relatifs au commerce et des droits d'utilisation. Le système canadien tient compte de ces préoccupations, *mais ne reconnaît pas les droits de divulgation et de retrait*. [Les italiques sont nôtres.] »<sup>16</sup>

Le contexte historique entourant la genèse du droit moral en Europe et au Canada nous permet de comprendre davantage cette protection mitigée du droit moral, issue d'un compromis entre les

14. Adolf DIETZ, « Le droit moral de l'auteur (droit civil) rapport général », dans *Le droit moral de l'auteur*, ALAI congrès d'Anvers 1993, p. 20, à la page 29.

15. « L.121-2. L'auteur a seul le droit de divulguer son œuvre. Sous réserve des dispositions de l'article L.132-24, il détermine le procédé de divulgation et fixe les conditions de celle-ci. »

16. <<http://strategis.ic.gc.ca/epic/site/ippd-dppi.nsf/fr/ip01268f.html>>.

traditions civiliste et de *common law* (*copyright*)<sup>17</sup>. L'article 6 bis de la Convention de Berne se borne lui-même à ces deux droits<sup>18</sup>.

La Cour suprême du Canada a bien établi que le droit d'auteur trouve son unique source dans la Loi, qui « crée simplement des droits et obligations selon certaines conditions et circonstances établies dans le texte législatif »<sup>19</sup>. Cette souveraineté de la Loi est codifiée à son article 89. Même en usant d'une interprétation libérale de ses dispositions, il s'avère difficile, voire impossible de discerner un droit de divulgation au titre du droit moral en droit canadien.

Pourtant, la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Massie & Renwick Limited c. Underwriters' Survey Bureau Ltd.*<sup>20</sup> reconnaît qu'un auteur bénéficie du droit de retenir une œuvre ou de la communiquer. Dans cet arrêt, ce constat est ainsi formulé par le juge Duff :

The right of the author before publication we may take to be unquestioned, and we may even assume that it never was, when accurately defined, denied. He has the undisputed right to his manuscript, he may withhold, or he may communicate it, and, communicating, he may limit the number of persons to whom it is imparted, and impose such restrictions as he pleases upon their use of it. The fulfillment of the annexed conditions he may proceed to enforce, and for their breach he may claim compensation.<sup>21</sup>

17. Mistrale GOUDREAU, « Le droit moral de l'auteur au Canada » (1994) 25 *R.G.D.* 403, p. 405 à 412.

18. *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques* du 9 septembre 1886, complétée à Paris le 4 mai 1896, révisée à Berlin le 13 novembre 1908, complétée à Berne le 20 mars 1914 et révisée à Rome le 2 juin 1928, à Bruxelles le 26 juin 1948, à Stockholm le 14 juillet 1967 et à Paris le 24 juillet 1971 et modifiée le 28 septembre 1979, art. 6 bis : « 1) Indépendamment des droits patrimoniaux d'auteur, et même après la cession desdits droits, l'auteur conserve pendant toute sa vie le droit de revendiquer la paternité de l'œuvre et de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de cette œuvre ou à toute atteinte à la même œuvre, préjudiciables à son honneur ou à sa réputation. ».

19. *Compo c. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 R.C.S. 357, p. 373 ; repris dans *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467, et dans *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336 ; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, [2004] 2 R.C.S. 427.

20. [1940] R.C.S. 218.

21. *Ibid.*, p. 227.

Outre les règles établies au chapitre des droits moraux, plusieurs auteurs s'entendent pour dire que les deux autres prérogatives que la conception civiliste du droit moral a dégagées (le droit de divulgation ainsi que le droit de retrait et de repentir) reçoivent indirectement une forme de reconnaissance particulière par le biais du droit pécuniaire exclusif de droit de publication<sup>22</sup>. À la lumière des distinctions importantes révélées par notre analyse de ces notions de divulgation et de publication en première partie, nous ne pouvons être parfaitement en accord avec cette thèse sous la législation canadienne. La prérogative de divulguer ne se retrouverait *pas seulement* dans le droit de publication, mais plutôt *dans l'exclusivité* accordée à tous les attributs d'ordre patrimonial. Tant la première publication que la première exécution et la première communication d'une œuvre sont des manifestations du droit de divulgation d'un auteur, de sa volonté exclusive de porter son œuvre à la connaissance du public<sup>23</sup>.

En d'autres mots :

Il tombe sous le sens que toute décision d'exploitation relative à une œuvre non divulguée, implique ou suppose pratiquement une décision en ce qui concerne sa divulgation. Sur ce plan, l'interdépendance des droits d'exploitation et du droit moral d'auteur est particulièrement accusée.<sup>24</sup>

Or, le droit de divulgation, « [R]angé parmi les droits patrimoniaux de l'auteur, il échappe aux règles spéciales prévues pour les droits moraux. »<sup>25</sup>. Quels sont donc les intérêts de cette reconnais-

22. Ysolde GENDREAU, « La Nature du droit d'auteur selon le nouveau Code civil », (1993) 27 *R.J.T.* 98 ; Ysolde GENDREAU, *Moral right*, dans G.F. Henderson et al. *Copyright and confidential Information Law of Canada* (Toronto, Carswell, 1994), p.161 ; Jean-Arpad FRANÇAIS, « Le droit moral comparé », (2000), 12 *CPI* 319, p. 325 ; Mistrale GOUDREAU, précité note 17 ; Sunny HANDA, *Copyright law in Canada* (Markham, Butterworths, 2002), p. 381.

23. Cette prérogative s'explique par le caractère distinct et très personnel que le droit de divulgation suggère par rapport aux autres droits patrimoniaux.

24. Adolf DIETZ, *Le droit d'auteur dans la Communauté européenne*, (Bruxelles, collection Études, Série secteur culturel n° 2, 1976), n° 169, p. 72, cité dans Ysolde GENDREAU, *La nature de droit d'auteur selon le nouveau code civil*, précité, note 23, p. 97.

25. Mistrale GOUDREAU, précité, note 17, p. 423.

sance partielle, que les droits de publication, d'exécution et de communication ne confèrent pas déjà à son auteur ? Rien qui n'existe pas déjà.

Pour illustrer notre propos, prenons deux exemples.

**Un premier exemple en matière délictuelle.** Comparons les effets de la publication sans droit d'une œuvre non-divulguée d'un auteur canadien, à la violation de son droit de reproduction d'une œuvre déjà connue du public. Dans les deux cas, le recours intenté et les dommages réclamés contre le contrefacteur seront exactement les mêmes en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*. Or, on le conçoit assez rapidement, les dommages réels subis par l'auteur pour la publication d'une œuvre inédite pourraient être plus graves, notamment :

1. L'atteinte à une sphère très personnelle que l'auteur ne voulait pas porter à la connaissance de son public ;
2. La crainte d'être jugé par le public sur une œuvre considérée comme imparfaite ou inachevée ;
3. Le fait de ne pas avoir choisi le moment opportun pour divulguer cette œuvre ;
4. Le risque de subir des représailles, des poursuites et dommages liés au contenu de l'œuvre divulguée sans autorisation ;
5. et ainsi de suite...

Sans une réelle reconnaissance de ces attributs de droit moral, la prérogative patrimoniale de divulgation accordée par la Loi n'apporte aucun dédommagement additionnel à ce titre. Il faut donc s'en remettre aux principes généraux de droit civil, au droit au respect de sa réputation et de sa vie privée, notamment en invoquant l'utilisation non autorisée de la correspondance, des manuscrits ou autres documents personnels de l'auteur<sup>26</sup>.

**Un deuxième exemple en matière contractuelle.** En France, il est admis que l'auteur puisse invoquer le droit de divulga-

---

26. 36(6) du *Code civil du Québec*.

tion pour se soustraire aux obligations nées d'un contrat de commande, sauf à engager sa responsabilité civile et contractuelle<sup>27</sup>.

Deux décisions canadiennes traitent de cette problématique.

En 1911, dans l'arrêt *Morang & Co. c. LeSueur*<sup>28</sup>, la Cour suprême du Canada est saisie de la décision d'un éditeur de ne pas publier l'œuvre soumise en vertu d'un contrat de commande. L'auteur demandait la remise de l'ouvrage. Dans une affaire plus récente, *Tedesco c. Bosa*<sup>29</sup>, l'auteur d'un manuscrit commandé a refusé d'approuver la dernière version de son œuvre et demandé que celle-ci lui soit remise.

Dans les deux cas, les éditeurs ont dû retourner les œuvres non-publiées et dans l'affaire *Tedesco*, l'auteur a été condamné à rembourser le cachet versé par l'éditeur.

Une interprétation intéressante de la conjugaison de ces deux décisions est ainsi proposée par Sunny Handa :

In both of these cases, the Court proceeded under a theory of implied terms in a contract as opposed to any specific moral rights theory. Both cases are generally regarded as standing for the proposition that an author, due to some special privileges he should have as such, should not have his work hidden or denied. It should be noted, however, that this is entirely consistent with the utilitarian purpose of copyright law, which seeks to promote the dissemination of works to the public. Notwithstanding the potential applicability of this utilitarian argument, it seems clear that in both cases the courts were persuaded more by the fact that an author was an individual and thus deserved special consideration, and not by accepting an underlying utilitarian purpose to the law.

In sum, the Canadian right of disclosure does not fall within the domain of moral rights, nor should it. It serves two masters : those of the privacy and the utilitarian components of the copyright law.

---

27. L'arrêt *Whistler*, Cass.civ., 14 mars 1900 : DP 1900, 1, p. 497m rapp. Rau, concl. DESJARDINS et note de PANIOL.

28. (1911), 45 R.C.S. 95.

29. (1992) 45 C.P.R. (3d) 82 (C. d'Ont. – Div. gén.).

Nous nous interrogeons à savoir si cette même situation au Québec, à la lumière d'une tradition civiliste et d'une prérogative de divulguer, aurait amené aux mêmes conclusions. Sans la faculté d'invoquer la violation d'un droit moral sous l'article 28.1 de la Loi, rien n'est moins certain. En tout état de cause, le droit commun des obligations aurait permis d'aboutir au même résultat.

Somme toute, la divulgation, compte tenu de sa nature, de son caractère personnel et distinct, aurait mérité une reconnaissance et la protection afférente aux attributs d'ordre intellectuel et moral de notre droit. Autrement, nous cherchons toujours les bénéfices découlant de la reconnaissance partielle d'un droit de divulgation comme faisant partie des droits patrimoniaux.

### 3. LA PROTECTION DES ŒUVRES POSTHUMES

Nous nous proposons maintenant de revoir les dispositions législatives qui assurent la protection des œuvres posthumes et de nous intéresser à la dévolution des droits liés à ces œuvres, une fois l'auteur disparu.

#### 3.1 La protection de l'œuvre posthume

En janvier 1998, l'entrée en vigueur de la *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*<sup>30</sup> et donc d'un nouvel article 7, a mis un terme non seulement à la protection perpétuelle<sup>31</sup> mais à tout le régime particulier accordé jusqu'alors à l'œuvre posthume. Plus question d'un statut préférentiel, les œuvres posthumes allaient subir le même sort que toute autre œuvre divulguée du vivant de l'auteur, soit une protection se terminant à la fin de la cinquantième année suivant la mort de l'auteur, sans égard à la divulgation.

Toutefois, un régime transitoire a été prévu pour protéger les héritiers des auteurs déjà décédés qui, du jour au lendemain, ont pu perdre le bénéfice de la protection perpétuelle.

La liste suivante reprend les dispositions législatives actuelles et transitoires de la *Loi sur le droit d'auteur* eu égard à la durée de la protection accordée aux œuvres posthumes des auteurs au Canada.

30. L.C. 1997, c. 24.

31. Une seule protection perpétuelle subsiste dans la Loi, celle accordée aux œuvres de la Couronne jamais publiées, et ce, en vertu de l'article 12 de la Loi.

1. **La mort de l'auteur survient après le 31 décembre 1998, en laissant une œuvre posthume.** La période de droit commun s'applique. L'œuvre posthume est protégée jusqu'à la fin de l'année au cours de laquelle l'auteur meurt et pendant une période de 50 ans suivant la fin de cette année civile, peu importe qu'elle soit *divulguée*<sup>32</sup> ou non<sup>33</sup>.
2. **L'œuvre posthume a été divulguée avant le 31 décembre 1998.** L'œuvre posthume est protégée pendant 50 ans à compter de la date de sa divulgation<sup>34</sup>.
3. **Un auteur est mort le 31 décembre 1948 ou après cette date en laissant une œuvre posthume qui n'a pas été divulguée au 31 décembre 1998.** L'œuvre posthume est protégée jusqu'au 31 décembre 2048, soit pendant une période de 50 ans à compter de la fin de l'année 1998. Elle tombera dans le domaine public le 1<sup>er</sup> janvier 2049<sup>35</sup>.
4. **La mort de l'auteur survient avant le 31 décembre 1948, et l'œuvre posthume n'a pas été divulguée au 31 décembre 1998.** L'œuvre posthume était protégée jusqu'au 31 décembre 2003, soit pendant cinq ans à compter de la fin de l'année 1998. Elle est par conséquent dans le domaine public depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2004<sup>36</sup>.

Cette dernière échéance a suscité la controverse, menée par les héritiers de l'auteure canadienne Lucy-Maud Montgomery<sup>37</sup> décédée en 1942, qui considéraient être lésés par un terme transitoire aussi court. Ainsi, dans le cadre de l'étude de la loi entreprise en juin 2001,

---

32. Pour être plus précis, il faudrait dire « publiée, exécutée ou représentée en public, communiquée au public par télécommunication », ce que nous assimilons au droit de divulgation dans la première partie de ce texte. Il en est ainsi pour toutes nos références à la « divulgation » sous le droit canadien.

33. Art. 6 de la Loi.

34. Paragraphes 7(1) et (2) de la Loi.

35. Paragraphe 7(3) de la Loi. Cet article, conjugué avec le paragraphe 2.2(3) de la Loi, a fait l'objet d'une décision de la Cour fédérale, *Wing c. Velthuisen* en 2000 [9 CPR (4th) 449 (C.F.P.I.)], confirmant le fondement selon lequel une œuvre *publiée sans le consentement* des titulaires du droit d'auteur avant le 31 décembre 1998, *demeure une œuvre non publiée (sic)* pour l'application de la Loi, et notamment de la règle transitoire sous le paragraphe 7(3) de la Loi. Les titulaires ont ainsi pu bénéficier d'une période de protection transitoire plus longue, comparativement à la règle sous le paragraphe 7(4) de la Loi : <<http://www.canlii.org/en/ca/fct/doc/2000/2000canlii16609/2000canlii16609.html>>.

36. Paragraphe 7 (4) de la Loi.

37. Auteure de la célèbre histoire de « Anne of Green Gables ».

dans son rapport sur l'article 92 intitulé « Stimuler la culture et l'innovation : Rapport sur les dispositions et l'application de la *Loi sur le droit d'auteur* », déposé le 3 octobre 2002, le gouvernement fédéral identifie parmi les enjeux à court terme :

A.1.18 Durée de la protection accordée aux œuvres non publiées (*sic*)

Enjeu : Doit-on modifier les dispositions de l'article 7 de la Loi qui rendront certaines œuvres anciennes non publiées (*sic*) de domaine public en 2004 ?

[...]

Ces dispositions transitoires ont occasionné des difficultés aux héritiers de certains titulaires de droits. Ces titulaires de droits qui ont un intérêt dans des œuvres non publiées (*sic*) qui deviendront du domaine public en 2004 estiment qu'ils n'ont plus assez de temps pour exploiter ces œuvres. Cette question a une certaine urgence puisque toute modification de la Loi devra entrer en vigueur avant 2004.<sup>38</sup>

De leur côté, « les historiens universitaires, les archivistes et les généalogistes ont exercé énormément de pression pour demander un raccourcissement de la période de transition afin que les documents d'archives plus anciens (dont la plupart ne sont pas publiés (*sic*)) tombent dans le domaine public plus rapidement »<sup>39</sup>. Il était question enfin de l'article 30.21 de la Loi, notamment parce que cette exception applicable aux services d'archives seulement, pour l'œuvre non publiée déposée avant le 1<sup>er</sup> septembre 1999, exigeait l'autorisation du titulaire du droit d'auteur avant de reproduire l'œuvre. Si le service d'archives ne réussissait pas à trouver le titulaire du droit d'auteur, il pouvait faire ces reproductions, mais il devait tenir un registre des reproductions et mettre ce registre à la disposition du public.

Plusieurs organismes<sup>40</sup> ont participé à des réunions de consultation, exprimé leurs préoccupations et demandé que des modifications soient apportées. Il fallait trouver un équilibre entre l'intérêt

38. <<http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/incrp-prda.nsf/fr/Home>>.

39. Wanda NOEL, précité, note 6.

40. Société historique du Canada, Bureau canadien des archivistes, Archives nationales du Canada et Writer's Union of Canada.

---

économique des titulaires du droit d'auteur et le droit de propriété du public<sup>41</sup>.

En avril 2002, le rapport final intitulé « La protection du droit d'auteur sur les œuvres non-publiées » (*sic*), commandé par le gouvernement fédéral et résultant desdites consultations, proposait des solutions issues d'un consensus. D'une part, les auteurs du rapport proposent d'ajuster la période de transition et prévoir une durée de protection plus longue pour les œuvres posthumes des auteurs décédés avant 1949. D'autre part, le rapport conclut que les conditions de l'article 30.21 de la Loi devraient être abrogées<sup>42</sup>.

Le 8 mai 2003, le gouvernement fédéral déposait le projet de loi C-36, la *Loi sur la Bibliothèque et les Archives du Canada*, qui intégrait des modifications corrélatives à la *Loi sur le droit d'auteur* conformes aux solutions proposées dans le rapport final.

Le projet de loi C-36 (devenu le projet de loi C-8) entrerait en vigueur le 21 mai 2004, modifiant l'article 30.21 de la Loi. Quant à la disposition visant les œuvres posthumes, elle aurait été abandonnée considérant qu'à cette date, les œuvres posthumes visées par la réforme étaient déjà entrées dans le domaine public depuis janvier 2004<sup>43</sup>.

Somme toute, les règles sous l'article 7 de la Loi énoncées ci-dessus demeurent en vigueur et ne font à l'heure actuelle plus l'objet de discussions.

Notons que sous le droit français, c'est la date de la publication d'une œuvre posthume qui détermine sa durée de protection en vertu du *Code de la propriété intellectuelle*, laquelle peut même être perpétuelle.

Le régime français de la durée de protection de l'œuvre posthume se résume comme suit :

---

41. *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336 ; *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] R.C.S. 13 ; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Association canadienne des fournisseurs Internet*, [2004] 2 R.C.S. 427.

42. Wanda NOEL, précité, note 6.

43. <[http://pch.gc.ca/progs/ac-ca/progs/pda-cpb/archives/index\\_f.cfm](http://pch.gc.ca/progs/ac-ca/progs/pda-cpb/archives/index_f.cfm)>.

1. **Un auteur décède en laissant une œuvre posthume qui est publiée<sup>44</sup> pendant la période de soixante-dix ans suivant sa mort.** La durée générale du droit exclusif s'applique. L'œuvre posthume est protégée pendant soixante-dix ans suivant la mort de l'auteur<sup>45</sup>.
2. **Un auteur décède en laissant une œuvre posthume qui est publiée après l'expiration de la période de droit commun (soixante-dix ans).** L'œuvre posthume est protégée pendant vingt-cinq ans à compter du 1<sup>er</sup> janvier de l'année civile suivant celle de la publication<sup>46</sup>.
3. **Tant que l'œuvre posthume qui n'est pas publiée.** Elle bénéficie d'une protection perpétuelle<sup>47</sup>. Ceci s'explique tout à fait dans la logique d'un droit moral (donc du droit de divulgation) éternel en territoire français<sup>48</sup>.

Une limite s'impose en droit français, dictée par le cinquième alinéa de l'article L.123-4, qui prévoit que « [L]es œuvres posthumes doivent faire l'objet d'une publication séparée, sauf dans le cas où elles ne constituent qu'un fragment d'une œuvre précédemment publiée. Elles ne peuvent être jointes à des œuvres du même auteur précédemment publiées que si les ayants droit de l'auteur jouissent encore sur celles-ci du droit d'exploitation ».

### 3.2 La dévolution des droits liés à l'œuvre posthume

Considérant qu'à ce jour le droit de divulgation semble exister sous l'égide de l'article 3 de la Loi et des droits patrimoniaux, le principe de la réversibilité du droit d'auteur du paragraphe 14(1) s'applique vraisemblablement à la mort de l'auteur et aux œuvres posthumes, soit :

14. (1) Lorsque l'auteur d'une œuvre est le premier titulaire du droit d'auteur sur cette œuvre, aucune cession du droit d'auteur ni aucune concession d'un intérêt dans ce droit, faite par lui – autrement que par testament – après le 4 juin 1921, n'a l'effet

44. Rappelons qu'en droit français, la divulgation est vraisemblablement assimilée à la publication, précité, note 12.

45. Art. L. 123-1. du Code.

46. Art. L. 123-4. (1) du Code.

47. Selon notre interprétation des articles L. 121-1. et L. 123-4. du Code dans son ensemble, et non par une mention expresse dans la loi.

48. Art. L. 121-1 du Code.

d'investir le cessionnaire ou le concessionnaire d'un droit quelconque, à l'égard du droit d'auteur sur l'œuvre, pendant plus de vingt-cinq ans à compter de la mort de l'auteur ; la réversibilité du droit d'auteur, en expectative à la fin de cette période, est dévolue, à la mort de l'auteur, nonobstant tout arrangement contraire, à ses représentants légaux comme faisant partie de ses biens ; toute stipulation conclue par lui concernant la disposition d'un tel droit de réversibilité est nulle.

(2) Le paragraphe (1) ne doit pas s'interpréter comme s'appliquant à la cession du droit d'auteur sur un recueil ou à une licence de publier une œuvre, en totalité ou en partie, à titre de contribution à un recueil.

C'est donc dire que les œuvres posthumes découvertes entre la première et la vingt-cinquième année du décès de l'auteur, pourront être divulguées selon la volonté de la personne qui aura acquis les droits d'auteur par voie contractuelle, le cas échéant :

Peu importe que cette personne se soit vue céder ou concéder les droits d'auteur pour toute la durée légale de la protection, soit 50 années après le décès de l'auteur ; elle ne peut jouir des droits acquis par contrat après la vingt-cinquième année du décès.<sup>49</sup>

Au vingt-sixième anniversaire du décès de l'auteur, les droits sont dévolus aux héritiers de l'auteur, qui auront ainsi le loisir de divulguer ou non l'œuvre posthume restée non-divulguée jusqu'à ce moment.

En l'absence de contrat, le droit commun des successions s'applique.

En tout état de cause, en présence d'une disposition testamentaire expresse, c'est le légataire qui sera titulaire des droits d'auteur pour toute la durée des droits d'auteur, et donc, pour l'œuvre posthume, selon les règles établies à l'article 7 de la Loi<sup>50</sup>. Il faudra faire la distinction entre les héritiers de la propriété corporelle de l'œuvre et ceux qui hériteront des droits d'auteur. Au sens de la loi, les droits de propriété intellectuelle, tels que le droit d'auteur, sont tradition-

49. Normand TAMARO, *Loi sur le droit d'auteur annotée*, 5<sup>e</sup> éd., (Carswell, Toronto, 2000), sous le paragraphe 14(1) de la Loi.

50. Voir § 3.1.

nellement considérés comme des droits de propriété, eux-mêmes classés en tant que biens meubles incorporels.

La solution aurait été tout autre si le droit de divulgation avait été reconnu en droit canadien au titre de droit moral<sup>51</sup>. Les légataires ou héritiers de l'auteur auraient ainsi bénéficié seuls de l'exploitation exclusive de l'œuvre posthume dès le premier jour après le décès. Une autre faille que la reconnaissance partielle du droit de divulgation ne comble pas.

Pour compléter le parallèle français utilisé jusqu'alors, notons que l'exercice devient fort simple puisque le législateur français, plutôt que de s'en remettre à la gymnastique des droits successoraux, écarte toute ambiguïté en prévoyant de façon express la dévolution du droit de divulgation des œuvres posthumes. Ainsi, l'article L121-2 prévoit ceci :

L'auteur a seul le droit de divulguer son œuvre. Sous réserve des dispositions de l'article L. 132-24<sup>52</sup>, il détermine le procédé de divulgation et fixe les conditions de celle-ci.

Après sa mort, le droit de divulgation de ses œuvres posthumes est exercé leur vie durant par le ou les exécuteurs testamentaires désignés par l'auteur. A leur défaut, ou après leur décès, et sauf volonté contraire de l'auteur, ce droit est exercé dans l'ordre suivant : par les descendants, par le conjoint contre lequel n'existe pas un jugement passé en force de chose jugée de séparation de corps ou qui n'a pas contracté un nouveau mariage, par les héritiers autres que les descendants qui recueillent tout ou partie de la succession et par les légataires universels ou donataires de l'universalité des biens à venir.

Ce droit peut s'exercer même après l'expiration du droit exclusif d'exploitation déterminé à l'article L. 123-1.

---

51. Paragraphes 14.2 (2) et (3) de la Loi.

52. **Art. L. 132-24.** « Le contrat qui lie le producteur aux auteurs d'une œuvre audiovisuelle, autres que l'auteur de la composition musicale avec ou sans paroles, emporte sauf clause contraire et sans préjudice des droits reconnus à l'auteur par les dispositions des articles L. 111-3, L. 121-4, L. 121-5, L. 122-1 à L. 122-7, L. 123-7, L. 131-2 à L. 131-7, L. 132-4 et L. 132-7, cession au profit du producteur des droits exclusifs d'exploitation de l'œuvre audiovisuelle.

Le contrat de production audiovisuelle n'emporte pas cession au producteur des droits graphiques et théâtraux sur l'œuvre.

Ce contrat prévoit la liste des éléments ayant servi à la réalisation de l'œuvre, qui sont conservés ainsi que les modalités de cette conservation. »

Enfin, en vertu de l'article L121-3 du Code, le tribunal de grande instance a la compétence d'ordonner toute mesure appropriée en cas soit d'abus notoire dans l'usage ou le non-usage du droit de divulgation de la part des représentants de l'auteur décédé visés à l'article L. 121-2, soit d'un conflit entre lesdits représentants ou encore s'il n'y a pas d'ayant droit connu ou en cas de vacance ou de déshérence. Le tribunal peut être saisi notamment par le ministre chargé de la culture.

#### 4. CONCLUSION

Cette analyse de l'œuvre posthume, qui s'avérait *a priori* succincte, nous aura permis de revoir la place de la divulgation dans notre législation, d'une part, et de faire le point sur la durée de protection accordée à l'œuvre posthume depuis les modifications de 1997, d'autre part.

La protection accordée à ce titre est bénéfique à certains égards. Les titulaires des droits peuvent décider de divulguer ou non les œuvres posthumes retrouvées dans le patrimoine du défunt.

Si l'œuvre est divulguée au cours de la période de protection, les titulaires ont le bénéfice exclusif des fruits de l'exploitation de cette œuvre posthume et peuvent contester toute exploitation faite sans autorisation au cours de ladite période. À échéance, tombée dans le domaine public, l'œuvre posthume pourra être reproduite, exécutée et communiquée librement par toute personne intéressée.

Si l'œuvre n'est pas divulguée durant la période de protection, quelles sont les conséquences de l'expiration du délai légal ? À cet égard, l'auteur Normand Tamaro écrit :

Des familles préféreront sûrement détruire certains documents plutôt que de risquer de les voir tomber dans le domaine public. Peut-être que d'autres se refuseront à toute publication posthume du fait qu'elles ne pourront éventuellement prétendre à aucun droit d'auteur, donc à aucune protection contre des reproductions non autorisées. La *Loi sur le droit d'auteur* aura alors perdu de vue une des fins importantes pour lesquelles existe le droit d'auteur : en retour d'une rémunération, inciter les titulaires de droits à faire profiter la société de nouvelles connaissances.<sup>53</sup>

---

53. Normand TAMARO, précité, note 49, sous le paragraphe 7(2) de la Loi.

Il est effectivement malheureux que les héritiers soient à la fois privés de la protection perpétuelle attachée au choix de ne pas divulguer, et d'une période décente, calculée à partir de sa divulgation, pour retirer les bénéfices économiques liés aux droits exclusifs. Actuellement, les titulaires de droit n'ont d'autres choix que de s'empresse à exploiter les œuvres posthumes au lendemain du décès de l'auteur. Et lorsqu'elles sont retrouvées tardivement, ils peuvent par dépit décider de s'en abstenir.

Autrement, nous oserons croire que le droit commun, et notamment le droit de propriété et le droit au respect de la vie privée, pourront être d'un heureux secours aux familles qui désirent garder le secret des œuvres posthumes, des lettres clandestines de l'auteur défunt.