

# LE DROIT MORAL COMPARÉ : ENTRE PROBLÉMATIQUE CLASSIQUE ET MODERNE†

Jean-Arpad FRANÇAIS\*

*Le Canada présente un visage juridique complexe et original en raison de son histoire composite. Cela se vérifie à travers la présence des droits moraux, droits de conception civiliste s'il en est, dans un système de droit d'auteur relevant a priori de la tradition de common law. Pourtant en dépit des traits respectifs marqués du Canada et de la France dans leur rapport aux droits moraux, les différences ne parviennent pas à surmonter l'épreuve de l'analyse comparée. Cette dernière signale d'importantes nuances à leur égard. L'approche comparative se propose de montrer que ni les droits moraux canadiens ni le droit moral français ne déploient une autonomie complète. Bien plus, l'étude comparée permet de mettre en évidence l'intelligence artificielle systémique des droits moraux, aptes à embrasser l'ère des mutations technologiques universelles.*

*Canada exhibits a genuine and complex legal profile because of its composite history. This is verified by the very presence of moral rights, in essence civilian, in an author's rights system in theory pertaining to the common law tradition. Notwithstanding the strong respective features of Canada and France that characterise their relationship to moral rights, the differences weaken when exposed to a comparative analysis. The latter displays important nuances regarding them. The comparative approach offers to show that neither the French droit moral nor the Canadian moral rights deploy a complete autonomy. Moreover, the comparative study allows to highlight the systemic artificial intelligence of moral rights, apt to embrace the era of universal technological mutations.*

## Introduction

### 1. La nature complexe du droit d'auteur canadien

#### 1.1 La diversité des influences au sein du droit d'auteur canadien

#### 1.2 Les différences entre droit moral canadien et droit moral français

### 2. La nature complexe du droit moral

#### 2.1 L'insaisissabilité relative du droit moral

#### 2.2 L'évolution normative du droit d'auteur

##### 2.2.1 L'apparition d'objets de DPI "hybrides"

##### 2.2.2 Une nouvelle rationalité pour le droit moral

## Bibliographie

Ouvrages, études, monographies, congrès, colloques

Articles de doctrine

## Introduction

Le concept de droit moral nourrit un véritable feu de passion tant il semble incarner l'opposition entre les deux grandes traditions de la propriété intellectuelle<sup>1</sup>.

Dans la tradition continentale ou romaine, le régime juridique place en son centre l'auteur dont l'œuvre n'en constitue que le prolongement, reflet de sa subjectivité profonde.

Dans la tradition anglo-saxonne, la place d'honneur revient à l'œuvre dont l'auteur détient les droits au titre de rétribution temporaire et relative. Le droit moral y est donc étranger, métèque de la cité économique puisque de nature extra-patrimoniale, il échappe aux règles du marché.

Cependant il devient de plus en plus ardu d'envisager une compartimentation quasi-étanche entre les traditions à l'heure où la spatialité et la temporalité sont remises en cause par les nouvelles technologies de l'information : les rapports humains sont ramenés à l'instantanéité alors que les frontières ne résistent plus à la circulation des données informationnelles<sup>2</sup>. Il se noue à notre époque des liens fascinants entre les concepts d'information et de tradition. Tout d'abord on reconnaîtra que la tradition vit de l'information et de la transmission de celle-ci aux générations successives. Ensuite on reconnaîtra également que pour les raisons évoquées on assiste à l'avènement d'une tradition de l'information. Par ailleurs, il est sans doute important de mentionner que l'économie libérale est essentiellement une économie fondée sur l'échange d'information<sup>3</sup>.

Dans ce mouvement général, la propriété intellectuelle est sollicitée de toutes parts pour tenter d'apporter des solutions aux problèmes que rencontrent les intérêts informationnels quelque peu tiraillés entre leur nature individuelle et collective. Une partie croissante de la doctrine internationale s'efforce de théoriser le phénomène en rappelant que les distinctions traditionnelles tendent à s'estomper, voire ne sont qu'une vue de l'esprit<sup>4</sup>.

La présence de droits moraux dans des pays dont ce n'est pas la tradition abonde dans ce sens. Cette incongruité, lorsque interprétée comme telle, a donné lieu à différentes tentatives d'explication. On a ainsi pu recourir au romantisme<sup>5</sup>, à l'histoire et à l'anthropologie<sup>6</sup> ou encore à l'analyse économique du droit<sup>7</sup> afin de justifier de l'existence de droits moraux hors de leur sphère d'attache. A nos yeux l'importance de la tradition pourrait aussi fournir l'assiette de la légitimité que mériterait le droit moral. Ce qui différencie l'homme des Dieux et des mouches est la culture, affirme Kronman : “[h]uman beings do inhabit other worlds, the worlds of life [that of “flies”] and thought [that of “Gods”]. But they are not alone in them, as they are in the world of culture. The world of culture is our own, and no one else's, and that is why I say there is a special connection between it and our identity as human beings”<sup>8</sup>. Pour Kronman le monde de la culture est composé de deux traits essentiels :

The first is the cumulative, or potential cumulative, character of its achievements. The longevity of the artifacts that at any given moment constitute the world of culture make it possible for one generation to build upon the work of its predecessors, to refine their accomplishments and to extend them, thereby passing on to its successors a world richer and more finished than the one it inherited. [...] The second is its destructibility. [...] It is destructible because the things it contains, if left to themselves and not purposefully kept up, will all eventually deteriorate, returning, if they are physical objects, to the natural materials from which they were composed<sup>9</sup>.

Dans l'idée de Kronman, la tradition, la culture, sont autant de signes, d'informations qu'il faut encourager et préserver au nom de l'humanité, du principe ontologique. Le droit moral a dans cette perspective un rôle important à assurer, celui de gardien de la permanence et de l'intégrité de l'information dont a besoin la tradition : “[i]l y a de l'intérêt général que l'individualité des œuvres soit efficacement protégée”<sup>10</sup>. Mme Gendreau écrit à ce sujet “[qu]’un des motifs que l’on invoque souvent pour justifier l'existence du droit moral tient à ce que ce droit permet de promouvoir la constitution d'un patrimoine culturel qui correspond véritablement à la production artistique des créateurs. Il y aurait donc là convergence des intérêts privés et publics, voire la promotion des intérêts publics par le truchement de celle des intérêts privés. Cette relation est peut-être, d'ailleurs, la clef de voûte de toute la propriété intellectuelle”<sup>11</sup>.

Ainsi, de la tradition à la culture, n'y aurait-il qu'un pas à franchir, celui de l'identité. Le droit moral peut alors aussi devenir le vecteur privilégié et l'incarnation d'une identité culturelle forte.

Une comparaison du droit moral tel que conçu au Canada et en France pourrait en l'absence de ces remarques ne promettre être qu'une étude sur les différences - et les possibles similitudes - entre traditions de pays de Copyright et pays de Droit d'Auteur. Pourtant on s'apercevra que le droit d'auteur canadien présente une certaine complexité qui lui confère une nature particulière et qui rend malaisé son classement selon la dichotomie traditionnelle déjà malmenée. Subséquemment, cette démarche permet d'appréhender avec plus d'acuité les différences qui existent entre le droit moral de conception canadienne et celui de conception française (I). La dialectique qui s'opère au moment de la comparaison des conceptions systémiques des droits moraux fait ressortir somme toute la nature complexe du droit moral (II). L'étude vise à montrer par le biais de l'analyse comparée qu'en dépit de l'identité marquée de chaque conception nationale, le droit moral fait montre d'une intelligence cybernétique et transcendante qui rassurera à la fois ses partisans et ses détracteurs.

## **1. La nature complexe du droit d'auteur canadien**

L'exposé des sources de cette complexité, largement fondée sur une pluralité d'influences juridiques, est utilement dressé aux fins de saisir avec le plus de fidélité possible les différences qui existent entre les droits moraux canadiens et français.

### **1.1 La diversité des influences au sein du droit d'auteur canadien**

On aurait tort de croire que le système de droit d'auteur canadien ressortit simplement à la tradition de Copyright. Bien au contraire ce système est le résultat d'influences diverses, enchevêtrées, interagissant les unes avec les autres et qu'il convient de distinguer.

D'emblée, il est intéressant de remarquer qu'au sein même de la tradition de *common law*, une nuance importante doit être faite entre ce que M. Cornish appelle le "système britannique" et le "système américain"<sup>12</sup>. Ce dernier a emprunté très tôt un parcours historique autonome malgré l'origine commune au système anglais<sup>13</sup>. Le "système britannique", quant à lui, s'articulait principalement autour de la législation impériale sur le *copyright* de 1911 et s'étendait aux colonies et dépendances, ainsi qu'aux territoires devenus États du *Commonwealth*. Pour M. Cornish deux facteurs importants expliquent la distinction entre ces deux systèmes :

Il est clair que l'un de ces facteurs tient au fait que le Royaume-Uni fut l'un des États fondateurs de la Convention de Berne et, à ce titre, en a assimilé en grande partie l'esprit pendant un siècle avant d'être rejoint par les États-Unis d'Amérique. [...] Mais le facteur le plus important tient au fait que le pouvoir du Congrès américain de légiférer en matière de *copyright* est limité : il peut promouvoir les progrès de la science et les techniques en garantissant aux auteurs pendant un délai limité le droit exclusif à leurs écrits. Si le Congrès souhaite franchir cette limite, il doit justifier son action en vertu d'un autre pouvoir et recourir par exemple à la disposition constitutionnelle relative au commerce. Le Royaume-Uni, en revanche, dispose d'un Parlement souverain dont les pouvoirs ne dépendent que des prérogatives qu'il a concédées en vertu des traités européens, et dans les États du *Commonwealth* dotés d'une constitution écrite le gouvernement central est habilité d'une façon générale à établir des lois de propriété intellectuelle<sup>14</sup>.

Le Canada en tant que colonie britannique a donc d'abord été assujéti au droit impérial, puis, suite au développement d'un principe conventionnel d'indépendance des colonies, s'est contenté de subir l'influence du droit impérial au point que la *Loi sur le Droit d'Auteur* de 1924 a été présentée comme "la fille spirituelle de la Loi britannique de 1911"<sup>15</sup>. Cependant il ne faut pas minimiser l'autonomie du système canadien par rapport au droit britannique<sup>16</sup>.

Ainsi, on notera, sous l'éclairage de M. Hayhurst, que le Bas-Canada en 1832 s'est inspiré, malgré l'influence civiliste, du modèle du *copyright* des Etats-Unis pour l'élaboration d'un Statut relatif à la protection de certaines créations<sup>17</sup>. L'influence du modèle états-unien se poursuivra au cours de l'histoire législative du Canada, et ce, jusqu'en 1921<sup>18</sup>.

De même, il est remarquable que le droit canadien ait très tôt assimilé l'esprit de la Convention de Berne [ci-après " Berne "]. En effet, le Canada a été le premier pays de *common law* à adhérer à Berne et à transcrire dans son droit interne en 1931<sup>19</sup> une protection formelle du droit moral tel qu'introduit dans la Convention de Berne par l'Acte de Rome de 1928. C'est à ce titre que Berne est souvent présentée comme une manifestation importante, notamment à travers son article 6 *bis* relatif au droit moral, de la tradition civiliste<sup>20</sup>. M. Françon écrit à ce propos :

[La Convention de Berne], qui date de 1886, a été dans une large mesure influencée par la conception civiliste du droit d'auteur, car les pays qui se réclament de cette conception ont été largement majoritaires parmi les fondateurs de la Convention. Cette Convention en effet se caractérise en particulier par le fait que la protection du droit d'auteur y est assurée sans formalités et par le fait aussi que le droit d'auteur y comporte une certaine protection du droit moral, à côté de celle des droits pécuniaires<sup>21</sup>.

Par conséquent, l'adhésion à Berne implique une forme d'adhésion à la tradition de droit continental<sup>22</sup>. Cela n'est pas étonnant dans la mesure où la tradition de droit civil n'est pas absente au Canada. M. Dworkin note dans ce sens que "[a]lthough primarily a *common law* country [Canada's] laws have been influenced by the civil law principles of Québec. The most senior judges in Canada are drawn from both jurisdictions; their background is sometimes reflected in their legal analyses [...]"<sup>23</sup>. Par ailleurs, en menant une analyse interprétative du droit d'auteur canadien à la lueur du Code civil québécois, Mme Gendreau estime que "[l]a conclusion qui s'impose au sujet de la qualification quant à la nature du droit d'auteur en fonction des doctrines civilistes est manifeste : le législateur québécois prendrait parti en faveur de la conception dualiste du droit d'auteur"<sup>24</sup>. De fait, il y aurait concordance avec le droit d'auteur français et sa doctrine prédominante<sup>25</sup>. L'auteur indique cependant qu'il y a une affinité plus importante avec le système français lorsque la matière relève de la compétence provinciale du Québec. En revanche, cela cesse lorsque la matière, à savoir le droit d'auteur, relève de la compétence fédérale même " [s']il serait trop facile de nier toute influence du droit français sur le développement d'un droit de compétence fédérale quand le droit français en est le porte-drapeau"<sup>26</sup>. Par conséquent, on pourrait induire qu'il y a au sein du système canadien certaines divergences potentielles entre le droit fédéral et le droit québécois en ce qui concerne le droit d'auteur<sup>27</sup>.

Ainsi les divergences ne doivent pas nécessairement être écartées en raison du principe constitutionnel de partage des compétences législatives dans la mesure où, selon la conception retenue, une composante du droit d'auteur, en l'occurrence le droit moral, pourrait relever à la fois de la compétence fédérale et de la compétence provinciale. Tel serait le cas si on considérait le droit moral comme un droit de la personnalité<sup>28</sup>. A ce sujet, Mme Gendreau envisage l'exemple de la photographie, œuvre à propos de laquelle la *Loi sur le droit d'auteur* définit son auteur comme

le propriétaire, au moment de la confection, du cliché initial ou de la planche ou, lorsqu'il n'y a pas de cliché ou de planche, de l'original [...] (art.10-2 LDA).

La question que soulève l'auteur est celle de savoir s'il n'y aurait pas un risque de conflit eu égard aux intérêts personnalistes de l'artiste, qui n'est pas considéré comme l'auteur de l'œuvre, mais qui seraient néanmoins susceptibles d'être protégés par les dispositions du code civil du Québec : "[i]f he cannot avail himself of the moral rights in the *Copyright Act*, can the real author of the photograph rely on, say, article 55 (right to the respect of his name), article 36(6) (right to control his manuscripts or other personal documents) or article 3 (right to the respect of his reputation) of the Civil Code of Québec to protect his personal interests concomitantly with the author designated by the *Copyright Act* who relies on the moral rights in the Act?"<sup>29</sup>

Les réponses à ces différentes questions ne s'avèrent pas aisées en raison des diverses influences qui coexistent au sein du droit d'auteur canadien, chaque influence correspondant elle-même à une conception incertaine du fait de son interaction avec les autres. C'est à ce titre que le système de droit d'auteur canadien est volontiers présenté comme un "droit mixte"<sup>30</sup> ou encore comme un "pont" entre le droit de tradition civiliste et le droit de tradition anglo-saxonne<sup>31</sup>. Cette mixité plurielle et la structure complexe de ce "pont" sont utiles pour expliquer les différences particulières qui peuvent exister entre les droits d'auteur canadien et français en matière de droit moral. Dès lors on s'attend à rencontrer des différences d'autant plus marquées par leur subtilité que l'on aura compris que les deux droits nationaux ne peuvent être opposés dans la perspective binaire traditionnelle.

## 1.2 Les différences entre droit moral canadien et droit moral français

Nous ne procéderons pas à une analyse exhaustive des différences entre les droits d'auteur canadien et français eu égard au droit moral puisque la question a été largement et savamment traitée par la doctrine<sup>32</sup>. Pour les besoins de cette étude, il est néanmoins nécessaire de retracer leurs traits dominants dans toute leur finesse.

Du moment de l'adoption de Berne et sa transcription dans la loi telle que critiquée par la doctrine<sup>33</sup> à celui des amendements apportés en 1988 à la *Loi sur le Droit d'auteur* [ci-après "LDA"] et de la "phase II" de révision de la loi en 1997<sup>34</sup>, le système de droit d'auteur canadien n'apparaît plus comme appartenant à ces systèmes de copyright "qui ne connaissaient pas la doctrine du droit moral en tant qu'ensemble cohérent de règles intégrées dans l'orbite de la propriété littéraire et artistique", selon le point de vue français de MM. Lucas<sup>35</sup>. Pourtant, une limitation notable y a été apportée: "[à] n'en pas douter, les nouvelles dispositions canadiennes sur le droit moral n'ont pas grand-chose en commun avec celles du Code de la propriété incorporelle<sup>36</sup>. Cela ne saurait être en soi un reproche, car chaque droit est appelé à connaître sa propre histoire"<sup>37</sup>. Cette conclusion a été établie à partir des nombreuses différences de forme et de fond que signale son auteur<sup>38</sup>.

En ce qui a trait à la forme il a été remarqué que la loi canadienne n'énonce pas, contrairement à la loi française, de principe général (art. L.111-1 CPI) et présente les droits moraux selon une délimitation stricte et précise. Ensuite, le droit moral n'est pas présenté dans son unité. Au contraire, c'est une conception analytique du droit moral qui prévaut: "[...] on ne parle pas du *droit moral*, qui serait composé de plusieurs prérogatives, mais de *droits moraux*. Cela diminue la force de l'institution"<sup>39</sup>. Enfin on constate que la loi canadienne traite d'abord des droits patrimoniaux puis des droits moraux alors que dans le CPI le chapitre consacré aux droits moraux précède celui consacré aux droits pécuniaires. Pour M. Françon, "cela prouve l'importance particulière que le législateur accorde aux droits moraux"<sup>40</sup>.

Eu égard au fond, les différences sont nombreuses. En premier lieu, on constate que la loi canadienne ne consacre que des attributs minimaux du droit moral, à savoir le droit à l'intégrité et le droit à la paternité de l'œuvre. Qui plus est, ces attributs sont conditionnels puisque le droit à la paternité est sujet "aux usages raisonnables" (art. 14.1 (1) LDA) et le droit à l'intégrité est sujet à deux conditions. La première peut être subdivisée en deux sous-conditions en vertu de l'art 28.1 LDA: il faut qu'il y ait un acte de déformation, mutilation ou modification de l'œuvre et/ou un acte d'utilisation de l'œuvre "en liaison avec une cause, un service ou une institution" [*idem*]. En ce qui concerne la condition relative à la déformation, mutilation ou modification, on s'aperçoit que celle-ci est de nature relativement stricte puisque limitée par l'art. 28.2 (3) qui exclut - de façon non systématique cependant - ces qualifications selon les cas énumérés (changement de lieu, du cadre d'exposition de l'œuvre ou de la structure qui la contient, mesures de restauration ou de conservation de l'œuvre prises de bonne foi - qui est présumée). La seconde condition établit qu'une fois ces actes caractérisés, il faut encore qu'ils aient été préjudiciables à la réputation ou à l'honneur de l'auteur. C'est un fardeau de la preuve que n'impose pas la loi française et que d'aucuns estiment lourd à porter<sup>41</sup>. L'absence de cette condition dans le système français - mais pas uniquement - par contraste fait apparaître les approches qui la prévoient comme ressortissant "à un concept plus que minimaliste du droit moral"<sup>42</sup>, tel qu'adopté par l'art. 6 *bis* de Berne<sup>43</sup>.

En deuxième lieu, le caractère temporaire des droits moraux au Canada les démarque de leurs homologues français et perpétuels. De plus, la LDA ne prévoit pas le cas de la vacance

successorale alors que l'art. L. 121-3, deuxième paragraphe, CPI prévoit que l'Etat pourra défendre les intérêts moraux de l'auteur décédé<sup>44</sup>.

En troisième lieu, si l'incessibilité des droits moraux est affirmée dans les deux pays, il est patent de constater que celle-ci est "aménageable" au Canada dont la loi autorise un principe de renonciation. Au surplus, la LDA ne prévoit pas l'exigence d'un écrit alors que cela est obligatoire pour la cession de droits pécuniaires (art. 13 (4) LDA).

En quatrième lieu, l'art. 28.2 (2) introduit une différence par rapport au droit français dans la mesure où il établit une distinction favorable aux "beaux-arts". En effet "toute déformation, mutilation ou autre modification d'une peinture, d'une sculpture ou d'une gravure est réputée préjudiciable au sens du paragraphe (1)". Le caractère absolu de cette présomption (emploi du terme "réputée") conduit à discriminer selon le type d'œuvre à l'égard duquel est invoqué le droit moral. *A priori* cela semble aller à l'encontre du principe français de l'unité de l'art<sup>45</sup>.

En avant-dernier lieu, on évoquera l'existence reconnue d'un droit de divulgation qui est protégé indirectement à travers l'art. 3 de la LDA qui prévoit un droit de publication. Il a donc été considéré que le droit de divulgation était effectivement protégé même si sa mise en œuvre empruntait des modalités afférentes à un droit patrimonial<sup>46</sup>. Cependant il n'est pas permis d'affirmer que ce droit répond au souci de protéger la personnalité de l'auteur puisqu'il est susceptible d'appartenir au titulaire des droits d'auteur, personne que l'on doit distinguer de l'auteur. De fait, "le droit de divulgation "à la canadienne" se distingue nettement des droits moraux qui sont reconnus par le législateur"<sup>47</sup> et par conséquent du droit moral français.

En dernier lieu, on fera état de la question des sanctions de l'atteinte au droit moral. En France, il semble que la sanction pénale soit disponible en matière de droit moral<sup>48</sup>. Cela introduit donc une différence vis-à-vis du droit canadien qui néanmoins paraît aussi prévoir des sanctions pénales en matière de droits moraux pour certaines œuvres particulières<sup>49</sup>.

Ces différents exemples démontrent avec pertinence l'autonomie des droits moraux canadiens par rapport à leur équivalent français. Pourtant l'existence de nuances et de points de similarités entre les deux conceptions lorsque mises côte à côte laisse à penser que les droits moraux *per se* présentent une nature complexe. Ainsi, si la comparaison du droit canadien et du droit français permet de saisir l'originalité des droits moraux au Canada, elle n'en permet pas moins, eu égard aux nuances qu'elle est aussi susceptible de dégager, et au travers de ces dernières, de rendre compte du caractère non fini de la question du droit moral<sup>50</sup>.

## **2. La nature complexe du droit moral**

L'hypothèse de travail que nous nous proposons de suivre consiste à rechercher s'il est possible d'identifier une théorie homogène du droit moral. Or par le biais de l'approche comparée, force sera de constater que des "zones grises" existent lorsqu'on envisage les différences entre les conceptions canadienne et française du droit moral. Elles reflètent en réalité les limites de la théorie du droit moral qui ne parvient pas, quel que soit le point de vue duquel on se place, à opposer une intégrité complète en dépit du fait que les deux pays en question dispose chacun d'une identité propre forte dans le traitement national du droit moral (A). Toutefois, une certaine cohérence semble relier l'ensemble de ces nuances, cohérence qui pourrait indiquer l'émergence d'une rationalité nouvelle pour le droit moral (B).

### **2.1 L'insaisissabilité relative du droit moral**

La comparaison des deux systèmes de droit laisse transparaître une certaine difficulté à distinguer clairement et complètement les approches respectives du droit moral. La nature symbiotique du droit d'auteur canadien fournit une explication lorsqu'on se place du point de vue canadien mais ce n'est plus le cas dès lors que l'on occupe la position française.

Ainsi, à partir de la perspective canadienne plusieurs nuances se dressent au contact du droit français. Nous avons évoqué plus haut plusieurs exemples de disparité entre les deux systèmes au plan de la forme et du fond. A propos de la forme, il a été souligné que contrairement au droit français, la conception du droit moral canadien était éminemment analytique. Pourtant cette différence formelle ne se retrouve pas quant au fond, lequel est susceptible de présenter

pour sa part un aspect singulièrement synthétique. A. Dietz voit dans ce synthétisme la base commune aux conceptions moniste et dualiste du droit moral. Dans la théorie moniste l'aspect de propriété et l'aspect personnel se fondent l'un dans l'autre. Dans la théorie dualiste les droits moraux et les droits patrimoniaux sont distincts et indépendants les uns des autres. Néanmoins, selon M. Dietz, " c'est le droit d'auteur en entier qui sert à protéger les intérêts intellectuels et moraux ainsi que les intérêts économiques de l'auteur "51. Il prend l'exemple de l'art. L.111-1 du CPI qui dispose que *l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusive, et que ce droit comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial, qui sont déterminés par la loi*, et de déclarer : " [d]éjà la formulation de la loi confirme, en conséquence, qu'au début il y a un seul droit compréhensif comportant certains attributs de nature différente " 52.

La position de Mme Gendreau ne diverge pas de ce qui précède lorsque l'auteur reconnaît dans le système de droit d'auteur canadien à la fois un dualisme et un synthétisme :

Même si une certaine interdépendance des deux catégories de droits (droits patrimoniaux et droits moraux) est nécessaire pour assurer la cohésion du système global de protection des œuvres, chacune demeure fortement autonome. La simple évocation du terme "droit d'auteur" en droit canadien doit dorénavant conduire à l'identifier en fonction des deux types de prérogatives 53.

Ainsi certains ont pu voir dans la différence de durée de protection des droits patrimoniaux et du droit moral la confirmation de la thèse dualiste54. En France le droit moral est perpétuel tandis que les droits patrimoniaux sont protégés 70 ans *post mortem auctoris*. *A contrario* un alignement des durées de protection des deux types de droits témoigne d'un système unifié. Or c'est ce à quoi tend l'art. 14-2 LDA en établissant que *les droits moraux sur une œuvre ont la même durée que le droit d'auteur sur celle-ci*.

On a aussi reconnu la thèse dualiste à travers la différence de régime de dévolution successorale propre à chaque type de droits à la mort de l'auteur55. Or cette différence n'existe pas dans la LDA puisque seule est traitée la question de la dévolution successorale du droit moral à la mort de l'auteur - la LDA ne prévoit rien en ce qui concerne les droits économiques et leur sort lors de la succession. Au surplus, l'art. 14-2 §2) LDA unifie les droits moraux et les droits économiques en l'absence de disposition testamentaire expresse. En effet dans ce cas les droits moraux sont présumés suivre les droits économiques.

La question des sanctions s'inscrit également, en dépit de certaines réserves, dans cette tendance. Mme Gendreau écrit56 :

The list of remedies themselves is a near duplication of the one for infringements of economic rights[57]. [...] At the same time, the great similarity between the remedies for infringement reinforces both the unity and the disjunction of Canadian copyright. That Parliament has determined to list the same remedies demonstrates a willingness to put moral rights on the same footing as economic rights. The decision to repeat them in a separate provision, however, betrays the inability to fuse both notions in one copyright concept. Nevertheless, it is encouraging to note that the limitation period is the same for both types of infringements58 and that the similarity is the result of an amendment that removed the specification of "copyright" infringement.

Il est utile de remarquer par ailleurs qu'en contraste le dualisme "à la française" subit un "tempérament", comme le note M. Strowel : " le principe de la prépondérance du droit moral. Primauté qui se manifesterait à trois niveaux : possibilité de s'écarter des règles du droit commun en matière de contrat ( droit de repentir, art. L. 121-4 CPI), possibilité de porter atteinte au régime de la propriété (droit d'accès, art. L. 111-3 CPI) et, en matière de régimes matrimoniaux, exclusion des droits d'auteur des biens communs (art. L. 121-9 CPI) "59. On pourrait aussi ajouter à cette liste la possibilité de sanctions pénales en cas d'atteinte au droit

moral [*supra*] et le caractère d'ordre public du droit moral [*infra*] qui confirment la prépondérance du droit moral en France.

“ L'unité ”, “ l'interdépendance ” qui relient les deux catégories de droits semblent aussi pouvoir être formellement découvertes à l'art. 2 (b) de la *Loi sur le statut de l'artiste* [*supra*] dans la mesure où le “ rôle de premier plan ” de l'artiste est reconnu. Or il est digne de remarquer qu'en vertu de son art. 6 (2) b) i) “ l'artiste ” est assimilé à un *auteur d'œuvres artistiques, littéraires, dramatiques ou musicales au sens de la LDA*. Il serait intéressant de voir dans quelle mesure on pourrait faire jouer à ce texte de loi le même rôle que tient l'art. L.111-1 du CPI<sup>60</sup>. Au surplus, on rappellera que cette interdépendance est paradoxalement prégnante dans un pays de tradition de *common law* où “[c]’est en exploitant toutes les ressources des droits patrimoniaux que le droit [...] peut compenser en partie l'absence du droit moral spécifique ”<sup>61</sup>.

Par conséquent, il n'est plus aussi évident de déclarer l'intérêt personnel de l'auteur comme complètement séparé des autres intérêts, voire d'identifier une différence sans nuances entre les approches française et canadienne. Un raisonnement par l'absurde est susceptible de renforcer cette vue. Il implique l'art. 28.2 (1) de la LDA qui associe étroitement et explicitement le droit à l'intégrité à l'honneur et à la réputation, de sorte que ce droit moral ne pourra être valablement invoqué que s'il est démontré qu'il leur a été porté atteinte. Il semble qu'implicitement ce soient encore l'honneur et la réputation qui sous-tendent le droit à la paternité dans son exercice tant positif que négatif<sup>62</sup>. Pourtant s'il l'on conçoit, non sans difficulté, que l'on puisse renoncer - comme le prévoit l'art. 14.1 (2) de la LDA - à sa réputation, il devient absurde de considérer que l'honneur d'une personne pourrait faire l'objet d'une renonciation. Dès lors deux conclusions s'imposent : d'une part, si tel est le cas, alors le droit moral ne peut pas être confondu avec l'honneur ou la réputation ; d'autre part, et de fait, le droit moral ne peut être confondu qu'avec la personnalité de l'auteur. En effet, seul l'auteur peut prétendre à son droit moral alors que quiconque peut prétendre à son honneur et à sa réputation. En d'autres termes, il faut clairement faire le départ entre la personnalité de l'auteur, c'est-à-dire son identité originale, d'une part et les droits de la personnalité tels que délimités par le droit positif d'autre part. C'est la position adoptée par la jurisprudence française lorsqu'elle a clairement établi la distinction entre le droit moral et la réputation d'une part<sup>63</sup> et le droit moral et les autres droits de la personnalité d'autre part<sup>64</sup>. Il faut ensuite insister sur le fait que si le droit moral protège avant tout l'auteur ce n'est qu'avec la médiation de l'œuvre<sup>65</sup>. En introduisant les paramètres de la réputation et de l'honneur, on a rompu le couple œuvre-auteur au risque de saper la raison d'être du droit d'auteur. On ne s'étonnera pas de cette rupture qui est aisément expliquée par la concession faite aux pays de copyright dans l'énoncé de l'art. 6 *bis* de la Convention de Berne : l'importation regrettable de règles de *common law*, notamment celles relatives à la diffamation, ne pouvait que diluer l'intégrité logique du droit d'auteur. Pourtant, il est difficile de résister à la tentation de voir dans l'arrêt *Snow c. The Eaton Centre Ltd. et al.*<sup>66</sup> une forme de recomposition du couple. Dans cette affaire le juge a rejeté l'argument visant à associer l'exercice du droit moral à une action de *libel* ou de *slander*. Mieux encore, le juge a reconnu qu'il appartenait à l'auteur lui-même de déterminer ce qui pouvait constituer un préjudice à son honneur et sa réputation, quitte pour l'auteur de se montrer raisonnable. Implicitement se dégage l'idée que seul l'auteur est à même de dire ce que constitue son œuvre et la façon dont elle devrait se structurer, se construire intellectuellement au moment de sa perception extérieure. Cette approche est cohérente avec la position qui consiste à considérer que “[l]e recours à la théorie des droits de la personnalité peut se révéler dangereux. Le risque est de voir le droit moral se fondre peu à peu dans une “nébuleuse” ”<sup>67</sup>.

De façon inverse, la perspective française au contact du droit canadien pourra donc aussi s'avérer utile pour relever des nuances supplémentaires quant aux différences entre les deux systèmes. L'approche du droit moral par le droit français est volontiers dépeinte comme la plus large au plan international ainsi que l'a démontré l'affaire *Huston*<sup>68</sup> et que le reconnaît la doctrine<sup>69</sup>. Pourtant, cela ne correspond pas à une réalité absolue tant la question de l'abus de droit moral est venue y apporter certaines atténuations d'importance.

Une double curiosité s'attache à la question de l'abus de droit moral : la première a trait au fait que c'est la théorie de l'abus de droit qui est à l'origine du droit moral dans le droit français<sup>70</sup> ; la seconde réside dans le fait que le droit moral a été juridiquement consacré par



un processus de création jurisprudentielle basé sur une casuistique juridique qui appartient en principe à la tradition de *common law*. Mme Swack, se référant à E. J. Damich, associe la

démarche casuistique à la théorie dualiste :

In France, dualism prevailed because each element of *droit moral* had to be judicially granted through real controversies between parties. Thus, in France, the “rights of personality” worked to solve “concrete controversies by [the process of] inductive [reasoning]”. [...] The emphasis here [the monist system of moral rights] is based on the “philosophical justification of a general right of personality and the identification of rights that flowed from its definition”. In the monist view of personality rights, “specific rights flow by a process of deductive reasoning” [71](#).

Il n'est donc pas surprenant de retrouver l'abus de droit au sein du débat sur le droit moral. Si une partie de la doctrine défendant la conception personnaliste du droit d'auteur admet néanmoins que le droit moral n'est pas un droit potestatif<sup>72</sup>, la question de l'abus de droit moral a provoqué des réactions par ailleurs<sup>73</sup>. Ces dernières stigmatisent la contradiction qu'il y aurait à contrôler l'exercice d'un droit qui se confond avec la subjectivité profonde de son titulaire. En dépit d'un arrêt de la Cour de Cassation affirmant le caractère discrétionnaire de l'exercice du droit moral<sup>74</sup>, il est admis que le caractère absolu du droit moral n'est pas retenu par la jurisprudence dominante en l'absence d'indication contraire de la loi<sup>75</sup>.

Ce qui doit retenir notre attention n'est pas la question de savoir si le droit moral est un droit discrétionnaire<sup>76</sup> ou non mais plutôt les contradictions qu'a entraîné la question de l'abus de droit et l'interprétation qui doit être faite de cette jurisprudence établie.

Les contradictions apparaissent de la façon suivante : la théorie de l'abus de droit vient en théorie corriger l'exercice régulier d'un droit qui s'est avéré contraire à la Justice<sup>77</sup>. A cet égard la présentation et l'exemple qui suivent permettent d'illustrer le principe :

Initially, “abuse” of moral rights meant the invocation of moral rights for a specious purpose. In *Jamin et Rempler c. Canal*<sup>78</sup>, the court determined that the pecuniary rights in a work created by an author during his marriage will be considered community property, which can therefore be divided upon dissolution of his marriage. In making this determination, the court noted that the author in such a situation retains his moral rights in the work, but cannot exercise them if his motive is the “vexation” of his former spouse<sup>79</sup>.

La conception large du droit moral à la française doit donc être la cause même de la nécessité de l'intervention d'un mécanisme correcteur. En effet, une conception opposée enferme l'exercice du droit moral dans un cadre strict, voire analytique comme c'est le cas dans le système canadien - ce qui a pour effet d'exclure toute possibilité d'abus<sup>80</sup>. Or il est saisissant de constater que ces mêmes conditions strictes sont invoquées par ceux qui défendent une conception subjective forte du droit moral pour rejeter l'application de la théorie de l'abus de droit au droit moral. Ainsi, “[o]utre son caractère personnaliste et individualiste”, apprend-on que “*le droit moral est défini de manière très stricte* par la loi du 11 mars 1957 qui pose des conditions précises et d'interprétation étroite à son exercice, de sorte qu'un contrôle de l'abus ne semble guère indispensable” [souligné par nous]<sup>81</sup>.

La loi pose en effet des conditions précises à l'exercice des droits moraux. L'art. 121-4 CPI prévoit par exemple que l'exercice du droit de retrait ou de repentir ne peut intervenir que si l'auteur a au préalable indemnisé le cessionnaire de l'œuvre du préjudice que le repentir ou le retrait peut lui causer. De plus, si l'auteur décide de remettre l'œuvre en circulation sur le marché postérieurement à l'exercice de son droit de repentir ou de retrait, il sera tenu d'offrir par priorité ses droits d'exploitation au cessionnaire qu'il avait originellement choisi et aux conditions originellement déterminées. La loi prévoit elle-même les conditions et les critères de l'abus dans l'usage ou le non-usage du droit de divulgation de la part des représentants de l'auteur décédé (art. 121-3 CPI). La jurisprudence est venue interpréter les conditions d'application de l'ensemble des dispositions relatives au droit moral. De façon générale elle s'est attachée à veiller à ce que l'exercice des droits moraux ne dépasse pas les limites précises

assignées au droit moral. Ainsi, par exemple, dans l'affaire *Martin-Caille c. Bergerot*<sup>82</sup> a été affirmée la distinction entre le droit moral de l'artiste et sa réputation commerciale. En l'espèce l'artiste avait cru pouvoir fonder sur son droit moral une créance vis-à-vis d'un marchand d'Art dont l'obligation aurait été de n'agir sur le marché de l'Art que de manière à protéger la "cote" de l'artiste et ses intérêts pécuniaires. La Cour a établi que la "cote" de l'artiste ne pouvait être confondue avec son droit moral. De même, dans l'affaire *Assoc. la Fraternité blanche universelle c. Boizeau et autre*<sup>83</sup>, la Cour a établi la nette distinction entre le droit moral et les autres droits de la personnalité. L'espèce mettait en cause une association qui avait pour objet de propager l'enseignement et de défendre la mémoire de son fondateur M. Mikkael Aivanhov. Cet auteur avait par testament investi l'association de son droit moral sur ses œuvres littéraires conformément à l'art. L. 121-1 CPI. L'association avait invoqué le droit moral de l'auteur après qu'une revue ait publié un article désobligeant à l'égard d'Aivanhov. Les juges ont souligné l'extranéité du droit moral dans ce débat.

Une tentative de dépassement de la contradiction qu'il y a à prétendre à une subjectivité forte et une conception large du droit moral en même temps qu'à des conditions strictes d'exercice du droit a pris corps dans une définition restrictive du caractère discrétionnaire du droit d'auteur : "[l]e droit moral ne peut certainement pas servir à n'importe quelle fin et notamment à éluder systématiquement l'application des règles gouvernant les droits pécuniaires et les engagements contractuels"<sup>84</sup>.

De cet ensemble de propositions se détachent plusieurs remarques. Tout d'abord, on doit arriver à la conclusion que quelle que soit l'approche adoptée à l'égard de la question de l'abus de droit moral, un exercice et un encadrement stricts du droit moral prévalent dans le droit français, que ce soit au titre de la loi ou de la jurisprudence. La question de l'étendue de la conception du droit moral relève d'une problématique distincte. Mais le résultat est un droit moral rassemblé et cohérent qui tire sa force d'une légitimité solidifiée par l'interprétation juridique<sup>85</sup>. Ensuite, de ce constat découle une seconde conclusion : quelle que soit la conception retenue et quel que soit le système juridique – français ou canadien – le droit moral est assujéti à un encadrement strict qui, s'il emprunte des modalités particulières selon le système ou la conception, n'en présente pas moins une intensité relative équivalente.

Quelques autres remarques portant sur l'aménagement contractuel de l'exercice du droit moral apportent un éclairage supplémentaire. Le droit moral est inaliénable que ce soit au Canada ou en France – "les droits moraux sont incessibles", art. 14-1 (2) LDA ; "L'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre. Ce droit est attaché à sa personne. Il est perpétuel, inaliénable et imprescriptible", art. L. 121-1 CPI. Le droit canadien prévoit cependant que la liberté contractuelle s'applique à la renonciation au droit moral (art. 14-1 (2)). On doit admettre que la renonciation constitue dans une certaine mesure une forme d'aliénation<sup>86</sup>. Si bien que la doctrine continentale a pu relativiser le principe d'inaliénabilité en reconnaissant la possibilité d'une renonciation partielle par le biais d'accords contractuels. L'exemple de la cession d'un droit d'adaptation est mis en avant : le transfert d'un tel droit "implique une renonciation partielle à exercer le droit au respect de l'intégrité, dans la mesure des besoins liés à l'adaptation à un autre médium"<sup>87</sup>. L'ALAI lors du congrès d'Anvers a reconnu par la bouche de M. Dietz que "[l]es dispositions concernant le droit d'adaptation et le contrat d'adaptation démontrent donc que le concept d'une inaliénabilité absolue et de l'exclusion de la renonciation totale n'est pas compatible avec les lois sur le droit d'auteur, même des pays avec une protection du droit moral la plus fondamentale"<sup>88</sup>.

La jurisprudence a aussi apporté certains attermoiements au principe d'inaliénabilité absolue. Les affaires *Fantomas*<sup>89</sup> et *Sipa press c. Jonville*<sup>90</sup> vont dans ce sens<sup>91</sup>. Dans la première, la Cour d'appel de Paris a formulé l'attendu suivant :

En se prévalant du caractère inaliénable du droit moral qu'il a sur son œuvre, l'auteur ne saurait s'attribuer le pouvoir de revenir sur des accords compatibles avec ce droit du moment où ils furent librement discutés et conclus ; en décider autrement rendrait impossible l'élaboration de toute œuvre dérivée.

Dans la seconde, la Cour de cassation a précisé que le droit au respect de l'œuvre en interdit toute altération ou modification,

sous réserve des limites que peut apporter au droit moral de l'auteur la nature des conventions conclues par lui au sujet de ses œuvres, limites auxquelles le moyen se réfère de façon inopérante en l'absence de tout accord intervenu à ce sujet.

Pour MM. Lucas cela “ semble témoigner d'un plus grand laxisme à l'égard des conventions abdicatives ”[92](#).

M. Gautier, bien que peu favorable dans l'ensemble à la remise en cause du principe de l'inaliénabilité du droit moral à travers une cession par avance[93](#), estime que l'auteur peut,

*par mandat*, confier l'exercice du droit moral à une personne sûre (ami, société d'auteur, agent), qui aura la charge *d'en discuter ses aménagements* possibles avec les usagers (par ex. des coupures publicitaires ou la numérisation d'une œuvre préexistante) ; cela [l'inaliénabilité] n'empêche pas non plus les conventions relatives à la paternité [contrat “ d'écrivain fantôme ”], pas plus que des accords conclus avec un usager *au moment où celui-ci envisage* par exemple de modifier l'œuvre (faire retoucher la sculpture, colorier ou couper le film...) ou *après* qu'il l'a fait, auquel cas l'on peut raisonner en termes d'une confirmation d'une nullité relative[94](#).

Le phénomène des nouvelles technologies numériques doit dorénavant aussi être pris en considération lorsque l'on s'interroge sur l'inaliénabilité du droit moral. On peut même aller jusqu'à considérer qu'elles sont la principale cause de l'accélération du rythme de cette question. Celle-ci se heurte notamment au problème de la collectivisation du processus créatif de l'œuvre – pluralité d'auteurs – ainsi qu'à sa complexification – pluralité d'éléments créatifs – et à son interactivité. Pour M. Cornish ces caractéristiques de l'œuvre numérique, *i.e.* multimédia, obligent à une certaine modération des règles relatives à l'aménagement contractuel du droit moral[95](#).

L'existence ainsi constatée de certaines nuances fortes quant aux différences entre les deux systèmes juridiques pourrait indiquer, sans pour autant remettre en cause l'identité particulière de chacun des deux pays dans son rapport privilégié au droit moral, l'émergence d'une rationalité transnationale du droit moral.

## **2.2 L'évolution normative du droit d'auteur**

L'essor fulgurant que connaissent les nouvelles technologies a provoqué un phénomène d'apparition d'objets de droit de propriété intellectuelle [ci-après “ DPI ”] d'une nature hybride. Corrélativement cela a eu pour effet de remettre en cause les catégories classiques de propriété intellectuelle ainsi que la sous-catégorie du droit moral (1). La rationalité nouvelle annoncée se pose en réaction à cette évolution normative du droit d'auteur (2).

### **2.2.1 L'apparition d'objets de DPI “ hybrides ”**

L'avènement de la *Société de l'Information* sous l'impulsion des nouvelles technologies numériques et interactives pose pour les juristes des difficultés de taille. Ces derniers s'accordent à penser que les paradigmes traditionnels de la propriété intellectuelle ne sont plus adaptés aux mutations que connaît notre siècle[96](#). Dans un article, “ Legal Hybrids Between the Patent and Copyright Paradigms ”[97](#), M. Reichman propose un modèle adapté à la profusion actuelle de créations n'entrant pas totalement dans les catégories classiques de la propriété intellectuelle. Les meilleurs exemples sont les programmes informatiques et les bases de données. Ces nouvelles créations suscitent des problèmes “ d'existentialisme juridique ” car elles conduisent les catégories classiques à ne plus se reconnaître : “ [s]oftware is too much of a writing to fit comfortably in the patent system, and too much of a machine to fit comfortably in the copyright system ”[98](#).

Mais au-delà de ce problème existentiel, l'arrivée “ d'hybrides ” remettrait en cause l'équilibre établi. Dans la perspective utilitariste cet équilibre est atteint en distinguant les exigences du moment auquel l'entrée des créations dans le domaine public doit s'effectuer. En matière de propriété industrielle (brevet), cette exigence est forte en raison de la présomption d'utilité

sociale de l'invention, d'où une durée de protection courte. Pour garder le caractère incitatif du droit, les critères d'éligibilité à la protection vont être stricts mais associés à une protection large : toute invention similaire est interdite. En matière de propriété littéraire et artistique (copyright, PLA), la présomption est moins importante, d'où une durée de protection plus longue. Pour les mêmes raisons d'incitation, les critères d'éligibilité sont larges mais le champ de la protection est limité : toute expression non-identique est autorisée.

Il s'agit dans le premier cas d'éviter une sous-protection et dans le second, une sur-protection. La question est alors de savoir dans quelle mesure les "hybrides" peuvent intégrer telle ou telle catégorie. Comme le note M. Mackaay, "[a]s between patent and copyright, the higher standards required for the former have driven prospective right-seekers to the latter. Where successful, their efforts led to an adulteration of the proper subject matter of copyright: "personal intellectual creations" cohabit with collective and industrial creations for which the regime was not designed"<sup>99</sup>. Cette situation peut se solder par un état de sur-protection ou de sous-protection puisque dans aucun des cas le critère d'éligibilité à la protection n'est adapté. En d'autre terme l'institution de la propriété intellectuelle, dans ses aspects non-industriels, est soit détournée, car même si les critères sont larges, ils peuvent ne pas être remplis par les "hybrides", soit insuffisante puisque inadaptée. La création de catégorie "*sui generis*" est une réponse aux problèmes que posent ces hybrides. A ce sujet, l'exemple de la directive européenne CE 96-9-CE du 11 mars 1996 relative à la protection juridique des bases de données est éloquent. Ce texte prévoit un droit dont le régime est strictement encadré de façon à traiter dans le sens de l'efficience le phénomène en question : durée courte (25 ans), évaluation trisannuelle de l'impact sur la concurrence (art.16), etc. Il s'agissait ici de corriger un problème de sur-protection : la durée de protection apparaissait singulièrement disproportionnée au regard du faible degré de créativité contenu dans la création d'une base de données.

Au bout du compte, on admettra que ces "hybrides" favorisent le rapprochement entre la propriété industrielle et la propriété littéraire et artistique dans la mesure où il est de moins en moins facile de leur trouver une appartenance au monde de l'Art, monde qui laisse ainsi la place à des "créations" utilitaires et fonctionnelles. Concomitamment, cette tendance favorise l'étiollement de la distinction entre droits patrimoniaux et droits extra-patrimoniaux.

Deux auteurs italiens, MM. Franzosi et de Sanctis, donnent du droit moral la vision suivante :

Moral rights probably embody the essence of the rights of authorship, that is, that very strong bond which links the author to his or her work, since the author is the subject whose personality is impressed on the work in an indestructible way. This justifies the fact that moral rights are not transferable, not renounceable, autonomous from financial rights and accompanied by a right of action aimed at their defence which is absolutely without limitation. These peculiarities represent one of the most pronounced differences from the monopolies which derive from patent protection. The figure of the inventor, compared to that of the author, loses centrality, since the invention, even if gives prestige and reputation to the inventor, does not have any moral or personal implications for him or her at the moment of its realisation by third parties. In a society dominated by technology, the position of moral rights becomes uncertain<sup>100</sup>.

En effet, il est évident que les liens entre la personnalité du créateur et sa création sont fortement distendus en matière "d'hybrides". La distension s'accroît davantage dans les cas où la création est assistée par les nouvelles technologies. On est tenté de penser que le droit moral serait appelé à disparaître comme le suggèrent les deux juristes italiens :

That would be justified not only by the absence of an object to protect, that is, the personality element, but also by the increase of dominant economic interests, which are the root of the creation. The English legislation on copyright recognises the industrial face of the rights of authorship, because, even though introducing some moral rights, it provides that these are not applicable in cases in which either there is an insufficient personality factor, or this personality factor is dominated by the entrepreneurial factor<sup>101</sup>.

Pourtant il n'est pas exclu qu'un système de protection forte du droit moral ait un intérêt, même au plan utilitariste<sup>102</sup>. De plus, la question de l'altération des œuvres va devenir un problème préoccupant avec l'étendue des possibilités d'action sur l'œuvre que facilitent les environnements numériques (échantillonnage, "morphing", manipulation digitale, hyperlien et *framing*, etc.<sup>103</sup>), ce qui ne manquera pas de re-positionner la problématique du droit moral face à ce nouveau contexte<sup>104</sup>. C'est dans ce sens que l'on envisage l'émergence d'une rationalité nouvelle du droit moral.

### 2.2.2 Une nouvelle rationalité pour le droit moral

Nous avons constaté que malgré l'individualité forte de chacun des systèmes, des nuances sensibles entre leurs différences respectives prédominent. De ces nuances se dégage une rationalité commune qui transcende les frontières. Une première explication de cette rationalité tient aux transformations que connaît la propriété intellectuelle dans son universalité, ce qui ne va pas sans affecter le droit d'auteur. Mais une seconde explication de cette rationalité semble pouvoir être repérée dans la cohérence qui lie les nuances sus évoquées. Cette cohérence paraît être une réponse à l'intérieur du droit moral à ces phénomènes extérieurs. Autrement dit, il s'agit peut-être à la fois de signes d'une adaptation du droit moral à des situations inédites jusqu'alors et d'une résistance au "forçage" qui est opéré à l'encontre du droit d'auteur (cf. le phénomène des hybrides). Mais, "[q]uoi qu'on en dise parfois, il ne nous semble pas", explique M. Vivant, "que digitalisation ou numérisation soient [...] les vecteurs du changement observé. Celui-ci tient sans doute au fait que, curieusement pour des sociétés qui se proclament libérales, les acteurs sociaux cherchent à multiplier les bastilles dans lesquelles ils pourront se protéger (ou pensent pouvoir le faire). Et le phénomène n'est ni du droit d'auteur, ni du copyright"<sup>105</sup>. La pertinence de cette remarque permet un détachement vis-à-vis des révolutions technologiques et conceptuelles qui les accompagnent. Autrement dit elle instaure le climat de sérénité nécessaire pour recentrer l'analyse sur le droit moral et pour tenter d'entrevoir toutes les ressources dont il dispose.

En guise de ressource, d'aucuns ont mis en exergue "la mission pathologique de la théorie de l'abus de droit en droit d'auteur" :

L'abus est ainsi un mécanisme qui permet une évolution progressive du droit dans les périodes de mutation. Or chacun constate que le droit d'auteur est "à la croisée des chemins de son processus d'évolution". D'ailleurs, il est possible de constater une inadéquation du réel au notionnel en droit d'auteur. Il suffit pour s'en convaincre, de constater que l'objet du droit d'auteur est devenu démesuré<sup>106</sup>.

Le nouveau régime commun du droit moral, qu'il soit institué par un processus jurisprudentiel ou par un processus législatif, serait la transcription au sein de la branche du droit d'auteur consacrée aux droits non-pécuniaires d'un principe de *thin and thick protection* tel qu'il existe au sein de sa branche consacrée aux droits pécuniaires. De sorte que la distinction entre un droit moral "fort" et un droit moral "fin" viendrait utilement s'adjoindre à ce qui a été proposé comme "la balance des intérêts" :

Si nous sommes accoutumés à la règle qui dit que la protection du droit d'auteur est octroyée quels que soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination de l'œuvre concernée, il est peut-être surprenant pour certains qu'on propose ici qu'un des critères dans le cadre de la balance des intérêts devrait être aussi la nature ou le rang, la classe ou la fonction de l'œuvre, non pas, naturellement, sa valeur esthétique. Si l'octroi de la protection par le droit d'auteur reste toujours une décision de "oui ou non", cela ne peut empêcher une interprétation permettant que le rang artistique, la classe ou la fonction d'une œuvre ainsi que sa destination influencent la balance des intérêts en cas d'infraction supposée au droit moral. Nous avons déjà mentionné une série de cas, en particulier dans les domaines des logiciels, du film et de l'architecture, où des législateurs même des pays de droit civil ont déjà introduit des dispositions spécifiques qui prennent en considération le caractère spécifique, souvent utilitaire de ces œuvres<sup>107</sup>.

La théorie du *thin & thick* consiste à déterminer le degré d'originalité que déploie l'œuvre. C'est en fonction de ce degré qu'est appréciée l'étendue de la protection qu'il est convenu d'accorder à l'œuvre en cause. Moins l'œuvre est originale, plus la similarité avec celle-ci est admise. Plus l'œuvre est originale, moins la similarité avec celle-ci est tolérée. C'est donc le degré d'originalité qui fixe le seuil à partir duquel la contrefaçon peut être invoquée. Pour qu'une œuvre soit originale, il faut qu'elle présente un minimum de créativité<sup>108</sup>. Une fois ce minimum atteint, le degré d'originalité va varier en fonction du type d'œuvre et s'apprécier aussi *in concreto*. Dans l'affaire *Caron c. Associations des Pompiers de Montréal Inc.*<sup>109</sup> le faible degré (minimum) d'originalité atteint par un calendrier de pompier ne permettait pas de rendre contrefaisant un autre calendrier de pompier basé sur la même idée. Cette appréciation du degré d'originalité est en principe contraire à la thèse classique de l'originalité en droit français où un tel degré est indifférent<sup>110</sup>. Pourtant le droit français n'échappe pas en pratique à la nécessité de prendre en compte le caractère peu littéraire ou artistique de certaines créations dont l'aspect utilitaire rend malaisé l'identification de la marque personnelle de l'auteur. On note ainsi pour différentes raisons le passage d'une appréciation subjective de l'originalité – empreinte personnelle de l'auteur – à une appréciation objective – *e.g.*, nouveauté ou “marque d'un apport intellectuel”. Le constat qui s'ensuit est ainsi formulé par MM. Lucas :

Si l'on veut faire de l'originalité un critère unique permettant d'accueillir la “petite monnaie”, les logiciels et les bases de données, il n'y a pas d'autre issue que de s'aligner sur la définition retenue dans les systèmes de *copyright* pour la déduire de l'absence de copie, quitte à exiger un minimum de créativité<sup>111</sup>.

Ce mouvement est inéluctable pour les raisons que nous avons évoquées jusqu'ici. Aussi pose-t-il un défi de cohérence au droit moral qui, pour se maintenir, doit prendre en compte les mutations en cours et trouver les moyens de s'adapter de manière à répondre d'une même voix aux problèmes rencontrés et traités par sa contrepartie pécuniaire.

Or la théorie de l'abus de droit fournit au droit moral une ressource des plus efficaces pour opérer les “modulations” qu'imposent l'entrée dans la sphère du droit d'auteur des créations à faible valeur artistique ou littéraire ajoutée<sup>112</sup>. Elle permet en outre une cohérence à l'intérieur même du droit moral : “[d]és lors que le droit moral consacre l'existence du lien entre l'auteur et son œuvre, il est normal que sa portée varie selon l'intensité de ce lien, c'est-à-dire selon le degré d'originalité (au sens subjectif)”<sup>113</sup>.

Le phénomène des hybrides rend compte et correspond en même temps à la place de premier plan qu'occupe l'information dans la société du même nom. Cette dernière se construit sur une accélération de la circulation de l'information qui devient de fait à la fois une nécessité et une valeur. Une telle double caractéristique relance avec une intensité nouvelle le débat ancien de l'équilibre entre les intérêts particuliers des titulaires des droits sur l'information et l'intérêt général qui a besoin de cette information pour exister. C'est dans ce contexte particulier que le principe de la “balance des intérêts” rend compte de toute son utilité. A son tour la théorie de l'abus de droit moral permet de satisfaire à cet équilibre en permettant d'ajuster la répartition idéale des poids et des mesures des droits et de l'information.

Pour Mme Gendreau le droit canadien n'est pas en reste car il dispose en lui des ressources nécessaires pour atteindre cet équilibre : “[l]e droit moral canadien offre un autre exemple de conciliation d'intérêts privés avec les intérêts publics, car les limites qui sont apportées à l'exercice des droits moraux, qu'il s'agisse de celles qui sont propres à chaque droit ou qui sont communes aux deux, tirent leur raison d'être des intérêts du public à ne pas voir contrariée l'exploitation des œuvres par des scrupules malvenus d'auteurs”<sup>114</sup>. Dans ce système juridique, l'auteur souligne le rôle modulateur que doit pouvoir jouer “le préjudice à l'honneur ou à la réputation de l'auteur”, notamment dans les environnements électroniques<sup>115</sup>. L'idée d'un tel principe a été partagée par un autre auteur car selon lui :

Autoriser un auteur à faire valoir le droit au respect sans limitations, à l'égard de toute œuvre créée dans le champ du droit d'auteur à laquelle est apportée une quelconque modification, revient à lui conférer un “droit de veto esthétique”. C'est lui donner un droit de regard sur les œuvres à venir et

risquer de freiner le processus de création, au détriment, le cas échéant, du patrimoine culturel de la société. Une telle position est déraisonnable. Aussi, dans l'optique du critère d'originalité, le droit au respect ne devrait-il s'appliquer qu'aux œuvres dans lesquelles l'empreinte de l'auteur est objectivement discernable [116](#).

Dans cette perspective, il est rappelé que le droit au respect doit aussi permettre de promouvoir l'authenticité d'une œuvre, question qui devient préoccupante dans les environnements électroniques [117](#).

L'équilibre est ainsi toujours atteint en théorie puisque la loi et la jurisprudence ont à leur disposition les ressources nécessaires pour y parvenir. La logique est identique dans les deux systèmes juridiques étudiés même si les modalités empruntées sont différentes, notamment au regard de leur cohérence interne. Ainsi, il ressort de l'analyse que le droit moral non grevé de concepts étrangers tels l'honneur et la réputation présente tout à la fois l'avantage d'une cohérence réelle et l'efficacité nécessaire alimentée par la théorie de l'abus de droit.

## Conclusion

L'approche comparée aura montré d'une part les différences à la fois prononcées et subtiles entre le droit français et le droit canadien caractérisé par sa nature symbiotique. Elle aura montré d'autre part que la théorie du droit moral ne parvient à atteindre qu'une homogénéité relative tant les différences entre les deux systèmes envisagés présentent des nuances sensibles. De ces nuances, nous avons cru pouvoir identifier une certaine cohérence qui semble répondre aux changements globaux que connaît le droit d'auteur ainsi que par conséquent le droit moral. On notera deux faits marquants : le premier est que les processus d'adaptation du régime du droit moral au nouvel environnement sont mutuellement empruntés à l'autre système. Ainsi on remarque un encadrement jurisprudentiel important dans un pays de tradition civiliste alors que cet encadrement est quasi uniquement législatif dans un pays de tradition de *common law*. Le second est que, contrairement à ce que l'on pourrait s'attendre face aux mutations en cours, le concept de droit moral présente des signes de regain et de vigueur [118](#).

## Bibliographie

### Ouvrages, études, monographies, congrès, colloques

A.L.A.I., *Le droit moral de l'auteur*, Congrès d'Anvers, 19-24 sept. 1993, Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1993.

A.L.A.I., *Protection des auteurs et des artistes interprètes par contrat*, Congrès de Montebello, 14-18 sept. 1997, Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1997.

*Colloque Mondial de l'OMPI sur l'Avenir du Droit d'Auteur et des Droits Voisins*, Le Louvre, Paris, France, 1er –3 juin 1994, Publi. OMPI n°731(F), 1994.

Colombet (C), *Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde*, Paris, Litec, 2e éd., 1992.

Letourneau (D), *Le droit d'auteur de l'audiovisuel : une culture et un droit en évolution*, Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1995.

Lucas (H.-J. & A.), *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, Litec, 1994.

Lucas (A), *Droit d'auteur et numérique*, Paris, Litec, 1998.

Françon (A), *Le droit d'auteur – Aspects internationaux et comparatifs*, Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1992.

Gautier (P.-Y), *Propriété littéraire et artistique*, 2e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1996.

Ghestin (J), Goubeaux (G), *Traité de droit civil*, Introduction générale, 3e éd., Paris, L.G.D.J., 1990.

Glenn (H.P.), dir., *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1993.

Gomez (P.-Y.), *Le gouvernement de l'entreprise*, Paris, InterEditions/Masson, 1997.

Henderson (G.F.) et al., dir., *Copyright and Confidential Information Law of Canada*, Toronto, Carswell, 1995.

Hugentholtz (P.B.), dir., *The Future of Copyright in a Digital Environment*, La Hague, Londres, Boston, Kluwer, 1996

Korthals (W.F.) et al., dir., *Information Law Towards the 21st Century*, La Hague, Londres, Boston, Kluwer, 1992.

Ministère de la Justice Canada, dir., *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien*, 1997.

Ricketson (S), *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works : 1886-1986*, La Hague, Londres, Boston, Kluwer, 1987.

Seignette (J), *Challenges to the Creator Doctrine*, La Hague, Londres, Boston, Kluwer, 1994.

Sherman (B) & Strowel (A), dir., *Of authors and Origins*, Oxford, Clarendon Press, 1994.

Strömholm (S), *Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave avec un aperçu de l'évolution internationale*, t 1, Stockholm, P.A. Norstedt et Söners, 1967.

Strowel (A), *Droit d'auteur et copyright – divergences et convergences – étude de droit comparé*, Bruxelles/Bruylant, Paris/L.G.D.J., 1993.

Trudel (P) et al., dir., *Droit du Cyberspace*, Montréal, Thémis, 1997.

## Articles de doctrine

Aide (C), " A More Comprehensive Soul : Romantic Conceptions of Authorship and the Copyright Doctrine of Moral Rights " (1990) 48 *U.T.Fac.L.Rev.* 211.

Berg (J), " Moral Rights : A Legal, Historical, and Anthropological Reappraisal " (1991) 6 *I.P.J.* 341.

Caron (C), " Abus de droit et droit d'auteur : une illustration du droit spécial et du droit commun en droit civil français " (avril 1998) 176 *R.I.D.A.* 3.

Carrière (L), " The New Civil Code of Québec and Intellectual Property : Preliminary Reflexions and Comments " (1994) 11 *R.C.P.I.* 153.

Carrière (L), " Recours civils en matière de violation de droit d'auteur " (1996) 13 *C.I.P.R.* 1.

Chinni (C.L.), " *Droit d'Auteur v. the Economics of Copyright* " (1997) 40 *ASCAP Copyright L. Symp.* 241.

Cornish (W.R.), " Les notions d'œuvres, d'originalité et de droit voisin du point de vue de la common law " in *Colloque OMPI*, p. 83.

Côté (P.A.), " L'interprétation de la loi en droit civil et en droit statutaire : communauté de langue et différences d'accent " (1997) 31 *R.J.T.* 45.



- Damich (E.J.), “ The Right of Personality : A Common-law Basis for the Protection of the Moral Rights of Authors ” (1998) 23 *Ga. L. Rev.* 1.
- Davies (G), “ The Convergence of Copyright and Authors’ Rights – Reality or Chimera ? ” (1998) 26 *I.I.C.* 964.
- Dworkin (G), “ The Moral Right of the Author – Moral Rights and the Common Law Countries ” in *Congrès ALAI 1993*, p. 207.
- Earle (E), “ The Effect of Romanticism on the 19th Century Development of Copyright Law ” (1991) 6 *I.P.J.* 269.
- Farjat (G), “ Nouvelles technologie et droit économique ”, *Revue internationale de droit économique*, 1993, n° spécial, p.163.
- Fewer (D), “ Constitutionalizing Copyright : Freedom of Expression and the Limits of Copyright in Canada ” (1998) 55:2 *U.T.Fac.L.Rev.* 175.
- Fox, “ Some Points of Interest in the Law of Copyright ” (1945-46) 6 *U.T.L.J.* 100.
- Françon (A), “ Le droit d’auteur au-delà des frontières : une comparaison des conceptions civilistes et de common law ” (1991) 149 *R.I.D.A.* 3.
- Françon (A), “ Les sanctions pénales de la violation du droit moral ” in *Mélanges J.-J. Burst*, Paris, Litec, 1997, p. 171.
- Franzosi (M) & de Sanctis (G), “ Moral Rights and New Technology : Are Copyright and Patents Converging ? ” (1995) 2 *E.I.P.R.* 63.
- Gaubiac (Y), “ Une dimension nouvelle du droit d’auteur : l’Accord sur les Aspects de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce ” (avril 1995) *R.I.D.A.* 3.
- Gautier (P.-Y.), “ Le mandat en droit d’auteur ” in *Mélanges A. Françon*, Paris, Dalloz, 1995, p.223.
- Gendreau (Y), “ Genèse du droit moral dans les droits d’auteur français et anglais ” (1988) 13 *R.R.J.* 41.
- Gendreau (Y), “ La nature du droit d’auteur selon le nouveau code civil ” (1993) 27 *R.J.T.* 98.
- Gendreau (Y), “ Morale publique et morale privée en propriété intellectuelle ” (1993) 27 *R.J.T.* 415.
- Gendreau (Y), “ Droit d’auteur et droit de la personnalité : droit français, droit québécois et droit canadien ” in *Glenn*, p.291.
- Gendreau (Y), “ Moral Rights ” in *Henderson*, p. 161.
- Gendreau (Y), “ Digital Technology and Copyright : Can Moral Rights Survive the Disappearance of the Hard Copy ” (1995) 6 *Ent.L.rev.* 214.
- Gendreau (Y), “ Nouveau visage pour la loi canadienne sur le droit d’auteur ” ( 1997) 76 *R. du B.C.* 384.
- Ginsburg (J.C.) & Sirinelli (P), “ Authors and Exploitation in International Private Law : The French Supreme Court and the Huston Film Colorization Controversy ” (1991) 15 *Colum.-VLA J.L. & the Arts* 135.
- Goudreau (M), “ Et si nous discussions de rédaction législative... Commentaires sur la loi de 1997 modifiant la loi sur le droit d’auteur ” (1998) 11 *C.P.I.* 7.

- Grosheide (F.W.), "Paradigms in Copyright Law" in *Sherman & Strowel*, p. 203.
- Hansmann (H) & Santilli (M), "Authors' and Artists' Moral Rights : A Comparative Legal and Economic Analysis" (1997) 26 *J.Legal Studies* 95.
- Hayhurst (W.L.), "Intellectual Property Law in Canada : The British Tradition, the American Influence And the French Factor" (1996) 10 *I.P.J.* 265.
- Heide (T), "Réinterpréter le droit au respect de l'œuvre énoncé à l'art. 6 *bis* de la Convention de Berne" (1997) 31 *Bulletin du droit d'auteur* 5.
- Kerever (A), "Le GATT et le droit d'auteur international – L'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce" (1994) 47 *R.T.D.com.*, 629.
- Kernochan (J.M.), "Les droits moraux dans les productions théâtrales américaines : un modèle possible" in *Mélanges A. Françon*, Paris, Dalloz, 1995, p.299.
- Léger (J.A.), "Partage des compétences législatives en matière de droit d'auteur et de droit civil au Canada" (1993) 10 *R.C.P.I.* 403.
- Léger (J.A.), "Protection des artistes – droit d'auteur – droits voisins – Une approche constitutionnelle" (1992-93) 5 *C.P.I.* 7.
- Letain (E.R.), "From Colourization to "Happy-ization" : Restrictions on Film Artists Enforcing Moral Rights in the Cinematographic Work" (1996) 11 *I.P.J.* 37.
- Lucas (A), "Droit d'auteur et multimédia" in *Mélanges A. Françon*, Paris, Dalloz, 1995, p.325.
- Mackaay (E), "Legal Hybrids : Beyond Property and Monopoly ?" (1994) 94 *Colum.L.Rev.* 2663.
- McCartney (S.J.), "Moral Rights Under the United Kingdom's Copyright, Designs and Patents Act of 1988" (1991) 15 *Colum.-VLA J.L. & the Arts* 205.
- McColley (C), "Limitations on Moral Rights in French Droit d'Auteur" (1997) 41 *ASCAP Copyright L. Symp.* 423.
- McDonald (R.A.) & Scott (F.R.), "Harmonizing the Concepts and the Vocabulary of Federal and Provincial Law : the Unique Situation of Québec Civil Law" in *Ministère de la Justice Canada*, p. 29.
- Moyse (P.-E.), "La nature du droit d'auteur : droit de propriété ou droit de monopole ?" (1998) 43 *R.D.McGill* 509.
- O'Connor (M.J.), "Squeezing into Traditional Frames : Intellectual Property Law in the Shadow of the Information Society" (1998) 12 *I.P.J.* 285.
- Pollaud-Dulian (F), "Abus de droit et droit moral", *D. chron.- XXI*, 1993, p. 97.
- Reichman (J.H.), "Legal Hybrids Between the Patent and the Copyright Paradigms" in *Information Law Towards the 21st Century*, p. 325.
- Reilly (R), "Mapping Legal Metaphors in Cyberspace : Evolving the Underlying Paradigm" (1998) 16 *John Marshall J. of Comp. & Inf. L.* 579.
- Rushton (M), "The Moral Rights of Artists : Droit Moral ou Droit Pécuniaire" *Ninth John Olin Annual Conference in Law and Economics*, Faculty of law, U.T., Septembre 1997 [non publié].

Samuelson (P), “ Why the Look and Feel of Software User Interfaces Should not Be Protected by Copyright Law ” (May 1989) 32 *Communications of the ACM* 563.

Sterling (J.A.L.), “ Creator’s Right and the Bridge Between Author’s Right and Copyright ” (1998) 26 *I.I.C.* 302.

Strowel (A), “ Droit d’Auteur and Copyright : Between History and Nature ” in *Sherman & Strowel*, p. 235.

Swack (C.), “ Safeguarding Artistic Creation and the Cultural Heritage : A Comparison of *Droit Moral* Between France and the United States ” (1998) 22 *Colum.-VLA J.L. & the Arts* 361.

Taylor (S) & McGhie (R), “ Copyright and the Internet ” (1998) 82 *Copyright World* 29.

Vaver (D), “ the Copyright Amendments of 1997 : An Overview ” (1997) 12 *I.P.J.* 53.

Vivant (M), “ Les notions d’œuvre, d’originalité et de droits voisins du point de vue des traditions de droit civil ” in *Colloque OMPI*, p.77.

Vivant (M), “ Pour une épure de la propriété intellectuelle ” in *Mélanges A. Françon*, Paris, Dalloz, p. 415.

Winick (R), “ Intellectual Property, Defamation and the Digital Alteration of Visual Images ” (1997) 21 *Colum.-VLA J.L. & the Arts* 143.

† Jean-Arpad Français, 2000.

\* LL.B. (UdeM) ; DEA (Nice Sophia-Antipolis). Prix 1999-2000 des Cahiers de la propriété intellectuelle, cet article a été écrit dans le cadre du programme des études supérieures en droit de l’Université McGill, Institut de Droit Comparé

1 Voir C. L. Chinni, “ *Droit d’Auteur v. The Economics of Copyright* ” (1997) 40 *ASCAP Copyright L. Symp.* 241.

2 G. Farjat, “ Nouvelles technologie et droit économique ”, *Revue internationale de droit économique*, 1993, n° spécial, p.163.

3 M. Gomez écrit à ce sujet :

L’économie libérale est une économie de l’échange d’information avant d’être celle de l’échange de marchandises. C’est elle qui fait le lien entre les différents individus autonomes et rationnels. Elle leur permet de connaître les autres choix, les positions des autres acteurs et d’entrer ainsi en contact avec eux. C’est un élément essentiel du noyau dur, indispensable pour composer le modèle libéral. Il évite, en effet, que les acteurs s’enferment dans des plans privés, sans relations les uns aux autres, et que la société qui en résulte soit composée d’autistes sociaux. Toute l’économie libérale peut s’analyser par la qualité du transfert de l’information consenti entre les individus.

P.-Y. Gomez, *Le gouvernement de l’entreprise*, (Paris, InterEditions/Masson, 1997) p.7.

[4](#) A. Strowel, *Droit d'auteur et Copyright, divergences et convergences*, Bruxelles, Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1993 à la page 507 [ci-après *Strowel*] ; G. Davies, “ The Convergence of Copyright and Authors’ Rights – Reality or Chimera ? ” (1998) 26 *I.I.C.* 964 ; J.A.L. Sterling, “ Creator’s Right and the Bridge Between Author’s Right and Copyright ” (1998) 26 *IIC* 302 ; J. Seignette, *Challenges to the Creator Doctrine*, La Hague, Londres, Boston, Kluwer, 1994. Mais voir surtout A. Strowel, “ Droit d’auteur and Copyright : Between History and Nature ” in B. Sherman & A. Strowel, dir., *Of Authors and Origins*, (Oxford, Clarendon Press, 1994) p. 235, l’auteur y pose la question de la nature du droit d’auteur – propriété ou monopole, de sa source – droit naturel ou droit positif, et de son caractère –synthétique/ouvert ou analytique/fermé. Il y montre que ces dualismes sont relatifs. Il note cependant une différence importante : le cadre interprétatif dans lequel les droits sont posés. Pourtant P.A. Côté a pu montrer la communauté de tradition interprétative entre les systèmes civilistes et de *common law* fondée sur le droit canonique, P.A. Côté, “ L’interprétation de la loi en droit civil et en droit statutaire : communauté de langue et différences d’accents ” (1997) 31 *R.J.T.* 45.

[5](#) C. Aide, “ A More Comprehensive Soul : Romantic Conceptions of Authorship and the Copyright Doctrine of Moral Rights ” (1990) 48 *U.T.Fac.L.Rev.*211 ; E. Earle, “ The Effect of Romanticism on the 19th Century Development of Copyright Law ” (1991) 6 *I.P.J.* 269.

[6](#) J. Berg, “ Moral Rights : A Legal, Historical and Anthropological Reappraisal ” (1991) 6 *I.P.J.* 341.

[7](#) Rushton (M), “ The moral rights of artists : droit moral ou droit pécuniaire ” *Ninth John Olin Annual Conference in Law and Economics*, Faculty of law, U.T., Septembre 1997 [non publié].

[8](#) A. T. Kronman, “ Precedent and Tradition ” (1990) 99 *Yale L. J.*1065.

[9](#) *Ibid.* à la p.1053.

[10](#) A. Puttemans, cité par *Strowel* à la page 273, note 111.

[11](#) Y. Gendreau, “ Morale publique et morale privée en propriété intellectuelle ” (1993) 27 *R.J.T.* 415.

[12](#) W.R. Cornish, “ Les notions d'œuvre, d'originalité et de droits voisins du point de vue de la Common law ” in *Colloque Mondial de l'OMPI sur l'Avenir du Droit d'Auteur et des Droits Voisins* [ci-après *Colloque OMPI* ], Le Louvre, Paris, France, 1er - 3 juin 1994, Publi. OMPI n°731(F), 1994, p. 83.

[13](#) Voir G. Dworkin, “ The Moral Right of the Author - Moral Rights and the Common Law Countries ” in *Le droit moral de l'auteur*, ALAI, Congrès d'Anvers, 19 - 24 sept. 1993, p. 207 [ci-après *Congrès ALAI 1993*]. ( “ The USA is a quite separate category. In spite of its early English origins, US *Common law* has a long, rich, and almost totally independent history. ”)

[14](#) W.R. Cornish, *op.cit.* à la p. 84.

[15](#) Y. Gendreau, “ La nature du droit d'auteur selon le nouveau Code civil ” (1993) 27 *R.J.T.* 98. La transcription dans le droit canadien du *Copyright Act* de 1911 n'est pas sans conséquences au plan juridique interne. Ainsi d'aucuns ont signalé, *e.g.*, que l'auteur ou ses ayants droit pourra réclamer une partie des profits de la contrefaçon cumulativement au recours en dommages. Le redressement est cumulatif (art. 35(1) LDA) et “ à cet égard, il y a lieu donc de se méfier des décisions britanniques fondées sur le recours alternatif que prévoyait l'article 6 du United Kingdom *Copyright Act* de 1911 et qui aurait été mal transposé dans la Loi sur le droit d'auteur de 1921 lors de son adoption par le Dominion du Canada ”, L. Carrière, “ Recours civils en matière de violation de droit d'auteur ” (1996) 13 *C.I.P.R.* 1 à la page 9. L'auteur cite par ailleurs Fox qui, dans une vision colorée, reconnaît le lien entre les lois britannique et canadienne :

The Act of 1921 is an excellent example of legislative plagiarism at its worst. At first glance it seems to bear no relation to the Imperial Act of 1911. On a further reading and comparison of the individual sections it turns out to be much the same as the Imperial Act, except the sections have been rearranged and altered in comparative sequence; it then appears as a topsy-turvy imitation of the Imperial Act, as though the draftsmen had some hope that they might indulge in the gentle art of legislative passing-off without being caught at it. [...] The draftsmen of the Canadian statute evidently tried the shell game, jumbling the sections into a mere hodge-podge arranged mainly according to whim. If the same thing were done in connection with an ordinary literary or dramatic work it would immediately be stigmatised as plagiarism and colourable imitation. *Ibid.* à la p.23, note 70.

[16](#) Voir G. Dworkin, *op.cit.*. Voir Danielle Letourneau, *Le droit d'auteur de l'audiovisuel : une culture et un droit en évolution*, (Cowansville, Yvon Blais, 1995) à la page 35 :

Comme nous l'avons déjà mentionné, il est bien connu que notre première loi sur le droit d'auteur s'est inspirée de la loi anglaise, mais comme l'explique, à juste titre, M. Tamaro, "relativement à l'application des lois britanniques au Canada avant 1924, il faut préciser que la loi britannique de 1911 ne s'est jamais appliquée au Canada. Si celle-ci ressemble sur beaucoup de points à la loi édictée par le législateur canadien en 1921, elle s'en distingue également sur d'autres". N. Tamaro nous met donc en garde contre toute conclusion trop hâtive qui suivrait une analyse portant sur la loi britannique de 1911, et nous ajoutons à plus forte raison si elle est reliée aux lois britanniques de 1956 et de 1988. En effet, la loi de 1988 accorde une protection, selon J. Phillips, "plus éloignée du "author's right" (droit d'auteur) qu'elle ne l'a jamais été depuis l'adoption en 1709 de la première loi anglaise sur le droit d'auteur". Le législateur canadien ne semble pas vouloir se diriger dans la même direction que celle qui a été adoptée par le Parlement britannique [...].

Un auteur confirme cette analyse lorsqu'elle conclut que le *Copyright, Designs and Patents Act* de 1988 au Royaume-Uni, dans ses dispositions expresses relatives aux droits moraux, présente un degré de protection de qualité inférieure et à la Convention de Berne et au *common law*, S.J. McCartney, "Moral Rights under the United Kingdom's Copyright, Designs and Patents Act of 1988" (1991) 15 *Columbia-VLA J. Law & the Arts* 205.

[17](#) W.L. Hayhurst, "Intellectual Property Law in Canada : The British Tradition, the American Influence and the French Factor" (1996) 10 *I.P.J.* 265 à la page 282 [ci-après *Hayhurst*].

[18](#) *Ibid.* aux pp.283 et s.. L'auteur note qu'aujourd'hui, "though some provisions of Canada's intellectual property statutes were derived from U.S. statutory precedent, one find relatively little reference in Canadian judicial decisions to U.S. cases" à la p. 301.

[19](#) 21-22 Geo. 5, c. 8, et P.C. 1390. Voir Y. Gendreau, "Moral Rights" in G.F. Henderson *et al.*, dir., *Copyright and Confidential Information Law of Canada*, (Toronto, Carswell, 1994) p. 161 [ci-après *Henderson*]. Voir aussi *Hayhurst* à la page 286.

[20](#) Sur l'esprit de Berne, voir S. Ricketson, *The Berne Convention for the protection of literary and artistic works : 1886-1986*, La Hague, Londres, Boston, Kluwer, 1987. Voir *Guide to the Berne Convention (Paris Act 1971)*, WIPO Publishing, 1978. Voir aussi sur le débat qu'a provoqué à ce sujet l'incorporation des dispositions de fond de Berne, exception faite de l'art 6bis, dans l'accord sur les ADPIC, not. A. Kerever, "Le GATT et le droit d'auteur international - l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce" (1994) 47 *R.T.D. com.* 629 ; Y. Gaubiac, "Une dimension nouvelle du droit d'auteur : l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce..." (avril 1995) *R.I.D.A.* 3.

[21](#) A. Françon, "Le droit d'auteur au-delà des frontières : une comparaison des conceptions civilistes et de common law" (1991) 149 *R.I.D.A.* 3 à la page 19. Voir aussi S. Strömholm, *Le*

*droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave avec un aperçu de l'évolution internationale*, t 1, Stockholm, P.A. Norstedt et Söners, 1967 à la p.438 ; *Strowel* à la page 507.

[22](#) Pour M. Hayhurst, “[...] some of the important provisions in the Convention(s) where France was a leading proponent, departing from U.K. precedents and, through the Convention (s), [...] have had an impact upon Canada’s domestic laws”, *Hayhurst* aux pages 305 et s.

[23](#) G. Dworkin, *op.cit.* à la p. 5. Voir *Hayhurst* aux pp. 310 et s. L’auteur y relève au plan législatif, dans une certaine mesure, l’existence d’une *influence* du droit provincial québécois sur le droit fédéral en matière de droit d’auteur – sans pourtant aboutir à une *concordance*. Cette influence a pu s’exercer notamment par le biais du rapport du gouvernement québécois intitulé *La juste part des créateurs* (1980) d’une part et la *Loi sur le statut professionnel et les conditions d’engagement des artistes de la scène, du disque et du cinéma* (L.R.Q., c. S-32.1) et la *Loi sur le statut professionnel des artistes des arts visuels, des métiers d’art et de la littérature et sur leurs contrats avec les diffuseurs* (L.R.Q., c. S-32.01) d’autre part. Respectivement, ces textes ont pu provoquer, en réponse, la révision de la *loi sur le droit d’auteur* en 1988 (L.C. 1988, ch.65) et l’élaboration de la *Loi sur le statut de l’artiste* (L.C. 1992, ch. 33). On signalera que la question des rapports entre le droit civil québécois et le droit fédéral n’est pas dénuée de fondements et a fait l’objet d’une étude collective à l’instigation du Ministère de la Justice canadien : *L’harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien*, Ministère de la justice Canada, 1997 [ci-après *recueil d’études Canada*]. Dans cette perspective s’inscrit aussi le projet de loi C-50, *Loi n°1 visant à harmoniser le droit fédéral avec le droit civil de la province de Québec et modifiant certaines lois pour que chaque version linguistique tienne compte du droit civil et de la common law*, 1re sess., 36e légis. (1re lecture le 12 juin 1998).

[24](#) Y. Gendreau, “ La nature du droit d’auteur selon le nouveau code civil ”, *op.cit.* à la page 106.

[25](#) Sur la doctrine et le droit français, voir A. Dietz, *Rapport général*, et F. Pollaud-Dulian, *Rapport français*, in *Congrès ALAI 1993*.

26 Y. Gendreau, “ Droit d'auteur et droit de la personnalité: droit français, droit québécois et droit canadien ” in H.P. Glenn, dir., *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, (Cowansville, Yvon Blais, 1993) p. 291.

27 Pour une appréciation du cadre général autour du problème du rapport entre le droit fédéral et le droit civil, on se reportera à l'ouvrage collectif précédemment cité et notamment : R.A. Macdonald et F.R. Scott, “ Harmonizing the Concepts and Vocabulary of Federal and Provincial Law : The Unique Situation of Québec Civil Law ” in *Recueil d'études Canada*, p. s29. Cet article ne semble néanmoins pas prendre en compte le cas où le droit fédéral pourrait avoir à recourir au droit civil pour déterminer le fondement théorique d'un concept tel que le droit moral, concept civiliste par excellence, que ce soit à titre de complémentarité entre le droit fédéral et le droit civil ou que ce soit à titre principal dans le cadre de l'interprétation du droit conventionnel international. Cependant les auteurs écrivent ceci :

A federal system implies that all legislative bodies will seek to achieve and to maintain a maximum of conceptual congruence and coherence between the various components of the law applicable in any given province. Of course a federal system implies that, for historical and policy reasons, there will be important substantive differences between the provincial law in force in the various provinces. Yet federalism implies that the central Parliament will balance the need to ensure that the law it enacts produces like effect throughout the country (so as to avoid the unequal application of federal legal rules in the diverse provinces and territories), with the need to ensure that conceptual incoherence between federal and provincial law is minimized within each province [aux pp.38-39].

Partant, un principe d'harmonisation dans le sens civiliste n'est pas nécessairement exclu compte tenu des remarques précédentes et des suivantes telles qu'articulées par Mme Gendreau :

In truth, the parcelling of moral rights into ten or eleven varying regimes, whose relationship with the *Copyright Act* must be determined individually, can only hinder the author's protection and weaken the legitimacy in Canada of the doctrine of moral rights as a necessary complement to the economic rights that are protected under the federal statute. Y. Gendreau in *Henderson* à la page 170,

et l'auteur de souligner qu'en pays de *Copyright* une théorie formellement définie du droit moral n'existe pas puisqu'une telle notion n'a été l'objet d'aucune conceptualisation générale - Y. Gendreau, “ Digital technology and Copyright: Can Moral Rights Survive the Disappearance of the Hard Copy ” (1995) 6 *Ent.L.Rev.* 214 à la page 217 – tout en rappelant que les intérêts personnels de l'auteur ne sont pas exclus dans la protection qu'offrent les pays de *Copyright* - Y. Gendreau, *op.cit.* et not., “ Genèse du droit moral dans les droits d'auteur français et anglais ” (1988) 13 *R.R.J.* 41 ; voir E.J. Damich “ The Right of Personality : A Common-law Basis for the Protection of the Moral Rights of Authors ” (1998) 23 *Ga. L. Rev.* 1 ; voir aussi *Strowel* en gén.. De façon rassemblée on pourrait écrire que la nature du droit canadien lui permet de puiser dans ses deux traditions dans la mesure où elles ne sont pas étanches l'une à l'autre, *a fortiori* lorsqu'un concept est “ emprunté ” à l'autre.



[28](#) Des causes de rejet de cet argument ont été avancées avec force par M. Vaver. Selon l'auteur, une question de compétence constitutionnelle ne peut être tranchée à partir de l'issue d'un débat doctrinal opposant théorie moniste et théorie dualiste [*infra* II/ A)]. Voir D. Vaver, *Rapport canadien in Congrès ALAI 1993*. Néanmoins on pourrait risquer de rétorquer que dans certains cas, une question de droit moral pourra être “ habillée ” du manteau civiliste et personnaliste, *i.e.* en référence au droit général, sans aucune allusion à la propriété intellectuelle, *i.e.* le droit spécial, et être tranchée sur la base de la compétence provinciale relative aux droits civils. Il s'agit alors de la stratégie inverse de celle consistant à utiliser le droit moral pour défendre d'autres droits de la personnalité - cf. l'affaire française Aivanhov, Cass. Civ., 10 mars 1993, *D.* 1994.78, note A. Françon [voir *infra*]. Par ailleurs, M. Vaver n'exclut pas la possibilité qu'une conception “ forte ” du droit moral se dégage de mesures législatives indirectes mais relevant de la compétence du Québec. Il cite les exemples de *la Loi sur le statut professionnel et les conditions d'engagement des artistes de la scène, du disque et du cinéma* ( L.R.Q., c. S-32.1) et de *la Loi sur le statut professionnel des artistes des arts visuels, des métiers d'art et de la littérature et sur leurs contrats avec les diffuseurs* ( L.R.Q., c. S-32.01) qui seraient susceptibles de constituer des moyens collectifs de renforcer le droit moral. On relèvera au passage la *Loi sur le statut de l'artiste* qui déclare “ l'importance pour la société canadienne d'accorder aux artistes un statut qui reflète leur rôle de premier plan dans le développement et l'épanouissement de sa vie artistique et culturelle, ainsi que leur apport en ce qui concerne la qualité de la vie ”, art.2 (b). Sur la question constitutionnelle relative au partage des compétences en matière de droit d'auteur et pour de plus amples développements, voir Y. Gendreau *in Henderson* aux pp. 169 et s. ; D. Fewer, “ Constitutionalizing Copyright : Freedom of Expression and the Limits of Copyright in Canada ” (1998) 55 *U.T.Fac.L.Rev.* 175 ; voir aussi J.A. Léger, “ Partage des compétences législatives en matière de droit d'auteur et de droit civil au Canada ” (1993) 10 *R.C.P.I* 403 ; J.A. Léger, “ Protection des artistes – droit d'auteur – droit voisin – Une approche constitutionnelle ” (1992-93) 5 *C.P.I.* 7.

[29](#) Y. Gendreau *in Henderson* à la page 180, note 73 ; voir par ailleurs L. Carrière, “ The New Civil Code of Québec and Intellectual Property : Preliminary Reflexions and Comments ” ( 1994) 11 *R.C.P.I.* 153.

[30](#) Y. Gendreau, “ Droit d’auteur et droit de la personnalité : droit français, droit québécois et droit canadien ”, *op.cit.*.

[31](#) G. Dworkin, *op.cit.* ( “ Canada in some respects provides a bridge between the approach to moral rights in *common law* and civil law systems ”). Dans ce sens voir P.-E. Moyse, “ La nature du droit d’auteur : droit de propriété ou monopole ? ” (1998) 43 *R.D.McGill* 509 ( “ On trouve ainsi dans les lois canadiennes la volonté de consacrer un droit c entré autour de la personne de l’auteur – ce qui reste une émanation des structures civilistes du droit de propriété – et un droit définitivement dynamique, orienté vers sa fonction économique – ce qui reprend les théories soutenant le concept de monopole ” [à la page 562] ).

[32](#) Y. Gendreau, *op.cit.* ; A. Françon, *Le droit d'auteur - aspects internationaux et comparatifs*, Institut de droit comparé, Université McGill, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1992 ; C. Colombet, *Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde*, 2e éd., Paris, Litec, 1992, aux pp. 40 et s..

[33](#) Fox, “ Some Points of Interest in the Law of Copyright ” (1945-46) 6 *Univ. Toronto L.J.* 100 à la p.126.

[34](#) Voir M. Goudreau, “ Et si nous discussions de rédaction législative... Commentaires sur la loi de 1997 modifiant la loi sur le droit d’auteur ” (1998) 11 *C.P.I.* 7 ; Y. Gendreau, “ Nouveau visage pour la loi canadienne sur le droit d’auteur ” (1997) 76 *R. du B.C.* 384 ; D. Vaver, “ The Copyright Amendments of 1997 : An Overview ” (1997) 12 *I.P.J.* 53.

[35](#) A. Lucas et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, Litec, 1994, p. 300 [ci-après *Lucas* ].

[36](#) Loi n°92-597 du 1er juillet 1992 instituant le Code de la propriété intellectuelle [ci-après “ CPI ”].

[37](#) Y. Gendreau, “ Droit d'auteur et droit de la personnalité : droit français, droit québécois et droit canadien ”, *op.cit.* à la p. 300.

[38](#) Dans ce sens, M. Goudreau, *op.cit.*

[39](#) A. Françon, *Le droit d'auteur – aspects internationaux et comparatifs*, *op.cit.* à la p.192. On signalera cependant que le chapitre de la loi française s'intitule “ *Droits moraux* ”.

[40](#) A. Françon, note sous l'arrêt *Aivanhov*, *op.cit.* à la p. 80.

[41](#) Voir A. Françon, *Droit d'auteur – Aspects comparatifs et internationaux*, *op.cit.*

[42](#) A. Dietz, *op.cit.*

[43](#) M. Vaver indique cependant que la protection du droit moral par le droit canadien est supérieure à celle de l'art. 6 *bis* de Berne. Il cite à cet effet notamment l'art 43 de la LDA qui prévoit un droit spécial d'attribution et à l'intégrité et des sanctions pénales en matière d'œuvres d'opéra, musicales et dramatiques ; voir D. Vaver, *op.cit.*

[44](#) Voir P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 2ème éd. mise à jour, P.U.F., 1996 à la p.314 ; Y. Gendreau *in Henderson* à la p.185.

[45](#) La théorie de l'unité de l'art établit le principe selon lequel la protection légale est indépendante de la destination de l'œuvre. Ainsi la distinction traditionnelle entre les Beaux-Arts et les créations d'art appliqué a été abandonnée en France– voir *Lucas* à la p.83. Cependant il est important de souligner que la théorie de l'unité de l'art ne concerne que la question du critère de l'œuvre. Au surplus, MM. Lucas rappellent que cette théorie n'exclut pas l'exigence d'originalité que l'œuvre doit remplir pour être protégée à ce titre. Par conséquent cette théorie n'entretient qu'un très lointain rapport avec le droit moral. En revanche l'existence d'une telle discrimination fondée par la LDA confirme l'identité entre les Beaux-Arts et l'originalité d'une part et renforce le lien entre l'œuvre et son auteur d'autre part. En effet cette discrimination milite en faveur d'un critère fort de l'originalité qui a son tour conforte l'existence d'un principe de droit d'auteur personnaliste, *i.e.* où l'empreinte marquée de l'auteur est reconnue et protégée à ce titre. Il s'agit donc en l'occurrence d'une différence paradoxale.

[46](#) Sur la reconnaissance doctrinale de ce droit, voir A. Françon, *op.cit.*

[47](#) Y. Gendreau, “ La nature du droit d'auteur selon le nouveau Code civil ”, *op.cit.* à la p.97.

[48](#) Voir l'arrêt de la Cour de Cassation du 13 décembre 1995, *RIDA*, n.165, juillet 1996, p.307. Se reporter à l'article de A. Françon, " Les sanctions pénales de la violation du droit moral " in *Mélanges J.-J. Burst*, Paris, Litec, 1997, p. 171.

[49](#) Art. 43 (2) LDA.

[50](#) L'emploi du singulier correspond à la volonté d'appréhender le droit moral en tant que concept. Comme le note André Lucas, "[l]e singulier atteste de l'existence d'une théorie générale du droit moral, là où le pluriel renvoie seulement à un faisceau de prérogatives ", A. Lucas, *Droit d'auteur et numérique*, Paris, Litec, 1998 à la p. 231.

[51](#) A. Dietz, *op.cit.* à la p.32.

[52](#) *Ibid.*

[53](#) Y. Gendreau, " La nature du droit moral selon le nouveau Code civil ", *op.cit.* à la p. 97.

[54](#) *Strowel* à la p. 494.

[55](#) *Ibid.*. Cf. art. L.121-2 CPI.

[56](#) Y. Gendreau in *Henderson* aux pp. 186-87.

[57](#) Comparer les articles 34 (1) et 34 (2) LDA.

[58](#) Art. 41 LDA.

[59](#) *Strowel* à la p. 495.

[60](#) *Supra.*

[61](#) A. et H.-J. Lucas, *op.cit.* à la p.303. Dans ce sens voir, E.J. Damich, *op.cit.* ; S.J. McCartney, *op.cit.* ; J. Berg, " Moral Rights : A Legal, Historical, and Anthropological Reappraisal " (1991) 6 *I.P.J.* 341 ; R. Winick, " Intellectual Property, Defamation and the Digital Alteration of Visual Images " (1997) 21 *Colum.-VLA J.L. & the Arts* 143 ; J.M. Kernochan, " Les droits moraux dans les productions théâtrales américaines : un modèle possible " in *Mélanges A. Françon*, Paris, Dalloz, 1995, p.299.

[62](#) Alain Strowel écrit, lorsqu'il envisage le problème de la renonciation au droit de paternité, que celui-ci " est quelque peu différent, ne fut-ce que parce que ce droit est plus attaché à la personnalité qu'à l'œuvre, au contraire du droit d'intégrité ". *Strowel* à la p. 498.

[63](#) Cass. Com, 28 février 1968, *D.*, 1969.73. Selon les conclusions de l'avocat général Lindon " [l]a notoriété et la réputation d'un auteur ne sont pas l'un des attributs de son droit moral et ne peuvent être abusivement comprises dans les notions auxquelles recourt l'art. 6 de la loi du 11 mars 1957 ". Les juges de la Haute Cour ont suivi les conclusions de l'avocat général : " [...] la cour d'appel a violé, par fausse application, le texte susvisé, qui ne protège que les droits de propriété incorporelle de l'auteur, quelle que soit sa notoriété ou la valeur de son œuvre ".

[64](#) Cass. Civ., 10 mars 1993, *D.*1994. 78, note A. Françon. (" Mais attendu que le droit moral de l'auteur d'œuvres littéraires est seulement celui de faire respecter soit l'intégrité de ses œuvres, soit son nom et sa qualité en tant qu'auteur de celles-ci, mais qu'il est entièrement étranger à la défense des autres droits de la personnalité protégés par la loi ").

[65](#) Cf. l'affaire *Etat gabonnais c. Antenne 2*, Cass., 7 avril 1987, *D.* 1988. 97, note B. Edelman. La Cour a déclaré que " le droit moral de l'auteur sur son œuvre ne préexiste pas à celle-ci [...] ".

[66](#) *Snow c. The Eaton Centre Ltd.*, (1982) 70 C.P.R. (2d) 105.

[67](#) *Lucas* à la p. 302, n.369.

[68](#) La Cour de Cassation y a affirmé le caractère d'ordre public international du droit moral ; Cass. 1ère Civ. 28 mai 1991, *RIDA*, juill. 1991. 197 ; *D.* 1993. 197, note J. Raynard. Voir J.C. Ginsburg & P. Sirinelli, " Authors and Exploitation in International Private Law : The French Supreme Court and the Huston Film Colorization Controversy " (1991) 15 *Colum.-VLA J.L. & the Arts* 135. Voir aussi E.R. Letain, " From Colourization to "Happy-ization" : Restrictions on Film Artists Enforcing Moral Rights in the Cinematographic Work " (1996) 11 *I.P.J.* 37.

[69](#) Voir *Congrès ALAI 1993* ; voir aussi, e.g., C. Swack, “ Safeguarding Artistic Creation and the Cultural Heritage : A Comparison of *Droit Moral* Between France and the United States ” (1998) 22 *Colum. – VLA J.L. & the Arts* 361.

[70](#) On attribue à Morillot l’analyse systématique du droit moral. L’auteur fondait les prérogatives extra-patrimoniales de l’auteur sur les règles de la responsabilité civile ; cf. *Lucas* à la p.15, n.9.

[71](#) C. Swack, *op.cit.* à la p. 372. Voir J. Berg, *op.cit.* ; E.J. Damich, *op.cit.*. MM. Lucas font état de “ l’empirisme du droit français ” et citent le doyen Strömholm qui évoque un “ ensemble de règles assez casuistiques ”, constat qui justifie le rapprochement, au premier abord surprenant, avec le *common law*, *Lucas* à la p. 308, note 72. Mme Gendreau a déjà montré l’existence de parallèles dans le développement du droit moral entre la France et la Grande-Bretagne, Y. Gendreau, “ Genèse du droit moral dans les droits d’auteur français et anglais ” (1988) 1 *R.R.J.* 41.

[72](#) P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 2ème éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1992 aux pp. 151 et s. [ci-après *Gautier*].

[73](#) P. Sirinelli, note sous l’arrêt *Chiavarino*, Cass. Civ., 14 mai 1991, *RIDA*, vol. 151, janv. 1992, p. 272 ; F. Pollaud-dulian, note *ibid.*, *JCP* 1991.II.21760 ; F. Pollaud-Dulian, “ Abus de droit et droit moral ”, *D. Chron.- XXI*, 1993, p.97.

[74](#) Cass. Civ, 5 juin 1984, *D.* 1985, somm. 312, obs. Colombet.

[75](#) Voir C. Caron, “ Abus de droit et droit d’auteur : une illustration du droit spécial et du droit commun en droit civil français ” (1998) 176 *R.I.D.A.* 3 aux pp. 19 et s..

[76](#) MM. Ghestin et Goubeaux formulent à ce sujet la réflexion suivante :

*A priori*, la théorie de l’abus de droit a vocation à s’appliquer à toutes les prérogatives juridiques définies. L’exercice de tous les droits devrait pouvoir faire l’objet d’un contrôle. Pourtant, on constate qu’il est quelques cas où ce contrôle n’a pas lieu. Il y aurait donc des droits “ absolus ” ou “ discrétionnaires ” dont l’usage ne serait jamais abusif. La liste en est incertaine et, d’ailleurs, toujours sujette à révision. Le contrôle de l’exercice des droits est devenu si familier que ces îlots d’absolutisme individuel constitués par les droits discrétionnaires tendent à être submergés les uns après les autres.

J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de droit civil*, Introduction général, 3e éd., Paris, L.G.D.J., 1990 à la p. 687. Il convient de mentionner l'analyse faite par M. Strowel à propos du sens du terme " discrétionnaire ". En effet il est utile à sa suite de relever que ce dernier est double : il peut signifier que le droit en cause n'est pas susceptible d'abus ou bien signifier qu'aucun dommage personnel ne doit être prouvé. Selon ce juriste, il semble que le droit moral est, en France, susceptible d'abus, mais qu'il reste discrétionnaire en ce sens que l'auteur ne doit pas prouver le préjudice, *Strowel* à la p. 500. On fera à nouveau appel à l'affaire *Snow c. Eaton Centre Ltd.* dont la solution est très similaire : le préjudice était subjectivement évalué par l'auteur à la condition qu'il reste dans les confins de la raisonnable. On pourrait comprendre ce dernier terme comme " l'absence d'abus ". En effet, la faute est retenue comme un des critères de l'abus de droit. Or comme l'écrivent MM. Ghestin et Goubeaux, " [s]elon l'opinion commune, la faute se caractérise par un comportement anormal, *que n'aurait pas un homme raisonnable et prudent* " [souligné par nous], *ibid.* à la p. 692. Cette curiosité méritait d'être soulignée. Enfin, on devra prendre en compte le degré d'intimité entre l'œuvre et l'auteur qu'expriment les différentes prérogatives du droit moral. Ainsi l'arrêt *Huston* a pu établir que le droit de paternité s'impose avec plus de force que le droit au respect. Cela explique pour MM. Lucas le fait que ce soit sur le terrain du droit au respect que le droit moral a pu être relativisé au contact de la théorie de l'abus de droit. D'après ces auteurs, " [a]u contraire, il est plus difficile d'imaginer les circonstances qui pourraient donner un caractère abusif à la revendication de sa paternité ". *Lucas* à la p.307. On voudra bien reconnaître que cette analyse complète celle que nous avons faite plus haut à propos de l'art. 28-2 (1) LDA.

[77](#) La doctrine se partage trois théories. La première consiste à recourir à l'abus de droit pour sanctionner une intention de nuire à travers l'exercice d'un droit, la deuxième pour sanctionner un détournement par l'exercice d'un droit de sa fonction sociale, et la troisième pour sanctionner une faute dans l'exercice des droits. Voir J. Ghestin et G. Goubeaux, *op.cit.* aux pp. 672 et s.. M. Strowel rapporte d'autres critères de l'abus : l'absence d'intérêt, le choix sans utilité du mode d'exercice du droit le plus dommageable, la disproportion entre l'intérêt servi et l'intérêt lésé. *Strowel* à la p. 501, note 78.

[78](#) Cour de Cassation, 14 mai 1945. *D.* 1945. Jurisp., p. 285, note Desbois.

[79](#) C. McColley, " Limitations on Moral Rights in French Droit d'Auteur " (1997) 41 *ASCAP Copyright Law Symposium* 423.

[80](#) Comme l'écrivent les auteurs sus cités,

[c]e qui n'est guère discutable est que pour diverses raisons, telles que la grande précision du détail de la réglementation légale ou l'intérêt social de la mise en œuvre de certains droits quelles que soient les circonstances, il est des cas où les risques d'abus sont très rares.

J. Ghestin et G. Goubeaux, *op.cit.* à la p. 690.

[81](#) F. Pollaud-Dulian, *op.cit.*

[82](#) Cass. Com. 28 février 1968, *D.* 1969. 73.

[83](#) Cass. Civ., 10 mars 1993, *D.* 1994. 78, note A. Françon.

[84](#) F. Pollaud-Dulian, *op.cit.*

[85](#) “ Il ne faut pas que les auteurs s’y abusent. Ce droit moral si péniblement acquis, et désormais inscrit dans nos lois, ils le compromettraient en le croyant omnipotent et en le rendant égocentrique et arbitraire ”, L. Vaunois, cité par A. Lucas, *Droit d’auteur et numérique*, Paris, Litec, 1998 à la p.246, note 63.

[86](#) Voir D. Vaver, *Report on Moral Rights, Canada, Congrès ALAI 1993* à la p. 220, questions n. 7 et 8.

[87](#) C. Colombet cité par A. Strowel, *Strowel* à la p. 497.

[88](#) A. Dietz, *Le droit moral de l’auteur (droit civil)*, Rapport général, *Congrès ALAI 1993* à la p. 47.

[89](#) CA. Paris, 1re ch., 23 nov. 1970, *RIDA* juill. 1971, n.69, p. 74.

[90](#) Cass. 1re civ, 17 déc. 1991, *JCP* 92, IV, 641 ; *Bull. civ.* I, n. 360 ; *RJDA* 3/1992, n. 304 ; *RIDA* avr. 1992, n. 152, p. 190 ; *D.* 1993, somm. p. 89, obs. C. Colombet.

[91](#) Rapportées par *Lucas* à la p. 346.

[92](#) *Ibid.*

[93](#) La doctrine admet une renonciation au droit moral après la modification apportée à l’œuvre si l’auteur agit “ en pleine de connaissance de cause ”. La question de savoir si la renonciation *a posteriori* doit être expresse ou peut être tirée des circonstances a été posée. *Lucas* à la p. 347.

[94](#) *Gautier* aux pp. 158-59. La question du mandat en matière de droit moral est intéressante à double titre. En premier lieu elle pose le problème de la représentation d’intérêts extra-patrimoniaux. En second lieu, si elle est admise, cela a pour conséquence d’amoinrir le principe d’inaliénabilité du droit moral puisque le mandant est lié par les contrats passés en son nom par le mandataire, quitte à ensuite se retourner contre le mandataire dans le cas où ce



dernier aurait autorisé une atteinte à l'intégrité de l'œuvre que désapprouve l'auteur (mandant). La question de savoir s'il peut s'agir d'une nullité relative n'est pas non plus sans conséquences pratiques car si répondue positivement, l'auteur perd de sa force. En effet, en l'absence de nullité absolue, rares seront les cas où l'auteur pourra, sauf s'il possède un important *bargaining power*, refuser de ne pas confirmer la nullité relative. Sur le mandat, voir P.-Y. Gautier, " Le mandat en droit d'auteur " in *Mélanges A. Françon*, Paris, Dalloz, 1995, p. 222.

[95](#) W. Cornish, " Les contrats individuels d'auteurs et d'artistes : les pratiques dans l'environnement numérique ", *Rapport général*, Congrès de l'ALAI, Montebello, 14-18 sept. 1997, Actes du congrès, Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1997, p. 371. Voir A. Lucas, " Droit d'auteur et multimédia " in *Mélanges A. Françon, op.cit.*, p. 325 ; A. Lucas, *Droit d'auteur et numérique*, Paris, Litec, 1998 à la p. 249, n. 496 et s..

[96](#) Voir M.J. O'Connor, " Squeezing into Traditional Frames : Intellectual Property Law in the Shadow of the Information Society " (1998) 12 *I.P.J.* 285 ; P.B. Hugentholtz, dir., *The Future of Copyright in a Digital Environment*, La Hague, Londres, Boston, Kluwer, 1996 ; P. Trudel et al., dir., *Droit du Cyberspace*, Montréal, Thémis, 1997 ; R. Reilly, " Mapping Legal Metaphors in Cyberspace : Evolving the Underlying Paradigm ", (1998) 16 *The John Marshall J. of Comp. & Inf. L.* 579. Pour une présentation critique des divers opinions doctrinales quant au paradigme à retenir, voir F.W. Grosheide, " Paradigms in Copyright Law " in B. Sherman & A. Strowel, dir., *Of Authors and Origins*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 203.

[97](#) J.H. Reichman, " Legal Hybrids Between the Patent and the Copyright Paradigms " in W.F. Korthals et al., dir., *Information Law Towards the 21st Century*, La Hague, Kluwer, 1992, p.325. ; voir le symposium qui a suivi dans (1994) 94 *Colum.L.R.*.

[98](#) P. Samuelson, " Why the Look and Feel of Software User Interfaces Should Not Be Protected by Copyright Law " (May 1989) 32 *Communication of the ACM (Association for Computing Machinery)* 563.

[99](#) E. Mackaay, " Legal Hybrids : Beyond Property and Monopoly ? " (1994) 94 *Colum.L.R.* 2633.

[100](#) M. Franzosi & G. de Sanctis, “Moral Rights and New Technology : Are Copyright and Patents Converging ? ” (1995) 2 *E.I.P.R.* 63.

[101](#) *Ibid.* à la p.66.

[102](#) Pour une analyse économique du droit moral, voir M. Rushton, “The Moral Rights of Artists : Droit Moral ou Droit Pécuniaire ” *Ninth John Olin Annual Conference in Law and Economics*, Faculty of Law, University of Toronto, September 1997 [non publié]. (l’auteur montre qu’il existe des cas qui justifient économiquement une protection forte des droits moraux : “[w]e found that a case can be made for restricting the alienability of moral rights, even if we accept as a general premiss that, absent externalities, voluntary exchange is wealth enhancing.” à la p.27) ; voir H. Hansmann et M. Santilli, “Authors’ and Artists’ Moral Rights : A Comparative Legal and Economic Analysis ” (1997) 26 *J.Leg. Studies* 95.

[103](#) Voir P. Trudel *et al.*, dir., *Droit du cyberspace*, Montréal, Thémis, 1997 ; S. Taylor & R. McGhie, “Copyright and the Internet ” (1998) 82 *Copyright World* 29.

[104](#) Cf. *supra* en matière de rapports contractuels. Voir Y. Gendreau, “Digital Technology and Copyright : Can Moral Rights Survive the Disappearance of the Hard Copy ?”, *op.cit.* ; T. Heide, “Réinterpréter le droit au respect de l’œuvre énoncé à l’art. 6 *bis* de la Convention de Berne ” (1997) 31 *Bulletin du droit d’auteur* 5.

[105](#) M. Vivant, “Les notions d’œuvre, d’originalité et de droits voisins du point de vue des traditions du droit civil ” in *Colloque OMPI, op.cit.*, p.77.

[106](#) C. Caron, *op.cit.* à la p.67.

[107](#) A. Dietz, *op.cit.* à la p. 53.

[108](#) Cf. aff. *Tele-Direct (Publications) Inc. c. American Business Information Inc.*, [1998] 2 F.C. 22.

[109](#) *Caron c. Associations des Pompiers de Montréal Inc.*, (1992) 42 C.P.R. (3d) 292.

[110](#) *Lucas* à la p. 88, n.83.

[111](#) *Ibid.* à la p. 104, n. 98.

[112](#) Voir M. Vivant, plaidant pour “ Une épure de la propriété intellectuelle ” in *Mélanges A. Françon*, Paris, Dalloz, p. 415.

[113](#) A. Lucas, *Droit d’auteur et numérique*, *op.cit.* à la p. 248.

[114](#) Y. Gendreau, “ Morale publique et morale privée en propriété intellectuelle ” (1993) 27 *R.J.T.* 415.

[115](#) Y. Gendreau, “ Digital Technology and Copyright : Can moral Rights Survive the Disappearance of the Hard Copy ? ”, *op.cit.* à la p.220.

[116](#) T. Heide, “ Réinterpréter le droit au respect de l’œuvre énoncé à l’art. 6 *bis* de la Convention de Berne ”, *op.cit.* à la p. 8.

[117](#) *Ibid.*

[118](#) La recherche sur Internet peut constituer un indice supplémentaire quant à la vigueur et au regain que connaissent les droits moraux. A titre anecdotique tout d’abord puisque par exemple une recherche avec *lawcrawler* pour “ “moral rights” OR “droit moral” ” donne 23350 objets, <http://www.lawcrawler.findlaw.com> (date d’accès : 15 mars 1999). A titre d’actualité académique ensuite, *e.g.* : L.E. Harris, “ Just What Are Moral Rights, Anyway ? ” <http://www.dga.org/magazine/v21-2/moralrights.html> (*idem.*) ; *Canadian Association of Photographers and Illustrators in Communications*, <http://capic.org/legal/copy1.html> (*idem.*) ; C. Oppenheim, “ Moral Rights and the Electronic Library ” <http://www.adriadne.ac.uk/issue4/copyright/> (*idem.*) ; B. Rosenblath “ Doctrines Relevant to Respect and Integrity ” <http://cyber.harvard.edu/metaschool/fisher/integrity/links/doctrine.html> (*idem.*) ; M. Holderness, “ Moral Rights and Author’s Rights – The Key to the Information Age ” (1998) 1 *J.Inform.L.&Technology* [http://elj.strath.ac.uk/jilt/infosoc/98\\_1hold/default.html](http://elj.strath.ac.uk/jilt/infosoc/98_1hold/default.html) (*idem.*). A titre d’actualité juridique enfin en ce qui concerne le débat de la révision de la loi sur le droit d’auteur australienne visant à introduire des dispositions relatives aux droits moraux. Voir E. Burns Coleman, “ Essay : Should Madonna Have Moral Rights in Copyright Law ”

[http://online.anu.edu.au/philosophy/PGrads/coleman/moral\\_rights\\_and\\_copyright.html](http://online.anu.edu.au/philosophy/PGrads/coleman/moral_rights_and_copyright.html) (*idem.*)

et les liens sélectionnés.