COMITÉ DE RÉDACTION

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

Vivianne de Kinder, avocate
Montréal (Québec)

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

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

Hélène Messier, avocate
Société Radio Canada
Montréal (Québec)

Michel Racicot, avocat
McCarthy Tétreault
Montréal (Québec)

Claude Brunet, avocat
Martineau Walker
Montréal (Québec)

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

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

Ejan Mackaay, professeur
Université de Montréal
Montréal (Québec)

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

Ghislain Roussel, avocat
Gouvernement du Québec
Montréal (Québec)

LES ÉDITIONS YVON BLAIS INC.
Johanne Forget, avocate*

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

Protection des artistes – Droit d'auteur – Droit voisin – Une autre approche constitutionnelle

Jacques A. Léger, c.r.*

INTRODUCTION 9
1. LA DÉTERMINATION DE LA VALIDITÉ DES LOIS . . . 10
1.1 L'interprétation constitutionnelle 10
1.2 Qualification des lois 12
1.3 L'opération de rattachement 13
1.3.1 Les règles principales 14
1.3.2 Les règles accessoires 14
2. PROBLÈMES CONSTITUTIONNELS LIÉS AU DROIT D'AUTEUR ET AU DROIT VOISIN 15
2.1 La compétence constitutionnelle en matière de droit d'auteur 16
2.1.1 Analyse de la compétence constitutionnelle en matière de droit d'auteur 16
A. Conceptions du droit d'auteur 17
B. Étendue de la notion de droit d'auteur au Canada 18

© LÉGER ROBIC RICHARD/ROBIC, 1992.

* Jacques A. Léger est avocat et associé principal du Cabinet d'avocats Léger Robic Richard et du Cabinet d'agents de brevets et de marques Robic, il remercie Me Philippe Van Eeckhout pour sa collaboration spéciale à la rédaction de cet article et M. Éric Franchi pour sa collaboration à la recherche initiale.

2.1.2 Critiques de la compétence constitutionnelle en matière de droit d'auteur 21
A. Le droit moral 21
B. Droits relatifs aux empreintes et autres organes mécaniques 27
2.2 La compétence constitutionnelle en matière de droits voisins 29
2.2.1 Les droits voisins 29
A. Historique et aspect international 30
B. Notion 31
2.2.2 Constitution canadienne et droit voisin 34
A. Remarques préliminaires 34
B. Champs possibles de compétence constitutionnelle fédérale 36
C. Champs possibles de compétence constitutionnelle provinciale 43
CONCLUSION 44

INTRODUCTION

Le domaine de la culture en général et des droits qui s'y rattachent (*i.e.*, *Loi sur le droit d'auteur*) sont entrés dans une phase importante de leur évolution.

Qu'il suffise de constater les modifications apportées enfin à la *Loi sur le droit d'auteur* et celles à venir dans la phase II de la révision de cette Loi[1].

En outre, il faut souligner l'avènement des lois québécoises existantes et de la loi fédérale sur le statut des artistes.

Enfin, faut-il rappeler le débat sur la nécessité, voire l'opportunité, d'accorder une protection aux droits «dits voisins».

Cette évolution nécessaire, et plutôt favorable aux créateurs, vient cependant poser, en raison du partage des compétences constitutionnelles entre le Parlement fédéral et les législatures provinciales, quelques problèmes d'interprétation constitutionnelle, auxquels il nous semble intéressant de s'attarder.

Cet article n'a pas la prétention de constituer une analyse exhaustive des problèmes reliés à l'interprétation constitutionnelle, mais propose d'esquisser les grandes lignes de cette problématique, en y posant un regard critique, afin de susciter la réflexion.

1 Selon un feuillet d'information du ministère des Communications S.I.-92-3809, les modifications suivantes à la *Loi sur le droit d'auteur* vont être apportées dans le cours de cette année:
«La *Loi sur le droit d'auteur* sera amendée afin de:
renforcer la protection accordée aux détenteurs de droits en ce qui concerne les oeuvres pirates;
fournir une meilleure protection de licences exclusives relativement à leurs droits d'édition sur le marché canadien; et
donner une meilleure protection aux distributeurs exclusifs concernant leurs droits de distribution sur le marché canadien.
Ces modifications ne créeront pas de nouveaux droits en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*. Elles permettront cependant aux détenteurs de licences exclusives et aux distributeurs exclusifs de pouvoir porter leurs causes devant les tribunaux afin d'assurer le respect de leurs droits territoriaux.»

1- Dans un premier temps, nous nous attarderons à rappeler brièvement quels sont les principaux critères énoncés par la jurisprudence permettant de déterminer la validité d'une loi, eu égard au partage des compétences prévu aux articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

2- Ensuite, nous analyserons les problèmes constitutionnels liés au droit d'auteur et au droit voisin.

3- Enfin dans un article subséquent, nous analyserons les problèmes constitutionnels liés aux *Lois sur le statut des artistes*.

1. LA DÉTERMINATION DE LA VALIDITÉ DES LOIS

Il n'est pas question ici de faire une analyse exhaustive des principes énoncés par la doctrine et la jurisprudence en matière de partage des compétences et de détermination de la validité d'une loi par rapport à la constitution canadienne, d'éminents constitutionnalistes l'ayant fait avant nous et d'une façon bien plus approfondie[2].

Toutefois, pour comprendre l'amorce de réflexion qui suivra, il est nécessaire de donner un bref aperçu des grands principes régissant la détermination de la validité d'une loi en regard des articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Pour ce faire, trois étapes doivent être franchies:

1- l'interprétation constitutionnelle;

2- la qualification des lois; et

3- l'opération de rattachement.

1.1 L'interprétation constitutionnelle

Dans un premier temps, il faut faire **l'interprétation** constitutionnelle des articles 91 et 92 selon les règles émises par la jurisprudence tant par le Comité judiciaire du Conseil privé en Angleterre que par la Cour suprême au Canada.

La constitution de 1867 n'est en réalité, à l'origine, qu'un simple statut impérial auquel devraient normalement s'appliquer les règles ordinaires d'interprétation statutaire.

2. Voir notamment André TREMBLAY, *Précis de droit constitutionnel* (Montréal, Les éditions Thémis, 1982), aux pages 155-181.
Voir aussi Gérald-A. BEAUDOIN, *La constitution du Canada* (Montréal, Wilson Lafleur, 1990), aux pages 271-293.

Les grandes lignes de la théorie **d'interprétation** des lois, telles que présentées plus amplement dans l'ouvrage de Pierre-André Côté[3], se résument comme suit:

a) l'activité législative est une activité de communication;

b) l'interprétation a pour objectif la découverte de l'intention du législateur;

c) le sens que l'on recherche, c'est celui qu'a voulu le législateur à l'époque de l'adoption;

d) le sens du texte qui repose en celui-ci y est prédéterminé; et

e) chaque texte possède un sens véritable et un seul.

À la lecture de ces différents principes, il faut donc tenter de découvrir l'intention du législateur (ici, le législateur impérial), mais essentiellement à partir d'une interprétation «statique» des mots employés.

Cette théorie interprétative, énoncée brièvement ci-haut, a été d'abord appliquée en matière d'interprétation constitutionnelle par le Comité judiciaire du Conseil privé dans l'arrêt *Bank of Toronto* c. *Lambe*, (1887) 12 A.C. 575 (J.C.P.C.).

Toutefois, l'interprétation donnée par la suite aux différentes compétences des articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* a évolué pour devenir «dynamique» (*i.e.*, une interprétation souple qui s'applique aux circonstances nouvelles et qui prend en considération les finalités législatives[4]).

À cet égard, rappelons la célèbre phrase de Lord Sankey dans l'arrêt *Edwards* c. *A.G. Canada* (1929), [1930] A.C. 124 (J.C.P.C.) à la page 136:

> The *British North America Act* planted in Canada a living tree capable of growth and expansion within its natural limits.

Cette théorie du «Planted Tree» a été suivie par la Cour suprême du Canada, notamment dans les causes *Procureur général du Québec* c. *Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016 (C.S.C.) per curiam à la page 1029,

3. Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 2e éd. (Montréal, Blais, 1990), aux pages 5-17.
4. André TREMBLAY, *Précis de droit constitutionnel* (Montréal, Les éditions Thémis, 1982), aux pages 158-159.

Procureur général de la Colombie-Britannique c. *Canada Trust Co.*, [1980] 2 R.C.S. 466 (C.S.C.).

Toutefois dans cette dernière cause le juge Dickson écrivait aux pages 478-479 que:

> si la constitution canadienne doit être considérée comme un «arbre», et que la compétence législative est «essentiellement dynamique» (le juge Beetz dans *Martin Service Station Ltd.* c. *M.R.N.*, (1976) [1977] 2 R.C.S. 996, à la page 1006), alors la détermination des catégories qui existaient en 1867 ne présente en somme qu'un intérêt historique.

Nous ne pouvons souscrire à cette conclusion. Le juge Beetz, dans l'affaire *Martin Service Station Ltd.* c. *M.R.N.* précitée, écrit que:

> L'historique d'une législation fournit un point de départ qui peut s'avérer utile à la détermination de la nature d'une compétence législative particulière; [...] elle est rarement décisive quant à l'étendue de cette compétence car la compétence législative est essentiellement dynamique.

À la lecture de ce passage, il nous semble que si l'interprétation des articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* doit l'être avec dynamisme, il n'en demeure pas moins que l'historique d'une législation doit s'avérer utile à la détermination de la nature même d'une compétence législative et que, si l'on reprend les termes de Lord Sankey dans la cause *Edwards*, cette évolution dynamique doit rester dans ses limites naturelles.

De plus, cette façon d'interpréter les articles 91 et 92 doit, quant à nous, s'appliquer à ces deux articles d'une façon identique et non se limiter qu'aux compétences du Parlement fédéral énoncées à l'article 91. Autrement dit, cela doit être aussi vrai du champ de compétence provincial.

1.2 Qualification des lois

Dans un deuxième temps, il est nécessaire de **qualifier** la loi en cause, le principe général étant que l'on doit arriver à en identifier le *caractère intrinsèque*. Pour ce faire, on doit essentiellement en considérer l'objet et le but.

En outre, dans une opération dite de **qualification** d'une loi, il est essentiel de distinguer les lois qui sont **relatives** à une matière de celles qui **affectent** une matière. En d'autres termes, il y a lieu

de distinguer entre les conséquences d'une loi et l'objet même de la législation. Ainsi, dans l'arrêt *Procureur général du Québec* c. *Kellogg's Co. et al.*, [1978] 2 R.C.S. 211 (C.S.C.), où il était question de la réglementation **relative** à la protection du consommateur et particulièrement les restrictions imposées à la publicité destinée aux enfants, le juge Martland, aux pages 224-225, énonce que:

> Comme son nom l'indique, la *Loi de la protection du consommateur* a pour but la protection des consommateurs québécois par la réglementation des pratiques commerciales en matière de ventes de marchandises au Québec, et notamment le contrôle des annonces publicitaires utilisées pour promouvoir ses ventes. Le paragraphe n) en cause compte parmi les nombreuses restrictions imposées à la publicité destinée aux enfants. Il interdit l'utilisation de certains types d'annonces publicitaires que l'on juge susceptibles d'exercer un attrait particulier sur les enfants.
>
> À mon avis, cette réglementation ne vise ni n'entrave l'exploitation d'une entreprise de radiodiffusion. [...] Le fait que les Kellogg ne puisse se servir d'annonces publicitaires télévisées peut, incidemment, porter atteinte au revenu d'une ou plusieurs stations de télévision, mais cela ne modifie pas la vraie nature de la réglementation.

1.3 L'opération de rattachement

C'est la troisième étape. Elle a pour but le **rattachement** de la **matière** d'une loi à la rubrique constitutionnelle pertinente, soit l'un ou l'autre des articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cette opération doit normalement s'effectuer sans trop de difficulté, si l'on connait suffisamment le contenu des catégories de sujet des articles 91 et 92 et la matière de la loi, car alors il n'y a qu'à faire tomber la bonne matière dans la bonne catégorie[5].

Pour les cas difficiles, la jurisprudence (surtout celle du Comité judiciaire du Conseil privé) a élaboré un certain nombre de règles permettant d'effectuer le **rattachement** de la matière de la Loi à la rubrique pertinente de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Pour faciliter la compréhension de ces règles, on peut les regrouper en deux grandes catégories, soit les **règles principales** et les **règles accessoires**.

5. André TREMBLAY, *Précis de droit constitutionnel*, précité note 4 à la page 163.

1.3.1 Les règles principales

En raison même de la structure des articles 91 et 92, la première question à poser est de savoir si la **matière** de la loi tombe dans l'une des catégories de l'article 92[6].

Si la réponse est affirmative, il y a lieu de voir si cette **matière** relève aussi de l'une des catégories de l'article 91 et, si c'est le cas, c'est le Parlement fédéral qui aura alors l'autorité suprême pour légiférer en cette **matière**[7] en raison de la prépondérance de son pouvoir.

Enfin, si la **matière** de la loi ne tombe dans aucune des catégories des articles 91 et 92, c'est le Parlement fédéral qui aura aussi la compétence de légiférer, en vertu de ses pouvoirs résiduaires. Cependant, si la **matière** entre sous l'article 92 et n'entre dans aucun des domaines énumérés à l'article 91, c'est le provincial qui aura la compétence exclusive[8].

Parfois, ces règles **principales** n'arrivent pas à déterminer précisément l'attribution de la compétence législative à l'un ou l'autre des paliers de gouvernement, ni surtout à régler les problèmes découlant notamment des conflits de législation et de l'ancillarité des compétences. Il faudra alors faire appel aux règles dites accessoires[9].

1.3.2 Les règles accessoires

Sans entrer dans les détails de toutes ces règles, on peut résumer les plus importantes comme suit.

i) La règle dite de la **dualité** d'aspect admet la coexistence de législations fédérales et provinciales sur les mêmes questions, les mêmes personnes et les mêmes choses, ces législations devant toutefois servir à *des fins différentes*. Car s'il y avait un éventuel conflit entre les deux types de législation, on devrait alors faire appel à la doctrine dite de la **prépondérance**, qui permet à la législation fédérale d'avoir prépondérance sur la législation provinciale sur un *même* sujet.

6. André TREMBLAY, *Précis de droit constitutionnel*, précité note 4 aux pages 163-164.
7. André TREMBLAY, *Précis de droit constitutionnel*, précité note 4 à la page 164.
8. Voir à ce sujet notamment l'arrêt *Toronto Electric Commissioners* c. *Snider et al.*, [1925] A.C. 396 (J.C.P.C.) à la page 406.
9. André TREMBLAY, *Précis de droit constitutionnel*, précité note 4 à la page 164.

ii) La règle dite de l'**ancillarité** permet que certaines parties accessoires d'une loi, qui en elle-même serait hors champ d'une compétence législative (*i.e.* celle du Parlement fédéral), empiètent sur l'autre champ de compétence (*i.e.* celle des législatures provinciales) si les parties *accessoires* sont intimement liées aux dispositions maîtresses de la loi ou si cette partie de législation est nécessaire à la mise en oeuvre de la législation *principale*[10].

iii) La théorie dite des **champs libres** et des **champs occupés** permet aux législatures provinciales, en l'absence d'interventions législatives du Parlement fédéral, d'occuper une compétence législative en vertu de son pouvoir général *sur la propriété* et les *droits civils*, de même que sur les matières de nature *locale* et *privée* [92(13) et (16)].

A cet effet, on peut lire les commentaires du juge Pigeon dans l'arrêt de la Cour suprême *Tommell Investments Ltd.* c. *East Marstock Lands Ltd.*, (1977) [1978] 1 R.C.S. 974 (C.S.C.), p. 986:

> [...] Bien qu'en principe, l'abstention par le Parlement fédéral d'exercer son pouvoir législatif exclusif n'autorise pas les législatures provinciales à adopter une législation sur le sujet, cela est vrai uniquement à l'égard de ce qu'on peut appeler le pouvoir fédéral essentiel. Pour tout ce qui ne se situe pas strictement dans les limites de ce pouvoir mais peut faire l'objet de dispositions accessoires, la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils et sur les matières de natures locales demeure intacte jusqu'à ce que le champ soit occupé.

Ayant succinctement esquissé comment s'effectue le partage des compétences entre les deux paliers de gouvernements au Canada, appliquons maintenant ces principes aux questions sous étude.

2. PROBLÈMES CONSTITUTIONNELS LIÉS AU DROIT D'AUTEUR ET AU DROIT VOISIN

Nous présenterons d'abord une analyse critique de la compétence constitutionnelle du Parlement fédéral en matière de **droit d'auteur**, pour nous intéresser ensuite aux problèmes de compétence constitutionnelle que soulèverait l'introduction des **droits dits voisins** dans une législation.

10. André TREMBLAY, *Précis de droit constitutionnel*, précité note 4 aux pages 177-179.

2.1 La compétence constitutionnelle en matière de droit d'auteur

Il apparaîtra presque impératif pour certains de questionner la compétence constitutionnelle exclusive du Parlement fédéral en matière de droit d'auteur [article 91(23)], cela ayant toujours été tenu comme allant de soi.

Toutefois, il nous semble important de la replacer dans son contexte et, par une interprétation constitutionnelle fertile, de pointer certains éléments de la *Loi sur le droit d'auteur* actuelle dont on pourrait éventuellement remettre en cause la validité constitutionnelle.

Pour ce faire, nous allons d'abord analyser la compétence constitutionnelle du Parlement fédéral en matière de **droit d'auteur** («copyright»), puis nous attarderons sur deux éléments particuliers de la loi dont la constitutionnalité est questionnable, soit ce que vise le **droit moral** et ce que vise les **empreintes** et autres **organes mécaniques**» [les articles 5(3) et (4) de la *Loi sur le droit d'auteur*].

2.1.1 *Analyse de la compétence constitutionnelle en matière de droit d'auteur*

C'est l'article 91(23) de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui attribue au Parlement fédéral la compétence exclusive de légiférer en matière de **droits d'auteur** («copyrights»).

Évidemment, il n'est pas dans notre propos de remettre en question la prépondérance du Parlement fédéral de légiférer en cette **matière**, mais plutôt d'essayer de cerner ce qu'elle englobe.

Jusqu'à aujourd'hui, les tribunaux canadiens n'ont jamais eu à se pencher sur l'étendue de l'expression «droits d'auteur» contenue à l'article 91(23), si ce n'est une référence à cette notion faite par le juge en chef Laskin dans l'affaire *MacDonald et al.* c. *Vapor Ltd.*, (1976) [1977] 2 R.C.S. 134 (C.S.C.), à la page 166:

> [...] les brevets et le droit d'auteur sont expressément mentionnés dans la liste des matières de compétence fédérale et le pouvoir fédéral exclusif exclut toute compétence provinciale.

C'est donc par cette phrase laconique que se résume la jurisprudence sur l'étendue de la notion du droit d'auteur au Canada.

Avant d'aller plus loin, il est opportun de rappeler les deux approches du droit d'auteur qui existent à travers le monde, savoir

la conception anglo-saxonne et *la conception romano-germanique*, et partant se demander ce qu'il devrait en résulter au Canada.

A. Conceptions du droit d'auteur

i) La conception anglo-saxonne

La conception anglo-saxonne du droit d'auteur met l'accent sur la *protection de l'oeuvre* et c'est sur celle-ci que le législateur fait porter les droits[11].

Cette conception est celle qui a prévalu et qui prévaut encore largement en Angleterre. Elle est définie par le terme «copyright». Cette notion définit un droit qui est essentiellement pécuniaire, à savoir un droit de reproduction de l'oeuvre. Dans la cause *In Re Dickens*, (1934) [1935] Ch. 267, à la page 305, le juge Maughan définit d'ailleurs le terme «copyright» comme:

> The exclusive right to publish, the exclusive right of multiplying copies of a work.

ii) La conception romano-germanique

La conception romano-germanique du droit d'auteur est celle qui existe dans les pays dits de droit civil, et elle met l'accent sur la *protection de l'auteur*. C'est la personnalité de l'auteur que l'on protège à travers son oeuvre[12].

Cette conception tire son origine des décrets post-révolutionnaires du droit français et trouve son aboutissement avec la loi française du 11 mars 1957. Cette conception se fonde sur une **dualité d'aspect**, à savoir que le droit d'auteur est certes un droit pécuniaire, mais aussi et surtout, un droit de la personnalité, en ce que l'oeuvre est *l'expression* de la personnalité de son auteur.

iii) La conception canadienne

Au Canada, étant donné la relation «privilégiée» qui existait avec l'Angleterre lors de la création de la *Loi constitutionnelle de 1867*, on peut raisonnablement penser que la conception de droit d'auteur qui a été identifiée à l'article 91(23) ne pouvait qu'être celle

11. André FRANÇON, «Le droit d'auteur au-delà des frontières: une comparaison des conceptions civilistes et de common law», (1991) 149 *Revue internationale du droit d'auteur*, aux pages 3-5.
12. André FRANÇON, «Le droit d'auteur au-delà des frontières: une comparaison des conceptions civilistes et de common law», précité note 11 à la page 5.

de la conception anglo-saxonne, et donc du «copyright» tel qu'il existait à l'époque en Angleterre.

Au soutien de cette thèse, référence peut être faite à la loi canadienne de 1832 qui s'intitulait *«An Act for the Protection of Copy-Rights»* (2 Will. IV, c. 53), celle de 1841 *«An Act for the Protection of Copy-Rights in the Province»* (4 & 5 Vic., c. 61) et celle de 1847 *«An Act to Extend the Provincial Copy-rights Act to Certain United Kingdom Residents»* (10 & 11 Vic., c. 28)[13].

On peut également trouver confirmation de ce point de vue en se référant à la première loi sur le droit d'auteur édictée par le Gouvernement fédéral suite à l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1867*, notamment à l'article 3 de la *Loi de 1868* (S.C. 1868, c. 54)[14].

Une fois remontés aux sources de la conception du droit d'auteur au Canada, essayons maintenant d'en mesurer *l'étendue*.

B. Étendue de la notion de droit d'auteur au Canada

Comme constaté dans la partie préliminaire, **l'interprétation** constitutionnelle des articles 91 et 92 ne doit pas rester figée dans l'interprétation que l'on pouvait en faire à l'époque, mais doit évoluer dans ses limites naturelles (voir *Edward* c. *A.G. Canada* précité).

Comme le précisait le juge Beetz dans l'affaire *Martin Service Station Ltd.*, l'historique d'une législation peut s'avérer utile à la détermination de la nature d'une matière sujette d'une compétence législative.

i) Analyse historique

Il n'existe nulle part dans les débats pré-constitutionnels des notes qui nous permettent *de fixer* de façon précise **l'étendue** de la

13. Voir sur cette interprétation, l'article de A.A. KEYES et C. BRUNET, «A Rejoinder to «Canadian Copyright: Natural Property or Mere Monopoly»», (1979) 40 *C.P.R.* (2d) 54-61.

14. Article 3: Toute personne résidant en Canada, ou tout sujet britannique résidant dans la Grande-Bretagne ou en Irlande, qui sera l'auteur de quelque livre, carte géographique, carte marine ou composition musicale, ou de quelque peinture, dessin, statue, sculpture ou photographie originale, ou qui aura inventé, dessiné, gravé ou fait graver ou faire d'après son propre dessin une gravure ou estampe, – et les représentants légaux de la dite personne, auront la faculté et le droit exclusifs d'imprimer, réimprimer, publier, reproduire et vendre, en tout ou en partie, la dite oeuvre littéraire, scientifique ou artistique, et de permettre la traduction de la dite oeuvre littéraire d'une langue en d'autres langues, pendant le terme de vingt-huit ans, à compter du jour de l'enregistrement du titre de l'oeuvre littéraire ou artistique dans la forme ci-après ordonnée; [...].

matière qu'est le droit d'auteur attribué au champ de compétence fédérale.

La seule chose dont on soit certain, c'est que les pères de la confédération ont indiqué que cette **matière** (droit d'auteur) revienne dans l'escarcelle du pouvoir central.

Comme déjà noté, la jurisprudence ne s'est jamais vraiment penchée sur l'étendue de cette **matière** en droit canadien.

Dès lors, et puisqu'il n'existe aucune interprétation déterminante quant à *l'étendue* de la notion de droit d'auteur telle que contenue à l'article 91(23), nous en sommes donc réduits à faire des hypothèses quant au contenu réel de cette **matière**.

ii) Hypothèses

Prenant comme point de départ la *Loi canadienne de 1868 sur le droit d'auteur* (S.C. 1868, c. 54), soit celle qui a été élaborée juste après l'attribution de cette **matière** au Parlement fédéral, on constate que les éléments traités sont:

- le type d'oeuvres protégées;
- les conditions d'obtention d'un droit d'auteur;
- les conditions d'enregistrement d'une oeuvre et les sanctions à la non-conformité de cet enregistrement;
- les différentes pénalités pour infractions aux droits accordés sur les oeuvres; et
- la durée de protection.

Dans cette loi, le législateur canadien s'est confiné à la *protection de l'oeuvre* sans vraiment tenir compte de la personnalité de l'auteur.

Plus près de nous, les éléments principaux contenus dans la *Loi sur le droit d'auteur* de 1921 (S.C. 1921, c. 24) entrée en vigueur en 1924 (elle-même une reproduction substantielle de la loi anglaise sur le droit d'auteur de 1911) sont:

- quels sont les droits qui peuvent être dévolus aux auteurs;
- qui sont les titulaires des droits d'auteur;
- quelles oeuvres font l'objet de ces droits;

– à quelles conditions de fond et de forme ces droits sont-ils reconnus; et, le cas échéant,

– la durée de ceux-ci;

– les dispositions relatives aux cessions (volontaires ou forcées) et aux licences d'exploitation de ces droits;

– les dispositions fixant et limitant les violations de ces droits; et

– les recours (civils, pénaux et administratifs) qui en découlent[15].

Encore une fois, comme pour les lois pré- et post-fédératives antérieures, la loi de 1921 ne déroge pas à l'idée générale de la conception anglo-saxonne du droit d'auteur, puisque principalement seule la protection de l'oeuvre y est visée.

Pour conclure ce premier volet, on peut dire que les lois canadiennes sur le droit d'auteur sont empreintes de la conception anglo-saxonne du droit d'auteur et s'attachent essentiellement à la protection de l'oeuvre elle-même, tout en régissant accessoirement certaines relations interpersonnelles entre l'auteur et les usagers de l'oeuvre, comme par exemple les dispositions relatives aux cessions et aux licences d'exploitation[16].

Toutefois, outre ces mesures accessoires, les lois sur le droit d'auteur, aux époques visées, ne s'intéressent aucunement à la personnalité de l'auteur et ne protègent d'aucune manière les droits qui s'y rattachent[17], sauf depuis 1931 par l'introduction de la notion de droit moral.

15. Cette liste des sujets principaux est tirée de l'article «Le pouvoir constitutionnel de légiférer en matière d'édition», du professeur Marcel Dubé, publiée dans (1989) 1 *Les Cahiers de propriété intellectuelle* 317, à la page 325.

16. La Cour de l'Echiquier du Canada a d'ailleurs reconnu dans l'arrêt *Composers, Authors and Publishers Association of Canada Ltd. c. Sandholm Holdings Ltd.*, [1955] R.C.E. 244, la validité de pouvoir fixer par l'intermédiaire de la *Loi sur le droit d'auteur* des redevances pour des licences concernant le droit de représentation musicale.

17. La notion de droit moral n'a été statutairement incluse au Canada que dans la modification à la Loi en 1931 qui avait pour but la mise en oeuvre de la Convention de Berne, révisée à Rome en 1928. Nous reviendrons plus particulièrement à l'étude du droit moral plus avant dans le texte.

2.1.2 *Critiques de la compétence constitutionnelle en matière de droit d'auteur*

Les développements technologiques intervenus depuis 1867 et l'émergence de conventions internationales (*i.e.* la Convention de Berne notamment) ont amené le législateur fédéral à faire appel à la théorie du «planted tree» pour étendre la conception canadienne de droit d'auteur et y ajouter de nouveaux éléments.

La question qui se pose dès lors est de savoir si l'évolution de la notion de droit d'auteur que reflète la loi canadienne actuelle est une évolution qui s'est faite dans «les limites naturelles» de la conception d'origine. Dans cette perspective, nous isolerons plus particulièrement deux éléments introduits dans la législation fédérale sur le sujet, savoir le droit moral et les droits relatifs aux empreintes et autres organes mécaniques.

A. Le droit moral

Laissant le soin de préciser les contours de cette notion à ceux qui en ont traité en particulier[18], nous nous limiterons donc à en donner les grandes lignes, notre approche étant de l'aborder sous l'angle constitutionnel.

La notion civile de droit moral a été statutairement introduite dans la *Loi sur le droit d'auteur* (article 12(5)) au Canada en 1931 suite à la ratification de la Convention de Berne, par le Canada, telle que révisée à Rome en 1928[19].

Dans un premier temps, nous verrons ce que comprend la notion de droit moral dans son sens classique pour ensuite nous intéresser à la conception qui a été retenue en droit d'auteur canadien, et, enfin, nous évoquerons les problèmes constitutionnels que soulève l'intro-

18. Laurent CARRIÈRE, «Droits d'auteur et droit moral: quelques réflexions préliminaires», dans *Développements récents en droits de la propriété intellectuelle*, Montréal, Blais, 1991; R.D. GIBBENS, «The Moral Rights of Artists and the Copyright Act Amendments», (1989) 15 *Canadian Business Law Journal* 441; David VAVER, «Authors' Moral Rights in Canada», (1983) 14 *International Review of Industrial Property and Copyright Law* 329.

19. À cet effet, on peut d'ailleurs noter la grande similarité entre l'article 12(5) de la loi canadienne avec l'article 6 bis de la Convention de Berne. Cet article se lit comme suit:
Art. 6 bis. – (1) Indépendamment des droits patrimoniaux d'auteur, et même après la cession desdits droits, l'auteur conserve le droit de revendiquer la paternité de l'oeuvre, ainsi que le droit de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de ladite oeuvre, qui serait préjudiciable à son honneur ou à sa réputation.

duction de cette nouvelle notion dans la *Loi sur le droit d'auteur* au Canada.

i) Concept et contenu

Le droit moral tire essentiellement son origine dans la conception *romano-germanique* du droit d'auteur, dont il est l'une des deux branches. Ce droit est considéré principalement comme une extension de la personnalité de l'auteur.

Au niveau du concept de **droit moral**, deux courants doctrinaux s'opposent. Il y a les tenants de la thèse dite unitaire et les tenants de la thèse dite dualiste.

La *thèse unitaire* considère que la notion de droit d'auteur ne peut être dissociée en droits moraux et droits pécuniaires. Il s'appuie donc sur l'idée de **globalité** de la notion de droit d'auteur.

La *thèse dualiste* quant à elle soutient que les attributs moraux qui existent dans la notion de droits d'auteur doivent être **distincts** des attributs pécuniaires de ce droit.

Il va sans dire que choisir l'un ou l'autre des courants pourrait entraîner, au niveau de la constitutionnalité de ces dispositions, des conséquences fort différentes.

Le contenu même de la notion de **droit moral** couvre, dans la conception romano-germanique, différents sujets.

Par exemple, dans la loi française du 11 mars 1957, qui favorise le concept *dualiste* de la notion de droits d'auteur, les droits moraux sont des droits de la personnalité. En effet, ils sont perpétuels, inaliénables et imprescriptibles.

On peut les diviser en cinq catégories:

- le droit de divulgation ou de publication d'une oeuvre;
- le droit de paternité;
- le droit de repentir;
- le droit au respect ou à l'intégrité de l'oeuvre; et
- le droit à l'honneur et à la réputation et, plus particulièrement, le droit d'interdire toute utilisation d'une oeuvre qui serait contraire à l'honneur et à la réputation de l'auteur.

ii) Situation au Canada

Pour cerner cette situation, il faudra d'abord se demander si le concept de droit moral a déjà existé en common law anglaise, ensuite analyser ce que recoupe exactement cette notion au sein de la *Loi sur le droit d'auteur* au Canada. Enfin, envisager quel concept retenir entre les *thèses dualiste* et *unitaire*, au Canada, sur le sujet des droits moraux, et partant s'ils peuvent ou non faire l'objet d'une législation fédérale.

Droit moral et common law

Il n'y a pas lieu de reprendre ici l'analyse faite, notamment, par le professeur David Vaver dans son article «Authors' Moral Rights in Canada», (1983) 14 *International Review of Industrial Property and Copyright Law* 329, mais encore faut-il en souligner l'essentiel.

Le droit moral, comme aspect *intrinsèque* du droit d'auteur, n'était pas expressément reconnu au sein de la common law et ce, pas plus en Angleterre qu'aux États-Unis. Dans ces deux pays, on protégeait des droits apparentés à ceux contenus dans la notion de **droit moral** par l'utilisation du «torts of passing off, injurious falsehood and defamation»[20].

Le professeur Vaver note également dans son article qu'il existait certains aspects de la common law touchant aux droits moraux, qui ont été introduits au Canada sans contrepartie en Angleterre[21].

Droit moral et Loi sur le droit d'auteur au Canada

Tel qu'indiqué précédemment, le **droit moral** a été introduit dans la loi fédérale canadienne par l'intermédiaire de l'article 12(5), en 1931[22].

Depuis, un important changement en matière de droit moral a été apporté par la phase I de la révision de la *Loi sur le droit d'auteur*, consacrant maintenant six articles au **droit moral** qui sont les articles: 2(19), 14.1, 14.2, 28.1, 28.2 et 34(1.1).

20. David VAVER, «Authors' Moral Rights in Canada», précité note 18 aux pages 331-332.
21. David VAVER, «Authors' Moral Rights in Canada», précité note 18 aux pages 337-340.
22. La numérotation de cet article a été modifiée en 1952 pour devenir l'article 12(7) de la *Loi sur le droit d'auteur* sans toutefois que le contenu en soit modifié.

L'article 14.1 ne reconnaît toutefois que deux composantes du droit moral, à savoir: le droit à la paternité et à l'intégrité de l'oeuvre[23], par contraste au droit français, qui est plus généreux.

Concept unitaire ou dualiste au Canada?

La réponse à cette question revêt un caractère primordial quant à la suite de l'étude sur la constitutionnalité des dispositions fédérales relatives au **droit moral** au sein de la *Loi sur le droit d'auteur* au Canada.

D'un côté, les points qui militent en faveur de la thèse dualiste au Canada sont:

- référence peut tout d'abord être faite à l'ancien article 12(7) de la *Loi sur le droit d'auteur*, dont l'intitulé introductif se lisait: «Indépendamment de ses droits d'auteur [...]» et dans la version anglaise du même texte: «Independently of the author's copyright [...]», où l'on constate qu'il semble bien y avoir deux *droits distincts*, à savoir les droits patrimoniaux et les droits moraux;

- référence peut également être faite à l'article 6(bis)(1) de la Convention de Berne, révisée à Rome en 1928, et, rappelons-le, duquel vient l'ancien article 12(7) de la loi qui énonce que: «Indépendamment des droits patrimoniaux d'auteur [...]» et dans la version non officielle du texte en anglais: «Independently of the author's copyright [...]», où l'on constate encore une fois et, peut-être d'une façon encore plus explicite, la dichotomie entre l'aspect **droit moral** et l'aspect **droit patrimonial** de la notion de droit d'auteur;

- référence peut encore être faite aux remarques du juge Pigeon dans l'affaire *Capac c. C.T.V.*, [1968] R.C.S. 676, où, si l'on suit son raisonnement, la version de l'article 12(7) qui doit prévaloir est la version française. En effet, la version officielle de la Convention de Berne, révisée à Rome, est la *version française*. La version anglaise qui apparaît à l'annexe de la *Loi sur le droit d'auteur* au Canada est une traduction non officielle de la Convention, et c'est cette traduction non officielle qui serait à l'origine de certains oublis lors de l'écriture de la version française de l'article 12(7) de la Loi (*i.e.* «[...] ses droits d'auteur [...]» à la place de «[...] ses droits patrimoniaux d'auteur [...]»;

- référence peut enfin être faite à la seule cause qui ait réellement porté sur l'analyse de l'article 12(7) de la *Loi sur le droit d'auteur*, à savoir l'arrêt *Gnass c. La Cité d'Alma*[24]. Il en ressort que le **droit moral** ne doit pas être confondu avec le droit d'auteur, ce dernier étant un droit pécuniaire, aliénable, temporaire et prescriptible.

23. Pour avoir une analyse plus exhaustive de ce que recouvrent ces deux concepts au Canada, on peut se référer à l'article de Laurent CARRIÈRE, «Droits d'auteur et droit moral: quelques réflexions préliminaires», précité note 18 aux pages 253-257.

D'un autre côté, les points qui militent en faveur de la thèse unitaire doivent pour Laurent Carrière[25]:

> [...] se trouver dans l'économie même de la *Loi sur le droit d'auteur*. Essentiellement, on pourrait justifier pratiquement cette position par le fait que l'auteur d'une oeuvre tire un avantage pécuniaire de la reconnaissance de sa qualité d'auteur ou de la qualité de ses oeuvres, puisque plus il sera connu, plus ses oeuvres seront en demande et plus il en retirera un bénéfice économique.

Quant à nous, nous penchons vers la *thèse dualiste* du droit d'auteur.

(ii) Constitutionnalité des dispositions relatives au droit moral dans la Loi sur le droit d'auteur au Canada

Ayant revu succinctement la notion de **droit moral**, la question suivante qui se pose logiquement est de savoir si cette dernière peut raisonnablement être rattachée à la matière dévolue au Parlement fédéral sous l'article 91(23) ou sous quelque autre compétence prévue à l'article 91.

Quant à nous, manifestement, le droit moral n'a jamais fait partie, à l'origine, de la conception anglo-saxonne du droit d'auteur. Or, comme nous l'avons vu, c'est cette conception qui prévalait (et qui prévaut encore) à l'article 91(23) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Même si l'interprétation constitutionnelle que l'on doit donner aux articles 91 et 92 doit être *évolutive* et *dynamique*, ajouter la

24. Jugement non rapporté, rendu le 23 novembre 1973 par le juge Mignault, de la Cour supérieure du Québec, district de Roberval; confirmé par un jugement non rapporté de la Cour d'appel du Québec, rendu le 30 juin 1977 (n° 200-09-000032-745).

25. Laurent CARRIÈRE, «Droits d'auteur et droit moral: quelques réflexions préliminaires», précité note 18 à la page 249.

notion de droit moral par l'entremise du champ de compétence fédéral sous l'article 91(23) nous semble déraisonnable, eu égard aux limites naturelles que doit avoir cette matière[26].

Selon nous, au Canada, le droit moral en autant que rattaché aux auteurs, considéré dans la conception dualiste du droit d'auteur, est une extension du droit de la *personnalité de l'auteur* et doit s'inscrire plus raisonnablement à l'intérieur du champ de compétence provinciale en matière de propriété et droit civil, contenu aux articles 92(13) et 92(16).

Il ne serait pas plus vraisemblable pour le Parlement fédéral d'envisager cette notion à l'intérieur de son pouvoir général de réglementer le commerce ou encore de son pouvoir de mise en oeuvre des traités.

Sous ce dernier chef, l'arrêt qui fait toujours autorité est celui du Conseil privé *A.G. Canada* c. *A.G. Ontario*, [1937] A.C. 326 (J.C.P.C.) dans lequel Lord Atkin fit une distinction entre la *formation du traité* et sa *mise en oeuvre*. Quant à cette dernière, il déclara qu'il fallait suivre le partage des compétences législatives puisqu'au Canada un traité n'entre en vigueur que par une législation spécifique adoptée pour y donner suite.

Jusqu'à preuve du contraire, la Cour suprême du Canada n'est pas encore revenue sur ce principe.

On ne peut conclure cette partie relative au droit moral sans faire référence aux tenants de la thèse unitaire. En effet, si l'on devait plutôt privilégier la thèse à l'effet que le droit moral d'auteur et le droit patrimonial d'auteur ne sont que deux manifestations du même concept intellectuel qu'est le droit d'auteur, il serait dès lors sans

26. James LAHORE, dans son ouvrage intitulé *Intellectual Property in Australia – Copyright Law* sur feuilles mobiles (Sidney, Butterworths, 1988), à la page 9153, écrit que:
«There was considerable debate in Australia before the passing of the *Copyright Act* 1968 as to whether these rights (moral rights) were strictly within the concept of copyright, and whether it would be within the constitutional power of the Federal Government to pass a law including such rights under its power to make laws with regard to «copyrights». The Copyright Law Review Committee 1959 (The Spicer Committee) was nevertheless prepared to recommend the inclusion of appropriate provisions in the new *Copyright Act* on the ground that the provisions would not be inappropriate in a copyright act, and that the Federal Government could possibly rely on the external affairs' power in order to implement the provisions of article 6(bis) if they were otherwise considered to be not within the copyright power: Report, para. 424.»

doute plus vraisemblable de rattacher ce champ de compétence au Parlement fédéral par l'intermédiaire de la théorie de l'ancillarité.

Même si nous penchons vers l'inconstitutionnalité des dispositions relatives au droit moral dans la loi canadienne sur le droit d'auteur, d'aucuns invoqueront que le débat doit rester ouvert[27], tant que la Cour suprême n'aura pas tranché.

II. Droits relatifs aux empreintes et autres organes mécaniques

Les droits relatifs aux empreintes et autres organes mécaniques, que l'on dénommera ci-après les droits sur les **empreintes**, sont maintenant énoncés aux articles 5(3) et 5(4) de la loi canadienne sur le droit d'auteur.

i) Contenu du droit d'auteur sur les empreintes

L'objet des articles 5(3) et 5(4) de la *Loi sur le droit d'auteur* est de conférer, par l'intermédiaire du droit d'auteur, une protection particulière à l'égard d'empreintes, rouleaux perforés et autres organes à l'aide desquels des sons peuvent être reproduits mécaniquement.

L'introduction, au Canada, de cette disposition particulière à l'article 4(3), substantiellement dans les mêmes termes que ceux qui existaient à l'article 19(1) de la loi sur le droit d'auteur de 1911 au Royaume-Uni, remonte à la loi canadienne de 1921.

Il n'existait auparavant aucune disposition de même nature, que ce soit en Angleterre ou au Canada, et l'on peut dire que c'est sous la pression des fabricants de ces empreintes, qui souhaitaient se voir protéger contre des actes de piraterie, que fut introduit en Angleterre ce type de protection.

La façon dont a été rédigé, au Canada, cet article (4(3)) devait à l'origine comprendre, pour les bénéficiaires du droit d'auteur sur ces empreintes, un droit de reproduction et probablement un droit de représentation. Toutefois, en 1971, cette disposition a été amendée afin de clarifier le champ de protection accordé aux empreintes, savoir le droit de reproduction seulement[28].

La *Loi sur le droit d'auteur*, en créant ainsi une *fiction*, c'est-à-dire en considérant que les empreintes constituaient en soi des

27. Notamment quant à une éventuelle application du principe de l'ancillarité qui permettrait au Parlement fédéral de rattacher le droit moral à son champ de compétence en matière de droit d'auteur.
28. S.C. 1970-71-72, c. 60, a. 1.

oeuvres musicales, littéraires ou dramatiques, permet dès lors de protéger le propriétaire de l'empreinte contre toute reproduction illicite de celle-ci[29].

Outre cette fiction, la *Loi sur le droit d'auteur* crée également une durée de protection spécifique pour ces empreintes, savoir une période de 50 ans *à compter de la confection de la planche* originale dont l'organe est tiré directement ou indirectement[30].

En outre, depuis une décision récente de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Bouliane* c. *Service de Musique Bonanza Inc.*[31], il est maintenant certain que l'empreinte est protégée en elle-même et il importe peu que l'oeuvre qu'elle supporte, savoir une oeuvre littéraire, dramatique ou musicale, soit protégeable en elle-même par la *Loi sur le droit d'auteur*.

ii) Constitutionnalité des dispositions sur les empreintes

Même s'il était louable en 1921 de protéger les manufacturiers d'empreintes de rouleaux perforés ou d'autres organes à l'aide desquels les sons peuvent être reproduits mécaniquement, il n'en demeure pas moins que ce type de protection ne semble pas pouvoir s'inscrire à l'intérieur de la *Loi sur le droit d'auteur* mais rentrerait plus dans le schème des règles sur la concurrence déloyale [32], d'autant qu'elles visent des droits de propriété sur des objets matériels.

En outre, ces droits sont d'une nature qui se rapproche plus des droits voisins que des droits d'auteur[33].

À cet égard, faut-il rappeler l'article 10 de la Convention sur la protection internationale des artistes, interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, tenue à Rome en 1961 et dont on réfère communément à la Convention de Rome qui énonce que:

> Les producteurs de phonogrammes jouissent du droit d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte de leurs phonogrammes.

29. Article 5(3) de la *Loi sur le droit d'auteur*.
30. Article 11 de la *Loi sur le droit d'auteur*.
31. (1986) 18 C.I.P.R. 214, J.E. 87-71, [1987] R.R.A. 315 (C.A.Q.).
32. Pour l'opinion contraire, voir: Jacques R. ALLEYN, «The Phonographic Industry Deprived of its Performing Right in Canada», (1972) *6 Canadian Patent Report* (2d) 258, 267-268.
33. Comme nous le verrons ultérieurement, les droits voisins entreraient plutôt dans les champs de compétence des législatures provinciales que dans ceux attribués au Parlement fédéral, puisqu'il s'agit en réalité d'un droit de propriété.

Comme nous le verrons ultérieurement, cette convention prévoit pour les personnes qui y sont mentionnées un corps de protection *voisin* à celui des droits d'auteur. D'ailleurs, l'article 1 de la Convention de Rome se lit comme suit:

> La protection prévue par la présente Convention laisse intacte et n'affecte en aucune façon la protection du droit d'auteur sur les oeuvres littéraires et artistiques. En conséquence, aucune disposition de la présente Convention ne pourra être interprétée comme portant atteinte à cette protection.

Bien que le Canada n'ait pas encore adhéré à cette convention, cet article semble démontrer que la protection des empreintes n'entre pas dans la notion de droit d'auteur.

Afin de clarifier notre propos sur ce sujet, abordons dès maintenant le problème de compétence constitutionnelle que pourrait poser l'introduction, au Canada, des droits dits voisins.

2.2 La compétence constitutionnelle en matière de droits voisins

Les **droits voisins** ne font pas encore partie du corpus législatif canadien. Toutefois, il semblerait que cette notion soit à l'ordre du jour dans la phase II des modifications de la *Loi sur le droit d'auteur* au Canada. C'est dans cette perspective qu'il nous semble intéressant de se pencher sur les éventuels problèmes de compétence constitutionnelle que pourrait soulever l'introduction de cette notion au sein de la *Loi sur le droit d'auteur*.

Tout comme pour le droit moral, nous nous limiterons ici à esquisser les grandes lignes de ce qu'est la notion de **droit voisin**, de manière à focaliser le débat sur la dimension constitutionnelle, thème principal de notre propos.

Nous verrons tout d'abord ce qu'il faut entendre par **droit voisin** et ensuite, les problèmes constitutionnels reliés à cette notion.

2.2.1 Les droits voisins

D'abord, un bref historique de cette notion le plus souvent mal cernée, puis ses composantes.

Dans le but de clarifier la terminologie, disons tout d'abord que l'on peut regrouper ces droits en trois catégories principales:

– les droits des artistes interprètes;

– les droits des producteurs de phonogrammes;

– les droits des organismes de radiodiffusion.

Ces droits sont des droits voisins du droit d'auteur (d'où leur nom) en ce qu'ils portent non pas directement sur la *création*, mais plutôt sur la *diffusion* des oeuvres.

A. Historique et aspect international

Issus essentiellement des systèmes d'Europe continentale, c'est en Italie qu'apparaissent, en 1941, pour la première fois des droits dits «connexes» en faveur des artistes interprètes-exécutants, des producteurs de phonogrammes et d'organismes de radiodiffusion.

Après le refus, par les États membres, d'inclure ces droits nouveaux au sein des dispositions de la Convention de Berne lors de sa révision à Bruxelles en 1948, une nouvelle convention internationale voit le jour en 1961 sous l'égide de l'Organisation internationale du travail (OIT), l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO) et les Bureaux internationaux réunis pour la protection de la propriété intellectuelle (BIRPI)[34].

Le but de cette convention, qui n'est d'ailleurs ouverte uniquement qu'aux États déjà membres soit de la Convention de Berne ou de la Convention universelle[35], est d'assurer une réciprocité de protection ainsi que d'établir un minimum de protection conventionnelle au bénéfice des nationaux des États contractants.

Une deuxième convention internationale voit le jour en 1971 à Genève[36]. Elle vise à assurer une «police internationale» contre la mise sur le marché de phonogrammes pirates.

La Convention de Rome a donc mis en place un système minimal de protection pour les trois catégories de personnes visées par les droits voisins et y a été insérée, comme nous l'avons déjà vu[37], une disposition mettant l'accent sur la *différence* entre les droits d'auteurs et les droits voisins (article 1er de la Convention de Rome).

34. Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion. Dite aussi Convention de Rome.
35. Conventions relatives aux droits d'auteur.
36. Convention pour la protection des producteurs de phonogrammes contre la reproduction non autorisée de leurs phonogrammes. Dite Convention de Genève.
37. Voir article 1 de la Convention de Rome énoncé dans la partie relative aux empreintes et autres organes mécaniques.

Le système minimal de protection prévu à cette Convention comprend:

– pour les *artistes interprètes ou exécutants*[38], l'article 7 prévoit en leur faveur un droit d'opposition à la reproduction ou à la représentation de leurs prestations;

– pour les *producteurs de phonogrammes*[39], l'article 10 leur donne un droit d'autoriser ou d'interdire toute reproduction directe ou indirecte de leurs phonogrammes, comme celui prévu à l'article 5(4) de la loi canadienne, et un droit de rémunération équitable lors de l'utilisation du phonogramme pour radiodiffusion ou communication quelconque au public (article 12);

– les *organismes de radiodiffusion*, quant à eux, se virent conférer le droit d'autoriser ou d'interdire la *reproduction* ou la *communication publique* de leurs émissions, et ce sous certaines conditions (article 13).

En outre, l'article 14 prévoit que la durée de la protection accordée en vertu de ladite Convention ne pourra être inférieure à une période de 20 ans.

B. Notion

La façon la plus pratique de cerner cette notion, c'est de prendre en exemple un pays qui a déjà légiféré en matière de droit voisin, tout en s'inspirant très largement de la Convention de Rome: la France.

La loi française du 3 juillet 1985, modifiant substantiellement la Loi sur le droit d'auteur de 1957, a introduit des dispositions relatives aux droits voisins dans son titre 2.

Ce titre est bien distinct des autres parties de la loi et prévoit un système autonome de protection aux trois catégories de personnes visées, savoir: les artistes interprètes et exécutants, les producteurs de phonogrammes et les organismes de radiodiffusion.

En guise d'introduction, l'article 15 de la loi prévoit que «les droits voisins ne portent pas atteinte aux droits des auteurs. En

38. Cette catégorie de personne est définie à l'article 3(a) de la Convention comme: «les acteurs, chanteurs, musiciens, danseurs et autres personnes qui représentent, chantent, récitent, déclament, jouent ou exécutent de toute autre manière des oeuvres littéraires ou artistiques».
39. L'article 3(c) définit le producteur de phonogrammes comme: «la personne physique ou morale, qui, la première, fixe les sons provenant d'une exécution ou d'autres sons».

conséquence, aucune disposition du présent titre ne doit être interprétée de manière à limiter l'exercice du droit d'auteur par ses titulaires». Cette disposition reprend en grande partie le texte de l'article 1er de la Convention de Rome.

Quels sont les droits conférés par la loi à ces trois catégories de personnes ?

i) Droits des artistes-interprètes

L'artiste-interprète est défini comme étant la personne qui représente, chante, récite, déclame, joue et exécute de toute autre manière une oeuvre littéraire ou artistique, un numéro de variété, de cirque ou de marionnettes[40].

Au niveau des droits **patrimoniaux** de l'artiste-interprète, ce sont les articles 18, 19 et 20 de la loi qui les régissent. L'article 18 prévoit en faveur de l'artiste-interprète le droit pour celui-ci d'autoriser la fixation de sa prestation, sa reproduction et sa communication au public ainsi que toute utilisation séparée (son et image).

Les articles 19 et 20 quant à eux prévoient des dispositions de type contractuel lors de la passation d'un contrat ou convention entre un artiste et un producteur pour la réalisation d'une oeuvre audiovisuelle.

En plus du droit **patrimonial**, l'article 17 de la Loi du 3 juillet 1985 reconnaît en faveur de l'artiste-interprète un **droit moral**, savoir le respect de son nom, de sa qualité et de son interprétation. Toutefois, à la différence de l'article 6 de la Loi du 11 mars 1957, l'article 17 de la loi de 1985 ne prévoit pas la *perpétuité du droit moral* en faveur de l'artiste-interprète.

ii) Les producteurs de phonogrammes

La loi française de 1985 a, sur ce sujet, élargi la protection aux producteurs de vidéogrammes également.

Le *producteur de phonogrammes* est la personne physique ou morale qui a l'initiative et la responsabilité de la première fixation d'une séquence de *sons*[41]. Quant au *producteur de vidéogrammes*, c'est la personne, physique ou morale, qui a l'initiative et la responsabilité de la première fixation d'une séquence *d'images sonorisées* ou non[42].

40. Article 16 de la loi du 3 juillet 1985.
41. Article 21, paragraphe 1 de la loi de 1985.
42. Article 26, paragraphe 1 de la loi de 1985.

Préalablement à l'introduction des dispositions protégeant les producteurs de **phonogrammes** et de **vidéogrammes**, ceux-ci étaient protégés par l'utilisation de l'article 1382 du *Code civil*[43], qui constitue le fondement juridique à l'action en concurrence déloyale en France. L'introduction des **droits voisins** pour cette catégorie de personnes au sein de la loi du 3 juillet constituerait en quelque sorte une codification empêchant tel comportement. Un parallèle pourrait être fait avec l'article 7(e) de la *Loi sur les marques de commerce*, qui codifiait une disposition visée à l'article 1053 du Code civil du Bas-Canada, et fut ultérieurement déclaré *ultra vires* par une décision de la Cour suprême dans la cause: *MacDonald et al.* c. *Vapor Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 134 (C.S.C.).

Les nouveaux droits ainsi octroyés aux producteurs de **phonogrammes** concernent toute reproduction, mise à la disposition du public par la vente, l'échange ou le louage, ou communication publique de son phonogramme[44].

Les droits octroyés aux producteurs de **vidéogrammes** sont identiques à ceux accordés aux producteurs de phonogrammes en ce qu'ils possèdent le même caractère d'exclusivité[45].

iii) Les organismes de radiodiffusion

Rebaptisée entreprise de communication audiovisuelle, cette entité est définie comme comprenant les organismes prévus au titre II de la Loi nº 82-652 du 29 juin 1982 sur la communication audiovisuelle et les fournisseurs de services de communication individuels, titulaires d'une concession de services publics ou déclarés ou autorisés conformément aux dispositions du titre 4 de la même loi[46].

Les droits conférés aux entreprises de communication audiovisuelle sont essentiellement le droit de reproduction des programmes, de leur mise à la disposition du public par vente, louage ou échange, leur télédiffusion et leur communication publique dans un lieu accessible à celui-ci moyennant paiement d'un droit d'entrée[47].

L'article 30 de la Loi du 3 juillet 1985 prévoit que la durée des **droits patrimoniaux** objets du présent titre (titre 2) est de 50 années à compter du 1er janvier de l'année civile suivant celle de la première communication au public, de l'interprétation de l'oeuvre, de

43. Équivalent de l'article 1053 du Code civil du Bas-Canada.
44. Article 21, paragraphe 2 de la loi de 1985.
45. Article 26, paragraphe 2 de la loi de 1985.
46. Article 27, paragraphe 2 de la loi.
47. Article 27, paragraphe 1 de la loi de 1985.

sa production ou des programmes visés à l'article 27. Encore ici, nous constatons que le régime prévu en faveur des **droits voisins** diffère ostensiblement de celui prévu par le droit d'auteur où, rappelons-le, la durée de protection sur les oeuvres est généralement la vie de l'auteur et 50 années après sa mort.

Mentionnons aussi que le régime mis en place sous la loi française prévoit un certain nombre d'exceptions, et notamment la création d'un système de licence obligatoire, lorsqu'un phonogramme a été publié à des fins de commerce[48].

En outre, l'article 29 prévoit une série de situations que les bénéficiaires des droits voisins ne peuvent interdire.

Il est aussi important de mentionner que le titre 3 de la loi de 1985 prévoit des dispositions concernant la rémunération pour copie privée des phonogrammes et vidéogrammes et que le titre 4 met en place des sociétés de perception et de répartition des droits. Pour illustrer le contenu de la notion de droit voisin, citons M. Colombet[49]:

> Le qualificatif utilisé (droits voisins) est évocateur: il signifie d'une part que ces droits présentent des traits de ressemblance avec le droit d'auteur, tout en s'en différenciant ... d'autre part qu'il doit exister des relations entre les différents titulaires de droits, qui doivent voisiner, si possible harmonieusement.

2.2.2 *Constitution canadienne et droit voisin*

A. *Remarques préliminaires*

Dans la phase II de la révision de la *Loi sur le droit d'auteur*, il est grandement question d'y introduire les **droits voisins**[50].

La nécessité et l'opportunité de protéger les **droits voisins** au Canada ne font plus de doute. Toute la problématique est de savoir **sous quel champ** de compétence constitutionnelle pourrait s'inscrire la protection de ces droits.

Comme nous l'avons déjà vu, le Canada a inclus, en 1921, au sein de sa *Loi sur le droit d'auteur*, une protection en faveur des producteurs de phonogrammes tout comme l'avait d'ailleurs fait la loi anglaise sur le droit d'auteur de 1911, ainsi que celle de 1956. Cet

48. Article 22 de la loi de 1985.
49. Claude COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins* 4e ed. (Paris, Dalloz, 1988) à la page 383.
50. Voir cependant note 1.

état de fait n'est, semble-t-il, dû qu'à un problème d'ordre terminologique.

À ce sujet, Cornish[51] écrit:

> The 1911 Act gave the producers of sound recordings their own exclusive right to prevent reproductions of their recordings... The right was indiscriminately labelled copyright, even though it was conferred not upon the executant artist whose performance was recorded but upon the business which organized the recording. It was thus not an author's right at all, but something which continental theory would scrupulously distinguish as a «neighbouring right»... The English *Copyright Act, 1956* is divided into «part 1 works» and «part 2 copyright», which would be neighbouring rights in a more self-conscious system... The crucial difference between the copyright of parts 1 and 2: the former recognizing original intellectual effort, the later entrepreneurial skills in an aesthetic field.

Toujours sur le même sujet, Ricketson[52] écrit:

> These have received protection in many Berne Union countries under separate 'neighbouring rights' legislations and, more confusingly, in many common law jurisdictions under the umbrella of copyright.

Pour Jehoram[53], il est nécessaire:

> To fight against this new tendency which seems to be exactly an effort to de-humanize copyright, to create an author's right without authors.

À la lumière de ce qu'expriment ces trois auteurs, nous pensons que ce n'est pas parce qu'un sujet peut être appelé **droit d'auteur** qu'il doit tomber automatiquement sous le champ de compétence du Parlement fédéral de légiférer en vertu de l'article 91(23) *en cette matière*.

51. CORNISH, *Intellectual Property*, London, Sweet & Maxwell, 1981, p. 300, extrait tiré de l'article de Cohen JEHORAM, «The Relationship between Copyright and Neighbouring Rights», (1990) 144 *Revue internationale du droit d'auteur* 81, aux pages 113-114.
52. Sam RICKETSON, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*, (1886-1986) London, Centre for Commercial Law Studies, 1987, p. 307 extrait tiré de l'article de Cohen JEHORAM, précité note 51 aux pages 115-116.
53. Cohen JEHORAM, «The Relationship between Copyright and Neighbouring Rights», précité note 51 à la page 125.

Comme nous l'avons déjà souligné, les **droits voisins** participent plus à la *diffusion* des œuvres (protégées) qu'à *leur création*. Toutefois, le fondement de ces droits peut être trouvé dans la volonté de récompenser un effort personnel, un travail et d'inciter sa récidive pour l'avenir. La nature de ces droits, quant à elle, semble s'être inspirée du droit d'auteur tout en ayant une certaine spécificité voire distinction. En effet, ce sont des droits de *propriété* qui peuvent s'apparenter au **droit d'auteur** dans le cas des artistes-interprètes, et au **droit civil** en ce qui concerne les producteurs de phonogrammes et les organismes de radiodiffusion.

À première vue donc, plusieurs champs de compétences constitutionnelles, tant au niveau fédéral qu'au niveau provincial, pourraient être envisagés pour servir de berceau aux **droits voisins**. Dans un premier temps, nous envisagerons la possibilité quant aux champs de compétence constitutionnelle fédérale, et, dans un second temps, les champs de compétence ouverts au provincial.

B. Champs possibles de compétence constitutionnelle fédérale

Quels sont les champs de compétence constitutionnelle que pourrait invoquer le Parlement fédéral pour se justifier de légiférer en matière de droit voisin?

D'une façon générale, les possibilités seront abordées par rapport aux trois catégories de droits voisins définis au sein du premier chapitre[54]. À tout seigneur tout honneur, nous commencerons donc par le pouvoir du Parlement fédéral de légiférer en matière de **droit d'auteur** tel que prévu à l'article 91(23) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

i) Droit d'auteur[55]

Sur ce sujet, certains auteurs ont déjà soutenu[56] que les **droits voisins** pouvaient validement relever du pouvoir du Parlement fédéral de légiférer en matière de droit d'auteur.

54. Bien que les droits des producteurs de phonogrammes soient déjà inclus dans la *Loi sur le droit d'auteur*, notre analyse demeure valable en ce qui concerne le droit de représentation que la loi pourrait conférer aux producteurs (voir exemple français).

55. Droit d'auteur s'entend ici non pas dans son sens romano-germanique du terme, mais plutôt comme la traduction de «copyright».

56. Wanda NOEL, Louis B.Z. DAVIS, «Some constitutional considerations in Canadian Copyright Law Revision», (1981) 54 *Canadian Patent Reporter (2d)* 17; Robert W. JUDGE, «Protecting Performers' Performances in Light of the Canadian Charter of Rights for Creators», (1987) 13 *Canadian Patent Reporter (3d)* 1.

Nous ne partageons pas leur point de vue et soumettons que le débat reste ouvert quant aux champs possibles de compétence en matière de **droit voisin**.

En effet, se référant à la notion même de droit voisin telle que définie dans la Convention de Rome, peut-on vraiment soutenir qu'elle entre naturellement à l'intérieur du champ de compétence du Parlement fédéral de légiférer en *matière* de droit d'auteur?

Nous ne le pensons pas et les points qui militent en faveur de notre thèse sont d'une part:

- L'objet des deux notions est différent. En effet, l'objet de la *Loi sur le droit d'auteur* est de protéger une œuvre et son créateur, alors que l'objet des droits voisins est de protéger la *représentation, reproduction* ou *diffusion d'une œuvre*[57] et son exploitant.

- Les **droits voisins** ne concernent pas les créateurs mais les exploitants privilégiés de la création.

Et d'autre part, mais de façon moins décisive:

- La durée de protection est différente. La Convention de Rome prône une protection minimale d'au moins 20 ans, alors que la Convention de Berne qui régit les droits d'auteur prône une protection minimale d'une durée de la vie de l'auteur et 50 ans après sa mort.

- Le champ de protection est également limité à trois droits, savoir le droit de reproduction, de représentation et de diffusion.

- Les deux notions font l'objet de conventions internationales *distinctes*. Pour le **droit d'auteur**, il s'agit de la Convention de Berne et de la Convention universelle. Quant au **droit voisin**, il s'agit essentiellement de la Convention de Rome et celle de Genève de 1971. À ce sujet d'ailleurs, il n'est pas inutile de rappeler que lors de la révision de la Convention de Berne à Bruxelles en 1948, il a

57. Ceci est d'autant plus vrai que, par exemple, pour les producteurs de phonogrammes, l'article 5(3) de la *Loi sur le droit d'auteur* canadienne est obligé de créer une fiction aux fins de protéger les empreintes. L'article 5(3) se lit: «Sous réserve du paragraphe (4), le droit d'auteur existe pendant le temps ci-après mentionné, à l'égard des empreintes, rouleaux perforés et autres organes à l'aide desquels des sons peuvent être reproduits mécaniquement, *comme si ces organes constituaient des œuvres musicales, littéraires ou dramatique*.
En outre, référence peut également être faite à notre remarque préliminaire sur les problèmes d'ordre terminologique.

été avancé que les **droits voisins** ne devaient pas être traités dans le cadre de la convention sur les droits d'auteur elle-même.

– Les titulaires des droits sont différents. La Loi canadienne sur le droit d'auteur énonce, sauf exception, que le premier titulaire du droit d'auteur est l'auteur. Une corporation peut acquérir un droit d'auteur par voie de cession ou par la voie des dispositions prévues à l'article 13 de la *Loi sur le droit d'auteur*, mais il est difficile d'imaginer qu'une compagnie puisse être un auteur au sens de cette loi. Sur ce sujet, référence peut être faite à la cause *Massie & Renwick Limited* c. *Underwriters' Survey Bureau Ltd. et al.*, [1940] R.C.S. 218 (C.S.C.), où le juge Duff, énonce à la page 229 que:

> Primarily, the incorporeal right we are considering is the right of the author and, while I do not suppose a corporation could be an author in the sense of the rule, still these incorporated companies, who were the members of the association during the period with which we are concerned, could acquire title to the incorporeal rights by assignment from the author and I think also through the authorship of an agent or servant or of an independent contractor, employed to produce a work in respect of which, in ordinary circumstances, the author would be invested with the right.

Et à la page 232, il énonce que:

> The members of the association are all incorporated companies and I am unable to convince myself that they or anyone of them could be an author within the meaning of the *Copyright Act*. Anyone or all of them, that is to say, all the members of the association at any given time, could be the owner or joint owners of copyrights, but they could acquire copyrights, as far as I know, only in one of two ways, – either by assignment by some person having title to the copyright or by one of the ways mentioned in the proviso to Section 12 (Maintenant article 13)...

Il nous faut cependant concéder qu'en ce qui concerne les artistes-interprètes, ils se rapprochent plus de l'auteur que des deux autres catégories. De ce fait, ils pourraient, à notre avis être plus facilement définis, à titre d'interprètes d'une oeuvre préexistante, comme créateurs d'une oeuvre dérivée au même titre que le traducteur par exemple. Toutefois, les artistes-interprètes n'étaient aucunement protégés en Angleterre, tant sous la loi de 1911 que sous celle de 1956, mais ils ont reçu une protection spécifique par l'intermédiaire du «*Dramatic and Musical Performers' Protection Act, 1925*»[58] ainsi que ses amendements et modifications subséquents. Ce n'est qu'en 1988, lors de la modification de la loi anglaise sur le droit d'auteur de 1956 que les artistes-interprètes ont été protégés par l'intermédiaire de la *Loi sur le droit d'auteur*.

Dans les textes sus-mentionnés[59], les auteurs font souvent référence à l'exemple du droit australien[60] comme élément de comparaison.

L'Australie a un système fédéral doté d'une constitution qui, à l'instar du Canada, partage les pouvoirs entre l'État central et les provinces.

L'article 51(xviii) de la constitution australienne attribue la compétence de légiférer en matière de **droit d'auteur** au pouvoir central[61].

La première loi australienne sur le droit d'auteur date de 1905, abrogée et remplacée par une loi de 1912, calquée sur la loi anglaise sur le droit d'auteur de 1911 (incluant donc un droit d'auteur en faveur des producteurs de phonogrammes). Cette loi de 1912 a été abrogée et remplacée par une loi de 1968.

Pour les fins de cette modification, un comité d'étude pour la révision de la loi australienne sur le droit d'auteur avait été mis en place connu sous le nom de «Spicer Committee»[62].

Le rapport de ce comité a exprimé certaines opinions en relation à la fois avec l'opportunité d'inclure dans la *Loi sur le droit d'auteur*

58 Arnold RICHARD, *Performers' Rights and Recordings Rights*, Oxford, ESC Publishing Limited, 1990.

59 Voir *supra*, note 56.

60 La loi anglaise, souvent citée en exemple aussi, ne peut être comparable étant donné que le système politique et législatif est différent (l'Angleterre connait un système de droit unitaire) et que de ce fait, il n'y a pas lieu d'interpréter la constitution pour connaitre d'une façon précise l'attribution des champs de compétences entre les deux paliers de gouvernement.

61 James LAHORE, *Intellectual Property in Australia – Copyright Law* précite note 26 à la page 1551 énonce que:
«Section 51 of the Australian constitution confers on the Commonwealth Parliament the power to make laws for the peace, order and good Government of the Commonwealth with respect to the matters enumerated in the placita to that section.
Postal, telegraphic, telephonic, and other services: s. 51(v);
Copyrights, patents of inventions and designs and trade-marks: s. 51(xviii);
External affairs: s. 51(xxix);...»

62 Report of the Committee appointed by the Attorney-General of the Commonwealth to consider what alterations are desirable to the copyright law of the Commonwealth (22 décembre 1959) Govt. Printer, Canberra, 1965.

des droits protégeant les organismes de radiodiffusion et les artistes-interprètes ainsi que les aspects constitutionnels y afférant.

James Lahore[63], résumant les propos de ce comité, nous dit au sujet des organismes de radiodiffusion[64]:

> [...] although Australia has implemented this aspect of the Rome Convention in the provisions relating to broadcasts in the 1968 Act, the Spicer Committee doubted that Australia could justify the grant of protection to broadcasts as an exercise of the power of Parliament over the subject matter of copyright.

Et au sujet des artistes-interprètes[65]:

> However, the Committee, although considering that such provisions were desirable (protection des artistes-interprètes), felt unable to make specific recommendations because of what it considered to be constitutional restrictions on Commonwealth power. For the same reason, the Committee felt that it could not recommend the grant to performers of a right in the nature of copyright. In addition, the Committee noted that the Gregory Committee in England had rejected claims by performers for new rights on the ground that the concept of copyright in British law had always involved something in a recognizable material form.

En outre, ce n'est qu'en 1989, suite à un amendement à la *Loi sur le droit d'auteur* de 1968, que l'Australie a reconnu des droits limités aux artistes-interprètes. On peut lire, toujours sous la plume du professeur Lahore[66], que:

> It is important to note that no copyright has been granted to performers [...] The right given to performers is only a right to prevent certain uses of their performance without their permission.

Comme on peut le constater, les **droits voisins** ne semblent pas pouvoir entrer à l'intérieur de la compétence du Parlement fédéral de légiférer en matière de droit d'auteur, tel que prévu à l'article

63. James LAHORE, *Intellectual Property in Australia – Copyright Law*, précité note 23.
64. James LAHORE, *Intellectual Property in Australia – Copyright Law*, précité note 23 à la page 1576.
65. James LAHORE, *Intellectual Property in Australia – Copyright Law*, précité note 23 à la page 13,015.
66. James LAHORE, *Intellectual Property in Australia – Copyright Law*, précité note 23 à la page 13,019.

91(23) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Envisageons maintenant les autres avenues qui s'offrent au Parlement fédéral à cet égard.

ii) Radiocommunication

En vertu de l'article 91 introductif et 92(10)(a), le Parlement fédéral a compétence exclusive sur la réglementation et le contrôle des **radiocommunications** au Canada. C'est ce qu'a décidé le Comité judiciaire du Conseil privé dans la cause *Re: Regulation and Control of Radiocommunications*, [1932] A.C. 304 (J.C.P.C.)[67]. Cette compétence s'étend en outre à la télévision par câble[68].

Les **droits voisins** que possèdent les organismes de radiocommunications peuvent-ils entrer sous cette compétence fédérale exclusive?

Bien qu'à nos yeux cette catégorie de droits se rapproche plus des actes de concurrence déloyale que d'autres matières, il n'est pas impossible de soutenir qu'elle pourrait faire partie de ce champ de compétence constitutionnelle; à ce sujet la question n'est pas encore réglée.

iii) Théorie des pouvoirs accessoires ou ancillaires

Comme nous l'avons déjà vu, cette théorie permet au Parlement fédéral (et uniquement à celui-ci), lorsque certaines parties *accessoires* d'une loi qui en elles-mêmes seraient hors du champ de sa compétence législative, *d'empiéter* sur la compétence législative des provinces, si les parties accessoires de telle loi sont intimement liées aux dispositions maîtresses de la loi ou si cette partie de législation est nécessaire à la mise en oeuvre de la législation principale[69].

En fonction de ce que nous avons déjà écrit au sujet des **droits voisins**, exception faite peut-être des artistes-interprètes, les producteurs de phonogrammes ainsi que les organismes de radiodiffusion ne peuvent être considérés comme des auteurs au sens de la *Loi sur le droit d'auteur* et dès lors nous ne voyons pas comment des dispositions relatives à ces deux catégories de personnes pourraient

67. Voir également à ce sujet l'article de Brooke CLAXTON, «Protection against the unauthorized use of a broadcast in Canada», (1932) 7 *Revue du Barreau canadien* 423.
68. Voir à ce sujet, la cause *Capital Cities Communications Inc. c. C.R.T.C.* (1977), [1978] 2 R.C.S. 141 (C.S.C.).
69. André TREMBLAY, *Précis de droit constitutionnel*, précité note 4 aux pages 177-179.

être considérées comme accessoires intimement liés à la *Loi sur le droit d'auteur* ou nécessaires à sa mise en oeuvre.

iv) Pouvoir de ratifier les traités

Les commentaires que nous avons faits à ce sujet dans la partie relative au droit moral de l'auteur s'appliquent ici de la même façon, en ce que la cause qui fait autorité dans ce domaine est toujours l'arrêt du Conseil privé *A.G. Canada c. A.G. Ontario*, [1937] A.C. 326 (J.C.P.C.), où Lord Atkin fait la distinction entre la *formation* du traité et sa *mise en oeuvre*. Quant à cette dernière, il est nécessaire de s'en remettre au partage des compétences législatives puisqu'au Canada un traité n'entre en vigueur que par son incorporation dans une législation spécifique y donnant suite, sans quoi le traité est sans effet.

Comme nous le verrons ci-après, nous pensons que les droits voisins doivent entrer dans le champ de compétence constitutionnelle du Parlement provincial et que dès lors le Parlement fédéral ne pourrait s'appuyer sur cette compétence en matière de ratification de traités pour édicter une législation sur ce sujet.

Pour résumer les champs possibles de compétences du Parlement fédéral en matière de **droits voisins**, il semble donc que, d'une part, seuls les droits accordés aux organismes de radiodiffusion pourraient possiblement entrer dans un champ de compétence exclusif du Parlement fédéral.

D'autre part, en ce qui concerne les droits accordés aux producteurs de phonogrammes à titre de droits voisins, il nous semble qu'aucun champ de compétence valide ne permettrait au Parlement fédéral de légiférer à leur sujet[70].

Enfin, pour les droits des artistes-interprètes, comme leur situation se rapproche de celle des auteurs[71], ils pourraient au mieux être rattachés à cette dernière par l'intermédiaire des pouvoirs accessoires, bien que ces droits traitent plutôt de leur *prestation* que de leur création.

Abordons maintenant le champ possible de compétence constitutionnelle provinciale.

70. Ces droits font toutefois déjà partie de la *Loi sur le droit d'auteur* au sujet desquels nous avons émis de grandes réserves quant à leur constitutionnalité.
71. Sur ce sujet voir toutefois les commentaires de Lahore (notes 65 et 66).

C. Champs possibles de compétence constitutionnelle provinciale

Les droits voisins sont une forme de droits de propriété, de droits civils. Mais à la différence des droits d'auteur (qui le sont également), ils n'ont pas été *expressément* attribués en vertu de l'article 91(23) de la *Loi constitutionnelle de 1867* au Parlement fédéral[72].

Analysons donc brièvement chacune des catégories de **droits voisins** envisagées par la Convention de Rome de 1961, et essayons de mettre en lumière pourquoi ces droits seraient plus susceptibles d'être gouvernés par les législatures provinciales en application de leur compétence législative en matière de propriété et droit civil conféré par les articles 92(13) et 92(16).

i) Les artistes-interprètes

À l'heure actuelle, et en l'absence de toute législation, le droit des artistes-interprètes sur leurs *prestations* est réglé par le droit commun et plus particulièrement le droit des contrats[73] ou par l'intermédiaire des droits de la personnalité (voix ou image)[74].

Les droits accordés aux artistes-interprètes sont de la nature des droits de propriété[75] et vu leur caractère éminemment personnel et contractuel, les provinces peuvent légiférer pour réglementer les relations contractuelles entre les différents intervenants, comme l'a d'ailleurs déjà fait le Québec par sa *Loi sur le statut professionnel des artistes des arts visuels, des métiers d'art et de la littérature et sur*

72. Encore une fois et pour la clarté de l'exposé, les droits voisins qui seront sous étude dans cette partie sont les droits des artistes-interprètes, ceux des producteurs de phonogrammes et ceux des organismes de radiodiffusion (bien que ces derniers pourraient être rattachés à une compétence exclusive fédérale).
73. Sur le caractère insatisfaisant de cette protection, voir: Ysolde GENDREAU, «La loi française du 3 juillet 1985, un modèle pour les droits des artistes-interprètes canadiens», (1989) 1 *Les Cahiers de propriété intellectuelle* 371, 385. Bruce M. GREEN, «Protection of Musical Performers' Rights in their Performances», (1980) 48 *Canadian Patent Reporter (2d)* 113.
74. Voir à ce sujet l'arrêt *Krousse c. Chrysler Canada Ltd.*, (1974) 1 O.R. (2d) 225, (O.C.A.). Voir aussi Louise POTVIN, *La personne et la protection de son image* Montréal, Blais, 1991.
75. À ce sujet, Lord Denning, dans l'affaire anglaise *Ex parte Island Records Ltd. et al.*, [1978] 3 All E.R. 824, commentant une réclamation sous la *Performers Protection Act* a dit, aux p. 830-831:
«The recording companies have the right to exploit the records made by them of the performances. The performers have the right to the royalties payable to them out of these records. These rights are buttressed by the contracts between the recording companies and the performers. They are rights in the nature of rights of property.»

leurs contrats avec les diffuseurs (L.R.Q., c. S-32.01), et pallier ainsi aux imperfections, comme l'effet relatif des contrats, du droit des obligations. Soulignons qu'en cette matière (droit des obligations) les provinces ont toujours eu la compétence exclusive de légiférer, mais nous y reviendrons plus en détail dans un prochain article.

ii) Les producteurs de phonogrammes

Outre ce qui a déjà été dit dans la partie sur les empreintes (voir *supra*), cette catégorie de droit se rapproche plus des actes de concurrence déloyale[76]. Elle protège une compétence technique plus qu'un effort intellectuel original et dès lors ces droits auraient plus leur place au sein d'une protection par l'intermédiaire de la compétence législative des provinces en matière de propriété et de droit civil que par le droit d'auteur qu'ils dénaturent par leur présence en créant un droit d'auteur industriel.

iii) Les organismes de radiodiffusion

Les remarques sur le champ de compétence constitutionnelle faites pour les producteurs de phonogrammes pourraient s'appliquer *mutatis mutandis* aux organismes de radiodiffusion, si ce n'était de la possibilité de faire rentrer cette catégorie de droits à l'intérieur du champ de compétence du Parlement fédéral par le biais de son pouvoir de légiférer en matière de radiocommunication.

CONCLUSION

À la lumière de ce que nous venons de voir, il semble bien que le concept de «copyright» n'est pas aussi «élastique» au Canada qu'il pourrait l'être dans un pays *unitaire* comme l'Angleterre. Et même si, comme l'a écrit le professeur Françon, il y a une certaine interpénétration des deux conceptions du droit d'auteur, savoir anglo-saxonne et romano-germanique[77], on ne saurait permettre au Parlement fédéral d'ignorer les principes constitutionnels pour empiéter dans des domaines autrement de compétence provinciale.

76. Signalons qu'en France, avant la Loi du 3 juillet 1985, les producteurs de phonogrammes étaient «logiquement» protégés par l'intermédiaire des règles de la concurrence déloyale (voir: *Société Sonodisc et Snepa c. Rezzoug, Negadi et El Madjouli*, T.G.I. Paris 19 mars 1980 (1980) 106 *Revue internationale du droit d'auteur* 132).

77. André FRANÇON, «Les droits d'auteur au-delà des frontières: une comparaison civiliste et de common law», (1991) 149 *Revue internationale du droit d'auteur* 3.

Enfin, pour clore sur le sujet, rappelons le point de vue de Jacques Alleyn dans son article «The Phonographic Industry Deprived of its Performing Right in Canada», (1972) 6 *Canadian Patent Reporter* (2d) 258, où, parlant des droits voisins, il dit à la page 268:

> This will undoubtedly give rise to a constitutional law question in the event such rights could not be considered to be property in the nature of 'copyright'; it is quite possible that the type of legislation required to implement the Rome Convention in Canada or to provide performers with the protection they seek would have to be passed by the various provincial legislatures which would have to coordinate their action if an uniform and effective regime was to be established in Canada.

Notre réflexion se voulant un peu le contrepoids à l'éclairage qu'en avaient donné certains auteurs, dont Wanda Noël et Robert Judge[78], il appartient maintenant aux tribunaux de trancher définitivement entre ces deux thèses.

78. Voir *supra*, note 56.