COMITÉ DE RÉDACTION

Louise G. Bernier, Ph. D.*
BioChem Pharma
Laval (Québec)

Claude Brunet, avocat
Martineau Walker
Montréal (Québec)

Vivianne de Kinder, avocate
Montréal (Québec)

Mistrale Goudreau, professeur
Université d'Ottawa
Ottawa (Ontario)

J. Nelson Landry, avocat
Ogilvy Renault
Montréal (Québec)

Jacques A. Léger, avocat
Léger Robic Richard
Montréal (Québec)

L'honorable juge
Denis Lévesque*,
Cour supérieure du Québec
Montréal (Québec)

Ejan Mackaay, professeur
Université de Montréal
Montréal (Québec)

Hélène Messier, avocate
Société Radio Canada
Montréal (Québec)

Victor Nabhan, professeur
Université Laval
Sainte-Foy (Québec)

Michel Racicot, avocat
McCarthy Tétreault
Montréal (Québec)

Ghislain Roussel, avocat
Gouvernement du Québec
Québec (Québec)

LES ÉDITIONS YVON BLAIS INC.
Johanne Forget, avocate*

Les cahiers de propriété intellectuelle Inc. désirent remercier le ministre de la Justice du Canada pour sa contribution financière à la revue *Les Cahiers de propriété intellectuelle.*

* Membres du comité de rédaction qui ne siègent pas au conseil d'administration des Cahiers de propriété intellectuelle inc.

Vol. 6, nº 3

Le droit d'auteur et les licences obligatoires au service de la Couronne: un modèle australien pour la réforme du droit d'auteur au Canada?

Jean-Pierre Blais*

INTRODUCTION

La réforme du droit d'auteur dans les pays dits «de tradition britannique»[1], y compris l'Australie et le Canada, a été marquée par un processus évolutif remontant au moins à la *Loi de la Reine Anne* (1710)[2], sinon à l'invention des techniques d'imprimerie[3]. Une évolution législative, par sa définition, comprend une série de changements successifs qui, à quelconque étape déterminée, renferme certaines traces des lois précédentes. L'interminable révision de la *Loi sur le droit d'auteur* au Canada, vers la fin du présent siècle, nous

© Jean-Pierre Blais, 1994.

* B.C.L., LL.B. (McGill), LL.M. (Melbourne), avocat, membre du Barreau du Québec.

1. Parfois, malencontreusement décrits comme des pays de «*copyright*», de «*common law*», ou encore «anglo-saxons».
2. *An Act for the Encouragement of Learning by Vesting Copies in Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies, during the Times therein mentioned*, 8 Anne (1710) (R.-U.), c. 19.
3. Pour l'historique des lois sur le droit d'auteur au Royaume-Uni, en Australie, en Nouvelle-Zélande et au Canada, voir respectivement E.P. SKONE JAMES et W.A. COPINGER, *Copinger on Copyright*, 12e édition, Londres, Sweet and Maxwell, 1980, p. 31-45; S. RICKETSON, *The Law of Intellectual Property*, Sydney, The Law Book Co. Ltd., 1984, p. 77-81; A. BROWN et A. GRANT, *The Law of Intellectual Property In New Zealand*, Wellington, The Butterworth Group, 1989, p. 226-229; H. FOX, *The Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 2e édition, Toronto, The Carswell Company Ltd., 1967, p. 30-36.

permet de constater l'influence considérable des anciens régimes à l'égard de notre système contemporain. Par exemple, jusqu'à ces derniers temps, la contrefaçon des oeuvres musicales au Canada était surtout reliée à la reproduction physique de la notation musicale, plutôt qu'à son actualisation acoustique, ce que nous croyons être la véritable essence de la musique. Ceci résultait du fait que la *Loi sur le droit d'auteur* trouve ses origines dans l'imprimerie des livres et la reproduction de la page écrite[4]. Au même titre, mentionnons l'expression «empreintes, rouleaux perforés et autres organes mécaniques»[5]. C'est par cette référence à des techniques désuètes que le législateur régit les enregistrements sonores. De nombreux autres exemples pourraient démontrer l'influence contestable qu'exerce le passé sur l'expression contemporaine du régime de protection des droits d'auteur au Canada et l'application de celui-ci aux nouvelles technologies. Nous aborderons dans cet article un vestige en particulier, soit la situation exceptionnelle de la Couronne relativement à l'utilisation d'oeuvres protégées. On entend par les expressions «Couronne», «gouvernement», «Administration» ou «État» l'entité juridique gouvernementale qui exerce l'autorité exécutive[6].

Le droit d'auteur dans son expression primitive était une question d'État. La Couronne britannique fut saisie de la politique de la reproduction dès l'importation des techniques d'imprimerie en Angleterre à la fin du XV[e] siècle. Bien que William Caxton ait été traditionnellement reconnu pour avoir monté la première presse anglo-saxonne dans la Cité de Westminster en 1476, d'importants indices laissent croire que l'art d'imprimer fut pratiqué huit ans auparavant à Oxford[7]. Hormis ces contradictions chronologiques, retenons que l'enlèvement clandestin de la première presse des Pays-Bas, ainsi que des artisans pour en assurer le fonctionnement, fut réalisé avec l'appui financier et sous le contrôle direct du Roi

4. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), c. C-42, art. 2 («oeuvre musicale»); *Composers, Authors and Publishers Association of Canada Ltd. c. CTV Television Network Ltd. and the Bell Telephone Company of Canada*, [1968] R.C.S. 676; *Canadian Cable Television Association c. Copyright Board*, (1993) 46 C.P.R. (3d) 359 (Cour d'appel fédérale); *CTV Television Network Ltd. c. Copyright Board*, (1993) 46 C.P.R. (3d) 343 (Cour d'appel fédérale); *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, L.C. 1993, c. 23, art. 1 (1) («oeuvre musicale»).
5. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), c. C-42, art. 11.
6. J.R. MALLORY, *The Structure of Canadian Government*, Toronto, MacMillan,1971, 32-41; P.W. HOGG, *Liability of the Crown*, 2[e] édition, Toronto, The Carswell Company Ltd., 1989, p. 9; relativement aux droits d'auteur de la Couronne agissant en sa capacité personnelle, voir *Prince Albert c. Strange*, (1849) Hall and Twell's Reports 1 [47 E.R. 1302].
7. *Donaldson c. Beckett*, (1774) 4 Burr. 2408, 2413-2416 [98 E.R. 257, 264-265] (note éditoriale de Sir James Burrows); comparez H. RANSOM, *The First Copyright Statute*, Austin, University of Texas Press, 1956, p. 6.

Henri VI[8]. Le règne des Tudors et des premiers Stuarts fut dès lors marqué par une réglementation étroite de l'imprimerie.

Sans doute, d'une perspective historique, la plus importante conséquence qui découlait de la concession de privilèges d'imprimer par le pouvoir royal fut d'affliger l'Angleterre d'un censorat sur la pensée religieuse et politique[9]. Les membres de la *Company of Stationers* qui désiraient publier ou imprimer des livres, en l'absence d'une concession royale précise, devaient obligatoirement les enregistrer auprès de la *Company*. En contrôlant rigoureusement les personnes qui pouvaient exercer l'art d'imprimer, la Couronne pouvait ainsi supprimer les écrits blasphématoires et séditieux. Quoique le contrôle inopportun de la liberté d'expression par la réglementation des imprimeurs eût été une accusation portée contre le pouvoir royal, la suppression des presses jugées illégales continua tant après l'abolition de la Chambre Étoilée en 1641 qu'après le régicide de Charles I[er] en 1649[10]. En effet, les mesures de répression ont été maintenues lors de l'Interrègne (1642-1660)[11], et par le Parlement lui-même après la Restauration (1660) et la Révolution dite glorieuse (1689)[12]. Malgré le fait que les lois qui ont été promulguées après la Restauration aient été assujetties à des dispositions prévoyant leur défaillance automatique, ce ne fut qu'en 1694 que le Parlement permit à celles-ci de s'éteindre entièrement[13]. Certains diront, par ailleurs, que les gestes des parlementaires anglais ne furent pas inspirés par une croyance profonde aux principes de la liberté politique et religieuse[14].

8. *Id.*, p. 2415.
9. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, volume VI, Londres, Methuen, Sweet and Maxwell, 1939 et 1966, p. 360-379; RANSOM, *op. cit.*, note 7, chapitres II à V; L.R. PATTERSON, *Copyright in Historical Perspective*, Nashville, Vanderbilt University Press, 1968, p. 20-27.
10. La polémique anti-royaliste engagée à l'égard de la réglementation du domaine de l'édition est mise en lumière par la juxtaposition de deux pamphlets de John MILTON: *Areopagitica: A Speech of Mr. John Milton for the Liberty of Unlicensed Printing to the Parliament of England* (1644); et *The Tenure of Kings and Magistrates* (1649).
11. *An Ordinance for the Regulating of Printing* (14 juin 1643); *An Ordinance against Unlicensed or Scandalous Pamphlets, and for the Better Regulating of Printing* (30 septembre 1647); *An Act against Unlicensed and Scandalous Books and Pamphlets, and for better Regulating of Printing* (20 septembre1649); et *An Act for Reviving of a former Act, Entitled, An Act against Unlicensed and Scandalous Books and Pamphlets, and for better Regulating of Printing, with some Additions and Explanations* (7 janvier 1653): C.H. FIRTH et R.S. RAIT, *Acts and Ordinances of the Interregnum 1642-1660*, Londres, HMSO, 1911, volume I, p. 184-7, p. 1021-3; et volume II, p. 245-54, 696-9.
12. 13-14 Car. II (1662) (R.-U.), c. 33; 1 Jac. II (1685) (R.-U.), c. 17.
13. HOLDSWORTH, *op. cit.*, note 9, p. 375.
14. T.B. MACAULAY, *History of England from the Accession of James the Second*, Londres, Longmans, 1858, volume VII, p. 168-9.

Cette conclusion est appuyée par le fait qu'un projet de loi qui aurait de nouveau réglementé les publications, mais qui suscitait moins d'objection à l'égard de certains détails, a reçu l'aval de la Chambre des Communes en deuxième lecture avant la fin de la session législative de 1695[15].

L'octroi de privilèges de publication par l'exercice de la prérogative de la Couronne a, pour les juristes contemporains, une deuxième et plus importante conséquence car, à un certain niveau, ce régime constitue une première reconnaissance des droits des auteurs sur leurs oeuvres[16]. Progressivement, la censure par la réglementation des imprimeries se dissipait, et un nouveau droit de propriété surgit à même l'obligation d'enregistrer les oeuvres auprès du *Company of Stationers*. La *Loi de la Reine Anne*, la première loi sur le droit d'auteur dans son sens moderne, renfermait l'objectif politique d'encourager le savoir et la création d'oeuvres en investissant les auteurs et les imprimeurs d'un droit exclusif, et ce pour une période de temps donnée. Ainsi, cette législation fut un grand tournant pour le droit d'auteur: elle marque sa transformation formelle d'un privilège *vis-à-vis* la Couronne en un droit opposable à l'encontre des tiers.

Plusieurs siècles se sont écoulés depuis le temps que les *copyrights* furent caractérisés comme un simple privilège que la Couronne daignait octroyer à ses sujets. De ce fait, et malgré son origine en droit public, le droit d'auteur de nos jours appartient au domaine du droit privé. Par contre, deux vestiges du statut particulier de la Couronne ont survécu jusqu'au XX[e] siècle dans les régimes de droit d'auteur d'inspiration britannique. Mentionnons en premier les règles exceptionnelles qui sont applicables lorsque la Couronne est l'auteur ou le premier titulaire de droits en vertu d'une disposition législative ou d'une ancienne prérogative[17]. La situation de la Couronne en tant

15. *Id.*, p. 169.
16. SKONE JAMES, *op. cit.*, note 3, p. 7.
17. *Copyright Act* (Cth), art. 8A; *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), c. C-42, art. 12; L.C. 1993, c. 44, art. 60; *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, projet de loi C-442, première lecture le 2 juin 1993; *British Broadcasting Company c. Wireless League Gazette Publishing Co.*, [1926] Ch. 433; *Attorney General for New South Wales c. Butterworth and Co. (Australia) Ltd.*, (1938) 38 S.R. (N.S.W.) 195; *R. c. Bellman*, [1938] 3 D.L.R. 548 (Cour d'appel du Nouveau Brunswick); *Universities of Oxford and Cambridge c. Eyre and Spottiswoode Ltd.*, [1964] Ch. 736; *Commonwealth c. John Fairfax and Sons Ltd.*, (1980) 55 A.L.J.R. 45 (la *High Court* de l'Australie); *General Education c. Public Service Association of New South Wales*, (1985) 4 I.P.R. 552 (Cour supérieure de la *New South Wales*); *Hawley c. Canada*, (1990) 30 C.P.R. (3d) 534 (Cour fédérale); *Pfizer Canada Inc. c. Attorney General of Canada*, (1986) 9 C.I.P.R. 18 (Cour fédérale).

que créatrice d'oeuvres a fait amplement l'objet d'étude ailleurs, et il n'y a donc pas lieu de s'y attarder[18]. En revanche, le deuxième vestige, sur lequel nous nous concentrerons, porte sur l'utilisation d'oeuvres protégées lorsque celles-ci ont été créées ou qu'elles sont la propriété d'individus ou de sociétés non gouvernementales, c'est-à-dire le rôle de la Couronne en tant que consommatrice d'oeuvres.

Les gouvernements des démocraties industrialisées utilisent constamment des oeuvres protégées dans le cours normal de leurs opérations et certaines études démontrent qu'ils ne respectent pas toujours les droits des tiers titulaires[19]. Par exemple, le gouvernement canadien a été décrit comme un «utilisateur important» d'oeuvres[20]. Dans ces circonstances, il est étonnant que notre loi demeure extrêmement laconique à ce sujet. Certains réformistes du droit d'auteur, au Canada et ailleurs, soutiennent que l'État et les émanations étatiques devraient profiter d'un régime dérogatoire qui les dispenserait, en règle générale ou dans des cas particuliers, de respecter les droits des auteurs. Le pouvoir de la Couronne, tel qu'il serait potentiellement édicté par une loi nationale, d'obtenir unilatéralement une licence permettant l'utilisation d'une oeuvre sans le consentement du titulaire, et ce pour des motifs prépondérants d'intérêt public, constituerait une exception importante aux droits pécuniaires exclusifs que peuvent réclamer les auteurs et leurs ayants droit. Cette solution a pourtant été retenue par le Parlement australien.

Le présent article traitera, d'une perspective canadienne, des pouvoirs spéciaux des gouvernements australiens d'utiliser des oeuvres protégées par droit d'auteur en vertu de l'article 183 de la

18. C. BRUNET, «Le gouvernement du Québec et les droits d'auteur de la Couronne», Québec, gouvernement du Québec, ministère des Affaires culturelles, 1983; H. FOX, «Copyright in Relation to the Crown and Universities with Special Reference to Canada», (1947) 7 *University of Toronto Law Journal* 98; FOX, *op. cit.*, note 3, p. 264-83; G. SNOW, «Who Owns Copyright in Law Reports?» (1982) 64 C.P.R. (2d) 49; C. VINCKE, *Problèmes de droit d'auteur en éducation*, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1977, p. 121-30; B. TORNO, *Le droit d'auteur de la Couronne au Canada: un héritage embrouillé*, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1981, p. 53-56; J. BONCOMPAIN, *Le droit d'auteur au Canada: étude critique*, Montréal, Cercle du livre de France, 1971, p. 153; N. TAMARO, *La loi sur le droit d'auteur*, Toronto, The Carswell Company Ltd., 1993, p. 214-215; P. LORDON, *Crown Law*, Toronto, Butterworths, 1991, p. 99.
19. TORNO, *op. cit.*, note 18, p. 25-7.
20. A. KEYES et C. BRUNET, *Le droit d'auteur au Canada: Propositions pour la révision de la loi*, Ottawa, Consommation et Corporations Canada, 1977, p. 17; *e.g. Procureur général du Québec c. Computer Associates Canada Ltée*, [1993] R.J.Q. 2196 (Cour supérieure).

Copyright Act 1968 (Cth) (ci-après la «*Copyright Act* (Cth)»). Par ce régime, les gouvernements du *Commonwealth* et des États australiens sont, en règle générale, assujettis à la loi sur le droit d'auteur, mais ils profitent par ailleurs d'une permission législative, unilatérale et extraordinaire de violer les droits des titulaires s'ils le font pour le service de l'État («*for the services of the Commonwealth or a State*»). L'étude de la législation australienne à cet égard sera révélatrice dans le cadre de l'actuelle réforme de la loi canadienne. D'abord, la réforme du droit australien en ce qui a trait à ce genre de licences obligatoires a précédé la réforme canadienne. De plus, le régime australien est en vigueur depuis presque un quart de siècle. Nous croyons qu'il s'agit d'un modèle utile et important pour le Canada, non pas à suivre mais à éviter. De plus, cette enquête nous permettra de revoir certains principes de base en droit public britannique, tels qu'ils s'appliquent en Australie et au Canada, relativement à la responsabilité de l'État pour la violation des droits de propriété intellectuelle.

La présente étude se présentera en cinq parties. Dans la première, nous passerons en revue les diverses propositions de réforme avancées au Canada concernant la responsabilité de la Couronne lorsqu'elle contrevient aux droits d'auteur des tiers. Dans la deuxième, nous aborderons certaines présomptions sous-jacentes à l'égard de l'immunité de la Couronne. Les pouvoirs spéciaux de l'État doivent être analysés en tenant compte de l'immunité traditionnelle dont bénéficie la Couronne par rapport aux lois de propriété intellectuelle. Nous examinerons en détail dans la troisième partie les dispositions de la loi australienne qui ont été instituées en 1968. Dans la quatrième partie, nous retracerons la désintégration de l'immunité de la Couronne en matière de propriété intellectuelle au cours des années, ainsi que l'ascension correspondante des régimes de licences obligatoires favorisant la Couronne en Australie et au Royaume-Uni. Dans ce contexte, il faudra se demander si l'adoption législative d'un pouvoir dérogatoire continue d'être justifiée et conforme à l'intérêt public. Enfin, en admettant *pro arguendo* le bien-fondé d'un régime spécial dans certaines circonstances, la dernière partie examinera certaines questions de droit public qui influenceront la rédaction législative au Canada.

PROPOSITIONS DE RÉFORME AU CANADA

Le débat concernant la responsabilité de la Couronne en droit canadien pour des atteintes à un droit d'auteur persiste depuis plus de 30 ans, et le fait qu'il s'agissait d'une question constante à toutes

les étapes qui ont marqué la réforme témoigne de son importance[21]. En 1957, la commission royale Ilsley recommanda que la Couronne ne soit pas tenue responsable de la violation des droits d'auteur[22]. Par contre, si elle faisait quoi que ce soit qui constituerait normalement une contrefaçon, la commission était d'avis que l'État devrait verser une indemnité, et non pas des dommages-intérêts. Le rapport de la commission prévoyait que l'indemnité serait déterminée par entente avec le titulaire ou, à défaut, par un juge de l'ancienne Cour de l'échiquier (maintenant la Cour fédérale du Canada). À l'époque, ces recommandations étaient conformes aux propositions qui avaient été mises de l'avant et adoptées dans d'autres pays de tradition britannique[23], ainsi qu'aux recommandations de la commission Ilsley en 1960 à l'égard des brevets[24]. La commission a jugé qu'une proposition semblable n'était pas nécessaire dans le cadre de la *Loi sur les dessins industriels* car, à son avis, l'appropriation de tels droits par le gouvernement n'aurait lieu que sur une échelle restreinte[25]. Il convient de souligner que les recommandations de la commission se limitaient à la Couronne fédérale puisque ses conseillers juridiques étaient alors d'avis que le Parlement du Canada n'avait pas la compétence constitutionnelle pour imposer une responsabilité à la Couronne du chef d'une province[26]. Par contre, le régime dérogatoire devait s'étendre à certaines émanations de la Couronne pourvu qu'elles en soient des mandataires en vertu de leurs lois constitutives, et qu'elles soient nommément désignées par règlement. On ne visait pas la Société Radio-Canada ou l'Office national du film car, même s'ils étaient mandataires de la Couronne, ils n'étaient pas essentiellement des ministères de l'État constitués en société[27].

21. S. GILKER, «Une nouvelle Loi sur les droits d'auteurs: 19 504 jours et 19 études plus tard», (1988) 1 *Cahiers de propriété intellectuelle* p. 31, 32-5.
22. Canada, Commission Royale sur les brevets, le droit d'auteur, les marques de commerce et les dessins industriels, *Rapport sur le droit d'auteur*, Ottawa, Imprimeur de la Reine et contrôleur de la papeterie, 1957 (le «Rapport Ilsley»), p. 132.
23. Royaume-Uni, *Report of the Copyright Committee*, Cmnd. 8662, Londres, HMSO, 1952 (le «Rapport Gregory»), ¶ 75; Australie, *Report of the Committee Appointed by the Attorney General of the Commonwealth to Consider What Alterations are Desirable in the Copyright Law of the Commonwealth*, Canberra, 1959 (le «Rapport Spicer»), p. 76-7; Nouvelle-Zélande, *Report of the Copyright Committee*, Wellington, 1959 (le «Rapport Dalglish»), p. 50.
24. Canada, Commission Royale sur les brevets, le droit d'auteur, les marques de commerce et les dessins industriels, *Rapport sur les brevets*, Ottawa, Imprimeur de la Reine et contrôleur de la papeterie, 1960, p. 107-109.
25. Canada, Commission Royale sur les brevets, le droit d'auteur, les marques de commerce et les dessins industriels, *Rapport sur les dessins industriels*, Ottawa, Imprimeur de la Reine et contrôleur de la papeterie, 1958, p. 30.
26. Rapport Ilsley, *op. cit.*, note 22, p. 132; comparez *Rapport sur les brevets*, *op. cit.*, note 24, p. 109.
27. Comparez *Re Australasian Performing Rights Association Ltd. and Australian Broadcasting Commission*, (1982) 45 A.L.R. 153 (Cour fédérale de l'Australie).

Vingt ans plus tard, l'avis des réformistes avait évolué considérablement. Le rapport Keyes-Brunet déclarait en 1977 qu'il restait «encore à démontrer de manière suffisamment convaincante que la Couronne doit avoir une situation préférentielle»[28]. Les coauteurs du rapport estimaient que, si les oeuvres de la Couronne étaient protégées au même titre que les oeuvres des titulaires ordinaires, elle devait être assujettie aux mêmes obligations. Par ailleurs, ils ont souligné que, faute d'entente sur l'indemnité à être versée, le titulaire du droit d'auteur devait néanmoins subir les coûts et les inconvénients d'une poursuite judiciaire sans pour autant pouvoir recouvrer ses coûts et des dommages-intérêts. Cependant, Keyes-Brunet ont reconnu que les gouvernements n'étaient pas toujours dans la situation d'un utilisateur ordinaire et proposaient certaines dérogations pour les activités parlementaires[29]. Ces recommandations ont reçu l'appui général des intervenants[30].

De nouveau en 1981, une étude parrainée par le ministère de la Consommation et des Corporations tenta d'équilibrer les besoins uniques des gouvernements fédéral et provinciaux avec les intérêts des titulaires, et recommanda:

> [...] La Couronne du chef du Canada et du chef des provinces devrait être liée par la *Loi sur le droit d'auteur* en ce qui concerne l'utilisation d'oeuvres de tiers qui sont protégées, sous réserve uniquement d'un droit extraordinaire lui permettant d'utiliser ces oeuvres sans consentement préalable: (a) en cas d'urgence nationale, (b) lorsque la sécurité du pays est en cause, ou (c) lorsque l'absence d'un tel droit nuirait considérablement à l'exécution ou à l'application effective de la loi.[31]

De plus, cette étude suggéra que certaines sociétés de la Couronne, identifiées par règlement ou restreintes aux sociétés d'État au sens strict, profitent des mêmes avantages. Selon cette nouvelle formulation, si le détenteur des droits contestait l'utilisation non autorisée d'une oeuvre, il incomberait à la Couronne de démontrer l'existence des conditions préalables l'autorisant à avoir recours à ces pouvoirs extraordinaires. En revanche, la Couronne aurait à verser une indemnité raisonnable et à entreprendre les démarches pour informer

28. KEYES et BRUNET, *op. cit.*, note 20, p. 247.
29. *Id.*, p. 247-8.
30. B. TORNO et A. MACLEOD, *Condensé des observations contenues dans les mémoires présentés en réponse à l'étude intitulée Le droit d'auteur au Canada: Propositions pour la révision de la loi*, Ottawa, Consommation et Corporations Canada, 1979, p. 50.
31. TORNO, *op. cit.*, note 18, p. 61.

le titulaire qu'il y a eu utilisation de son oeuvre. Le libellé proposé par cette recherche était d'inspiration néo-zélandaise, ce qui est en soi un croisement réformiste ironique, considérant que la législation néo-zélandaise avait été rédigée notamment à la lumière du rapport Ilsley[32]. Nous signalons que le ministère de la Consommation et des Corporations avait soumis en 1977 une disposition semblable en matière de brevets, mais le législateur n'y a jamais donné suite[33]. En effet, le Livre blanc de 1984 du gouvernement libéral a nettement opiné en faveur des auteurs en énonçant que les gouvernements fédéral et provinciaux soient expressément assujettis à la *Loi sur le droit d'auteur*[34]. Cela devait être le cas même si l'utilisation d'une oeuvre servait au fonctionnement de l'Administration.

Les avis sur ce sujet furent reformulés une fois de plus en 1985 dans la *Charte des droits des créateurs et créatrices*. Dans ce rapport, le sous-comité de la Chambre des Communes arrêta que la Couronne du chef du Canada et de toutes les provinces devait être assujettie aux dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur*, et que toute exception à cette règle devait être prévue dans les lois sur les pouvoirs d'urgence[35]. Bien que le sous-comité ne se soit pas prononcé quant à savoir si une telle exception était justifiée en principe, les membres ne croyaient pas que les droits de propriété intellectuelle devaient faire l'objet d'un traitement particulier. Il convenait de leur appliquer les mêmes exigences, modalités et principes de juste indemnisation qu'aux autres droits de propriété[36]. Tout en reflétant la philosophie sous-jacente du Livre blanc et du rapport Keyes-Brunet, les recommandations du sous-comité constituaient l'apogée de la thèse favorisant les auteurs plutôt que l'adoption d'un régime dérogatoire favorisant sensiblement la Couronne. Le sous-comité a déclaré «qu'étant donné que la révision de la *Loi sur le droit d'auteur* est

32. *Copyright Act* 1962 (N.Z.), art. 4 et 53 à 55.
33. Canada, *Projet de loi reflétant les recommandations du document de travail sur la révision de la Loi sur les brevets*, Ottawa, Consommation et Corporations, 1976, art. 56; Canada, *Document de travail sur la révision de la Loi sur les brevets*, Ottawa, Consommation et Corporations Canada, 1976, p. 281-2; *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), c. P-4, art. 19; comparez *Loi de mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, L.C. 1993, c. 44, art. 190 et 191.
34. Canada, Ministère des Communications et Ministère de la Consommation et des Corporations Canada, *De Gutenberg à Telidon – Livre blanc sur le droit d'auteur*, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1984 (le «Livre blanc»), p. 72.
35. Canada, Chambre des Communes, Comité permanent des communications et de la culture, *Rapport du sous-comité sur la révision du droit d'auteur: Une Charte des droits des créateurs et créatrices*, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1985 (la «Charte des créateurs»), 9-10.
36. *Id.*, p. 9.

l'occasion de faire une déclaration sur l'importance des oeuvres de l'esprit et des droits de propriété intellectuelle, il semblerait tout à fait opportun de préciser explicitement que les mêmes obligations s'appliquent également au gouvernement»[37].

Le gouvernement conservateur du premier ministre Brian Mulroney accepta d'emblée cette recommandation en 1986, et a entrepris un processus de consultation à ce sujet avec les provinces[38]. Cependant, on remarquera avec étonnement que le projet de loi C-60 de 1988, première phase de la révision en profondeur de la *Loi sur le droit d'auteur*, n'abordait pas cette question[39]. Puisque le gouvernement canadien avait clairement annoncé que cette première étape devait régler des situations urgentes et qui n'étaient pas sujettes à controverse, nous devons conclure que, de l'avis du gouvernement, il y avait absence de l'une ou l'autre de ces conditions préalables.

L'encadrement législatif qui permettrait la mise en oeuvre des recommandations du sous-comité est en grande partie déjà en place. En effet, à la même époque que le Parlement fédéral examinait les projets de loi relatifs à la «phase I» de la réforme du droit d'auteur[40], il abrogea l'ancienne *Loi sur les mesures de guerre* et la remplaça par un régime unique et détaillé concernant l'exercice du pouvoir d'urgence de l'Administration centrale[41]. D'après la *Loi sur les mesures d'urgence*, lorsqu'une déclaration d'un sinistre, d'un état de crise internationale ou d'un état de guerre est en vigueur, le Conseil des ministres peut, par règlement, prévoir la réquisition, l'usage ou l'aliénation de biens[42]. Le cas échéant, le propriétaire perdrait le droit d'intenter une action en dommages-intérêts contre la Couronne pour la violation de ses droits[43]. Il pourrait néanmoins réclamer une indemnité raisonnable qui serait payable par l'État à même le Trésor.

37. Charte des créateurs, *op. cit.*, note 35, p. 9; comparez Livre blanc, *op. cit.*, note 34, p. 72; KEYES et BRUNET, *op. cit.*, note 20, p. 247-8.
38. Canada, *Réponse du gouvernement du Canada au deuxième Rapport du sous-comité sur la révision du droit d'auteur du Comité permanent des communications et de la culture*, Document parlementaire 331-8/2A; Canada, *Débats parlementaires*, Chambre des Communes, 7 février 1986, 10582.
39. *E.g.* M. RACICOT, «La réforme du droit d'auteur au Canada - Projet de loi C-60 - Les programmes d'ordinateurs - Comparaison avec le droit américain», (1988) 1 *Cahiers de propriété intellectuelle* p. 49, 67.
40. *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur et apportant des modifications connexes et corrélatives*, L.C. 1988, c. 15 [L.R.C. (1985) (4e suppl.), c. 10]; *Loi de mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis*, L.C. 1988, c. 65, art. 61 à 65.
41. *Loi sur les mesures d'urgence*, L.C. 1988, c. 29 [L.R.C. (1985) (4e suppl.), c. 22] [numéro de chapitre non officiel L.R.C. (1985), c. E-4.5].
42. *Id.*, art. 8(1) (c), 30 (1) (b) et 40 (1).
43. *Id.*, art. 47 (1), 48, 50 et 56.

L'expression «biens (*property*)» semble être suffisamment large pour comprendre tous les droits de propriété intellectuelle, y compris les droits d'auteur[44]. Par ailleurs, en ce qui a trait à l'utilisation d'oeuvres dans des situations non urgentes et relatives à la défense nationale, soulignons que la *Loi sur la production de défense* prévoit un régime dérogatoire pour l'utilisation de la propriété industrielle. Selon cette loi, l'Administration fédérale doit indemniser les entrepreneurs qui contrefont des brevets d'invention et des dessins industriels dans l'exécution de leurs contrats de défense[45]. Les titulaires lésés sont démunis de leur droit d'action contre les contrefacteurs, mais peuvent présenter une réclamation contre l'État pour une indemnité raisonnable. Il serait donc possible d'élargir ces dispositions pour y inclure nommément les atteintes aux droits d'auteur. Par contre, tant en matière d'urgence que de contrats de défense, il serait préalablement nécessaire de lier la Couronne expressément par une disposition dans la *Loi sur le droit d'auteur*.

Dans cette même optique, un autre précédent législatif intéressant mérite une attention particulière car il institue un régime de licence obligatoire dans le cadre de la *Loi sur les brevets*. Peu de temps après la Confédération, le Parlement canadien a reconnu que l'Administration fédérale pouvait se servir unilatéralement d'inventions brevetées en versant une indemnité raisonnable au titulaire du monopole[46]. Lors des débats en Chambre, Sir George Étienne Cartier, qui parrainait alors la *Loi sur les brevets* de 1869, prétendit que certaines dispositions, y compris le régime dérogatoire favorisant la Couronne, trouvaient leurs origines dans les lois de l'ancienne province du Canada[47]. Or, tout indique que le pouvoir explicite de la Couronne était de droit nouveau[48]. De plus, il s'agissait d'une réaction législative presque immédiate à l'arrêt *Feather* c. *The Queen* de 1865. Dans cette affaire, comme nous le verrons ci-après, la Cour d'appel de l'Angleterre s'interrogea sur l'effet des brevets d'invention sur la Couronne, à savoir si un gouvernement était lié par les monopoles qu'il octroyait[49]. La modification de 1869 résolut le doute qui planait en droit canadien, comme ce fut le cas au Royaume-Uni

44. *E.g.* Y. GENDREAU, «La nature du droit d'auteur selon le nouveau code civil», *Le nouveau Code civil et les créateurs*, Montréal, Association littéraire et artistique canadienne Inc., 1992, p. 39-41.
45. L.R.C. (1985), c. D-1, art. 22.
46. *Loi sur les brevets d'invention*, L.C. 1869, 32-33 Vict., c. 11, art. 21.
47. Canada, *Débats Parlementaires*, Chambre des Communes, 17 mai 1869, p. 588.
48. Voir *Loi sur les brevets d'invention*, L.R.C. 1859, c. 34; *Revised Statutes of New Brunswick*, 1854, c. 118; et *Revised Statutes of Nova Scotia (3d)*, 1864, c. 117.
49. (1865) 6 B. and S. 257 (Cour d'appel de l'Angleterre) [122 E.R. 1191]; voir *infra* sous la rubrique «(f) Licences obligatoires relativement aux brevets».

en 1883. De ce fait, il existe au Canada depuis 1869 un cadre législatif qui pourrait servir de modèle intéressant en droit d'auteur. Cependant, la *Loi de mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain* apporte, pour la première fois, des modifications importantes à cet ancien régime[50]. On notera surtout qu'il est prévu expressément que la Couronne, tant du chef du Canada que des provinces, est liée par la *Loi sur les brevets*[51]. Ce changement est d'une importance capitale car c'est la deuxième fois seulement que la Couronne est assujettie expressément à une loi portant sur la propriété intellectuelle au Canada, la première étant la *Loi sur la protection des obtentions végétales* de 1990[52].

LE DROIT D'AUTEUR ET L'IMMUNITÉ DE LA COURONNE

(a) Situation en common law au Royaume-Uni

Afin de bien saisir les conséquences des diverses recommandations réformistes, il convient de voir au préalable si la Couronne est en ce moment sous la protection d'une immunité à l'égard des droits d'auteur au Canada. Puisque le droit d'auteur positif et les principes de la responsabilité de la Couronne au Canada et en Australie sont d'origine britannique, nous aborderons en premier la situation de la Couronne au Royaume-Uni. Nous examinerons par la suite les particularités canadiennes et australiennes.

La *Copyright Act* de 1911 (R.-U.), en vigueur jusqu'en 1956, a été un modèle sans équivoque pour les régimes législatifs régissant les droits d'auteur à travers l'ancien Empire britannique. Cette loi était silencieuse sur la question de son application à la Couronne. L'article 2(1) édictait:

> Copyright in a work shall be deemed to be infringed by *any person* who, without the consent of the owner of the copyright, does anything the sole right to do which is by this Act conferred on the owner of the copyright. [Nos italiques]

Conformément au principe constitutionnel de la primauté du législatif sur l'exécutif, la Couronne est assujettie aux lois qui s'y adressent[53]. Toutefois, bien que la Couronne ne bénéficie pas d'une immunité constitutionnelle, une règle d'interprétation constante veut que la Couronne ne soit liée par une loi que par une intention expresse du législateur ou par une implication nécessaire car, dira-t-on, le Parlement légifère *prima facie* à l'égard des sujets et non pas à l'égard de la Couronne. Cette règle jurisprudentielle a été formulée la première fois dans l'arrêt *Attorney General* c. *Donaldson*, et a été confirmée à plusieurs reprises par les plus hauts tribunaux britanniques[54]. Selon ce principe d'interprétation, le libellé général d'une loi, telle l'expression «quiconque», ne vise pas la Couronne, sauf si la loi prescrit sans aucun doute que la Couronne est liée[55]. En conséquence, en raison du libellé de l'article 6 (1) de la *Copyright Act* 1911 (R.-U.), un recours en dommages-intérêts ou en injonction ne pouvait pas être entrepris contre la Couronne pour la violation par celle-ci d'un droit d'auteur. Pour les mêmes motifs, la responsabilité pénale de la Couronne n'était pas engagée[56]. Évidemment, ceci ne s'appliquait qu'à l'égard d'un recours fondé sur les dispositions législatives de la *Copyright Act* 1911 (R.-U.). On doit donc s'interroger sur la responsabilité étatique en droit commun.

Quoiqu'un recours défini par la loi n'était pas disponible, est-ce que le titulaire du droit d'auteur pouvait néanmoins prétendre à un recours civil de droit commun contre la Couronne pour s'être immiscée dans l'exercice d'une catégorie de droits de propriété intangible appelée «droit d'auteur»? À ce jour, la solution à ce problème en droit britannique n'est pas entièrement apparente. D'une part, la responsabilité de la Couronne pouvait, en principe, être engagée par un manquement à une obligation de droit commun car la règle d'interprétation législative de *Attorney General* c. *Donaldson* était inapplicable[57]. En revanche, plusieurs autres obstacles se présentaient. Une première difficulté portait sur les recours disponibles. Les

50. *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), c. P-4, art. 19.
51. *Loi de mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, L.C. 1993, c. 44, art. 190.
52. *Loi sur la protection des obtentions végétales*, L.C. 1990, c. 20, art. 3; comparez *Loi sur les topographies de circuits intégrés*, L.C. 1990, c. 37; *Loi sur les dessins industriels*, L.R.C. (1985), c. I-9; *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), c. T-13.
53. *Willion* c. *Berkley*, (1561) 1 Plowden 223 (Cour du banc du roi) [75 E.R. 339].
54. *Attorney General* c. *Donaldson*, (1842) 10 Meeson and Welsby 117 [152 E.R. 406]; *Province of Bombay* c. *Municipal Corporation of Bombay*, [1947] A.C. 58 (pourvoi devant le Conseil Privé en provenance de l'Inde); *Lord Advocate* c. *Dunbarton District Council*, [1990] 2 A.C. 580 (pourvoi devant la Chambre des Lords en provenance de l'Écosse).
55. HOGG, *op. cit.*, note 6, p. 201; *Mandras Electric Supply Corporation Ltd.* c. *Boarland*, [1955] A.C. 667 (pourvoi devant la Chambre des Lords en provenance de l'Angleterre).
56. *Cain* c. *Doyle*, (1946) 72 C.L.R. 409, 417-8; *Canadian Broadcasting Corporation* c. *Attorney General (Ontario)* [1959] R.C.S. 188; *Canadian Broadcasting Corporation* c. *The Queen*, [1983] 1 R.C.S. 339; *R.* c. *Eldorado Nuclear*, [1983] 2 R.C.S. 551.
57. *Eastern Trust Co.* c. *McKenzie, Mann and Co.*, [1915] A.C. 750 (pourvoi devant le Conseil Privé en provenance du Canada), p. 759.

principaux recours en droit d'auteur sont l'injonction et les dommages-intérêts. Or, en *common law*, les injonctions interlocutoires et permanentes n'étaient pas disponibles contre la Couronne, ce qui laissait une réclamation en dommages-intérêts[58]. Mais, dans ce cas, des obstacles procéduraux s'opposaient à un recouvrement puisqu'un demandeur devait agir par voie de pétition de droit[59]. Cette procédure, maintenant désuète, requérait le consentement préalable de la Couronne, exprimé par l'endossement du *writ* au moyen d'un fiat royal. Par surcroît, le droit positif délictuel renfermait des empêchements supplémentaires.

La difficulté inhérente du recours de pétition de droit relevait de la nature du droit positif que le requérant entendait faire valoir, c'est-à-dire la nature de la *cause of action* alléguée. Un recours en dommages-intérêts était impossible, bien qu'il eût eu fiat au bref, si le requérant se fondait sur le droit délictuel car en *common law*, ou plus précisément en *tort*, l'ancien brocard statuait que «*the King could do no wrong*»[60]. Par conséquent, on doit se demander si une réclamation contre la Couronne en dommages-intérêts pour une violation d'un droit d'auteur était en droit britannique de nature délictuelle. Quoiqu'il n'existe aucune jurisprudence qui ait traité de cette question directement, il est raisonnable de conclure qu'à la fin du XIX[e] siècle le recouvrement de dommages-intérêts pour une violation d'un droit d'auteur était probablement un recours délictuel et qu'une procédure par pétition de droit n'était donc pas disponible[61]. Ceci eut pour effet de rendre la Couronne britannique bénéficiaire d'une immunité générale à l'égard des droits d'auteur fondés sur la *common law*.

Bien que l'immunité de la Couronne semble être la conclusion préférable à retenir, mentionnons deux précisions à contresens. Premièrement, la jurisprudence n'a jamais tranché cette question d'une façon définitive[62]. En effet, à l'aube de la réforme britannique du régime de responsabilité de la Couronne en 1947, on écrivait qu'il existait toujours «*some doubt and conflict of opinion* [...] *upon the question whether an infringement of a* [...] *copyright* [*was*] *a tort or a special kind of civil wrong*»[63]. Notons, par exemple, que la Cour

58. HOGG, *op. cit.*, note 6, p. 22; *Crown Proceedings Act* 1947 (R.-U.), art. 21.
59. *E.g. Thomas c. The Queen*, (1874) 10 L.R. (Q.B.) 31.
60. *Viscount Canterbury c. The Queen*, (1843) 12 L.J. (Eq.) 281, 287; *Feather c. The Queen*, *supra*, note 49.
61. SKONE JAMES, *op. cit.*, note 3, p. 669 et 672; *Ash c. Hutchinson and Co. (Publishers) Ltd.*, [1936] Ch. 489 (Cour d'appel de l'Angleterre), p. 496, 501 et 507.
62. TORNO, *op. cit.*, note 18, p. 23.
63. R.M. BELL, *Crown Proceedings*, Londres, Sweet and Maxwell, 1948, p. 38; Rapport Dalglish, *op. cit.*, note 23, p. 50.

fédérale d'Australie a récemment refusé de statuer sur la responsabilité délictuelle des administrateurs et principaux dirigeants d'une société commerciale en tant que *joint tortfeasor* pour les violations de droits d'auteur commises par la société[64]. Deuxièmement, certains ont proposé un raisonnement historique afin d'assimiler les droits d'auteur aux *incorporeal hereditaments*, une catégorie médiévale de biens à l'égard de laquelle un demandeur pouvait obtenir jugement en dommages-intérêts par pétition de droit[65]. Par contre, depuis le XVI[e] siècle, la doctrine avait tendance à classer tous les nouveaux droits intangibles, cessibles ou non, dans la catégorie des *choses in action* (les biens meubles intangibles), sauf s'il s'agissait indéniablement d'un *incorporeal hereditament*[66]. Donc, lorsque le *copyright* a été reconnu comme un bien au XVIII[e] siècle, on le classait parmi les *choses in action*. Si le *copyright* avait été admis comme un bien plus tôt dans l'évolution du droit britannique, il aurait été classé parmi les *incorporeal hereditaments* donnant ouverture à la pétition de droit:

> for it is obvious that, in the case of the patent, and of that species of copyright which depended upon royal grant, the analogy to the franchise is close; and that, when copyright had come to depend upon statute, it was still a privilege which was more like a medieval franchise than a chose in action. But, when these things had come recognized as objects of property, franchises were an obsolete and decadent class of property.[67]

Bien que la jurisprudence au XIX[e] siècle admette le recouvrement de dommages-intérêts par pétition de droit si la Couronne contrevenait à un «droit de propriété» dans son sens traditionnel, aucune décision n'a donné droit à un résultat semblable à l'égard de biens intangibles[68]. De plus, les décisions en matière de brevets, un domaine connexe au droit d'auteur, ont rejeté les poursuites entreprises contre la Couronne.

64. *Australasian Performing Rights Association c. Jain*, (1990) A.I.P.C. ¶ 90-718 (Cour fédérale de l'Australie), 36,648; comparez *WEA International Inc. c. Hanimex Corporation Ltd.* (1987) A.I.P.C. ¶ 90-428 (Cour fédérale de l'Australie), 37,762.
65. *Re Brain*, (1874) 18 L.R. (Eq.) 389; *James c. R.*, (1877) 5 Ch. D. 153 (Cour d'appel de l'Angleterre).
66. HOLDSWORTH, *op. cit.*, note 9, volume VII, p. 529-530 et 542.
67. *Id.*, p. 530.
68. *Attorney General c. De Keyer's Royal Hotel*, [1920] A.C. 508 (Chambre des Lords); *Re Petition of Right*, [1915] 3 K.B. 649 (Cour d'appel de l'Angleterre); (1916) 32 T.L.R. 699 (Chambre des Lords, pourvoi retiré); *Blundell c. R.*, [1905] 1 K.B. 516; *Newcastle Breweries c. R.*, (1920) 1 K.B. 854; *J. Robinson and Co. c. R.*, (1921) 3 K.B. 183 (Cour d'appel de l'Angleterre).

Dans l'affaire précitée, *Feather* c. *The Queen*, la Cour d'appel de l'Angleterre a rejeté la réclamation d'un breveté contre la Couronne britannique[69]. Le brevet portait sur une nouvelle technique de fabrication des navires pour les blinder. La requête alléguait que le Premier Lord de l'Amirauté, dans l'exercice de ses fonctions, avait fait construire des navires selon les méthodes décrites au brevet d'invention et utilisait ces bâtiments au service de la Couronne, ce qui constituait une violation des droits du breveté. Deux principes directeurs se confrontaient[70]. D'une part, l'intérêt public exigeait que la Couronne puisse utiliser les inventions et les munitions de guerre pour la défense nationale. Si la Couronne était liée par le brevet, elle ne pourrait pas s'en servir sans le consentement du détenteur et, de ce fait, elle ne pouvait pas servir le public et protéger le royaume[71]. Par contre, il était également d'intérêt public d'accroître les activités commerciales en encourageant les inventions. Si l'État pouvait avoir accès unilatéralement aux inventions, il n'existerait aucune incitation économique dans le domaine de la défense nationale.

La première question devant être tranchée dans cette affaire portait sur l'interprétation de l'octroi des droits par lettres patentes. Le juge en chef Cockburn, appuyé par MM. les juges Crompton, Blackburn et Mellor, est venu à la conclusion que l'octroi de brevets d'invention avait lieu en raison d'une prérogative plutôt qu'en raison d'une loi. La *Loi du Roi Jacques 1er sur les monopoles* (1623)[72] ne faisait que préciser la *common law* existante[73]. Il vint aussi à la conclusion qu'il existait une ancienne règle en vertu de laquelle les octrois faits sous l'empire d'une prérogative devaient s'interpréter contre le concessionnaire. En conséquence, puisqu'elle n'y figurait pas nommément, la Couronne ne s'était pas liée par les lettres patentes accordant le brevet d'invention.

La décision de la Cour d'appel surprend pour deux raisons. Premièrement, tel qu'en était la coutume à l'époque, le libellé de la concession provenant de la Couronne obligeait le concessionnaire à fournir des articles brevetés pour que l'État puisse s'en servir si elle en faisait la demande, et ce en contrepartie d'une indemnité

69. *Supra*, note 60.
70. *Id.*, p. 275.
71. *Id.*, p. 292, 293.
72. 21 Jac. I (1623) (R.-U.), c. 3; voir aussi 5-6 W. IV (1835) (R.-U.), c. 83; 15-16 Vict. (1852) (R.-U.), c. 83; et 22 Vict. (1859) (R.-U.), c. 13.
73. Comparez *The King* c. *Bradley*, [1941] R.C.S. 270, 273; *McDonald* c. *The King*, (1906) 10 Ex. C.R. 338; *Formea Chemicals Ltd.* c. *Polymer Corporation*, (1968) 38 Fox P.C. 116 (Cour suprême du Canada), p. 123.

raisonnable[74]. La Cour a rejeté que cette disposition constituât une prohibition tacite qui aurait empêché la Couronne de contrevenir aux droits du breveté. Deuxièmement, on avait mis en preuve que, à l'époque de l'octroi du brevet, les conseillers juridiques de la Couronne en matière de brevets d'invention étaient d'avis que l'État ne pouvait destiner les inventions aux services publics sans verser une indemnité. Le juge en chef Cockburn déclarait:

> a general understanding prevailed, founded on the practice of a long series of years, that if patented inventions were used in any departments of the public service, the patentees would be remunerated, by the ministers or officers of the Crown administering such departments, as though the use had been by private individuals. There can be no doubt that in numerous instances payments had been made to patentees for use of patented inventions in the public service without objection or difficulty.[75]

Cependant, puisque le libellé des lettres patentes était demeuré inchangé depuis 1623, les interprétations des ministres de la Reine Victoria ne pouvaient modifier l'effet juridique du brevet. Les paiements coutumiers qui s'effectuaient au XIXe siècle furent jugés de nature *ex gratia*[76]. De plus, la Cour affirmait que les restrictions proposées allaient à l'encontre de la *Loi sur les monopoles* de 1623, qui prescrivait qu'aucun octroi de brevets par prérogative de la Couronne ne devait causer d'inconvénients aux membres du public. Cela aurait été le cas, selon la Cour d'appel, car il ne pouvait y avoir un plus grand inconvénient qu'une restriction sur la défense nationale. La Cour a refusé d'interpréter le brevet d'une manière plus souple bien que le résultat lui semblait inéquitable et «*a case of great hardship as regards the supplicant*»[77]. Ce dernier avait investi du temps et de l'argent afin de perfectionner une invention tout en espérant un retour pécuniaire lors de l'utilisation de celle-ci par l'État. Rappelons que la construction par la Couronne de bâtiments

74. *Patent Law Amendment Act*, 15-16 Vict. (1852) (R.-U.), c. 83. Selon l'annexe édictant les modalités de l'octroi, la concession deviendrait nulle si le breveté «[did] not supply or cause to supply for Our service [i.e. the Crown's service] all such articles of the said invention as he or they shall be required to supply by the Officers or Commissioners administering the department of Our services for the use which the same shall be required [...] upon such reasonable prices and terms as shall be settled for that purpose by the said Officers or Commissioners requiring the same.»
75. *Feather* c. *The Queen*, *supra*, note 49, p. 289.
76. H. FOX, *The Law of Patents*, 4e édition, Toronto, The Carswell Company Ltd., 1969, p. 571.
77. *Feather* c. *The Queen*, *supra*, note 49, p. 290.

de guerre constituait le principal débouché pour l'invention du requérant.

Les conclusions dans l'affaire *Feather* c. *The Queen* dépendaient du fait que l'octroi des brevets d'invention était une expression de la prérogative royale. Dans cette optique, la décision de la Cour d'appel n'avait pas d'application immédiate en droit d'auteur puisque la jurisprudence avait décidé que les droits d'auteur étaient d'origine législative depuis 1710. Bien qu'il y ait eu controverse au XVIII[e] siècle sur l'existence d'un droit d'auteur de *common law* et sur l'abrogation de ce droit par la *Loi de la Reine Anne*, l'opinion majoritaire après 1854 fut que le droit auteur était un droit purement de nature législative après la publication de l'oeuvre[78]. De plus, à compter de l'adoption de la *Copyright Act* 1911 (R.-U.), les droits d'auteur relevaient uniquement de cette loi, que les oeuvres aient été publiées ou non[79]. En conséquence, les règles d'interprétation concernant les concessions par prérogative énoncées dans l'arrêt *Feather* c. *The Queen* sont inapplicables en droit d'auteur. Néanmoins, cet aspect du jugement sert à souligner la question sous-jacente d'intérêt public, à savoir si une société est mieux servie par un régime de propriété intellectuelle qui lie l'Administration. Comme nous le verrons, ce débat en matière de brevets d'invention a eu, un siècle plus tard, des répercussions indirectes en droit d'auteur australien[80].

Un autre aspect de la décision de *Feather* c. *The Queen* trouve son application immédiate en droit d'auteur positif. Contrairement aux oeuvres publiées, les oeuvres inédites étaient protégées sous l'empire de la *common law* avant 1911[81]. Sur une seconde fin de non-recevoir, la Cour d'appel a déclaré, en *obiter dictum*, les situations dans lesquelles il était loisible d'avoir recours à la pétition de droit[82]. En effet, le juge en chef Cockburn statua que ce recours était disponible seulement si un immeuble, des biens meubles (*«goods»*) ou de l'argent se retrouvaient entre les mains de la Couronne[83]. La pétition avait pour but la reprise de possession ou le versement d'une compensation. Par conséquent, une pétition de droit, alléguant une faute délictuelle commise par la Couronne ou un fonctionnaire agissant sous l'autorité de celle-ci, ne constituait pas une réclamation valable. Cockburn déclara qu'une *«[i]nfringement of a patent right constitutes a tort or a wrong, in the proper sense of the term»*[84]. Donc, bien qu'avant 1911 un droit d'auteur sur une oeuvre inédite fut reconnu comme un «bien» de droit commun qui échappait à la règle de l'arrêt *Donaldson*, le titulaire n'aurait pas pu entreprendre un recours contre la Couronne, car il s'agissait d'une réclamation délictuelle.

78. *Millar* c. *Taylor*, (1769) 4 Burr. 2303 [98 E.R. 201]; *Donaldson* c. *Beckett*, *supra*, note 7; *Jefferys* c. *Boosey*, (1854) 4 H.L.C. 815 [10 E.R. 681].
79. *Copyright Act* 1911 (R.-U.), art. 31.
80. Voir *infra* sous la rubrique «(e) Recommandations du comité Spicer en Australie».
81. *Re Dickens*, [1935] Ch. 267.
82. *Act to Amend the Law Relating to Petitions of Right, to Simplify the Proceedings, and to make Provisions for the Costs thereof*, 23-24 Vict. (1860) (R.-U.), c. 34.
83. *Tobin* c. *The Queen*, (1864) 16 C.B.N.S. 310 [143 E.R. 1148].

La portée de la règle de *Feather* c. *The Queen* fut atténuée quelque peu lorsque la jurisprudence a refusé de l'étendre aux fournisseurs de la Couronne. La Chambre des Lords, dans l'arrêt *Dixon* c. *The London Small Arms Company*, a statué qu'un fournisseur qui contrevenait à un brevet d'invention, sous les ordres du gouvernement, n'engageait que sa propre responsabilité[85]. Dans cette affaire, le demandeur détenait un monopole sur une méthode pour fabriquer des fusils. La partie défenderesse, en réponse à un appel d'offres, fournissait ces fusils sous contrat au ministère de la défense. La contrefaçon étant admise, il ne restait qu'à déterminer si une personne, fournissant des articles brevetés à la Couronne, pouvait profiter de la règle établie par *Feather* c. *The Queen*, dont l'exactitude n'a pas été contestée par la Chambre des Lords[86]. Même si la Couronne n'était pas mise en cause, le Procureur général avait pris fait et cause pour la partie défenderesse[87]. Ceci démontre l'importance de la question à l'époque. Le tribunal constata que l'exception en matière de brevet ne pouvait être une défense personnelle à la Couronne, car cette dernière ne pouvait pas exploiter elle-même les droits brevetés. Le Lord Chancelier déclara que l'exception avantageait au même titre les *«officers, agents and servants of the Crown, acting on behalf of and for the use of the Crown»*[88]. Cependant, le tribunal conclut qu'en l'occurrence le fournisseur n'était pas un employé, un fonctionnaire ou un mandataire de la Couronne. Le lien de droit existant entre la Couronne et la partie défenderesse était un contrat de vente, et non pas un contrat de service ou de mandat. Cette dernière ne pouvait donc pas bénéficier de l'immunité de l'État. La Chambre des Lords renversait le jugement unanime de la Cour d'appel.

84. *Feather* c. *The Queen*, *supra*, note 49, p. 297.
85. [1876] 1 A.C. 632 (Chambre des Lords).
86. *Id.*, p. 635 et 640.
87. *Id.*, p. 637.
88. *Id.*, p. 642.

À l'instar du droit des brevets d'invention, nous devons donc conclure qu'au Royaume-Uni la Couronne pouvait impunément poser des actes à l'égard d'oeuvres normalement protégées par droit d'auteur sans pour autant contrevenir aux droits des titulaires. Avant 1947, c'est-à-dire avant la réforme au Royaume-Uni des règles de droit commun relatives à la responsabilité de l'État, la Couronne, y compris ses employés et ses mandataires, mais à l'exclusion de ses fournisseurs, ne pouvait pas être tenue responsable pour une atteinte à un droit d'auteur en vertu soit d'une loi, soit d'un *tort*.

(b) Réforme au Royaume-Uni

La réforme législative de l'immunité de la Couronne a été abordée formellement au Royaume-Uni avant la diffusion du rapport Gregory de 1952, qui mena éventuellement à l'abrogation de la *Copyright Act* 1911 (R.-U.) et l'adoption de la *Copyright Act* 1956 (R.-U.)[89]. Conformément à l'article 3 (1) de la *Crown Proceedings Act* 1947 (R.-U.), des recours civils étaient maintenant disponibles contre la Couronne pour des atteintes à la propriété intellectuelle, y compris les droits d'auteur, advenant une violation commise sous l'autorité de la Couronne par un employé ou mandataire de l'État[90]. Nul autre recours n'était disponible en droit d'auteur contre la Couronne[91]. Quoique cette disposition n'engageait la responsabilité de la Couronne que par l'entremise d'un employé ou d'un mandant, il s'agissait d'une modification importante. Puisque la Couronne ne peut agir autrement que par ses employés et mandataires dans la vaste majorité des cas, cette nouvelle règle touchait presque toutes les activités gouvernementales. De plus, par définition législative, on entend par l'expression «*agent* (mandataire)» les entrepreneurs indépendants engagés par la Couronne[92].

On remarquera que l'article 3 de la *Crown Proceedings Act* 1947 (R.-U.) avait des effets différents pour les régimes des brevets et des droits d'auteur puisque l'immunité de la Couronne en matière de brevets d'invention avait été abolie en 1883[93]. Dans ce cas, la loi réitérait l'ancien principe. La Couronne continuait d'être tenue d'indemniser les détenteurs de brevets advenant l'utilisation d'une invention brevetée sous autorité gouvernementale par les employés, mandataires et fournisseurs de la Couronne. En ce qui a trait au droit

89. Rapport Gregory, *op. cit.*, note 23; comparez *Copyright Act* 1956 (R.-U.), art. 39(8).
90. Pour l'historique de cette loi voir HOGG, *op. cit.*, note 6, p. 82-84.
91. *Crown Proceedings Act* 1947 (R.-U.), art. 3 (3).
92. *Id.*, art. 38 (2).
93. *Patents, Designs, and Trade Marks Act* 1883 (R.-U.), art. 27 (1).

d'auteur, l'article 3 (3) de la Loi réaffirmait le principe dans l'affaire *Feather* c. *The Queen* concernant l'absence d'une responsabilité directe de la Couronne. Par contre, l'article 3 (1) a renversé l'ancien droit, tel qu'il fût déclaré par la Chambre des Lords dans l'affaire *Dixon* c. *The London Small Arms Company*, et rendait ainsi la Couronne responsable indirectement pour les violations commises par ses employés et mandataires[94]. Cet aspect du droit d'auteur britannique est demeuré inchangé après les réformes importantes de 1956 et de 1988[95].

En fait, lorsque le comité Gregory s'est penché en 1952 sur la responsabilité de la Couronne en droit d'auteur au Royaume-Uni, l'immunité traditionnelle avait déjà été révoquée par la *Crown Proceedings Act* 1947 (R.-U.). Le comité a par contre proposé que la Couronne puisse exceptionnellement «reproduire» des oeuvres protégées, sans le consentement du titulaire, afin d'équiper les forces armées et de pourvoir à la défense civile et aux communications essentielles, le tout étant sujet au paiement d'une indemnité[96]. Le comité Gregory envisageait que ceci s'accomplit soit par une modification au régime du droit d'auteur, soit par une autre loi à caractère permanent. Par contre, lorsque le Parlement adopta la *Copyright Act* 1956 (R.-U.), celle-ci ne renfermait aucune disposition portant sur un régime dérogatoire qui aurait permis à la Couronne d'utiliser une oeuvre sans le consentement du titulaire des droits. En fait, lors de la plus récente révision au Royaume-Uni, qui a mené à l'adoption de la *Copyright, Designs and Patents Act* 1988 (R.-U.), le comité Whitford déclara que la recommandation du comité Gregory «*appears to some extent to have been a case of falling between two stools*»[97]. Bien que la recommandation de 1952 n'ait jamais été rejetée, elle n'a pas été mise en vigueur soit par la loi sur les droits d'auteur, soit par une autre loi.

(c) Situation au Canada

La question de la responsabilité de la Couronne pour les atteintes aux droits d'auteur au Canada est un sujet «incertain», offrant des résultats «douteux», et ayant été marquée par une confusion et

94. BELL, *op. cit.*, note 63, p. 39.
95. *Copyright Act* 1956 (R.-U.), art. 39 (8); SKONE JAMES, *op. cit.*, note 3, p. 985; *Copyright, Designs and Patents Act* 1988 (R.-U.), art. 4, annexe 7.
96. Rapport Gregory, *op. cit.*, note 23, ¶ 75.
97. Royaume-Uni, *Report of the Committee to Consider the Law on Copyright and Designs*, Cmnd. 6732, Londres, 1977 (le «Rapport Whitford»), p. 176.

une ambiguïté considérable[98]. Les arguments favorisant la responsabilité de la Couronne étant, tout au mieux, ténus, il est préférable de conclure que la Couronne profite d'une immunité lorsqu'elle contrevient aux droits exclusifs des titulaires[99]. Ceci résulte des importantes similarités entre le droit britannique, tel qu'il existait au Royaume-Uni avant 1956, et le droit canadien actuel. En l'absence d'une législation locale, l'*Imperial Copyright Act* 1911 (R.-U.) n'avait aucune incidence dans les territoires autonomes de l'Empire britannique, y compris l'Australie et le Canada[100]. Cependant, puisque la loi canadienne de 1921 sur le droit d'auteur était sensiblement inspirée de la loi impériale de 1911, le Parlement canadien a donc formulé un contexte législatif ayant les mêmes attributs qui ont solutionné la question de la responsabilité de la Couronne britannique, c'est-à-dire: (1) la Couronne fédérale n'y était pas liée expressément, et (2) le droit d'auteur fut déclaré un droit qui n'existait que par force législative[101].

Le premier attribut fait obstacle à un recours, fondé sur la loi, en raison du principe d'interprétation de l'arrêt *Donaldson's Case*, codifié dans la *Loi d'interprétation*[102]. La Couronne fédérale n'étant pas comprise expressément parmi les défendeurs potentiels, aucun recours civil ou pénal ne peut être entrepris contre elle[103]. Cependant, il faut traiter des modifications apportées à la *Loi sur le droit d'auteur* par la *Loi de mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis* et par la *Loi de mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*. Ces lois édictent qu'elles lient la Couronne du chef du Canada et des provinces[104]. Bien que ces deux lois omnibus portent

98. KEYES et BRUNET, *op. cit.*, note 20, p. 247; Livre blanc, *op. cit.*, note 34, p. 72; TORNO, *op. cit.*, note 18, en général; M. PARÉ, *Étude: Reproduction par le gouvernement du Québec d'oeuvres protégées*, Québec, Gouvernement du Québec, Ministère des Affaires culturelles, 1983, p. 11-14.
99. VINCKE, *op. cit.*, note 18, p. 130-5.
100. 1-2 Geo. V (1911), c. 46, art. 25 et 35 (1) («*self-governing dominion*»).
101. *Loi sur le droit d'auteur*, L.C. 1921, c. 24, art. 44; *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), c. C-42, art. 63; *Langlois c. Vincent*, [1874] 18 Lower Canada Jurist 160 (C.S.), p. 161.
102. L.R.C. (1985), c. I-21, art. 17; *Alberta Government Telephones c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, [1989] 2 R.C.S. 225, 275-283; *Sa Majesté du chef de l'Alberta c. Commission canadienne des transports*, [1978] 1 R.C.S. 61, 75-76; *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 551, 556-562; comparez *R. c. Ouellette*, [1980] 1 R.C.S. 568.
103. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), c. C-42, art. 34 à 41, et 42 à 43 [...quiconque...]; *Trainor Surveys (1974) Ltd. c. New Brunswick*, (1990) 29 C.P.R. (3d) 505 (Cour fédérale); *Dableh c. Ontario Hydro*, (1990) 33 C.P.R. (3d) 544 (Cour fédérale), p. 551.
104. *Loi de mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis*, L.C. 1988, c. 65, art. 4; *Loi de mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, L.C. 1993, c. 44, art. 5.

en principe sur la libéralisation des échanges commerciaux, des modifications importantes ont été apportées à la *Loi sur le droit d'auteur*. Serait-il possible que la Couronne soit dorénavant liée par la *Loi sur le droit d'auteur* ou, du moins, par ces modifications? Cette possibilité doit être écartée car l'intention du Parlement est à contresens. Tel que mentionné plus haut, la *Loi de mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain* modifie la *Loi sur les brevets* en ajoutant notamment un article liant la Couronne expressément en matière de brevets d'invention[105]. Or, si le Parlement était d'avis qu'une disposition supplémentaire s'avérait nécessaire pour atteindre cet objectif, il n'envisageait donc pas qu'une simple mention d'ordre général eût, en elle-même, l'effet de lier la Couronne à l'égard des brevets, et pareillement à l'égard du droit d'auteur.

En ce qui concerne un recours de droit commun contre la Couronne en responsabilité délictuelle, les attributs législatifs empruntés du Royaume-Uni jouent ensemble pour l'exclure. À compter de 1952, comme ce fut le cas au Royaume-Uni, le principe «*the King can do no wrong*» a été abrogé à l'égard de la Couronne fédérale par la *Loi sur la responsabilité de l'État et le contentieux administratif*[106]. Cependant, contrairement à la loi britannique, on n'y trouve aucune mention spécifique du droit d'auteur ou des autres formes de propriété intellectuelle. La responsabilité potentielle de la Couronne doit donc être analysée sous l'angle des principes généraux applicables aux délits commis par ses employés[107]. L'atteinte aux droits d'auteur d'une personne constitue normalement un délit civil (*tort*). Mais, à l'égard de la Couronne, le recours délictuel s'appuie en partie sur l'existence d'un droit de propriété qui n'est reconnu qu'en vertu d'une loi. D'après la *Loi d'interprétation*, cette catégorie de biens n'est pas opposable à la Couronne. Donc, il ne peut pas exister de recours délictuels contre la Couronne sous le régime général de la responsabilité de l'État lorsqu'une simple atteinte à un droit d'auteur est alléguée. À notre avis, c'est précisément cette immunité effective qui força le Parlement britannique à traiter de la question de la responsabilité de l'État en matière de propriété intellectuelle directement par la *Crown Proceedings Act* 1947 (R.-U.). Le fait que la Couronne canadienne ait été assujettie en 1952 à un régime général de responsabilité délictuelle est, en soi, insuffisant. Il aurait fallu, par la même occasion, que le Parlement déclare expressément que le droit d'au-

105. *Loi de mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, L.C. 1993, c. 44, art. 190.
106. *Loi sur la responsabilité de l'État*, L.C. 1952-3, c. 30.
107. *Loi sur la responsabilité de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), c. C-50, art. 3.

teur, un droit essentiellement législatif qui constitue le fondement même de la réclamation extra-contractuelle, lie la Couronne[108].

De la même façon, la responsabilité de la Couronne du chef d'une province ne sera pas engagée, tant en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur* que du droit commun, sans une disposition explicite la liant. Il existait jusqu'à ces derniers temps une incertitude doctrinale concernant l'application de la *Loi d'interprétation* à l'égard des provinces en raison d'une théorie constitutionnelle dite d'immunité intergouvernementale[109]. En 1989, la Cour suprême du Canada déclara qu'une immunité constitutionnelle entre les divers paliers gouvernementaux constituait une doctrine qui n'était ni désirable ni nécessaire[110]. La règle d'interprétation fédérale, et l'immunité effective qui en découle en matière de droit d'auteur, s'appliquent aux Couronnes provinciales[111]. Il demeure que les provinces peuvent s'imposer une responsabilité si elles le désirent[112]. Il en résulte que, en raison de la *Loi d'interprétation*, une Couronne provinciale n'est pas «quiconque» aux termes de la *Loi sur le droit d'auteur*. Ceci exclut les recours civils ou pénaux prévus par cette loi, ainsi que les recours de droit commun fondés sur un droit de propriété d'origine législative. Quand bien même qu'une loi provinciale impose à l'État une responsabilité directe pour un manquement à une obligation légale («*breach of a statutory duty*»), une telle obligation n'assujettirait la Couronne provinciale que par un libellé législatif clair et explicite[113]. En demeurant silencieux sur la question de la responsabilité de la Couronne,

108. *Dableh* c. *Ontario Hydro*, *supra*, note 103, p. 551; comparez VINCKE, *op. cit.*, note 18, p. 143-4.
109. TORNO, *op. cit.*, note 18, 14-21; C. McNAIRN, «Comment», (1978) 56 *Revue du Barreau Canadien* 145; K. SWINTON, «Federalism and Provincial Government Immunity», (1979) 29 *University of Toronto Law Journal* 1; comparez *Amalgamated Society of Engineers* c. *Adelaide Steamship Co. Ltd.*, (1920) 28 C.L.R. 129; *Australian Railways Union* c. *Victorian Railways Commissioners*, (1930) 44 C.L.R. 319; *Victoria* c. *Australian Building Federation*, (1982) 41 A.L.R. 71 (la *High Court* de l'Australie).
110. *Alberta Government Telephones* c. *Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, *supra*, note 102, p. 275 et 301.
111. *Alberta Government Telephones* c. *Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, *supra*, note 102; comparez *Sa Majesté du chef de l'Alberta* c. *Commission canadienne des transports*, *supra*, note 102; *Sparling* c. *Caisse de Dépôt et Placement*, [1988] 2 R.C.S. 1015; *Re Silver Brothers Ltd.*: *Attorney General (Québec)* c. *Attorney General (Canada)*, [1932] A.C. 514 (pourvoi devant le Conseil Privé en provenance du Canada); *The Queen in Right of Ontario* c. *Board of Transport Commissioners*, [1968] R.C.S. 118; *Gauthier* c. *The King*, (1918) 40 D.L.R. 353 (Cour suprême du Canada); *Bradken Consolidated Ltd.* c. *Broken Hill Pty Ltd.*, (1975) 145 C.L.R. 107; *Slater Steel Industries* c. *R. Payer Co. Ltd.*, (1968) 38 Fox P.C. 139 (Cour de l'échiquier).
112. *Dableh* c. *Ontario Hydro*, *supra*, note 103, p. 548.
113. HOGG, *op. cit.*, note 9, p. 100.

le droit canadien n'impose aucune obligation à l'Administration provinciale. Les sommes présentement versées par les gouvernements aux auteurs et titulaires sont de nature libérale.

Contrairement à l'avis exprimé par les conseillers juridiques de la commission royale Ilsley, il est loisible pour le Parlement fédéral de renverser le principe de l'immunité de la Couronne du chef d'une province et de lui imposer une responsabilité pour les atteintes aux droits d'auteur. Par contre, il faudrait qu'une telle loi traite des «droits d'auteur» aux termes de l'article 91 (23) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.)[114]. On notera que la *High Court* de l'Australie a maintenu unanimement que l'expression «*copyrights*» à l'article 51 (xviii) de la *Commonwealth of Australia Constitution Act*, expression qui provient de l'*Acte de l'Amérique du Nord Britannique*, doit recevoir une interprétation libérale. Une loi serait *intra vires* si elle avait un «*clear relevance to or connection with the subject of copyrights*»[115].

(d) Situation de droit commun en Australie

À l'opposé de la situation canadienne, le Parlement australien a adopté presque immédiatement en droit national la *Loi impériale sur le droit d'auteur* de 1911 en utilisant des dispositions quasi identiques[116]. Comme ce fut le cas au Royaume-Uni, la règle d'interprétation de la décision *Donaldson*, qui reçoit pleine application en Australie, empêchait les recours contre la Couronne en violation des droits d'auteur intentés en vertu de la *Copyright Act* 1912 (Cth)[117]. Par ailleurs, bien que le régime de responsabilité de l'État en Australie ait subi des changements législatifs importants par rapport au droit public britannique, la Couronne australienne bénéficiait néanmoins d'une immunité en matière de droit d'auteur pour les poursuites de droit commun.

114. *Alberta Government Telephones* c. *Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, *supra*, note 102, p. 301.
115. *Australian Tape Manufacturers Association Ltd.* c. *Commonwealth of Australia*, (1993) 112 A.L.R. 53 (la *High Court* de l'Australie), p. 54, 72-4 et 80.
116. *Copyright Act* 1912 (Cth), art. 8.
117. *Bropho* c. *The State of Western Australia*, (1990) 171 C.L.R. 1 (la *High Court* de l'Australie); *Roberts* c. *Ahern*, (1904) 1 C.L.R. 406; *R.* c. *Sutton*, (1908) 5 C.L.R. 789; *The Commonwealth* c. *New South Wales*, (1906) 3 C.L.R. 807; *Minister for Works* c. *Gulson*, (1944) 69 C.L.R. 338; *The Commonwealth* c. *Rhind*, (1967) 119 C.L.R. 584. Avant 1912, les lois des divers États australiens ne traitaient pas de la responsabilité de la Couronne pour les juridictions respectives: *Copyright Act* 1869 (Vict.); *Copyright Act* 1890 (Vict.); *Copyright Act* 1879 (N.S.W.); *Copyright Act* 1878 (S.A.); *Copyright Act* 1895 (W.A.).

Abordons premièrement la question des recours disponibles en droit commun. Le principe de *common law*, voulant que l'injonction ne fût pas un recours opportun contre la Couronne, fut aboli par législation fédérale en 1903[118]. De plus, une partie demanderesse pouvait obtenir un jugement en dommages-intérêts contre l'Administration centrale, même si la réclamation était de nature délictuelle. Peu de temps après la Fédération des États australiens, la *Claims Against the Commonwealth Act* 1902 (Cth) admettait la responsabilité extra-contractuelle du *Commonwealth*, et réservait un montant indéterminé pour satisfaire aux jugements, le cas échéant[119]. À échéance, cette disposition fut remplacée par l'article 56 de la *Judiciary Act 1903* (Cth) qui prévoyait une procédure assouplie et équivalente[120].

Bien que cette loi ait été de nature procédurale, les tribunaux l'ont interprétée en vue d'y donner une portée en droit positif, déplaçant ainsi l'immunité délictuelle de la Couronne en droit commun[121]. Les droits des parties dans ce cas devaient s'assimiler, dans la mesure du possible, aux droits des justiciables lors d'une procédure ordinaire[122]. Par contre, le droit d'auteur en Australie, à compter de 1912, était exclusivement tributaire de la *Copyright Act* 1912 (Cth). Quand bien même que la responsabilité délictuelle de la Couronne australienne pouvait, en règle générale, être engagée, cela ne la liait pas au droit d'auteur[123]. Suivant les règles d'interprétation, le régime légal du droit d'auteur ne constituait pas à l'égard de la Couronne un bien qui lui était opposable. Cependant, il existait une différence mineure par rapport au droit britannique pour les oeuvres inédites. Avant 1912 en Australie, tel que ce fut le cas au Royaume-Uni avant 1911, ces oeuvres bénéficiaient d'un droit d'auteur de droit commun[124]. Quoique aucune décision des tribunaux n'ait traité de cette question, il semble qu'un recours délictuel pouvait être entrepris contre la Couronne fédérale entre 1902 et 1912 lorsqu'elle contrevenait au droit d'auteur de source non législative, à savoir le *common*

118. *Judiciary Act* 1903 (Cth), art. 60 et 64; *Commonwealth of Australia Constitution Act* 1900 (R.-U.), art. 75 (v); HOGG, *op. cit.*, note 6, p. 23.
119. Art. 2 (1) et 5.
120. *Claims Against the Commonwealth Act* 1902 (Cth), art. 8.
121. *Farnell* c. *Bowman*, (1887) 12 A.C. 643 (pourvoi devant le Conseil Privé en provenance de *New South Wales*); *Baume* c. *Commonwealth*, (1903) 4 C.L.R. 97, 110; comparez *The King* c. *Cliche*, [1935] R.C.S. 561; *Martineau* c. *The King*, [1944] R.C.S. 194; *Hudson* c. *Procureur Général du Québec*, [1968] R.C.S. 103.
122. *Claims Against the Commonwealth Act* 1902 (Cth), art. 3 (2); *Judiciary Act* 1903 (Cth), art. 64.
123. *Copyright Act* 1911 (R.-U.), art. 31.
124. *Copyright Act* 1905 (Cth), art. 7.

law copyright dans les oeuvres inédites. À l'instar du régime fédéral, un recours semblable existait contre tous les États australiens, qui s'étaient imposés une responsabilité délictuelle, sous réserve de l'État de Victoria[125].

(e) Recommandations du comité Spicer en Australie

En 1959, le comité Spicer, qui était chargé de la révision en profondeur du droit d'auteur australien, se pencha sur la question de la responsabilité de la Couronne et des licences obligatoires au service de la Couronne. Le comité a exprimé l'avis qu'en droit australien, tel qu'il existait à l'époque, la Couronne n'était pas responsable des violations du droit d'auteur[126]. Le Procureur général pour le *Commonwealth* réclama que la nouvelle loi devrait habiliter la Couronne du chef du *Commonwealth* et des États à utiliser des oeuvres protégées pour des fins étatiques, sous réserve de l'obligation de verser une indemnité équitable («*just terms*») à être fixée, faute d'entente, par un tribunal. Une majorité des membres du comité a souscrit à cette recommandation[127]. Par la même occasion, les membres ont implicitement décidé d'imposer une responsabilité à la Couronne.

L'un des principes directeurs du comité Spicer fut d'examiner la révision australienne à la lumière de la *Copyright Act* 1956 (R.-U.), loi qui avait alors été récemment adoptée[128]. Le comité Spicer prit la position plutôt libérale que les recommandations du comité Gregory au sujet des licences obligatoires au service de la Couronne avaient été «*to a large extent been put into effect by the provisions of the Defence Contracts Act* 1958 (R.-U.)»[129]. Or, un examen attentif de cette loi révèle qu'elle ne renferme aucune mention expresse de l'emploi par la Couronne d'oeuvres protégées, et que les quelques dispositions traitant de la propriété intellectuelle se limitent aux brevets d'invention, aux dessins industriels enregistrés et aux informations techniques. De plus, cette loi passe sous silence l'utilisation de ces droits par la Couronne, ses employés et ses mandataires. Elle fait référence plutôt aux contrefaçons potentielles, par les fournisseurs de la Couronne, d'équipements destinés à la défense nationale[130]. En d'autres termes, ces dispositions traitent de la situation illustrée dans l'affaire *Dixon* c. *The London Small Arms Company*,

125. HOGG, *op. cit.*, note 6, p. 7.
126. Rapport Spicer, *op. cit.*, note 23, p. 76.
127. *Id.*, p. 77.
128. *Id.*, p. 11.
129. *Id.*, p. 77.
130. *Defence Contracts Act* 1958 (R.-U.), art. 2.

plutôt que du principe général de l'immunité de la Couronne elle-même. La *Defence Contracts Act* 1958 (R.-U.) comprenait une mention très oblique au droit d'auteur en permettant l'utilisation gouvernementale d'informations techniques, y compris les reproductions bi- et tridimensionnelles de dessins, de modèles, de plans ou de documents portant sur la description, l'application ou l'opération de quelques spécifications, dessins, procédés ou techniques[131]. En raison de cette interprétation erronée, le droit australien a ironiquement entrepris une évolution divergente par rapport au droit britannique nonobstant le modèle que les réformistes australiens s'étaient imposé au début de leur mandat.

Les membres du comité Spicer ont été unanimes en ce qui a trait à l'abolition de l'immunité traditionnelle de la Couronne et l'adoption d'un régime dérogatoire au service de l'État. Par contre, un débat s'est engagé sur l'étendue de l'exception. Deux des cinq membres auraient limité l'exception strictement à l'utilisation d'oeuvres protégées pour la défense nationale[132]. La minorité fondait ses conclusions sur la portée restreinte des recommandations du comité Gregory, le fardeau procédural que devaient subir les titulaires pour obtenir une indemnité équitable, et la philosophie générale de ne pas trop s'écarter de la *Copyright Act* 1956 (R.-U.). La minorité a exprimé par ailleurs l'espoir d'établir une réciprocité équitable avec le Royaume-Uni à ce sujet. Selon les membres minoritaires, la position de la majorité résulterait en une emprise plus importante de la Couronne australienne sur les oeuvres protégées des ressortissants britanniques que l'emprise de la Couronne britannique sur les oeuvres des Australiens[133]. En revanche, la majorité était d'avis qu'il était impossible d'établir une liste exhaustive des sujets qui étaient dans l'intérêt public. Les membres majoritaires ont donc recommandé que la Couronne puisse utiliser des oeuvres protégées sans le consentement du titulaire en lui versant une indemnité raisonnable. On proposa un régime sensiblement conforme à l'article 125 de la *Patents Act* 1952 (Cth). Cette disposition permettait au *Commonwealth* ou à un État, ou à une personne autorisée par écrit par l'un d'eux, de faire, d'utiliser ou de vendre une invention brevetée. D'après ce régime, la portée de l'expression «au service de la Couronne (*for the services of the Crown*)» était laissée à l'exercice d'une discrétion politique sujette à révision par les tribunaux. Dix ans plus tard, les recommandations de 1959

131. *Id.*, art. 2 (7); comparez *Copyright Act* (Cth), art. 21.
132. Rapport Spicer, *op. cit.*, note 23, p. 77.
133. Convention Internationale pour la Protection des Oeuvres Littéraires et Artistiques (1978) *Australia Treaty Series* numéro 5 («Convention de Berne»), art. 5 (1).

du comité Spicer prirent forme à l'article 183 de la *Copyright Act* 1968 (Cth).

(f) Licences obligatoires relativement aux brevets

L'article 125 de la *Patents Act* 1952 (Cth) trouvait ses origines dans une législation britannique comparable remontant à l'article 27 de la *Patents, Designs, and Trade Marks Act* 1883 (R.-U.):

> (1) A patent shall have to all intents the like effect as against Her Majesty the Queen, her heirs and successors, as it has against a subject.
>
> (2) But the officers and authorities administering any department of the service of the Crown may, by themselves, their agents, contractors, or others, at any time after the application, use the invention for the services of the Crown on terms to be before or after the use thereof agreed on, with the approval of the Treasury, between those officers or authorities and the patentee, or, in default of such agreement, on such terms as may be settled by the Treasury after hearing all parties interested.

Il est à noter que cet article avait été adopté non pas en raison des injustices soulignées en 1865 par la Cour d'appel dans l'affaire *Feather* c. *The Queen*, mais à la suite de la décision de la Chambre des Lords, *Dixon* c. *The London Small Arms Company*, en 1876[134]. En effet, *Feather* c. *The Queen* permettait au gouvernement britannique de violer les brevets d'invention par l'entremise de ses fonctionnaires, de ses mandataires et de ses employés, tandis que la décision *Dixon* c. *The London Small Arms Company* créa d'importantes contraintes sur les activités gouvernementales lorsque l'Administration désirait confier la fabrication d'articles brevetés à des fournisseurs indépendants. Outre l'obligation de la Couronne d'indemniser les détenteurs des droits pour les utilisations non autorisées, la loi de 1883 stipulait que les fournisseurs indépendants pouvaient dorénavant être compris parmi les personnes bénéficiant du régime dérogatoire qui était anciennement régi par la prérogative de la Couronne en droit commun[135].

134. *Pfizer Corporation* c. *Ministry of Health*, [1965] R.P.C. 261 (Cour d'appel de l'Angleterre), p. 268 et 281; et [1965] R.P.C. 284 (Chambre des Lords), p. 294, 299 et 314.
135. *Pyrene Co. Ltd.* c. *Webb Lamp Co. Ltd.*, [1920] 37 R.P.C. 57 (*High Court of Justice*).

Les dispositions réglant l'utilisation par la Couronne britannique des brevets d'invention furent étendues et modifiées tout au cours du début du XX[e] siècle pour rencontrer les exigences croissantes des gouvernements à l'ombre de la Première et de la Seconde guerre mondiale. Le régime est devenu de plus en plus contraignant pour les brevetés[136]. Plusieurs des modifications avaient pour but de favoriser la Couronne. Par exemple, afin d'aider la démobilisation et l'écoulement des surplus des après-guerres, le Parlement a permis à la Couronne de vendre des équipements fabriqués à l'origine au service de la Couronne. Une licence légale s'attachait à ceux-ci tout au long de la chaîne de distribution entre vendeurs et acquéreurs subséquents[137]. Après la Seconde guerre mondiale, les utilisations étatiques englobaient tous les buts qui, de l'avis d'un ministère, paraissaient nécessaires au déroulement efficace d'une guerre ou au maintien des services essentiels à la communauté[138]. La licence obligatoire visait de plus l'approvisionnement d'articles brevetés à un pays étranger pour contribuer à sa défense[139], ainsi qu'une vaste panoplie d'objets reliés à la reconstruction: (1) afin d'assurer un approvisionnement adéquat de biens et de services essentiels pour le bien-être de la communauté; (2) afin de promouvoir la productivité des industries, du commerce et de l'agriculture; (3) afin d'encourager et de diriger des exportations, de réduire les importations et de rétablir la balance commerciale; (4) afin d'assurer que toutes les ressources de la communauté soient destinées à la servir mieux; et, (5) afin de venir en aide aux dominions et aux pays étrangers en détresse pour raison de guerre[140]. Par ailleurs, lors des procédures pour établir l'indemnité à être versée par le gouvernement, l'Administration pouvait attaquer la validité du brevet et demander au tribunal de le déclarer nul, comme ce serait le cas lors d'une action en contrefaçon[141]. Finalement, l'indemnité pouvait être réduite si le breveté avait déjà obtenu une compensation d'un ministère[142]. Ce serait notamment le cas si le gouvernement avait contribué au financement de la recherche menant à l'invention.

136. *Patents and Designs Act* 1907 (R.-U.), art. 29; *Patents and Designs Act* 1919 (R.-U.), art. 8; *Patents and Designs Act* 1942 (R.-U.), art. 2; *Emergency Laws (Transitional Provisions) Act* 1946 (R.-U.), art. 7; *Patents and Designs Act* 1949 (R.-U.) [12-13 Geo. VI c. 62], art. 25 à 30; refondu par le *Patent Act* 1949 (R.-U.) [12, 13-14 Geo. VI c. 87].
137. *Patents and Designs Act* 1919 (R.-U.), art. 8.
138. *Patents and Designs Act* 1942 (R.-U.), art. 2; *Emergency Laws (Transitional Provisions) Act* 1946 (R.-U.), art. 7.
139. *Patent Act* 1949 (R.-U.), art. 46 (6).
140. *Id.*, art. 49.
141. *Id.*, art. 48 (2).
142. *Id.*, art. 48 (4).

En revanche, les modifications apportées au régime dérogatoire pendant les après-guerres favorisaient parfois les titulaires, et amélioraient leurs droits procéduraux. On avait mis en doute la compétence de la Trésorerie en vertu de la loi de 1883[143]. Donc, les différends entre un ministère et le breveté au sujet du montant de l'indemnité devaient être tranchés dorénavant par les tribunaux[144]. Chacune des parties pouvait saisir les tribunaux[145]. Finalement, les ministères étaient obligés d'informer les titulaires des brevets d'invention dès qu'une utilisation gouvernementale survenait[146].

Les dispositions australiennes, adoptées à l'aube de la Fédération, étaient plutôt laconiques à l'origine puisqu'elles autorisaient l'utilisation des brevets d'invention «*for the public service*»[147]. La réforme du régime australien a reflété les modifications britanniques, sauf à trois égards. Premièrement, la loi australienne ne contenait aucune stipulation relative à l'après-guerre. Faut-il croire que la reconstruction était moins pertinente qu'en Europe? Par contre, une autorité générale permettant l'emploi de brevets d'invention pour la sécurité publique et la défense nationale a été codifiée par l'entremise de la *National Security (Industrial Property) Regulations* 1943 (Cth) et de l'article 5 de la *Defence Transition (Residual Provisions) Act* 1952 (Cth). Deuxièmement, le Parlement australien a admis un droit général de vendre les articles brevetés, tandis qu'au Royaume-Uni ce droit était exceptionnel[148]. Finalement, le régime australien prévoyait un droit connexe permettant l'acquisition obligatoire par l'État des brevets à la demande du Gouverneur-général moyennant une indemnité raisonnable[149].

LE MODÈLE AUSTRALIEN: L'ARTICLE 183 DE LA *COPYRIGHT ACT* (CTH)

(a) Réforme du principe de l'immunité de la Couronne

L'adoption en 1968, à l'article 183 de la *Copyright Act* (Cth), d'un régime de licences obligatoires favorisant la Couronne constituait un

143. G.S. ROBINSON, *Civil Proceedings By and Against the Crown*, Londres, Stevens and Sons Ltd., 1908, p. 539.
144. *Patents and Designs Act* 1919 (R.-U.), art. 8.
145. *Patent Act* 1949 (R.-U.), art. 48 (1).
146. *Id.*, art. 46 (5).
147. *Patent Act* 1903 (Cth), art. 92; *Patents Act* 1952 (Cth), art. 125 à 132; voir *Patents Amendment Act* 1978 (Cth); *Administrative Changes (Consequential Provisions)* Act 1976 (Cth); et *Statute Law (Miscellaneous Amendments) No. 1 Act* 1982 (Cth).
148. *Patents Act* 1949 (R.-U.), art. 46 (6) (a) et (b), et art. 49; *Patents Act* 1977 (R.-U.), art. 55.
149. *Patent Act* 1903 (Cth), art. 93 et 94; *Patents Act* 1952 (Cth), art. 129; comparez *Patents, Designs and Trade Marks Act*, 46-47 Vict. (1883) (R.-U.), c. 57, art. 44.

changement important en droit d'auteur australien. L'importance de cette modification ne se trouvait pas dans la perte de droits exclusifs par les propriétaires du droit d'auteur sur une oeuvre protégée. Au contraire, les pouvoirs dérogatoires de la Couronne n'étaient que le corollaire législatif de l'article 7 de la loi:

> Subject to Part VII [ce qui comprend l'article 183], this Act binds the Crown but nothing in this Act renders the Crown liable to be prosecuted for an offence.

La *Copyright Act* (Cth) a inversé l'ancien droit concernant la responsabilité générale de la Couronne pour ses contrefaçons. Les droits des auteurs et titulaires d'oeuvres protégées se sont accrus car la Couronne fédérale et les Australiens ont été ajoutés à l'ensemble des personnes à l'égard de qui le droit d'auteur est opposable[150]. L'article 7 de la *Copyright Act* (Cth) a, à première vue, une portée plus large que l'article 3 de la *Crown Proceedings Act* 1947 (R.-U.). À l'instar de la loi britannique, la contrefaçon commise par la Couronne en Australie comprend les violations indirectes par les employés et les mandataires de l'État[151]. La responsabilité de la Couronne serait également engagée par ses violations directes[152]. Mais, puisque la Couronne peut difficilement agir autrement que par ses employés et mandataires, la différence a peu d'intérêt pratique.

(b) Utilisation obligatoire au service de la Couronne

Exceptionnellement, l'article 183 de la *Copyright Act* (Cth) stipule que le fait d'exécuter les actes faisant partie du droit d'auteur sur une oeuvre ou sur une autre matière protégée, si ces actes ont été accomplis *au service du Commonwealth ou d'un État*, ne constitue pas une violation du droit d'auteur en Australie. Ce droit extraordinaire est opposable tant à l'égard du titulaire que du concessionnaire d'une licence exclusive[153]. La portée de cette licence obligatoire est d'autant plus considérable parce qu'elle est disponible à toute personne autorisée par écrit, avant ou après la violation, par l'un des gouvernements[154]. L'autorisation écrite peut être sous forme d'un contrat et peut être soulevée en défense lors d'une poursuite judiciaire[155]. Par ailleurs, l'autorisation du gouvernement peut être

150. *Copyright Act* (Cth), art. 10 (1) («*The Crown*»).
151. *Id.*, art. 36 (1) et 101 (1); *University of New South Wales* c. *Moorhouse*, (1975) 133 C.L.R. 1; comparez *Australasian Performing Rights Association* c. *Jain*, *supra*, note 64.
152. HOGG, *op. cit.*, note 9, p. 7.
153. *Copyright Act* (Cth), art. 183(9), 10 (1) («*exclusive licence*») et art. 117 à 125.
154. *Id.*, art. 183 (1).
155. *General Steel Industries Inc.* c. *Commission for Railways (N.S.W.)*, (1964) 112 C.L.R. 125, 134; *Honeywell Inc.* c. *Litton Systems Canada Ltd.*, (1983) 71 C.P.R. (2d) 284 (Cour fédérale d'appel), confirmant (1982) 67 C.P.R. (2d) 129, 133.

donnée à une personne qui est déjà le concessionnaire ou le sous-concessionnaire du titulaire du droit d'auteur, ce qui signifie une immixtion du régime dérogatoire dans des relations contractuelles préexistantes[156]. D'importantes conséquences financières peuvent découler de ce fait si les modalités de la licence légale entre le gouvernement et le titulaire sont moins favorables que les modalités intervenues dans l'entente préexistante entre le titulaire et le concessionnaire.

(c) Protection des intérêts du titulaire des droits d'auteur

Hormis les aspects du régime qui tendent à réduire les droits des titulaires, certains autres éléments prétendent fournir une mesure de protection au titulaire ou à son concessionnaire exclusif. Ces sauvegardes semblent illusoires. Premièrement, les actes exécutés au service de la Couronne ne sont pas censés modifier la durée de protection que le titulaire est par ailleurs en droit de réclamer[157]. Les règles applicables à la durée de protection sur les oeuvres inédites peuvent servir d'exemple. Les droits d'auteur dans ce cas débutent dès la création de l'oeuvre[158]. Ils continueront à exister pour une période indéterminée après la mort de l'auteur en l'absence d'une publication, d'une exécution en public, d'une radiodiffusion ou d'une vente d'un enregistrement sonore de l'oeuvre[159]. Il peut donc être profitable, dans certaines circonstances, d'empêcher qu'une oeuvre devienne du domaine public en s'abstenant de la «publier»[160]. En raison de l'avenant prévu dans le cadre du régime de l'article 183, la distribution d'exemplaires de l'oeuvre au public par le gouvernement n'aurait aucun effet sur la durée de protection, bien que normalement il s'agirait d'une publication à partir de laquelle la durée de protection serait calculée. Il est discutable que le titulaire reçoive une protection additionnelle à ce premier titre, car ces dispositions semblent faire double emploi avec les dispositions générales de la loi. Celles-ci déclarent qu'on ne doit pas tenir compte des publications non autorisées[161].

Deuxièmement, le titulaire du droit d'auteur est censé être protégé par un mécanisme lui donnant accès à certaines informations

156. *Copyright Act* (Cth), art. 183 (3).
157. *Id.*, art. 183 (8).
158. *Id.*, art. 32 (1).
159. *Id.*, art. 33 (3).
160. *Id.*, art. 29; *Francis Day and Hunter* c. *Feldman*, [1914] 2 Ch. 728; *Acel Pty Ltd.* c. *Multicoin Amusements Pty Ltd.*, [1990] 18 I.P.R. 443 (la *High Court* de l'Australie).
161. *Copyright Act* (Cth), art. 29 (6).

gouvernementales. Le *Commonwealth* ou l'État doit obligatoirement informer le propriétaire des actes commis et doit lui fournir toutes les informations qu'il demandera de temps à autre, pourvu que ces demandes soient raisonnables par leur nature ou leur portée[162]. Le propriétaire tentera d'évaluer la perte économique qu'il subit en raison des actes du gouvernement. Il est donc raisonnable de prévoir que l'information demandée traitera de la portée de la contrefaçon en termes quantitatifs et qualitatifs. En règle générale, la divulgation au titulaire d'une utilisation au service du *Commonwealth* ou d'un État doit se faire «aussitôt que possible», à savoir d'une façon diligente. L'information peut cependant être cachée du propriétaire dans l'intérêt public. Les dispositions ne semblent pas admettre la divulgation partielle qui permettrait de prévenir le titulaire de l'existence d'une utilisation au service de la Couronne, sans toutefois dévoiler la nature exacte des actes pour des raisons de sécurité nationale ou pour d'autres motifs d'intérêt public[163].

Conformément au règlement, si le nom et l'adresse du titulaire ou de son mandataire sont connus, la signification sera faite en personne ou par courrier[164]. Si l'adresse du titulaire ou de son mandataire est à l'extérieur de l'Australie, la signification se fera par la poste[165]. Par contre, si le nom ou l'adresse est inconnu, le gouvernement peut procéder par voie d'un avis publié dans la *Commonwealth of Australia Gazette* ou la *Government Gazette*[166]. L'avis indiquera la nature de l'utilisation ainsi que si l'utilisation est faite par le *Commonwealth*, un État, ou une personne autorisée par l'un d'eux[167]. S'il s'agit d'un livre, l'avis indiquera le numéro «ISBN»[168].

L'obligation du gouvernement d'informer le propriétaire du droit d'auteur n'est pas une mesure de protection utile pour ce dernier. Le législateur a jugé opportun de réserver une discrétion au gouvernement en temps de guerre, notamment au sujet du type et de la quantité de munitions et d'équipements en fabrication. Cependant, un critère de non-divulgation fondé sur l'intérêt public et laissé entièrement à la discrétion de l'État semble avoir une portée beaucoup trop large et être une source d'abus potentiel. On ne retrouve

162. *Id.*, art. 183 (4).
163. Comparez Royaume-Uni, Committee to Examine the Patent System and Patent Law, *The British Patent System*, Londres, HMSO, 1970 (le «Rapport Banks»), p. 129.
164. *Copyright Regulations* (Cth), art. 25 (2) et 27.
165. *Id.*, art. 25 (3).
166. *Id.*, art. 25 (4).
167. *Id.*, art. 25 (5) (a), (d) et (e).
168. *Id.*, art. 25 (5) (b) et (c).

aucune des sauvegardes usuelles lorsqu'on fait exception au principe de la transparence des activités gouvernementales[169]. De plus, le mécanisme ne tient pas compte des difficultés inhérentes qu'affrontera le gouvernement afin d'identifier soit le propriétaire du droit d'auteur, soit son concessionnaire exclusif. Il sera impossible dans plusieurs cas d'identifier l'auteur, le premier titulaire, ses ayants droit et le concessionnaire exclusif. Contrairement aux brevets d'invention, aux marques de commerce et aux dessins industriels, le droit d'auteur en Australie, comme ailleurs, est un système sans formalité et sans enregistrement, et il n'y a donc pas de registre public par lequel on peut, d'une façon efficace et peu coûteuse, découvrir des informations sur la propriété et les transferts de titres[170]. En effet, l'Australie ne pourrait imposer un système d'enregistrement obligatoire sans contrevenir à ses obligations internationales[171]. Bien qu'une pratique commerciale se soit établie en vertu de laquelle les oeuvres sont inscrites avec un avis de droit d'auteur, désignant ainsi le propriétaire, cette pratique n'est ni universelle ni obligatoire[172]. De plus, l'avis deviendrait inutile lors d'un transfert subséquent, et ne divulguerait ni l'identité du concessionnaire exclusif ni l'adresse du titulaire.

Dans ces circonstances, il appert que, dans la majorité des cas, la signification du titulaire se fera par un avis publié dans la *Commonwealth of Australia Gazette* ou la *Government Gazette*[173]. Très peu de titulaires australiens ou étrangers consultent ces publications sur une base régulière. Par ailleurs, puisque le droit d'auteur n'est pas fondé sur le principe de l'enregistrement, les titulaires ne nomment pas normalement des mandataires afin d'examiner les publications gouvernementales comme cela pourrait se faire pour d'autres types de propriété intellectuelle. En conséquence, l'obligation gouvernementale d'informer les titulaires d'une exploitation étatique au service de la Couronne est entièrement illusoire. Il se pourrait que la

169. Comparez *Freedom of Information Act* 1982 (Cth), art. 33 (2), 58 (3) à (5A), et 58A.
170. *Copyright Act* 1912 (Cth), art. 26 et 27; comparez *Copyright Act* 1905 (Cth), art. 74.
171. Convention de Berne, *op. cit.*, note 133, art. 5 (2); comparez Convention Universelle (1978) *Australia Treaty Series* numéro 2, art. III (1).
172. Les avantages pratiques sont les suivants: (1) afin d'établir la connaissance requise relativement aux violations indirectes du droit d'auteur: *Copyright Act* (Cth), art. 37 *in fine*, 38 (1), 102 *in fine*, et 103 (1); (2) à l'égard de l'évaluation des dommages-intérêts: *Copyright Act* (Cth), art. 115 (3) et 115 (4); et (3) aux fins de l'accomplissement présumé de certaines formalités dans certains pays étrangers: Convention Universelle, *supra*, note 171, art. 3.
173. *Copyright Regulations* (Cth), art. 25 (4).

publication de l'avis, à l'insu du titulaire, constituerait une connaissance implicite opérant prescription après six ans[174].

(d) Détermination consensuelle de l'indemnité

Lorsque le propriétaire a connaissance d'une utilisation réelle ou proposée, le régime prévoit un mécanisme consensuel de fixation initiale de l'indemnité. Si une entente découle des négociations amorcées, le contrat sera assujetti à deux formalités. Premièrement, comme pour tout transfert de droit, l'entente doit être par écrit et signée par le cédant[175]. Si les parties ne se conforment pas à cette formalité, le contrat sera inopposable, sauf en suivant les règles de l'*equity*[176]. Le transfert d'un intérêt qui a une portée moindre qu'une cession, telle une simple licence, n'est pas assujetti à cette formalité. La seconde exigence est particulière aux arrangements faits au service de la Couronne. Le Procureur général du *Commonwealth* ou de l'État, selon le cas, doit approuver les ententes ou les licences qui autorisent une personne autre que le gouvernement à accomplir les actes exclusifs compris dans le droit d'auteur[177]. Cette disposition est applicable si la partie cocontractante est le gouvernement, ou une personne autorisée par écrit par ce dernier, ou les deux. Le Procureur général n'est légalement aucunement contraint de donner ou de refuser son accord. Par contre, si l'entente ne vise que des contrefaçons commises par l'Administration elle-même, cette seconde formalité est inapplicable. Dans cette situation, l'entente ne sera soumise qu'aux règles et formalités générales qui trouvent leur application lorsque l'État transige[178].

(e) Intervention du *Copyright Tribunal*

En revanche, si les parties sont incapables d'en venir à une entente, la *Copyright Act* précise que les modalités seront tranchées

174. *Copyright Act* (Cth), art. 134 et *Judiciary Act* 1903 (Cth), art. 64; comparez *Maguire* c. *Simpson* (1977) 139 C.L.R. 362; *Verwayen* c. *The Commonwealth* [1988] Aust. T.R. ¶ 67,617; *Limitation of Actions Act* 1958 (Vic.) art. 5; *Limitation Act* 1969 (N.S.W.) art. 14; voir aussi *Copyright, Designs and Patents Act* 1988 (R.-U.), art. 241 (3).
175. *Copyright Act* (Cth), art. 196 (3).
176. RICKETSON, *op. cit.*, note 3, p. 336; *Acorn Computers Pty Ltd.* c. *M.C.S. Microcomputer Systems Pty Ltd.*, (1984) 57 A.L.R. 389 (Cour fédérale de l'Australie); *Murray* c. *The King*, (1984) 55 A.L.R. 559 (Cour fédérale de l'Australie); *O'Brien* c. *Komesaroff*, (1982) 41 A.L.R. 255 (la *High Court* de l'Australie).
177. *Copyright Act* (Cth), art. 183 (6).
178. E. CAMPBELL, «Commonwealth Contracts», (1970) 44 *Australian Law Journal* 14; E. CAMPBELL, «Federal Contract Law», (1970) 44 *Australian Law Journal* 580; D. ROSE, «The Government and Contracts», *Essays on Contract (P.D. Finn, editor)*, Sydney, The Law Book Company Ltd., 1987, chapitre 9.

par le *Copyright Tribunal*, tribunal quasi judiciaire constitué en vertu de cette même loi[179]. La *Copyright Act* est silencieuse tant sur une période minimale de négociation que sur l'obligation des parties de négocier de bonne foi. Il est normal, lorsqu'une entente commerciale prévoit l'arbitrage d'un différend concernant un montant d'une redevance à être versée, qu'elle stipule un cadre précis et des modalités pour les négociations préalables. Il appert du règlement, adopté par le Conseil des ministres, que le gouvernement et le titulaire peuvent saisir le tribunal, et que le concessionnaire exclusif sera mis en cause[180]. Les critères dont le tribunal devra se servir pour fixer l'indemnité ne sont pas prévus par la loi. Il s'agit d'une importante lacune. De même, on doit se demander si le tribunal aura la compétence de juger, en droit positif, de l'existence du droit d'auteur sur une oeuvre et du titre du requérant[181].

(f) Portée de l'expression «au service de la Couronne»

En ce qui a trait à la portée de l'expression «au service de la Couronne (*for the services of the Crown*)», le Parlement a adopté un régime mixte. La *Copyright Act* (Cth) édicte deux présomptions explicites. D'une part, une présomption d'exclusion déclare que la reproduction d'oeuvres et de matériel protégé pour des fins d'enseignement par des établissements d'instruction, appartenant ou étant sous le contrôle du *Commonwealth* ou d'une administration locale, ne sont pas des utilisations au service de la Couronne. Cette disposition assure que la reprographie dans les écoles et les universités sera régie par un régime propre à ce domaine comportant tant des licences obligatoires précises que des exceptions d'utilisation équitable[182]. En revanche, la seconde présomption est d'inclusion. Elle stipule que le fait de fournir des articles à un gouvernement étranger pour la défense de ce pays en vertu soit d'une vente unique, soit d'un traité de défense, est présumé être une utilisation au service de la Couronne australienne[183]. Le fait de fournir des marchandises ou des articles à l'Organisation des Nations Unies n'est pas compris dans cette deuxième présomption[184].

179. *Copyright Act* (Cth), art. 183 (5).
180. *Copyright Tribunal (Procedure) Regulations* (Cth), art. 33C; *Copyright Act* (Cth), art. 120 et 185 (9).
181. Comparez *Curtiss-Wright Corporation* c. *The Queen*, (1967) 37 Fox P.C. 153 (Cour de l'échiquier), 172.
182. *Copyright Act* (Cth), art. 40, 41, 44, 103A, 103C, 135A à 135ZA, et 135ZB à 135ZZH.
183. Comparez *Honeywell Inc.* c. *Litton Systems Canada Ltd.*, *supra*, note 155.
184. *Copyright, Designs and Patents Act* 1988 (R.-U.), art. 240 (3) (b); *Patents Act* 1977 (R.-U.), art. 56 (3) (b); comparez *Defence Contracts Act* 1958 (R.-U.), art. 1.

Hormis ces deux règles spécifiques d'interprétation, la portée de l'expression «au service de la Couronne» est tacite, et elle doit être circonscrite en examinant la jurisprudence et l'historique législatif des textes. Par exemple, les opinions partagées des membres du comité Spicer sont révélatrices. En fait, puisque la majorité des membres avait rejeté la proposition selon laquelle le régime dérogatoire ne devait viser que des buts rattachés à la défense, il serait raisonnable de conclure que l'expression «au service de la Couronne» doit toucher plus que la défense nationale. La portée de cette expression laconique doit par ailleurs être interprétée à la lumière de la jurisprudence.

La décision *Pfizer Corporation* c. *Ministry of Health* de la Chambre des Lords est ici très importante car elle a été rendue avant l'adoption de la *Copyright Act* (Cth)[185]. Lors d'un appel d'offre, le ministre de la santé du Royaume-Uni autorisa l'importation d'antibiotiques sur lesquels le demandeur détenait un brevet d'invention. Ces produits pharmaceutiques étaient destinés aux hôpitaux du Service national de la santé. Le soumissionnaire importait les médicaments d'Italie, où ils étaient fabriqués légalement sans l'autorité de la partie demanderesse. En autorisant l'importation, le ministre prétendait exercer un pouvoir en vertu de la *Patents Act* 1949 (R.-U.) qui permettait l'utilisation de brevets d'invention au service de la Couronne sans le consentement du titulaire, pourvu qu'une indemnité lui ait été versée. La Cour d'appel de l'Angleterre et la Chambre des Lords ont décidé que l'expression «au service de la Couronne» ne se limitait pas aux activités internes des ministères, et que les services en question pouvaient éventuellement bénéficier aux particuliers[186]. De plus, bien que cette expression trouve ses origines législatives au XIX[e] siècle et constitue une expression technique ancienne («*technical expression of considerable antiquity*»), elle ne devait pas être restreinte aux activités gouvernementales en Angleterre, à l'époque victorienne[187]. Les principaux «services» de la Couronne au XIX[e] siècle furent les forces armées, la fonction publique, les services coloniaux et consulaires et les services postaux[188]. On ne devait pas tenir compte du fait qu'au XIX[e] siècle les traitements médicaux étaient perçus comme essentiellement non gouvernementaux. Selon la Chambre des Lords, la pensée politique à ce sujet avait évolué considérablement, et une philosophie différente était en vogue[189]. Ils

185. [1965] R.P.C. 261 (Cour d'appel de l'Angleterre), [1965] R.P.C. 284 (Chambre des Lords).
186. *Id.*, p. 269, 295 et 301.
187. *Id.*, p. 268, 273 et 276.
188. *Id.*, p. 294.
189. *Id.*, p. 268 et 269.

conclurent qu'une action était entreprise «au service de la Couronne» si le but était d'accomplir un devoir ou d'exercer un pouvoir attribué à l'Administration par une loi ou la prérogative royale[190].

En s'appuyant sur cette analyse, cette même expression dans la *Copyright Act* viserait au moins la mise en application des lois par les autorités policières, ce qui a toujours constitué une intervention traditionnelle et non commerciale par l'État. En effet, un tribunal néo-zélandais jugea que les membres d'une force policière pouvaient, lors d'une enquête, photocopier des formulaires et des dossiers se trouvant dans une clinique médicale sans violer les droits d'auteur des titulaires[191]. Par contre, il existe des incertitudes lorsque les activités de l'Administration revêtent un aspect quasi commercial. Bien que les tribunaux australiens aient admis que le fonctionnement d'un réseau ferroviaire pouvait être une activité au service de la Couronne, ils n'ont pas retenu cette solution pour les activités de la *Australian Broadcasting Commission*, une société d'État[192]. La caractéristique principale en Australie est donc d'attribuer aux gouvernements et aux tribunaux une discrétion déterminante lorsque viendra le temps d'établir la portée précise du régime dérogatoire de la Couronne.

EFFONDREMENT DES LICENCES OBLIGATOIRES AU SERVICE DE LA COURONNE

Le rapport Gregory a eu une influence importante sur les travaux tant de la commission royale Ilsley que du comité Spicer, et a contribué indirectement à l'élaboration des politiques canadiennes et australiennes relatives aux licences obligatoires au service de la Couronne. Il a donc lieu d'examiner l'évolution plus récente au Royaume-Uni. En fait, depuis 1970, un débat s'est engagé au sujet de ces licences dans le domaine de la propriété intellectuelle. Le comité Banks fut le premier à revoir la question dans le cadre des brevets d'invention en droit britannique. Certains ont prétendu que le ministère de la santé et des affaires sociales avait utilisé le régime de la licence obligatoire au service de la Couronne pour des fins autres que celles qui avaient été envisagées à l'origine[193]. Comme l'a démon-

190. *Id.*, p. 276, 295, 301 et 307.
191. *Copyright Act* 1962 (N.Z.), art. 53 (2); *Auckland Medical Aid Trust* c. *Commissioner of Police*, [1976] 1 N.Z.L.R. 485 (Cour supérieure de la Nouvelle-Zélande), p. 490.
192. *General Steel Industries Inc.* c. *Commissioner of Railways (N.S.W.)* (1964) 112 C.L.R. 125, 134; *Re Australasian Performing Rights Association Ltd. and Australian Broadcasting Commission*, *supra*, note 27, p. 160 et 172.
193. Rapport Banks, *op. cit.*, note 163, p. 125.

tré l'affaire *Pfizer* c. *Ministry of Health*, les pouvoirs de la Couronne ont servi à distribuer des produits pharmaceutiques couramment utilisés. On prétendit que l'action coercitive de l'État avait fait échec aux intérêts économiques légitimes des brevetés[194]. On alléguait surtout que le ministère de la santé s'était servi du régime dérogatoire pour des fins commerciales en vendant au public des articles brevetés, ceci étant très éloigné du rôle traditionnel de l'Administration.

Après avoir pris note des craintes d'un abus de pouvoir potentiel par le gouvernement, le comité Banks déclara que, outre le cas spécial de l'industrie pharmaceutique, il n'existait aucune preuve d'un abus plus répandu du pouvoir étatique. Malgré les préoccupations exprimées, le comité ne recommanda aucun changement au régime existant, les membres n'étant pas persuadés que, philosophiquement, les pouvoirs de l'État devaient être restreints à des fins reliées seulement à la défense nationale ou à des activités strictement internes[195]. Le comité a par ailleurs rejeté une proposition de l'*Association of the British Pharmaceutical Industry* («ABPI»), qui aurait introduit un recours en droit administratif pour revoir la décision du gouvernement, à l'effet que l'utilisation d'une licence obligatoire était conforme à l'intérêt public. Bien que le gouvernement ne soit pas lié par une telle procédure, l'ABPI y voyait un forum politique utile pour revendiquer ses droits. Le comité était d'avis que les circonstances, dans lesquelles la Couronne faisait appel à ses pouvoirs extraordinaires, devaient être laissées à l'appréciation du gouvernement, sous réserve de l'examen usuel de ses décisions par le Parlement et les médias d'information. Ces recommandations furent acceptées par le gouvernement et le Parlement britanniques[196].

Un autre souci des brevetés, qui fut abordé par le comité Banks, résultait de l'arrêt connu sous le nom de *Patchett's Patent*. Dans cette affaire, les tribunaux sont venus à des conclusions désavantageuses sur les méthodes à suivre pour calculer l'indemnité payable par l'État; on y traitait de l'épineuse question de l'évaluation de la perte subie lorsque le requérant cumulait les rôles de breveté et de fabricant des articles brevetés[197]. Par opposition au simple breveté, le

194. Comparez *British Medical Association c. The Commonwealth*, (1949) 79 C.L.R. 201.
195. Rapport Banks, *op. cit.*, note 163, p. 125.
196. Royaume-Uni, *Patent Law Reform: A Consultative Document*, Government Response Presented to Parliament by the Secretary for Trade, Londres, HMSO, 1975, p. 8; Royaume-Uni, *Patent Law Reform: A Consultative Document*, Londres, HMSO, 1975, p. 29.
197. [1967] R.P.C. 237 (Cour d'appel de l'Angleterre), infirmant [1967] R.P.C. 77 (Ch.);

breveté-fabricant pouvait potentiellement perdre des revenus en raison de la fabrication des articles par la Couronne ou une tierce partie nommée par la Couronne. En l'occurrence, l'invention était un nouveau genre de mitraillettes fabriquées par la Couronne dans ses usines entre 1956 et 1964. M. le juge Lloyd-Jacob déclara en première instance qu'à son avis, lors de la détermination de la redevance raisonnable à être versée, on devait notamment tenir compte des intérêts du breveté à titre de fabricant ainsi que de tout autre facteur pertinent[198]. Il déclara:

> The existence of spare manufacturing capacity suitable for the efficient production of weapon embodying the invention in the quantities and at times required is a factor which a patentee-manufacturer could properly desire to be utilised profitably to himself, and the expense of its adaptation to the manufacture of other products, or, if this is not practicable, a service fee appropriate to the capital value of the assets for the period during which they would be rendered unproductive by the authorization of alternative manufacture, could reasonably be taken by such a patentee as a basic minimum upon which to erect a royalty structure.[199]

La Cour d'appel opina différemment et rejeta la possibilité d'un calcul fondé en partie sur une perte subie en tant que fabricant évincé. L'indemnité devait être rattachée strictement au droit du requérant comme breveté. Même si un breveté pouvait, en sa qualité de fabricant, dans une action en contrefaçon ordinaire, réclamer des dommages-intérêts pour sa perte économique, la Couronne devait être assimilée à un concessionnaire plutôt qu'à un contrefacteur. Les versements au breveté devaient se faire sur la base d'une entente présumée entre un concédant et un concessionnaire consentants, et devaient donc écarter les pertes *qua* fabricant.

Les intervenants devant le comité Banks ont suggéré que l'indemnité à être versée, en raison d'une licence obligatoire, devait nécessairement refléter les intérêts du breveté en tant que fabricant[200]. On a donc proposé l'adoption du critère mis de l'avant par M. le juge Lloyd-Jacob. D'après ce projet de règle, le breveté recevrait une indemnité en tant que fabricant s'il démontrait qu'il aurait pu fabriquer lui-même les articles, n'eût été l'exercice du pouvoir dérogatoire de la Couronne. Cette solution fut rejetée d'emblée par le

198. *Patchett's Patent*, [1967] R.P.C. 77, 91.
199. *Id.*, p. 91-92.
200. Rapport Banks, *op. cit.*, note 163, p. 127.

gouvernement britannique[201]. Cependant, une décennie plus tard, lors des débats finaux sur la *Copyright, Designs and Patents Act* 1988 (R.-U.), le gouvernement admit que le calcul de l'indemnité devait dorénavant se faire en considérant ce facteur. Si le fabricant ne se voyait pas offrir le contrat de fabrication, celui-ci devait prouver qu'il avait la capacité nécessaire à la fabrication[202]. L'indemnité porterait sur les profits qu'il aurait faits en tenant compte de sa capacité sous-utilisée.

Le cas des dessins industriels illustre, au même titre, l'évolution de la pensée politique au Royaume-Uni à propos des licences obligatoires au service de la Couronne en matière de propriété intellectuelle. Sur cette question, le comité Whitford est venu à la conclusion, en 1977, que la Couronne devait continuer de bénéficier des pouvoirs qui lui ont été accordés en vertu de la *Registered Designs Act* 1949 (R.-U.)[203]. À l'instar de la *Patents Act* 1949 (R.-U.), la Couronne britannique pouvait, depuis 1949, exploiter des dessins industriels enregistrés sans le consentement du titulaire[204]. Bien que le comité Whitford ait douté qu'il était «*necessary or intrinsically desirable*» pour la Couronne d'utiliser ses pouvoirs autrement que pour la défense nationale, il recommanda, néanmoins, l'adoption d'une loi conforme aux recommandations du comité Banks sur les brevets d'invention[205]. Par contre, lorsque le Parlement britannique tenta de donner suite aux recommandations du comité Whitford sur les dessins industriels non enregistrés, il y eut opposition[206]. Lors des débats en Chambre, le gouvernement a dû reconnaître que les pouvoirs dérogatoires de la Couronne étaient une expropriation de droits importants de propriété[207]. Il s'engagea à ce que les licences obligatoires ne soient utilisées que si le titulaire avait été coupable d'un abus monopolistique, et que toute décision à ce sujet soit traitée seulement par les hauts fonctionnaires des ministères pertinents[208]. Aussi, les tentatives d'étendre les pouvoirs de la Couronne à la recherche atomique et à la protection de l'environnement furent défaites[209].

201. Royaume-Uni, *Patent Law Reform: A Consultative Document*, Londres, HMSO, 1975, p. 29.
202. *Copyright, Designs and Patents Act* 1988 (R.-U.), art. 243 (1) et art. 16 de l'annexe 5; *Patents Act* 1977 (R.-U.), art. 57A.
203. Rapport Whitford, *op. cit.*, note 97, p. 50.
204. *Registered Designs Act* 1949 (R.-U.), art. 12.
205. Rapport Whitford, *op. cit.*, note 97, p. 50.
206. *Copyright, Designs and Patents Act* 1988 (R.-U.), art. 240 à 244; comparez *Registered Designs Act* 1949 (R.-U.) annexe I.
207. R. MERKIN, *Copyright, Designs and Patents: The New Law*, Londres, Longmans, 1989, p. 390.
208. *Id.*, p. 390.
209. *Id.*, p. 389.

À l'ombre de ces préoccupations, relatives à la propriété industrielle, les législes britanniques vinrent à considérer l'opportunité d'ajouter un régime semblable dans la loi sur le droit d'auteur. Le ministère de la défense nationale avait proposé au comité Whitford que la Couronne eût besoin de pouvoirs similaires. Cependant, le comité vint à la conclusion que les intérêts de l'État étaient suffisamment protégés par les autres lois de propriété intellectuelle et par la *Defence Contracts Act* 1958 (R.-U.). Le comité souligna, en particulier, qu'en vertu de la *Patent Act* 1949 (R.-U.), la Couronne pouvait contrevenir aux droits d'auteur, par la reproduction ou la publication de modèles ou de documents, lorsqu'elle exerçait ses pouvoirs de licences obligatoires en matière de brevets[210]. Le comité estimait qu'on n'avait pas démontré, d'une manière suffisamment convaincante, que les pouvoirs de la Couronne devaient inclure l'utilisation non autorisée d'oeuvres audiovisuelles pour divertir les membres du personnel militaire et leurs familles[211]. On a donc rejeté de nouveau, en droit d'auteur britannique, un régime de licences obligatoires au service de la Couronne.

En revanche, le fardeau du gouvernement a été quelque peu allégé par l'adoption d'une exception générale visant les oeuvres inédites transmises à la Couronne dans le cours normal des affaires publiques[212]. Toutes les activités de la Couronne sont réputées être des affaires publiques[213]. Dans ces circonstances, et sous réserve d'ententes contraires, la Couronne peut reproduire des oeuvres protégées et diffuser des exemplaires aux membres du public, pour les fins pour lesquelles le document a été transmis au gouvernement, ou qui auraient pu être raisonnablement anticipées[214]. Hormis cette exception mineure et limitée, on notera que la situation de la Couronne en droit d'auteur britannique a évolué considérablement au cours du présent siècle: d'une immunité absolue en 1911 à un traitement quasiment identique à tous les autres consommateurs d'oeuvres.

RÉDACTION DES LICENCES OBLIGATOIRES AU SERVICE DE LA COURONNE

(a) Indemnité en droit constitutionnel

Lorsque la Couronne est assujettie à la législation sur le droit d'auteur, toute atteinte aux droits du titulaire doit être permise par

210. *Patents Act* 1949 (R.-U.), art. 47 (1).
211. Rapport Whitford, *op. cit.*, note 97, p. 176.
212. *Copyright, Designs and Patents Act* 1988 (R.-U.), art. 48.
213. *Id.*, art. 48 (4).
214. *Id.*, art. 48 (2) et (5).

force de loi, soit une législation spécifique, soit une prérogative non abrogée[215]. La prérogative royale a toujours été un fondement juridique admissible pour autoriser l'Administration à s'emparer de biens des sujets en période d'urgence nationale ou lorsqu'une nécessité pressante, reliée à la défense du royaume, se fait sentir[216]. Il serait donc loisible à la Couronne, dans ces circonstances, de prendre ou d'utiliser pour la défense nationale des oeuvres protégées, y compris l'entraînement des militaires et l'obtention du matériel de guerre[217]. Or, comme les objectifs visés par le régime de licences obligatoires au service de la Couronne englobent des buts qui tombent à l'extérieur de la prérogative de la défense nationale, dans son sens traditionnel, il faudra nécessairement envisager une autorité légale de source législative[218]. En procédant par voie législative, le Parlement pourra éviter ou modifier les règles de droit commun qui reconnaissent un droit à l'indemnité en faveur du propriétaire à la suite de la dépossession ou de la destruction de son bien[219]. Selon les principes non écrits de la constitution britannique, la Couronne n'était assujettie à aucune obligation légale, outre une obligation morale ou politique, de fournir une indemnité aux sujets dépossédés sous l'autorité d'une loi du Parlement à cet effet[220]. Cependant, les constitutions de l'Australie et du Canada modifient considérablement le droit public traditionnel, et créent des contraintes de rédaction et de contenu, advenant l'adoption d'un régime de licences obligatoires.

(i) «Acquisition upon just terms» en Australie

L'article 51 (xxxi) de la *Commonwealth of Australia Constitution Act* 1900 (R.-U.) stipule que le Parlement du *Commonwealth* peut légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement *«with respect to the acquisition of property on just terms from any State or person for any purpose in respect of which the Parliament has power to make laws»*[221]. L'importance de cette disposition découle du fait qu'un régime de licences obligatoires en matière de droit d'auteur aurait

215. *Lord Advocate* c. *Dunbarton District Council*, *supra*, note 54, p. 1362.
216. *Burmah Oil Company Ltd.* c. *Lord Advocate*, [1965] A.C. 75 (pourvoi devant la Chambre des Lords en provenance de l'Écosse).
217. *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), c. C-50, art. 3.
218. *Attorney General* c. *De Keyser's Royal Hotel Ltd.*, [1920] A.C. 508 (Chambre des Lords).
219. *Burmah Oil Company Ltd.* c. *Lord Advocate*, *supra*, note 216.
220. *Id.*, p. 146, 147.
221. 63-64 Vict. (1900) (R.-U.), c. 12.

possiblement à se conformer à ces préceptes d'ordre constitutionnel en Australie[222]. Trois conséquences en résulteraient.

Premièrement, nonobstant le droit britannique traditionnel, le Parlement du *Commonwealth* devrait obligatoirement verser une indemnité. Deuxièmement, cette indemnité devrait être juste et raisonnable dans les circonstances, ce qui ne serait pas nécessairement une indemnité entièrement compensatoire[223]. L'évaluation de l'indemnité inclut une évaluation tant du tort subi par le titulaire exproprié que des intérêts communautaires de la société australienne[224]. Troisièmement, l'acquisition obligatoire devrait être *«for any purpose in respect of which the Parliament has power to make laws»*, c'est-à-dire que l'exercice du pouvoir d'expropriation doit viser un but qui est de la compétence du *Commonwealth*, telles les forces armées (l'article 51 (vi)) ou les télécommunications (l'article 51 (v))[225]. Advenant que l'article 51 (xxxi) trouve son application, on ne pourrait donc pas prévoir des licences au service de la Couronne du chef d'un État australien. Par ailleurs, notons que, les tribunaux australiens ayant jugé que l'ensemble de la compétence du *Commonwealth* en expropriation se trouve à l'article 51 (xxxi), on ne peut pas faire appel à un autre champ de compétence, tel l'article 51 (xviii) (*«copyrights»*), pour défendre la constitutionnalité d'une disposition permettant la dépossession obligatoire par l'État[226]. La pertinence de ces trois contraintes constitutionnelles présuppose que le régime de licences obligatoires au service de la Couronne constitue une acquisition d'un bien (*«acquisition of property»*). Nous abordons maintenant cette épineuse question.

Aucun indice ne révèle clairement si les législateurs australiens, en adoptant le régime prévu par l'article 183 de la *Copyright Act* (Cth), croyaient que celui-ci devait être conforme à l'article 51 (xxxi) de la constitution. On notera néanmoins que l'intervention du Procureur général devant le comité Spicer utilisait l'expression *«just terms»*, qui se trouve à l'article 51 (xxxi), ce qui laisse entendre que le gouvernement jugeait cette disposition pertinente[227]. Par contre,

222. R.W. BAKER, «The Compulsory Acquisition Powers of the Commonwealth», *Essays on the Australian Constitution (R. Else-Mitchell, editor)*, 2e édition, Sydney, The Law Book Company Ltd., 1961, p. 208.
223. *Poulton* c. *The Commonwealth*, (1953) 89 C.L.R. 540.
224. *Grace Brothers* c. *The Commonwealth*, (1946) 72 C.L.R. 269, 280 et 290.
225. BAKER, *op. cit.*, note 222, 218 et 219; *Bank of New South Wales* c. *Commonwealth*, (1948) 76 C.L.R. 1; *W.H. Blakeley and Co. Pty Ltd.* c. *The Commonwealth*, (1953) 87 C.L.R. 501.
226. *Trade Practices Commission* c. *Tooth and Co. Ltd.*, (1979) C.L.R. 397.
227. Rapport Spicer, *op. cit.*, note 23, p. 77.

les recommandations du comité Spicer référaient à l'adoption d'un régime de *licences* obligatoires semblable à celui prévu par la *Patents Act* 1952 (Cth). Or, cette loi comptait deux régimes semblables mais nettement distincts: *l'utilisation* obligatoire d'un brevet d'invention par la Couronne et *l'acquisition* obligatoire par cette dernière[228]. La rédaction du régime d'acquisition obligatoire a été clairement faite en fonction des contraintes constitutionnelles[229]. Soulignons, à titre d'exemple, que l'acquisition obligatoire des brevets d'invention ne vise que des objectifs du *Commonwealth*, tandis que les licences obligatoires peuvent être au service du *Commonwealth* ou d'un État. Doit-on comprendre qu'en s'inspirant des règles prévalant pour les licences obligatoires le législateur australien croyait qu'il n'avait pas à se conformer aux préceptes constitutionnels concernant l'expropriation? Si tel est le cas, il a probablement erré car, à la lumière de décisions récentes, une licence obligatoire relative à un droit d'auteur peut équivaloir à une «acquisition d'un bien». Nous aborderons deux questions pour en faire la démonstration: (1) sommes-nous en présence d'un «bien»; (2) sommes-nous en présence d'une «acquisition».

Nul doute que le droit d'auteur est un bien au sens de l'article 51 (xxxi) de la constitution australienne. D'abord, la reconnaissance du droit auteur à titre de bien se défend aisément en droit naturel:

> Nothing can with greater propriety be called a man's property than the fruit of his brains. The property in any article or substance accruing to him by reason of his own mechanical labour is never denied him: the labour of his mind is no less arduous and consequently no less worthy of the protection of the law.[230]

Par ailleurs, la *Copyright Act* (Cth) dispose que le droit d'auteur est un bien meuble, et confirme ainsi une interprétation constante des tribunaux depuis 1710[231]. Nous devons nous interroger, par ailleurs, sur l'obtention par le gouvernement d'une simple licence d'un droit d'auteur. Est-ce qu'une licence constitue un «bien» dans ce contexte constitutionnel? Les tribunaux australiens ont soutenu que la notion de «bien» à l'article 51 (xxxi) devait recevoir une interprétation libérale. Outre des droits de propriété dans un immeuble ou meuble,

228. Art. 125 et 129; comparez *Patent Act* 1903 (Cth), art. 93 et 94.
229. RICKETSON, *op. cit.*, note 3, p. 1025.
230. SKONE JAMES, *op. cit.*, note 3, p. 2.
231. Art. 196 (1); SKONE JAMES, *op. cit.*, note 3, p. 464; RICKETSON, *op. cit.*, note 3, p. 60; comparez *Patents Act* 1952 (Cth), art. 152 (1) et *Designs Act* 1906 (Cth), art. 25C.

tangible ou intangible, cette expression pouvait comprendre des «*innominate and anomalous interests*» reconnus par la loi ou par les principes des cours d'*equity*[232]. Cela englobe nécessairement les intérêts *in personam* du concessionnaire d'une licence relative au droit d'auteur.

En revanche, il est moins apparent que l'obtention des droits par la Couronne, en vertu de l'article 183 de la *Copyright Act* (Cth), équivaut à une «acquisition». On entend normalement par «acquisition», en tout ou en partie, d'un droit d'auteur l'acte de cession, ce qui se distingue d'une simple concession d'une licence[233]. Contrairement à la cession, la concession ne comporte pas le transfert d'un droit de propriété. Bien que la licence exclusive s'apparente, à bien des égards, à la cession, la licence obligatoire prévue par l'article 183 de la *Copyright Act* (Cth) est non exclusive[234]. Cela signifie que, même si l'on est en présence d'une licence obligatoire au service de la Couronne, le titulaire du droit d'auteur continue de jouir des attributs du droit d'auteur, sauf sous trois aspects: (1) le titulaire ne peut plus laisser son oeuvre entièrement inexploitée; (2) il ne peut plus concéder à une tierce partie une licence qui est véritablement exclusive; et (3) il ne bénéficie plus lui-même d'une situation exclusive. Par contre, les gouvernements, ou les personnes qu'ils autorisent par écrit, peuvent légalement accomplir, relativement à une oeuvre protégée, tous les actes qui sont normalement du ressort exclusif du titulaire. Cette situation permet deux interprétations. D'une part, on peut voir à l'article 183 de la *Copyright Act* (Cth) une charge sur le droit de propriété qui se cristallise lorsque l'État exerce ses pouvoirs[235]. D'autre part, on peut y voir une charge sur le titre de l'auteur ou du titulaire *ab initio*, à savoir dès la création de l'oeuvre. Dans cette deuxième hypothèse, il ne s'agirait pas d'un transfert de propriété en faveur de l'État, mais plutôt de l'exercice, par le gou-

232. M. COPER, *The Franklin Dam Case: Commentary*, Sydney, Butterworths, 1983, p. 18 et 19; *The Commonwealth c. The State of Tasmania*, (1983) 46 A.L.R. 625 (la *High Court* de l'Australie), p. 738 et 795; *Bank of New South Wales c. Commonwealth*, *supra*, note 225, p. 349; comparez *Dorman c. Rodgers*, (1982) 41 A.L.R. 683 (la *High Court* de l'Australie), p. 689.
233. *Computermate Products Pty Ltd. c. Oxi-Soft Pty Ltd.*, [1989] 83 A.L.R. 492 (Cour fédérale de l'Australie); *Banks c. Transport Regulation Board*, (1968) 119 C.L.R. 222, 230; *Murray (Inspector of Taxes) c. Imperial Chemical Industries*, (1967) Ch. 1038, 1051.
234. RICKETSON, *op. cit.*, note 3, p. 354.
235. *Copyright Act* (Cth), art. 31 (1), 85, 86, 87 et 88; comparez id., art. 53A (établissements d'enseignement), 55 (les enregistrements d'oeuvres musicales), 108 (1) (la représentation d'oeuvres musicales), 109 (la radiodiffusion d'enregistrements sonores), et 135ZG (établissements d'enseignement).

vernement, d'un droit qui n'a jamais appartenu à l'auteur ou au titulaire.

Même si c'est une décision canadienne, l'arrêt *Smith Kline & French Laboratories Ltd.* c. *Attorney General (Canada)* est pertinent en droit constitutionnel australien, car la cour, dans cette affaire, jugea qu'une licence obligatoire légale pouvait constituer une acquisition d'un droit de propriété intellectuelle[236]. Les parties demanderesses, le fabricant et l'inventeur de produits pharmaceutiques brevetés, tentèrent d'obtenir un jugement déclaratoire confirmant qu'ils pouvaient jouir de tous les droits qui découlent de l'octroi d'un brevet d'invention, et ce nonobstant la licence obligatoire en vertu de la *Loi sur les brevets*. D'après cette loi, les sociétés pharmaceutiques qui fabriquaient des médicaments génériques pouvaient inscrire une requête auprès du Commissaire des brevets pour obtenir une licence obligatoire en versant une redevance fixée à 4%. Pour les parties demanderesses, le fait d'avoir à partager le marché restreint de la vente de médicaments d'ordonnance, en ne recevant qu'un paiement minimal, était une atteinte au droit de ne pas se faire priver de la jouissance de leurs biens autrement que par l'application régulière de la loi («*without due process of law*»), atteinte contraire à l'article 1 (a) de la *Déclaration canadienne des droits*[237]. M. le juge Strayer opina que, même si les droits originaux, qui prenaient naissance lors de l'octroi du brevet, avaient une portée limitée et étaient annulables *ab initio*, il s'agissait d'une déchéance des droits de propriété des brevetés par la procédure selon laquelle les licences obligatoires étaient émises[238]. On notera que la Cour d'appel fédérale a unanimement retenu cet aspect de la décision[239]. M. le juge Strayer déclara:

> [...] le processus de délivrance d'une licence obligatoire et le fait d'en arrêter les conditions ont pour effet de déterminer à quel moment et à quelles conditions doit prendre fin la période d'exclusivité accordée au départ par un brevet couvrant des médicaments. Cela touche la définition et l'étendue de l'un des nombreux droits que met en jeu la délivrance d'un brevet et constitue, par conséquent, une décision concernant des droits de propriété. Le fait de décider que les conditions prescrites par le paragraphe 41 (4) pour la délivrance d'une licence obligatoire ont été satisfaites a donc pour conséquence de permettre l'affaiblissement du monopole initial. [...] il convient de considérer cet affaiblissement comme une «*deprivation of property* (privation de bien)».[240]

236. [1987] 2 F.C. 359 (Cour fédérale d'appel), confirmant [1986] 1 F.C. 274; requête pour en appeler refusée: [1987] 1 R.C.S. xiv.
237. L.R.C. (1985), annexe III.
238. *Smith Kline and French Laboratories Ltd.* c. *Attorney General (Canada)*, [1986] 1 F.C. 274, 296, 297 et 300; [1987] 2 F.C. 359 (Cour fédérale d'appel).
239. *Id.*, (Cour fédérale d'appel), p. 364.

De la même façon, on peut croire que la décision du gouvernement du *Commonwealth* ou d'un État australien d'utiliser le mécanisme de la licence obligatoire à l'égard d'oeuvres protégées, constitue une déchéance des droits de propriété du titulaire, car cette décision déterminera le moment où les droits exclusifs seront abrogés.

Les tribunaux en Australie ont également eu l'occasion de se pencher sur l'interprétation de l'article 51 (xxxi) de la constitution en ce qui a trait aux biens tangibles. Ils ont jugé qu'une «acquisition» englobe toute renonciation ou extinction obligatoire d'un droit, lorsque celle-ci est accompagée du gain d'une jouissance ou d'un bénéfice quelconque pour le *Commonwealth* ou ses mandataires[241]. La passation de titre n'est pas nécessaire, puisque la simple dépossession pour une période de temps indéterminée suffira[242]. Bien que le droit d'auteur ne puisse pas faire l'objet d'une possession, comme c'est le cas pour les biens tangibles, on peut apparenter la permission de contrevenir à un droit d'auteur, sans pour autant se rendre passible d'un recours civil ou pénal, à une «possession» du droit d'auteur vis-à-vis le titulaire ou le concessionnaire exclusif. On peut donc conclure que le choix du gouvernement de recourir au régime de licences obligatoires est une «acquisition» d'un bien au sens de l'article 51 (xxxi). En conséquence, l'article 183 de la *Copyright Act* (Cth) serait *ultra vires* en ce qui a trait aux licences obligatoires au service des États australiens.

La récente décision *Australian Tape Manufacturers Association Ltd.* c. *The Commonwealth of Australia* de la *High Court* de l'Australie motive cette conclusion[243]. Les requérants dans cette affaire ont attaqué la validité d'une nouvelle partie de la *Copyright Act* (Cth) qui mettait sur pied un régime de redevances sur les cassettes vierges[244]. Afin de dédommager les titulaires d'enregistrements sonores pour les copies privées faites illégalement à domicile, le

240. *Smith Kline and French Laboratories Ltd.* c. *Attorney General (Canada)*, *supra*, note 238, p. 301.
241. *The Commonwealth* c. *The State of Tasmania*, *supra*, note 232, p. 738-739 et 795-796.
242. *Minister of State for the Army* c. *Dalziel*, (1944) 68 C.L.R. 261; comparez *Australasian United Steam Navigation* c. *Shipping Control Board*, (1945) 71 C.L.R. 508.
243. *Supra*, note 115.
244. *Copyright Amendment Act* 1989 (Cth).

régime prévoyait que les vendeurs de cassettes vierges versent une somme d'argent fixée par le *Copyright Tribunal* selon une formule prédéterminée. Les sommes ainsi perçues seraient distribuées aux sociétés de gestion collective agréées. La loi prévoyait que reproduire un enregistrement sonore à domicile pour des fins privées ne constituerait plus une contrefaçon du droit d'auteur[245]. Les juges de la *High Court* ont unanimement conclu qu'il n'y avait pas acquisition d'un bien[246]. La décision confirme clairement que l'expression «bien», dans le cadre du droit d'auteur, doit être interprétée d'une façon libérale, et comprend notamment «*the whole or part of the exclusive rights conferred by s. 31 (1) (a) of the Act to reproduce the copyright work in a material form*», à savoir le transfert d'un simple démembrement du droit d'auteur[247]. Par contre, le tribunal a tranché que n'est pas une «acquisition» la simple déclaration législative qu'un acte qui, anciennement, était une violation ne l'était plus[248]. La réduction législative de l'étendue des droits exclusifs du titulaire n'était pas, en soi, une «acquisition» au sens constitutionnel[249]. Même si l'expression «ne constitue pas une violation du droit d'auteur» comporte une extinction ou une diminution des droits de propriété qui ont été acquis momentanément par le titulaire, il n'existe pas une acquisition correspondante par le prétendu contrefacteur. Ce dernier n'acquiert aucun «droit» permanent, cessible et exclusif, car tous les utilisateurs éventuels, sans distinction, pourront en bénéficier[250].

Même si la *High Court* a décidé que les redevances sur les cassettes vierges n'étaient pas une «acquisition», son raisonnement nous amène cependant à une tout autre conclusion pour les licences obligatoires au service de la Couronne. L'article 183 de la *Copyright Act* (Cth) dispose, au même titre, que «ne constitue pas une violation du droit d'auteur» le fait d'utiliser les oeuvres protégées dans les circonstances prescrites. Contrairement au régime sous étude dans l'affaire *Australian Tape Manufacturers Association Ltd.* c. *The Commonwealth of Australia*, l'exception bénéficie uniquement aux gouvernements australiens et aux personnes qu'ils autorisent par écrit. Il y a une acquisition de droits par l'État qui correspond à la perte subie par le titulaire. À notre avis, une licence obligatoire au service de la Couronne est essentiellement une acquisition d'un bien par l'État. L'octroi doit donc se faire en contrepartie d'une indemnité juste

245. *Copyright Act* (Cth), art. 135ZZ (1).
246. *Australian Tape Manufacturers Association Ltd.* c. *The Commonwealth of Australia*, *supra*, note 115, p. 57-8 et 80.
247. *Id.*, p. 57 et 79.
248. *Id.*, p. 57 et 79-80.
249. *Id.*, p. 58.
250. *Id.*, p. 80.

et raisonnable. Dans ce sens, le contexte constitutionnel australien est considérablement différent du contexte canadien.

(ii) Droit de propriété en droit canadien

Nous proposons de soumettre le droit canadien à une analyse semblable. Nous devons, en premier lieu, aborder la question de la compétence législative du Parlement canadien. Il fut reconnu, depuis longtemps, que le Parlement fédéral peut permettre la dépossession légale d'un bien, pourvu que l'objectif visé fasse partie des compétences fédérales. Par exemple, le Parlement peut autoriser l'expropriation d'un bien dans l'exercice de sa compétence en navigation[251], transport interprovincial[252], défense[253] et ouvrages déclarés fédéraux[254]. Puisqu'il n'existe pas en droit constitutionnel canadien un pouvoir général d'expropriation, une intervention législative du Parlement devra obligatoirement viser un but relevant de la compétence de l'autorité centrale[255]. Bien que le Parlement fédéral puisse immuniser la Couronne du chef d'une province des effets de la *Loi sur le droit d'auteur* en raison de la *Loi d'interprétation*, il demeure incertain que l'article 91 (23) («droits d'auteur») de la *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.) permette au Parlement fédéral de régler toute la question des licences obligatoires, tant à l'égard de la Couronne fédérale que d'une Couronne provinciale[256]. À titre d'illustration, on peut s'interroger sur la compétence du Parlement fédéral d'adopter un régime de licences obligatoires touchant surtout l'utilisation obligatoire d'oeuvres protégées par les établissements d'enseignement, l'éducation étant généralement de compétence provinciale[257].

Une seconde limite potentielle à la souveraineté du Parlement fédéral découle de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cet article garantit le droit à la vie, à la liberté, à la sécurité et au droit de ne pas en être privé, contrairement aux principes

251. *Montreal* c. *Montreal Harbour Commissioners*, [1926] A.C. 299 (pourvoi devant le Conseil Privé en provenance du Canada), p. 313, 320.
252. *Re Dyke and Cochin Pipe Lines*, (1978) 85 D.L.R. (3rd) 607 (Cour d'appel de la Saskatchewan).
253. *Constitution Act*, 30 Vict. (1867) (R.-U.), c. 3, art. 91 (7).
254. *Id.*, art. 92 (10).
255. B. LASKIN et N. FINKELSTEIN, *Canadian Constitutional Law*, 5e édition, Toronto, The Carswell Company Ltd., 1986, volume I, p. 667-670; P. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 2e édition, Toronto, The Carswell Company Ltd., 1985, p. 575.
256. *Alberta Government Telephones* c. *Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, *supra*, note 102.
257. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 Vict. (R.-U.), c. 3, art. 93.

fondamentaux de la justice[258]. Certains auteurs avaient soulevé la possibilité, lors de l'adoption de la Charte en 1982, que l'article englobait un droit de propriété implicite[259]. Notons, par exemple, la déclaration du juge Dickson dans l'affaire *Re Fisherman's Wharf Ltd.*:

> The right to enjoyment of property free from threat of confiscation without compensation has unquestionably been a right traditionally enjoyed by Canadians and may therefore be considered a right embodied in our constitution quite regardless of the proclamation of the present Charter.[260]

Cet avis semble toutefois isolé et a été rejeté dans cette affaire par la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick[261]. En effet, la jurisprudence de diverses cours d'appel au Canada est constante. L'article 7 ne vise que l'intégrité de la personne, à l'exclusion des droits économiques des citoyens en vertu d'un contrat ou d'un droit de propriété[262]. De plus, l'expression «chacun» ne vise que les individus[263] et, à tout événement, une prétendue protection du droit de propriété serait assujettie à «des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique»[264].

258. *Loi constitutionnelle de 1982* (R.-U.); comparez *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), annexe III, art. 1 (b).
259. *E.g. Turbo Resources Ltd. c. Rotchell* (1985) 12 Admin. L.R. 306 (Cour du banc de la Reine de la Saskatchewan); voir aussi P.W. AUGUSTINE, «Protection of the Right to Property under the Canadian Charter of Rights and Freedoms», (1986) 18 *Ottawa Law Review* 66; G.J. BRANDT, «Right to Property as an Extension of Personal Security», (1983) 61 *Revue du Barreau Canadien* 398.
260. (1982) 135 D.L.R. (3d) 307 (Cour du banc de la Reine du Nouveau-Brunswick), p. 316.
261. *New Brunswick c. Fisherman's Wharfs Ltd.*, (1982) 144 D.L.R. (3d) 21 (Cour d'appel du Nouveau-Brunswick).
262. *Treinor Surveys (1974) Ltd. c. New Brunswick, supra*, note 103, p. 512-515; *Dywidag Systems International, Canada Ltd. c. Zutphen Brothers Construction Ltd.*, (1987) 35 D.L.R. (4th) 433 (Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse); [1990] 1 R.C.S. 705; *Home Orderly Services Ltd. c. Manitoba*, (1987) 49 Man. R. (2d) 246 (Cour d'appel du Manitoba); *R. c. Myrrmidon Inc.*, (1988) 52 Man. R. (2d) 303 (Cour d'appel du Manitoba); *Reference re Lands Protection Act*, (1987) 40 D.L.R. (4th) 1 (Cour d'appel de l'Île du Price-Édouard); *Skalbania c. Wedgewood Village Estates Ltd.*, (1989) 37 B.C.L.R. (2d) 88 (Cour d'appel de la Colombie-Britannique); *Aluminum Company of Canada c. Ontario Minister of the Environment*, (1986) 19 Admin. L.R. 192 (Ont. H.C.); *Regal Petroleum Ltd. c. Min. of Energy, Mines and Resources*, (1985) 63 N.R. 135 (Cour fédérale d'appel); *Smith Kline and French Laboratories Ltd. c. Attorney General (Canada)*, *supra*, note 238.
263. *Irwin Toys Ltd. c. Procureur général du Québec*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Dywidag Systems International, Canada Ltd. c. Zutphen Brothers Construction Ltd.*, *supra*, note 262.
264. *Charte canadienne des droits et libertés* 1982 (R.-U.), art. 1.

Dans l'affaire *Smith Kline & French Laboratories Ltd. c. Attorney General (Canada)*, les demandeurs avaient notamment soulevé la question de l'article 7 de la Charte quant aux licences obligatoires en matière de brevets. M. le juge Strayer, avec qui la Cour d'appel fédérale fut d'accord, décida que le concept de la vie, de la liberté et de la sécurité portait sur l'inviolabilité physique de la personne naturelle[265]. En outre, il est notoire qu'une modification, qui visait précisément à inclure le terme «propriété» dans les droits protégés par l'article 7, a été retirée au cours de l'examen de la Charte par le comité mixte parlementaire sur la constitution. Cela nous indique qu'à l'origine l'article 7 n'était pas censé assurer la protection du droit de propriété[266]. En s'appuyant sur ces décisions, le Parlement canadien n'est pas constitutionnellement obligé d'accorder une indemnité, qu'elle soit juste, raisonnable ou autre, lorsque le gouvernement utilise une oeuvre protégée au service de la Couronne d'après un régime législatif qui le lui permet expressément et ce, même si l'action gouvernementale équivaut à l'expropriation d'un bien[267]. Ceci semble être le cas même si les pays de tradition continentale traitent l'oeuvre comme une extension de la personnalité de l'auteur[268]. Par contre, nous envisageons mal un Parlement canadien adopter une loi allant à l'encontre de l'obligation morale et politique d'indemniser les auteurs et titulaires.

(b) Portée à l'égard des émanations étatiques

L'impact potentiel d'une dérogation aux droits usuels des auteurs et titulaires d'oeuvres protégées sera beaucoup plus considérable si l'on tient compte de la portée de l'expression «la Couronne» et si, en particulier, les émanations étatiques peuvent avoir accès aux licences obligatoires. Au Royaume-Uni, la «Couronne» inclut les fonctionnaires, les mandataires et les employés de l'État, mais les industries nationalisées, de par leur structure et leur constitution, ne sont pas des services de la Couronne[269]. En Nouvelle-Zélande, les policiers et les procureurs de la Couronne sont des mandataires présumés de la Couronne lorsqu'ils agissent dans le cadre de leurs fonctions, c'est-à-dire la prévention, l'enquête et la poursuite d'infractions criminelles[270]. De la même manière, une

265. *Smith Kline and French Laboratories Ltd. c. Attorney General (Canada)*, *supra*, note 238, p. 313; (Cour fédérale d'appel), p. 364.
266. *Id.*, p. 315.
267. *Attorney General c. De Keyser's Royal Hotel*, *supra*, note 218.
268. A. FRANÇON, *Le droit d'auteur: Aspects internationaux et comparatifs*, Montréal, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1992, p. 22-4.
269. *Pfizer Corporation c. Ministry of Health*, *supra*, note 134, p. 295.
270. *Auckland Medical Aid Trust c. Commissioner of Police*, *supra*, note 191, p. 491.

société ferroviaire appartenant à la *New South Wales* a pu bénéficier, dans le cadre des brevets d'invention en Australie, d'une licence obligatoire au service de la Couronne[271].

À l'origine, le comité Spicer envisageait une portée limitée des licences obligatoires au service de la Couronne dans le secteur du droit d'auteur, et il a restreint ses recommandations à la «Couronne» dans son sens le plus strict[272]. Les membres n'ont pas voulu permettre à des sociétés d'État, telles l'*Australian Broadcasting Commission* et l'*Australian National Airlines Commission*, d'en profiter, car elles ne pouvaient bénéficier de l'ancienne immunité. L'intention des réformistes fut confirmée par la Cour fédérale de l'Australie dans l'arrêt *Re Australasian Performing Rights Association Ltd. and Australian Broadcasting Commission*[273]. Dans cette affaire, l'*Australian Broadcasting Commission* («ABC») s'opposa à la compétence du *Copyright Tribunal* de décider des tarifs de l'*Australasian Performing Rights Association*, une société australienne de droits d'exécution. L'argument s'appuyait sur le statut de l'ABC en tant que mandataire ou émanation du *Commonwealth* et sur le régime de licences obligatoires à l'article 183 de la *Copyright Act* (Cth). Après une étude de la loi constitutive de l'ABC, le tribunal conclut que l'ABC n'était pas un mandataire ou une émanation étatique. Il souligna que l'ABC avait une autonomie d'action considérable et n'exécutait pas des fonctions essentiellement étatiques, c'est-à-dire des fonctions appartenant traditionnellement et historiquement au gouvernement[274]. La radiodiffusion en Australie a toujours été une activité commerciale[275]. De plus, il était opportun d'exclure l'ABC du régime de licences obligatoires car le régime de l'article 183 de la *Copyright Act* (Cth) aurait nécessité l'expédition d'un avis à chacun des titulaires d'une oeuvre musicale diffusée sur les ondes de l'ABC[276]. MM. les juges Bowen et Franki ne croyaient pas que le Parlement avait eu comme intention de créer un aussi grand fardeau pour l'État. La décision *Bropho* c. *The State of Western Australia* de la *High Court* vient confirmer que

271. *General Steel Industries Inc.* c. *Commissioner of Railways (N.S.W.)*, *supra*, note 155, p. 134.
272. Rapport Spicer, *op. cit.*, note 23, p. 77.
273. (1982) 45 A.L.R. 153 (Cour fédérale de l'Australie); comparez *Canadian Broadcasting Corporation* c. *Attorney General (Ontario)*, [1958] R.C.S. 188; *Canadian Broadcasting Corporation* c. *Copyright Appeal Board*, (1986) 7 C.I.P.R. 194 (Cour fédérale); *British Broadcasting Corporation* c. *Johns*, [1965] Ch. 32 (Cour d'appel de l'Angleterre).
274. Comparez *Pfizer Corporation* c. *Ministry of Health*, *supra*, note 134, p. 268, 295 et 301.
275. Australia, *Report of the Royal Commission on Wireless*, 1927, 1926-8 *Parliamentary Papers* numéro 121.
276. *Copyright Act* (Cth), art. 183 (4).

les sociétés étatiques, qui sont engagées dans des activités à caractère commercial ou industriel, ne pourront pas, en l'absence d'une disposition législative claire, facilement revendiquer les droits et privilèges spéciaux de la Couronne[277]. Nous pouvons envisager une approche jurisprudentielle semblable à l'égard de l'article 183 de la *Copyright Act* (Cth), une disposition qui porte essentiellement sur l'immunité de la Couronne.

En présumant l'adoption au Canada d'un régime de licences obligatoires au service de la Couronne, il serait surprenant que le législateur n'aborde pas cette question directement puisqu'il existe un nombre considérable de sociétés de la Couronne au Canada[278]. Dès le début du débat réformiste, le rapport Ilsley proposa certaines contraintes[279]. Contrairement au droit australien, la simple mention «Couronne» en droit canadien englobera les sociétés mandataires de la Couronne, sans égard à la nature commerciale ou non de leurs activités. Par exemple, dans l'affaire *Formea Chemicals Ltd.* c. *Polymer Corporation*, la Cour suprême du Canada a considéré la situation d'une société détenue et contrôlée par le ministre de la défense. Elle était engagée dans la fabrication et la vente de caoutchouc synthétique et était déclarée mandataire de la Couronne par sa loi constitutive. Le tribunal décida que cette société pouvait faire appel au régime dérogatoire de l'article 19 de la *Loi sur les brevets*, qui permettait au «gouvernement du Canada» d'obtenir une licence obligatoire[280]. Donc, à l'opposé de l'approche exprimée dans l'arrêt *Bropho* c. *The State of Western Australia*, la Cour suprême du Canada a confirmé qu'une société d'État n'est pas moins un mandataire de la Couronne si ses activités comportent un aspect commercial[281]. Afin d'exclure ou de limiter les droits de ces sociétés, il sera opportun de le dire directement.

CONCLUSION

Comme on a pu le constater, la réforme du droit d'auteur à l'égard de la Couronne dans les pays de tradition britannique fut marquée par deux évolutions importantes. Premièrement, plusieurs juridictions décidèrent d'abolir le principe désuet de l'immunité gou-

277. (1991) 93 A.L.R. 207 (la *High Court* de l'Australie).
278. TORNO, *op. cit.*, note 18, annexe II.
279. Rapport Ilsley, *op. cit.*, note 22, p. 131.
280. *Supra*, note 73.
281. *Alberta Government Telephones* c. *Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, *supra*, note 102, p. 298-300; comparez *Sa Majesté du chef de l'Alberta* c. *Commission canadienne des transports*, *supra*, note 102, p. 69.

vernementale: le Royaume-Uni en 1947, les États-Unis en 1960[282], la Nouvelle-Zélande en 1962[283] et l'Australie en 1968. On notera que tous ces changements sont issus de recommandations antérieures à 1960. Dans les États fédéraux, l'abolition de l'immunité visait les gouvernements centraux et locaux. Deuxièmement, à l'occasion de l'abolition de l'immunité de l'État, certains pays ont choisi d'adopter un régime dérogatoire permettant les utilisations étatiques des oeuvres. Dans ce cas, le régime s'inspirait de règles préexistantes en matière de brevets. Ce fut notamment le cas en Australie.

Il existe en droit canadien peu de controverse parmi les réformistes sur l'opportunité d'abolir le principe de l'immunité de la Couronne du chef du Canada et des provinces. Même la commission Ilsley a implicitement reconnu ce principe. Une seule question demeure, à savoir l'opportunité d'adopter, par la même occasion, un régime de licences obligatoires au service de la Couronne. On se rappellera que les licences obligatoires en faveur de la Couronne, dans le domaine de la propriété intellectuelle, ne seraient pas de droit nouveau. Elles existent en vertu de la *Loi sur les brevets* depuis 1869. Par contre, il est à déconseiller de suivre l'exemple du Parlement australien.

Premièrement, il faut souligner que la décision du Parlement australien reflète essentiellement une philosophie d'intervention étatique de 1959, l'époque du comité Spicer. À compter de 1970, deux ans après l'adoption du régime de licences obligatoires en Australie, un effort soutenu de la part de certains réformistes a tenté de renverser ou de restreindre ce genre d'atteinte aux droits des titulaires de propriété intellectuelle[284]. Au Royaume-Uni, ces efforts ont résulté en une exclusion complète d'une telle exception en droit d'auteur et en l'accroissement des droits des titulaires en matière de propriété industrielle. Cette répudiation au Royaume-Uni constitue pour les réformistes canadiens un avertissement. En effet, les auteurs de la *Charte des droits des créateurs et créatrices* déclaraient qu'«il est peut-être naturel que ceux qui exercent l'autorité législative

282. *Judiciary Code*, 28 U.S.C., art. 1498 (b); *Copyright Remedy Clarification Act* 1990, 17 U.S.C., art. 511; V. MORRIS, «Sovereign Immunity: The Exception for Intellectual or Industrial Property», (1986) 19 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 83; L. JAFFE, «Suits against Governments and Officers: Sovereign Immunity», (1963) 77 *Harvard Law Review* 1; M.B. LANDAU, «Sovereign Immunity and US Patent and Copyright Law», [1992] 7 *Intellectual Property Journal* 204.

283. *Copyright Act* 1962 (N.Z.), art. 4 et 53 à 55.

284. Australie, Designs Law Review Committee, *Report on the Law Relating to Designs*, Canberra, Australian Government Publishing Service, 1973; comparez *Designs Act* 1906 (Cth), art. 5A et 40A à 40F.

désirent s'élever quelque peu au-dessus de la loi»[285]. On constatera une tendance indéniable de ce faire. De plus, il n'est pas surprenant que l'apogée de ce mouvement ait suivi de près les Première et Seconde guerres mondiales, lorsque l'intervention étatique était plus aisément admise à l'encontre des intérêts privés. La loi australienne est particulièrement extrême à cet égard car, contrairement au Royaume-Uni et à la Nouvelle-Zélande, la portée du régime dérogatoire est surtout du ressort de la discrétion gouvernementale[286].

Deuxièmement, une véritable réflexion, lors de la révision de la loi australienne de 1968, sur les licences obligatoires au service de la Couronne n'a pas eu lieu. La réforme s'est limitée à une imitation servile d'une législation plus conforme à l'histoire et à la philosophie des brevets d'invention, ainsi qu'à l'intégration de concepts éloignés du droit d'auteur. En matière de réforme du droit d'auteur, on doit s'interroger sur la conformité des licences obligatoires à la politique et la philosophie sous-jacente au droit d'auteur. Même en suivant une telle approche, l'intérêt public renferme des tendances contradictoires. D'une part, on peut soutenir les intérêts collectifs en encourageant la création et en assurant un plein retour économique aux auteurs lorsque l'État exploite leurs oeuvres. D'autre part, on peut défendre l'octroi à l'Administration d'une liberté d'action qui sera essentiellement entrepris au bénéfice de l'intérêt collectif. C'est un débat qui invite à la confrontation entre les auteurs et l'État. Par contre, on ne doit pas s'en tenir qu'aux seuls auteurs canadiens, le droit de la propriété intellectuelle étant de plus en plus internationalisé. Des dispositions de cette nature risquent de déplaire à certains pays avec qui le Canada entretient des relations de commerce si le libellé paraît trop accablant pour leurs ressortissants[287]. On doit également se demander si un régime de licences obligatoires en faveur de la Couronne du chef du Canada et des provinces n'est pas contraire à l'esprit, et possiblement à la lettre, des engagements internationaux canadiens en vertu de la Convention de Berne ou de la Convention Universelle, en ce qui a trait aux ressortissants des autres pays signataires[288].

285. Charte des créateurs, *op. cit.*, note 35, p. 9.

286. *Copyright, Designs and Patents Act* 1988 (U.K.), art. 240 et 244; *Patent Act* 1977 (U.K.), art 56; *Registered Designs Act* 1949 (U.K.), art. 12 et art. 4 de l'annexe I; *Copyright Act* 1962 (N.Z.), art. 53

287. *E.g. Loi de mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, L.C. 1993, c. 44, art. 191; *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), c. P-4, art. 19 (2) (c).

288. Rapport Dalglish, *op. cit.*, note 23, p. 50; Rapport Spicer, *op. cit.*, note 23, p. 77; S. RICKETSON, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, Londres, Kluwer and Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College, 1987.

Troisièmement, il est inopportun de modeler les licences obligatoires au service de la Couronne sur un régime similaire à celui des brevets d'invention. Le droit d'auteur n'est plus un système axé sur l'enregistrement, ce qui le distingue des autres droits de propriété intellectuelle. L'emprunt d'un mécanisme propre aux brevets a résulté en une dysfonction du droit d'auteur australien sur une question clef, à savoir le dépistage du titulaire. Du simple fait que le droit d'auteur bénéficie d'une période de protection beaucoup plus considérable que celle des brevets d'invention, les difficultés inhérentes à retracer les titulaires ne feront que s'accroître avec le temps.

Quatrièmement, un élément additionnel déconseille l'adoption d'un régime de licences obligatoires fondé sur le modèle australien. Depuis son adoption en 1968, le *Copyright Tribunal* n'a été saisi qu'à une seule occasion afin de fixer une indemnité. Cette affaire fut réglée selon des modalités qui n'ont pas été rendues publiques. Or, la rareté de ce type de dossiers se justifie par trois hypothèses: (1) les gouvernements australiens n'utilisent pas leur pouvoir dérogatoire; (2) lorsqu'ils s'en servent, une entente intervient avec les titulaires; ou (3) l'utilisation d'oeuvres protégées a lieu à l'insu des titulaires. Si les deux premières hypothèses s'avèrent exactes, les licences obligatoires n'ajouteraient rien à la négociation de gré à gré. Par contre, si la troisième hypothèse est applicable, cela constitue une situation inéquitable pour les auteurs.

Cinquièmement, il faut tenir compte d'un contexte constitutionnel différent. D'une part, la constitution australienne oblige l'État à indemniser les auteurs en cas d'expropriation. Cela n'est pas le cas au Canada. D'autre part, le droit public australien donne beaucoup moins de portée au régime car il ne vise pas nécessairement toutes les sociétés d'État. Au Canada, l'extension des droits dérogatoires à cette catégorie d'utilisateurs aura une incidence plus considérable pour les auteurs. Cette possibilité est particulièrement troublante lorsqu'il s'agit d'activités commerciales.

Finalement, à un niveau beaucoup plus fondamental, il a lieu de s'interroger sur l'adéquation de la transposition du modèle des brevets à la coexistence des droits moraux et des droits pécuniaires en matière de droit d'auteur. Bien que le paiement d'une indemnité compensatoire au titulaire non consentant d'un brevet ou d'un droit d'auteur saurait suffisamment réparer l'atteinte aux droits patrimoniaux, il n'en est pas de même pour l'atteinte aux droits moraux d'un auteur. L'apparition des droits moraux étant un phénomène relativement nouveau dans les pays de tradition britannique, nul ne s'étonnera que les rapports Gregory, Ilsley ou Spicer ne les ont pas abordés

dans le contexte des licences obligatoires au service de la Couronne. À cet égard, l'adoption du modèle australien est particulièrement contestable puisque historiquement le droit canadien a toujours fait preuve d'une plus grande ouverture aux droits moraux que le droit australien[289]. Nous sommes donc véritablement aux antipodes.

289. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1970, c. C-30, art. 12 (7); L.C. 1988, c. 15 [L.R.C. (1985) (4e suppl.), c. 10], art. 4; Australie, Copyright Law Review Committee, *Report on Moral Rights*, Canberra, 1988; D. VAVER, «Authors' Moral Rights and the Copyright Law Review Committee's Report: W(h)ither such Rights Now?», (1988) 14 *Monash University Law Review* 384.