

Capsule

Réflexions d'un civiliste autour de *Fabrikant c. Swamy* : l'initiative d'une procédure et le droit moral

Normand Tamaro*

Fabrikant, de sinistre mémoire, s'est d'abord plaint d'une violation de droits prévus à la *Loi sur le droit d'auteur*¹ (LDA) dans une action déposée le 29 avril 1992². Il reprochait à des collègues universitaires d'avoir irrégulièrement profité de ses travaux, notamment en cherchant à s'en approprier les droits d'auteur et les droits moraux. Jusque-là il exerçait un recours légitime, qui aurait pu déboucher sur une transaction ou un jugement qui aurait établi les droits des uns et des autres.

Peut-être que son recours était sérieux ? Si la chose avait été avérée, il n'est pas déraisonnable pour un auteur de ressentir une grande frustration. Nos tribunaux ont admis il y a longtemps que la contrefaçon peut dans un certain sens, être assimilée à un vol³. Fabrikant n'a pas laissé la justice civile suivre son cours. Le 24 août 1992 il assassinait quatre de ses collègues dans l'enceinte de

© Normand Tamaro, 2008.

* Avocat à Montréal.

1. L.R.C. (1985), c. C-42.

2. *Fabrikant c. Swamy*, 500-05-006680-928.

3. *Canadian Performing Right Society Ltd. c. United Amusement Corp.*, (1932) 71 C.S. 483, 484 : « The infringement of a copyright may in a way be assimilated to theft as it is the appropriation without right of the property of a third party, for the Copyright Act provides penalties for infringements, and it is only proper that the Court should come to the aid of the owner of the copyright to protect his rights ; ».

l'université. Et il y a fort à parier que si les défendeurs dans son action entreprise quelques mois plus tôt s'étaient trouvés sur les lieux, ils auraient été victimes du carnage.

Les meurtres ont été commis en 1992. Fabrikant a été jugé coupable et condamné à perpétuité sans possibilité de libération avant 25 ans.

Étonnamment, son dossier entrepris en Cour supérieure s'est continué. Ce dossier a fait les manchettes des médias en novembre 2007⁴, alors que l'honorable juge Gilles Hébert se récusait, invoquant notamment les motifs qui suivent :

[4] Face à cette situation, je me sens incapable d'assurer le respect de la règle de l'apparence d'impartialité, car je ne me sens pas la sérénité nécessaire pour continuer le procès, fusse par sens du devoir.

[5] Je crois que le juge qui a l'intime conviction qu'il n'a plus la sérénité requise pour juger objectivement ou qu'il pourrait être perçu ainsi doit se récuser. C'est la décision que je prends.⁵

Avant de se récuser, l'honorable juge Hébert aurait pris soin de demander aux procureurs des défendeurs de lui adresser une demande pour mettre fin aux procédures. Il se serait récusé alors que Fabrikant avait un comportement cynique et agressant, multipliant des propos insultants et dénigrants à l'encontre des défendeurs, de leurs procureurs et de la Cour.

L'honorable juge Hébert sentait qu'il était de son devoir de demander le transfert du dossier au juge en chef. Pourquoi l'honorable juge Hébert n'a-t-il pas mis fin aux procédures *proprio motu* ? Nous adoptons l'hypothèse qu'il estimait sans doute que Fabrikant en appellerait aussitôt, par exemple au motif qu'il aurait un droit constitutionnel d'ester auprès des tribunaux.

Il ne s'agissait pas ici pas de donner accès aux meilleurs moyens de défense à un prévenu ou d'entendre un condamné sur ses droits civils sans relation avec les faits l'ayant conduit à la prison pour des meurtres. Il s'agissait plutôt d'entendre des faits et des prétentions

4. Par exemple, « Le juge Hébert met fin au procès de Fabrikant en se retirant », André Cédilot, La Presse : www.cyberpresse.ca/article/20071114/CPACTUALITES/711140649/1019/CPACTUALITES.

5. Le 13 novembre 2007, 2007 QCCS 5144.

sur des œuvres, alors qu'il avait tué pour ces œuvres. La chose est horrible à sa face même.

Les tribunaux de l'Angleterre puritaine du XIX^e siècle refusaient d'entendre un auteur relativement à des œuvres alors considérées obscènes ou diffamatoires⁶. Cette jurisprudence n'a plus sa place compte tenu de l'évolution de ces notions. Toutefois, il nous paraît possible de l'adapter aux faits du dossier *Fabrikant*, et de suggérer que la Cour supérieure pouvait refuser *proprio motu* d'entendre *Fabrikant*, sans qu'il soit besoin d'une requête des défendeurs avant de rejeter l'action. Les plaideurs ont beaucoup de latitude. La décence ne peut toutefois pas admettre par complaisance des droits aux plaideurs, qu'ils soient en demande ou en défense.

L'inconfort vécu par l'honorable juge Hébert n'était certainement pas dû uniquement au comportement détestable de *Fabrikant*. Gageons que l'honorable juge en avait déjà vu d'autres au fil des dossiers qui lui ont été assignés. Même si *Fabrikant* avait montré beaucoup de déférence à l'égard de la Cour, nous opinons que l'inconfort de l'honorable juge n'aurait pas été moins grand. Nous sommes enclin à considérer que ce qui était en cause était un ordre public en relation avec la dignité et l'intégrité de la Cour, conjugué à l'intérêt du public, qui confie des prérogatives importantes aux tribunaux, de voir radier ce type de dossier.

Un regard sur le passé, qui plus est sur des dossiers de droits d'auteur, aurait pu fournir à l'honorable juge Hébert l'occasion de ne pas attendre vainement une requête des procureurs des défendeurs, et donc de ne pas craindre la solution drastique d'une fermeture du dossier à la seule initiative de la Cour. Peut-être que les tribunaux d'appel auraient pu décider qu'une telle décision aurait été intempestive ? Mais il est certain que le reproche n'aurait pas été celui d'un jugement qui n'aurait pas été fondé sur la jurisprudence préexistante. Après tout, les pouvoirs inhérents de la Cour, c'est aussi du droit britannique, qui plus est du droit ancestral.

Cela dit, suivant « l'auto récusation » de l'honorable juge Hébert, le dossier a été transféré à l'honorable juge Nicole Morneau, qui a rendu jugement le 26 novembre 2007⁷.

6. Voir une décision de la Cour fédérale qui relève cet état du droit procédural : *Surgical Corp. c. Downs Surgical Canada Ltd.*, [1982] 1 C.F. 733 (C.F.P.I.).

7. *Fabrikant c. Swamy*, 2007 QCCS 5431.

Après de nombreux incidents de procédure tous aussi détestables les uns que les autres, l'honorable juge Morneau va ultimement rejeter l'action en puisant aux pouvoirs inhérents de la Cour, mais pas avant de faire remarquer que le recours était en toute hypothèse voué à l'échec, comme s'il fallait encore d'autres justifications au rejet de cette procédure pendant laquelle le demandeur s'était totalement disqualifié, et pour laquelle le public ne veut même plus savoir si elle était ou non fondée à l'origine :

[16] La conduite de Fabrikant constitue un abus de procédure et du système judiciaire auquel le Tribunal doit sans plus tarder, en vertu de ses pouvoirs inhérents, mettre un terme définitif. Nous y reviendrons car il y a davantage, puisque ses réclamations sont irrémédiablement vouées à l'échec.

[35] Dans ce contexte et vu tout ce qui précède, la Cour supérieure a la responsabilité et le devoir d'utiliser ses pouvoirs et de mettre terme définitivement aux procédures de Fabrikant qui, pour reprendre les termes utilisés par madame la Juge Arbour de la Cour suprême, sont oppressives, vexatoires en plus de violer les principes fondamentaux de justice sous-jacents au sens de l'équité et de la décence de la société.

À partir d'ici, nous oublions Fabrikant, pour nous concentrer sur les motifs liés à la prescription que retient l'honorable juge Morneau pour déclarer que le recours de Fabrikant était voué à l'échec. Cette question est plus plaisante pour un juriste qui a la prétention que l'on peut au Canada être de formation civiliste et faire du droit d'auteur.

La Cour va s'appuyer sur un jugement interlocutoire rendu par l'honorable juge Marie St-Pierre. Avec beaucoup d'égards pour la Cour, nous allons maintenant soulever l'hypothèse que les motifs n'étaient peut-être pas appropriés, alors que de toute évidence le recours était prescrit sous tous ses aspects. De notre point de vue, qu'il s'agisse des droits d'auteur ou des droits moraux le recours était dans un cas comme dans l'autre prescrit.

L'honorable juge Morneau va citer sa collègue au long. Nous reprenons en plus bref la démonstration de la Cour.

Se fondant en cela à un passage tiré de la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.*⁸, la Cour

8. [1980] 1 R.C.S. 357, p. 372-373.

nous dira d'abord que pour se prononcer sur les délais de prescription quant aux droits reconnus par la *Loi sur le droit d'auteur*, il faut recourir exclusivement à celle-ci. Or, si à l'époque de l'introduction de l'action la loi prévoyait l'existence des droits moraux, elle prévoyait un délai de prescription uniquement quant aux droits d'auteur. Nous reprenons les dispositions pertinentes du texte de la décision :

12(7) Indépendamment de ses droits d'auteur, et même après la cession partielle ou totale desdits droits, l'auteur conserve la faculté de revendiquer la paternité de l'œuvre, ainsi que le privilège de réprimer toute déformation, mutilation ou autre modification de ladite œuvre, qui serait préjudiciable à son honneur ou à sa réputation.

24. Une action pour violation du droit d'auteur ne peut plus être intentée après l'expiration d'un délai de trois ans à compter de cette violation.

La Cour va par la suite nous indiquer que les droits d'auteur et les droits moraux étaient deux choses distinctes. Elle va notamment s'aider de *Fox*. Nous laissons parler la Cour (en reprenant ses sources) :

[30] Le droit canadien en matière de droit d'auteur s'intéresse aux droits économiques et aux droits moraux, à tout le moins depuis 1931, à la suite de l'introduction des dispositions relatives au droit moral visant à donner suite aux engagements du Canada découlant de son adhésion à la Convention de Rome sur le droit d'auteur⁹.

[31] Les droits moraux sont distincts des droits économiques de l'auteur :

Le droit d'auteur (du moins dans la tradition britannique qui s'est transmise au Canada) a une vocation essentiellement économique et vise à garantir à son titulaire (qui n'est pas toujours l'auteur ou le sait) l'exclusivité de la production ou de la reproduction de l'œuvre, de sa représentation, de sa

9. Laurent CARRIÈRE, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle, Droit d'auteur et droit moral : quelques réflexions préliminaires*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec (Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991), p. 245.

publication, de sa traduction, de son adaptation etc., y compris le droit d'autoriser l'un ou l'autre de ces actes. *Les droits moraux*, par contraste, sont rattachés à l'auteur, et plus précisément à la personne physique de l'auteur et en sa seule qualité d'auteur : il existe en vue de la protection de l'honneur et la réputation de l'auteur et s'attachent à la personne "comme la lueur au phosphore" [...].¹⁰ (Nos italiques)

[35] L'article 12(7) prévoit que l'auteur d'une œuvre, même après cession partielle ou totale de ses droits d'auteur, conserve la faculté d'en revendiquer la paternité. La Loi ne précise pas la procédure de revendication. La doctrine réfère à l'injonction¹¹ :

As Fox (Harold George) once wrote, *Some Points of Interest in the Law of Copyright* (1945-46), 6 University of Toronto Law Journal 100 :

Has this section added anything material to the law ? In so far as to the right to claim authorship is concerned, it would appear that it added something of little extent and value. Apart from statute an author has no claim in libel against another person who announces himself as the author of his work. The right to claim authorship is statutory only. Presumably this right can be established in an action but there apparently the remedy ceases. The author can apparently obtain no damages ; perhaps he can obtain an injunction ; but unless the injunction is directed to restraining the publication of the work without including the true author's name on the work, an injunction will do him little good. That part of the section is to some extent an illustration of the type of legislation that so often emerges from Parliament – conceived in vagueness, poorly drafted, sententious in utterance, and useless in practical application.¹² (Nos soulignements)

[37] Alors, la Loi ne contient aucune disposition relative au délai au cours duquel ce recours peut ou doit être exercé ;

10. Marie-France BICH, *Emploi et propriété intellectuelle – Médiation sur les droits moraux du salarié*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle* (Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999), p. 220.

11. Sunny HANDA, *Copyright Law in Canada* (Toronto, Butterworths, 2002), p. 376.

12. Hugues G. RICHARD et Laurent CARRIÈRE, éd., *Canadian Copyright Act Annotated* (Toronto, Carswell, 2002), p. 14.1-5 et 14.1-6.

l'article relatif à la prescription^[15] ne s'applique qu'aux violations du droit d'auteur.

Subsection 12 (7) was criticized as being ineffective. The section did not provide for any specific remedy for the violation of moral rights, *no limitation period was mentioned*, the term of protection was unclear, and nothing was said concerning assignment and waiver. It seems that there is only one reported case where an author succeeded on the basis of the section.¹³ (Nos italiques)

[46] Les réparations possibles restent celles qu'autorisait l'article 12(7) de la Loi, tel qu'il se lisait au moment des publications (de 1981 à 1986) : des réparations de nature déclaratoire et injonctive exclusivement.

[49] Les violations alléguées au présent dossier sont survenues avant les amendements de 1988 et alors que la Loi ne contenait aucune disposition limitant l'exercice du recours en revendication de paternité dans le temps.¹⁴

[50] Les amendements de 1988 et de 1997, bien qu'ils aient changé et clarifié les règles du jeu en matière de prescription quant à toute violation de droits moraux survenue après le 8 juin 1988, quelle que soit la date de création de l'œuvre, ne s'appliquent pas à une violation survenue avant cette date. À défaut de disposition spécifique limitant dans le temps l'exercice du droit de revendiquer la paternité de l'œuvre (création de 1981 à 1986), Fabrikant pouvait toujours le faire au moment où il a obtenu la permission d'amender ses procédures pour y joindre Hoa et Xistris. Au surplus, personne n'a alors plaidé prescription.

On le constate, les droits moraux auraient été imprescriptibles à l'époque des faits pertinents. Avec respect, nous n'en sommes pas convaincu.

Nous revenons à l'ancien paragraphe 12(7) :

12(7) Indépendamment de ses droits d'auteur, et même après la cession partielle ou totale desdits droits, l'auteur conserve la

13. John S. McKEOWN, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Design* (Toronto, Carswell, 2000), p. 249.

14. Hugues G. RICHARD et Laurent CARRIÈRE, éd., *Canadian Copyright Act Annotated*, (Toronto, Carswell, 2002), p. 41-2, 41-3.

faculté de revendiquer la paternité de l'œuvre, ainsi que le privilège de réprimer toute déformation, mutilation ou autre modification de ladite œuvre, qui serait préjudiciable à son honneur ou à sa réputation.

Fox nous dit notamment de cette disposition :

That part of the section is to some extent an illustration of the type of legislation that so often emerges from Parliament – conceived in vagueness, poorly drafted, sententious in utterance, and useless in practical application.

Nous en connaissons des dispositions de la LDA qui ont été fort mal écrites. Par exemple, l'ancien texte de l'alinéa 3(1)f), dont le texte anglais dans la loi résultait d'une pauvre traduction tirée du texte original de la Convention de Berne, alors que le texte français de la LDA provenait de son côté de cette pauvre traduction, plutôt que du texte original et officiel français de la Convention¹⁵. En relation avec l'ancien paragraphe 12(7), la question se pose pour un civiliste : peut-on affirmer péremptoirement que l'ancien paragraphe 12(7) rencontrait tous les qualificatifs que Fox lui accolait ?

Personnellement, le texte nous semble un texte clair selon la méthode du droit civil, alors que nous tenons compte qu'il est tiré de la Convention de Berne, qui regroupait plus particulièrement des pays de droit civil, et alors que la langue officielle de la Convention était le français.

Et pourquoi n'aurait-il pas été possible de prétendre à des dommages-intérêts en raison d'une violation de ce droit ? Ce n'était certainement pas la jurisprudence qui s'y opposait.

Bien des années avant que le droit moral soit reconnu expressément à la LDA, sous la plume de Mignault, la doctrine considérait que la diffusion d'une œuvre pouvait avoir un effet sur la réputation d'un auteur :

La vente de la propriété littéraire, n'est pas une vente absolue ; l'auteur ne cède que le droit de publier son ouvrage. De là il suit : 1^o que l'éditeur ne peut rien retrancher du livre, en chan-

15. *C.A.P.A.C. c. CTV Television Network*, [1968] R.C.S. 676, 680 (j. Pigeon) ; *Telus Communications Company c. SOCAN*, 2008 CAF 6.

ger le titre ou supprimer le nom de l'auteur sans le consentement de ce dernier. Il y a même plus : l'écrivain a le droit de faire tout changement à son livre, pourvu, toutefois, que ce ne soit pas de nature à entraîner des dépenses additionnelles à l'éditeur. 2^o L'éditeur ne peut pas détruire l'ouvrage, il est obligé de le publier, car l'auteur n'a pas entendu aliéner l'espoir de la réputation.¹⁶

Notre ancienne Cour d'appel avait fait remarquer qu'une atteinte à la réputation d'un auteur pouvait être compensée monétairement :

D'un autre côté, nous aurions été disposés à accorder un montant appréciable de dommages, réels et punitifs, mais surtout punitifs, pour la suppression des noms d'auteurs et les changements de titres de certaines pièces. Ces méthodes sont plus que déloyales, elles constituent des fraudes intolérables.

Un auteur a droit au crédit de son travail, au respect de ses textes, et aussi au bénéfice matériel qui peut lui résulter du prestige de son nom ou de la vogue de ses œuvres.¹⁷

Encore une fois avant sa reconnaissance législative, le juge en chef Fitzpatrick nous renvoie à la doctrine française du droit moral pour l'importer au Canada :

In the absence of English authorities on the subject, I referred to the French books which treat at great length of such contracts as we are now considering. The majority of French writers, and among them some of the most eminent, such as Pardessus, held that the obligation to publish is always to be considered as an implied term in every contract for the purchase of the manuscript of a book ; but admitting with the minority that a contract might be drawn which would transfer the whole property in the manuscript to the purchaser so that it would be in his power to retain it in his possession for his own personal use, all the French authorities admit that where, as in the present case, the parties have chosen to leave so much to intendment and implication, the court should give to the con-

16. Pierre-Basile MIGNAULT, « La propriété littéraire », (1881) 3 *La Thémis* 43, 55.

17. *Joubert c. Gêracimo*, (1916) 26 B.R. 97, 110-111, le juge Carroll avec lequel concourent les juges Trenholme et Lavergne sur un banc formé de cinq juges.

tract a construction wide enough to include the obligation to publish, that being, generally speaking, the more probable intention of the parties, as it was in this case their admitted intention at the inception of their negotiations. »¹⁸

In conclusion, therefore, I hold that, as argued on behalf of the respondents and as found in both courts below, the conditions which together made up the consideration moving to the respondent were the payment of the stipulated price, \$500, in instalments of \$250 each, and the publication of the work in and as part of the series, « Makers of Canada. » The respondent fully performed his contract when he wrote and delivered the manuscript and if, in the exercise of his undoubted right, the appellant properly rejected it as unsuitable for the purpose for which it was intended, viz., publication in the « Makers of Canada » series, then both parties were free to rescind the contract altogether and the respondent upon the return of so much of the consideration as he had received was entitled to have the manuscript returned to him. It cannot be denied that by the appellant's refusal the respondent was deprived of the chief consideration which moved him to write the manuscript, that is the benefit to his literary reputation resulting from publication.¹⁹

Le juge La Forest, alors à la Cour d'appel et pour la Cour d'appel, ne sera pas en reste, alors qu'il recourt au droit français pour interpréter l'ancien paragraphe 12(7) :

There does not appear to be any jurisprudence on this provision [l'ancien paragraphe 12(7)] in Canada, but the conclusion I have reached receives support from the attitude taken to this right in Europe where it originated. This right comprehends what is known there as the « droit moral » [...] A leading text on this concept, Georges Michaelides-Nouaros, *Le droit moral de l'Auteur*, [...] indicates the necessary distinction that must be made in the treatment of works of art, such as architectural works, the function of which is utilitarian as well as artistic.²⁰

18. *Le Sueur c. Morang & Co.*, (1911) 45 R.C.S. 95, 98-99.

19. *Ibid*, pp. 99-100.

20. *New Brunswick Telephone Co. c. John Maryon International Ltd.*, (1982) 141 D.L.R. (3d) 193, 248 (C.A. N.-B.), requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée avec dépens à [1982] 2 R.C.S. viii.

En 1934, quelques années après l'incorporation du droit moral à la loi, la Cour supérieure tient en considération des dommages à la réputation :

Considering that while the evidence of damage sustained by plaintiff by reason of the invasion of his rights by the defendants, as aforesaid, is general and the measure thereof, in the present instance, difficult of ascertainment, the Court is none the less convinced that the plaintiff has sustained damage by the unauthorized and wrongful acts of the defendants ;

[...] a sum of \$200 will be adequate to compensate the plaintiff for all damage sustained by him by reason of the acts aforesaid, as well for the unauthorized use of his material as for possible injury to his reputation as an author ;²¹

La Cour supérieure le fera notamment en 1985, alors que les faits se déroulent dans une enceinte universitaire :

La preuve révèle que ce ne sont pas les profits qui sont importants en l'espèce car les demandeurs n'ont rien touché de significatif à la date du procès, du moins à la suite de la publication.

De toute façon, la preuve est inexistante à ce sujet. Il appert plutôt que beaucoup de prestige et de chances d'avancement sont attachés à une telle publication pour des professeurs particulièrement.

Il n'en reste pas moins que le défendeur a subi des dommages importants, dommages non pécuniaires. Il ne nous apparaît pas utile de diviser les dommages comme l'a fait le défendeur dans les conclusions de sa demande reconventionnelle. Le défendeur, après avoir tant travaillé et s'être totalement fié aux demandeurs, se retrouve dans le ridicule. Il a senti le besoin de s'excuser auprès de son père pour la honte ou les faux espoirs créés. Sa réputation a été affectée grandement car les demandeurs ont délibérément laissé savoir qu'il était quantité négligeable en ne le reconnaissant pas coauteur.²²

21. *Groller c. Wolofsky*, (1934) 72 C.S. 419, 421.

22. *Goulet c. Marchand*, J.E. 85-964, 22 (C.S. Qué.).

Et au Canada il n'y avait pas qu'au Québec qu'un lien entre la réputation et un dommage compensable monétairement était fait²³.

Il n'est pas de notre intention de faire ici la genèse du droit moral. Nous relevons toutefois qu'avant l'introduction du droit moral dans la loi française sur le droit d'auteur, la jurisprudence et la doctrine françaises fondaient plus particulièrement la reconnaissance du droit moral sur le droit à la réputation, un droit que l'on connaît fort bien au Québec et dont une atteinte peut être réparée financièrement. Or, quant à nous, la reconnaissance législative du droit moral, alors que le législateur avait omis d'en prévoir les redressements en cas d'atteintes, n'engendrait pas une exclusion du droit civil québécois quant aux redressements. Pour utiliser cet exemple, n'oublions pas que nos tribunaux se sont fondés sur le droit civil pour pallier le silence de la LDA quant aux règles contractuelles régissant l'exploitation d'œuvres futures²⁴.

Ainsi donc, si auparavant la LDA ne prévoyait spécifiquement un délai de prescription que quant à un recours fondé sur le droit moral reconnu à la LDA, alors il aurait fallu s'en remettre aux délais prévus au Code civil. N'oublions pas que pour rendre ce droit imprescriptible en France, il avait fallu l'intervention du législateur, puisque, auparavant, ce droit suivait notamment les règles de la responsabilité délictuelle entourant la diffamation.

23. Par exemple, *Kaffka c. Mountain Side Developments Ltd.*, (1982) 62 C.P.R. (2d) 157, 162-163 (C.S. C.-B.) ; *Horn Abbot Ltd. c. W.B. Coulter Sales Ltd.*, (1984) 77 C.P.R. (2d) 145, 156 (C.F.P.I.).

24. *Diffusion YFB Inc. c. Disques Gamma (Québec) Ltée*, REJB 1999-12456 (C.S. Qué.) ; dans un autre dossier, la Cour d'appel a confirmé cette solution : *Turgeon c. Michaud*, REJB 2003-43940 (C.A. Qué.).