Il est temps de mettre un terme à ce genre de dédoublement et d'oeuvrer dans le sens d'une plus grande liberté d'action provinciale dans les domaines liés à la culture (création), que seule permettrait une structure politique renouvelée en un fédéralisme inter-étatique, mettant ainsi fin à l'art de l'ubiquité!

Compte rendu de l'ouvrage de Victor Nabhan

Denis Turcotte*

Dans notre présentation de l'oeuvre de Victor Nabhan, *Droit d'auteur et banques d'information dans l'Administration*, mon collègue Ghislain Roussel et moi écrivons que ce n'est pas sans fierté que nous présentons cet ouvrage commandité par les ministères des Communications et des Affaires culturelles du Québec. En effet, nous croyions et croyons toujours

> que cette publication arrive à point nommé alors que les questions relatives à la propriété intellectuelle des produits issus des nouvelles technologies de l'information ont pris une telle importance qu'il devenait essentiel de fournir aux gestionnaires de ces technologies une réflexion à la fois poussée et accessible sur ces questions.[1]

Il faut aussi rappeler que déjà en 1988, alors que le ministère des Communications entreprenait une vaste enquête sur la diffusion des banques d'information gouvernementales, le manque d'information – certains diraient d'intérêt –, non seulement à l'égard du droit d'auteur sur les documents incorporés dans ces banques d'information, mais aussi sur la meilleure façon pour l'État de protéger ses droits d'auteur sur ses banques, apparut manifeste. Cette situation se conjuguait également avec cette préoccupation qui commençait de se manifester avec vigueur: la volonté de protéger adéquatement les logiciels ou programmes d'ordinateur contre toute forme de piraterie.

© Denis Turcotte, 1992.

* L'auteur est chef du Service du droit et des technologies de l'information au gouvernement du Québec. Il est un spécialiste des questions touchant le droit de l'informatique et l'informatique juridique.

1. Présentation par Denis Turcotte et Ghislain Roussel de *Droit d'auteur et banques d'information dans l'Administration*, Victor NABHAN, Québec, Publications du Québec, 1992, 140 pages.

À cette conjoncture favorable, il fallait ajouter les toutes récentes modifications à la loi canadienne sur le droit d'auteur qui devraient permettre d'asseoir juridiquement une protection adéquate des banques d'information et des outils pour les concevoir, les gérer et les diffuser, c'est-à-dire les logiciels.

Dès lors, ayant tous deux des mandats complémentaires et des intérêts communs, le Secrétariat à la propriété intellectuelle du ministère des Affaires culturelles et la Direction générale des technologies de l'information du ministère des Communications apparaissaient comme des alliés naturels dans cette entreprise. C'est d'ailleurs d'un commun accord que nous avons demandé au professeur Nabhan, éminent consultant dans le domaine de la propriété intellectuelle, de relever le défi de rendre simple et facile d'application un domaine que les modes traditionnels de diffusion – lire l'imprimé – avaient pu sembler rendre de peu de conséquences.

Nous sommes convaincus que les lecteurs constateront que le défi a été relevé avec succès. Il en résulte un texte facile à lire mettant en relief l'essentiel et qui ne suppose pas une formation juridique. Ce ne serait que cela, qu'on parlerait simplement de vulgarisation réussie. Mais il en est aussi résulté un texte que les spécialistes du droit d'auteur et des technologies recevront et consulteront avec profit.

Nous devons d'ailleurs à la vérité de dire que l'auteur lui-même avait mesuré l'ampleur du défi devant lequel nous l'avions placé et qu'il écrit dans son avant-propos que:

> Cette orientation imprime à l'ouvrage une facture un peu particulière, quelque peu hybride. D'un côté ouvrage de vulgarisation, guide pratique, accessible aux non-initiés – d'où l'absence de développements théoriques poussés et repoussants, de même que du droit comparé, et la retenue dans les citations et références – mais aussi étude de fond, l'accessibilité ne devant pas se faire au détriment d'une analyse rigoureuse, ni verser dans le superficiel. Maintenir l'équilibre entre ces deux approches ne fut pas facile. C'est dire que l'entreprise fut périlleuse, le résultat pouvant valoir à l'auteur et le mépris des uns – les spécialistes – et le renfrognement des autres – les néophytes. Je formule donc le voeu (pieux?) que cet ouvrage, d'un genre difficile à qualifier, ne soit pas considéré par tous comme inqualifiable.[2]

2. Victor NABHAN, *op. cit.*, p. vii.

On comprendra donc l'auteur de commencer son ouvrage par quelques notions fondamentales en droit d'auteur, étant entendu que le gestionnaire habituel d'une banque d'information n'a pas, des questions relatives à la propriété intellectuelle, une connaissance et une pratique quotidiennes. Cela fait, il devenait alors plus facile d'amener le gestionnaire des nouvelles technologies à voir comment les principes fondamentaux s'appliquent aux banques de données.

On trouvera donc dans cet ouvrage du professeur Nabhan trois chapitres qui traitent successivement de la constitution d'une banque de données, du statut juridique de ces banques, ainsi que de l'utilisation qui en est faite. On imaginera facilement que le chapitre premier sur la constitution de la banque explore en détails les utilisations totales ou partielles d'oeuvres protégées, les exceptions prévues par la loi, le cas des résumés, les traductions et les droits moraux. Quant au chapitre deuxième, il répond essentiellement à deux questions: existe-t-il des droits d'auteur sur la banque de données? et, si oui, à qui ces droits sont-ils attribués? Enfin, le chapitre troisième – l'utilisation de la banque de données – étudie deux situations particulières selon que la banque est consultée essentiellement en milieu gouvernemental ou qu'elle est accessible au grand public. L'auteur y note fort justement que «dans l'un et l'autre cas, l'État doit se demander si l'utilisation de la banque est susceptible d'exposer sa responsabilité au regard de la Loi sur le droit d'auteur»[3].

Enfin, et c'était là un difficile exercice que les commanditaires avaient imposé au professeur Nabhan, des clauses contractuelles types devaient venir compléter l'ouvrage. Encore là, le défi fut relevé avec succès. Le lecteur trouvera donc à la fin de la publication des modèles commentés de certaines clauses contractuelles touchant la constitution et l'exploitation d'une banque de données.

L'appréciation d'un ouvrage se mesure toujours au succès qu'il remporte sur le marché. Que dire de plus de cette publication sauf qu'après quelques mois, la première édition en est épuisée et que l'éditeur vient de réimprimer...

Bonne lecture!

3. *Op. cit.*, p. 59.

2) Conditions générales d'application 322
a) Notion de «dessin industriel» 323
b) Aspect esthétique et caractère fonctionnel 324
c) Originalité et nouveauté 326
3) Application malaisée de cette forme de protection à la création de mode 328
a) Difficultés liées à l'étroitesse de la nouveauté en matière d'apparence 329
b) Nature particulière des détails enregistrés à titre de dessins industriels 330
4) Caractère immanquablement contournable de la protection en ce qui concerne l'apparence globale 334
II- La protection de l'originalité ou celle du vêtement dans son ensemble 336
A) La création vestimentaire telle que saisie par le droit d'auteur 336
1) Situation du régime canadien du droit d'auteur et pertinence de la jurisprudence britannique 337
2) Difficultés d'application tenant à la loi elle-même 338
a) Critère souple de l'originalité 338
b) Nécessité pour les étapes de la création de correspondre à la notion d'«oeuvre artistique» 339
3) Difficultés propres à la nature des oeuvres issues de la création vestimentaire 345
a) Difficultés reliées à la question de la reproduction et à la constatation de la contrefaçon en matière de mode 345
b) Difficultés techniques tenant à la nature hybride de la création vestimentaire 349
B) Le vêtement tel que saisi par le droit français 354

1) Régime applicable aux créations à la veille de l'adoption de la loi particulière 354
2) Circonstances entourant l'adoption de la loi particulière 356
3) Difficultés d'application de la loi particulière . . 357
a) Durée incertaine de la protection 358
b) Exigence apparente d'un caractère artistique 361
4) Critère souple et universel de l'originalité . . . 363
5) Épilogue: caractère impraticable de la protection 365
a) Application particulière des caractères généraux de la contrefaçon 366
b) Difficile constatation de la contrefaçon . . . 368
Conclusion 371

INTRODUCTION

Au cours des âges, le vêtement a fourni le témoignage constant du pouls de la société et de l'évolution des civilisations, s'affichant comme le miroir du rôle social de celui qui le porte. Ce postulat, tout en demeurant exact, devient cependant plus difficile à observer, à mesure que progresse la mode. Avec celle-ci dont il est la prémisse, le vêtement aspire en outre à être le reflet de la personnalité, voire – et c'est un paradoxe fascinant – de l'individualité. Mais avant qu'il puisse véhiculer cette nouvelle dimension, il aura fallu que la mode connaisse elle-même deux phases.

Cette mode dut en un premier temps s'élaborer. Pendant longtemps en effet, l'élégance et la parure demeurent l'apanage de la puissance et de la richesse, tandis que pour le reste la fonction dicte seule l'allure. Il n'est alors pas question de marché, et les «modes»[1] que connaissent au XIIIe siècle les cours seigneuriales de l'Europe occidentale et la riche bourgeoisie des grandes villes reposent exclusivement sur une relation de maître à exécutant. Or, avec les Grandes Inventions s'accroissent les échanges entre les peuples. Ceci, d'une part, rend désormais disponibles localement les spécialités étrangères, tels les draps de Flandre, les soieries espagnoles ou les fourrures de la Nouvelle-France[2], et, d'autre part, catalyse les emprunts entre les costumes respectifs[3]. De cette mutualité émergent naturellement certaines tendances, choisies pour en tout lieu annoncer la classe dirigeante. Les modes des diverses cours graduellement donc se rangent, pour dorénavant répondre à un code sans cesse plus structuré, et par conséquent capable d'une évolution rapide et

1. Le mot, il faut le noter, n'est alors pas encore employé en relation avec l'habillement; voir G. MATORÉ, *Le vocabulaire et la société médiévale*, Paris, Presses universitaires de France, 1985, p. 226 et s.
2. *Cf.* Y. AUBIN, «Le vêtement révèle l'homme tout au long de l'histoire», (1985) 13 *Les Cahiers de Cap-Rouge*, nº 4, p. 31 et P. YONNET, *Jeux, modes et masses*, Paris, Gallimard, Bibliothèque des sciences humaines, 1985, p. 303.
3. Le costume, nous enseigne Maguelonne Toussaint-Samat, «doit être invoqué lorsqu'il s'agit d'une manière particulière ou précise de se vêtir». Voir *Histoire technique et morale du vêtement*, Paris, Bordas, 1990, p. 5. En ce sens, la notion même de costume, du latin *consuetodinem* («ce dont on a l'habitude»), marque déjà un pas dans la perception du vêtement.

systématique. Au milieu du XIXe siècle, lorsque par l'exemple de la haute couture, régie selon un nouvel axiome créateur-client[4], apparaît véritablement la mode, c'est alors affranchie de tout empirisme.

Mais la mode dut également se démocratiser. Cette seconde étape n'est rendue techniquement possible que par la levée, aux XVIIe et XVIIIe siècles, des différents édits qui jusque-là limitaient l'exercice du métier de tailleur et interdisaient l'emploi de matières somptueuses[5]. Dès lors, la démocratisation de la mode s'impose comme la conséquence naturelle de sa structuration: cette dernière, si elle assure à la mode sa diffusion, favorise pareillement sa vulgarisation en ouvrant la porte au *copiage*.

Or, une bourgeoisie toujours plus aisée avait depuis longtemps été conquise par le désir de soigner son élégance. Les modèles de la haute couture, laquelle ne s'adresse qu'à une élite du reste de plus en plus réduite, sont donc repris par les couturières particulières, tandis qu'aux quelques gravures des occasionnelles gazettes du fin XVIIe succèdent, au tournant de notre siècle, de véritables périodiques spécialisés proposant des patrons. Par contre, les tissus employés à l'occasion de ces confections perdent de leur somptuosité, et les copies elles-mêmes de leur extravagance par rapport aux créations originales, les bourgeoises n'ayant ni les moyens qu'autorise la fortune, ni l'assurance qu'elle seule permet d'afficher[6]. La mode se propage donc en s'avilissant, descendant jusqu'à la petite bourgeoisie, mais jamais encore jusqu'aux classes populaires. Celles-ci demeureront ainsi exclues de ce circuit tant que l'essor économique ne leur aura pas conféré un réel pouvoir d'achat, mais aussi, et surtout, tant qu'il n'aura pas bouleversé la mode elle-même.

4. C'est Worth qui, sous Napoléon III, fut le premier à briser le schème traditionnel posé par la relation de maître à exécutant, délivrant ainsi la mode du carcan du pouvoir politique. Avec lui, la mode ne se décide plus à la cour, et Worth propose lui-même ses modèles, qu'il a l'idée de faire revêtir par des mannequins vivants. Par ce précurseur, la haute couture devient autonome et s'affirme comme un art. Voir P. YONNET, *op. cit.*, note 2, p. 315-319.
5. Les tailleurs français, auxquels les nobles étrangères confiaient déjà leur élégance, jouissaient en ce pays du droit exclusif d'habiller les femmes. L'essentiel de la confection demeura par conséquent de nature familiale et artisanale, jusqu'à ce qu'en 1675, Louis XIV fasse droit à une pétition adressée par des modistes officieuses, en créant la compagnie des «maîtresses couturières». La compétition qui s'ensuivit alors allait stimuler le développement de la fantaisie et de la garniture; forçant l'exportation, elle favorisera ensuite dans toute l'Europe l'association de la France à la notion d'art vestimentaire. *Cf.* Y. DESLANDRES, *Le costume image de l'Homme*, Paris, Albin Michel, 1976, p. 146; *Grand Larousse Encyclopédique*, Paris, 1963, tome 7, p. 414.
6. B. Du ROSELLE, *La crise de la mode*, Paris, Fayard, 1973, p. 29.

C'est en effet avec l'arrivée du style industriel, croisement de la méthode américaine et de l'esprit français, que disparaîtra pratiquement la confection particulière, pour faire place au «prêt-à-porter»[7]. Or, si celui-ci ne s'adresse encore qu'à une clientèle relativement aisée, il témoigne bien d'une conception révolutionnaire de l'habillement, conception qui autorise enfin l'éclatement tous azimuts de la mode. Avec l'inéluctable modernisation de la confection industrielle donc, voilà que plus rien ne s'oppose à l'injection du style dans la production de masse, jusque-là confinée à la tristesse et à l'anonymat. Prenant assise sur elle-même pour s'infiltrer toujours plus loin, la mode se déploiera rapidement, gagnant alors les classes populaires. Après celle de la femme, c'est l'émancipation de la jeunesse qu'elle va employer, et indissociablement favoriser, y trouvant un nouveau et large créneau où s'établir et parachever ainsi son imparable invasion.

Parce que la classe dirigeante est aussi la plus conservatrice, c'est dans sa propre démocratisation que la mode puise une nouvelle et formidable faculté d'évolution lui permettant enfin de prendre sa pleine mesure. Dès lors, si l'influence de la haute couture persiste indéniablement, un courant populaire ascendant s'inscrit en contrepartie; pareillement, en tout point entre ses deux extrêmes, la chaîne de la mode foisonne d'idées qui, éventuellement, feront écho dans un sens comme dans l'autre[8]. La mode n'est alors plus omniprésente seulement dans sa diffusion, mais également dès le stade de ses apparitions. Son empire va alors croître selon une nouvelle dimension, notamment avec le puissant concours des médias, et, s'arrogeant tous les attributs possibles, elle dictera depuis l'allure le style de vie qui s'impose. Il n'est alors plus simplement question de

7. Traduction littérale de l'expression américaine *«Ready-to-Wear»*, le néologisme français, lancé en 1948 par Jean-Claude Weil, est depuis employé presque universellement. Il désigne des produits ne nécessitant ni transformation ni retouche et obtenus en série par une confection mécanisée, mais qui, néanmoins, conservent l'avantage du style puisqu'ils tiennent de la création. *Cf.* F. VINCENT-RICARD, *La Mode*, Paris, Seghers, 1987, aux p. 22 et s., et 121 et s. Voir également, sur l'avènement du prêt-à-porter: P. YONNET, *op. cit.*, note 2, p. 335 et s.; G. LIPOVETSKY, *L'empire de l'éphémère*, Paris, Gallimard, Bibliothèque des sciences humaines, 1987, p. 126 et s.; De PAOLA et Stewart MUELLER, *Marketing Today's Fashion*, Englewood Cliffs, Prentice-Hall Inc., 1980, p. 76 à 98 et 133 à 239; *Encyclopédie de la mode*, Paris, Nathan, 1989, p. 175-176.

8. On parle alors de courants *«upstream»* et *«downstream»*. C'est ainsi que certaines modes que l'on dit être nées dans la rue, généralement forgées par des jeunes en quête d'identité, sont récupérées par l'industrie. Inversement, le «jeans» a révolutionné le prêt-à-porter au tournant des années soixante-dix; et, de façon analogue, l'on s'inspire à tous les niveaux du passé, du folklore ou du quotidien, drainant ainsi dans le sillage de la mode les tenues militaires ou les bleus de travail. *Cf.* Y. AUBIN, «La mode et les créateurs», (1986) 14 *Les Cahiers de Cap-Rouge*, p. 47-48.

vêtements; par le biais de l'élégance, c'est une image que la mode véhicule.

Mais, si cette excroissance particulière du phénomène de la mode n'est pas à sous-estimer, la question qu'elle pose est subordonnée à celle de la création, l'image n'étant que l'aboutissement éloigné et quelque peu dégénéré de cette dernière. Au-delà de ces manifestations à grand déploiement donnant l'impression d'une aventure grandiose et formidablement orchestrée, c'est la création vestimentaire en tant que telle qui retient notre attention. Encore faut-il auparavant préciser ce que l'on doit entendre par «créateur», pour ensuite exposer brièvement comment se crée un vêtement.

Celui que par souci de commodité nous appellerons toujours créateur pourra être un grand couturier[9], ou quelqu'un oeuvrant dans le prêt-à-porter[10]. Il pourra s'agir également d'un styliste travaillant à un niveau plus modeste et à son propre compte, ou encore, par extension, d'une entreprise qui emploierait ses propres stylistes, ou louerait les services d'un bureau de style[11].

Si l'idée première peut ainsi survenir dans bien des contextes, le cheminement de la création sera, lui, toujours sensiblement le suivant: divers croquis ayant permis de cerner l'idée, un premier patron est tracé; un prototype du vêtement est ensuite confectionné sur la base de ce patron, ce qui permettra en retour d'y apporter

9. N'est pas grand couturier qui veut. Pour l'être, il faut obéir à des règles précises et inflexibles, dictées par la Chambre Syndicale de la Couture Parisienne, déterminant entre autres le nombre minimum des présentations annuelles à la clientèle (45) et à la presse (2), ainsi que celui des modèles (65). La confection sur mesure est imposée inexorablement, et puisqu'il est en outre nécessaire selon ces mêmes règles d'établir un salon à Paris, il ne saurait y avoir d'authentique haute couture ailleurs qu'en cette ville, quand bien même les autres critères seraient-ils respectés. Sur les règles de la Chambre, voir: *Encyclopédie de la mode*, *op. cit.* note 7, p. 47-48; N. GALL, «Made to Order», *The Ottawa Citizen*, 16 juin 1988, p. C-1; F. VINCENT-RICARD, *op. cit.*, note 7, p. 61 à 63.

10. C'est à ce niveau que se situent ceux que l'on désigne, dans le langage propre à la mode, comme les «créateurs». Cette acception particulière est donc plus étroite que celle que nous retenons pour les fins de notre étude.

11. Les bureaux de style sont nés de l'éclatement industriel de la mode. À cause de celui-ci, il est devenu crucial pour les entreprises manufacturières de ne plus oeuvrer isolément, mais de proposer plutôt des produits qui s'inscrivent dans le courant de la mode. Les bureaux de style ont pour rôle d'aider ces entreprises à concevoir de tels produits, en établissant un plan d'action qui tient compte du pouls de la mode et des contraintes de la confection industrielle. Voir F. VINCENT-RICARD, *op. cit.*, note 7, p. 29 à 39; P. FRIEDMAN, «Les Nostradamus de la mode», *Elle Québec*, n° 13, septembre 1990, p. 129-132; M. LEMELIN et L. DESAULNIERS, «La griffe du succès», *Commerce*, août 1989, p. 20.

quelques améliorations[12]. La recherche de méthodes facilitant la fabrication industrielle, ainsi que la nature des tissus et matériaux susceptibles d'être employés, sont des facteurs qui, également, pourront faire en sorte que des modifications soient apportées. Lorsqu'enfin le patron est définitivement arrêté, le vêtement est mis en production et distribué[13].

Or, nous l'avons vu, la mode n'a cessé, depuis qu'elle a acquis une certaine structure, d'être accompagnée par le copiage. Qui copie? Tous les créateurs puisent leur inspiration à même la mode, ou subissent l'influence de celle-ci; un vêtement qui s'inscrit dans les tendances actuelles – ou, mieux encore, qui annonce celles à venir – sera donc inévitablement repris. Les créateurs sont également limités dans le choix des tissus, coloris et matériaux de l'heure, et doivent composer avec les images en vogue. La notion de copiage[14] prend donc parfois une connotation très subjective, qui témoigne du seul point de vue du créateur original. Elle peut donc être observée à tous les niveaux, même s'il n'est guère concevable qu'un grand couturier ou un créateur réputé s'y livrent systématiquement[15].

Nous venons d'exposer une vision certes sommaire, mais suffisante, du jeu de la mode. Quel que soit le fond des choses, le copiage

12. Un nombre minoritaire de créateurs, tel Perry Ellis, sautent l'étape des croquis et créent plutôt un premier prototype à partir des tissus mêmes.
13. S'il s'agit d'une création de la haute couture, il est alors plutôt question de confection sur mesure. Sur les étapes de la création, voir Y. AUBIN, «La mode...», *op. cit.*, note 8, p. 45, et, à titre illustratif, *Radley Gowns c. Costas Spyrou*, [1975] 1 F.S.P.L.R. 455 (Ch. D.), p. 457; *Productions G.R.O.S. Design Inc. c. Alpenstock Beaupré Inc.*, J.E. 90-1473, C.S., p. 4.
14. Plusieurs avenues mènent au copiage systématique. Ce n'est que rarement que le copiage se réalise à partir du patron original. Non seulement celui-ci est-il relativement difficile à obtenir, mais surtout n'est-il absolument pas indispensable: avec le concours éventuel des stylistes, les patroniers supputent aisément depuis une simple photographie quel est le mode de construction d'un vêtement. Le copieur peut donc agir à partir des photographies prises sans retenue lors de la présentation d'une collection, ou encore depuis des croquis originaux. Il existe par exemple à Paris un réseau à peine clandestin d'agences qui distribuent des catalogues recueillant les dernières tendances du haut de la gamme; on y retrouve des croquis, des photographies, et des échantillons de tissus; même les accessoires y sont présents. Leurs abonnés sont des industries ou des grands magasins, qui, plutôt que de recourir aux services d'un bureau de style, feront exécuter par leur propre équipe de stylistes et de patroniers les modèles choisis. Plus simplement encore, le vêtement lui-même peut servir de modèle. Concernant cette dernière pratique, voir à titre d'illustration L. WINITZER, «Le blitz de la mode allemande», *Revue Commerce*, septembre 1987, p. 24.
15. Voir ainsi l'affaire suivante, dans laquelle un créateur a intenté, sans succès, une action en contrefaçon contre le grand couturier Yves Saint-Laurent: *Trib. gr. inst.* Paris 27 juin 1985, P.I.B.D. 1985.III.324.

d'un vêtement qui jette les jalons d'une nouvelle vogue demeure une constatation de fait inéluctable. Or, s'il était possible de contrôler quelque peu cette activité tant que la diffusion de l'élégance n'était que l'écho de la haute couture, l'éclosion de la création à tous les niveaux allait rendre caduque cette protection. Le phénomène de la mode semble aujourd'hui bien trop fébrile et complexe pour être contenu par des moyens aussi rudimentaires que les traditionnels règlements retardant le copiage légitime des oeuvres des grands couturiers[16].

Est-il par conséquent encore possible de protéger la création vestimentaire? Voilà la question à laquelle nous entendons répondre. À cet égard, nous considérerons la création vestimentaire en elle-même et au sens strict, plutôt que de nous attarder au phénomène de l'image qui s'y rattache. Or, la création se présente au juriste comme un savant mélange d'art et d'industrie. Le créateur exerce en effet une activité à ce point hybride: tel un «artiste», il peut laisser libre cours à son imagination, puiser ça et là son inspiration et créer, pour le seul plaisir de le faire, dans un domaine dont l'existence se passe de justification; en effet, tant que le vêtement occupera un rôle fondamental, la création demeurera une activité indispensable et incoercible, quelle que soit elle-même la mode de l'heure. Par ailleurs, le créateur connaît également des contraintes qui participent plutôt du monde industriel: le vêtement n'occupe une place fondamentale dans la société que parce qu'il remplit une fonction, et la liberté créatrice est ainsi subordonnée aux exigences de l'usage auquel est destiné le fruit de ce travail. De plus, le créateur est confronté à la double nécessité de répondre à la demande et de composer avec ce qui, grâce à celle-ci, est mis à sa disposition, autant au chapitre des matières et des couleurs qu'en ce qui concerne les accessoires; en somme, il doit constamment prendre le pouls de la mode.

On l'aura donc pressenti, il est question d'étudier dans quelle mesure le droit de la propriété intellectuelle peut ici recevoir application. À cet égard, nous pourrions nous employer à déterminer quels sont les droits se rattachant aux différentes étapes du travail du créateur original, et quels sont, parmi les gestes relevant du copiage, ceux qui constituent une violation. Mais cette façon de procéder serait fastidieuse et entraînerait un traitement soit incomplet, soit inutilement répétitif. De plus, ce serait exagérer l'importance des voies de

16. Voir note 5, ainsi que P. VIDAL, *Histoire de la Corporation des tailleurs d'habits, pourpointiers-chaussetiers de la ville de Paris*, Paris, Chambre syndicale de la mercerie en détail, 1923, p. 72 à 92, et G. MATORÉ, «La mode qui court, la mode qui trotte», *L'histoire*, nº 99, avril 1987, p. 74-75.

la création et du copiage, et ce, au détriment du résultat. Aussi procéderons-nous plutôt thématiquement, recherchant séparément l'application des différents domaines de la propriété intellectuelle à l'ensemble de la création. Nous verrons alors qu'en ce qui concerne le processus de la création lui-même, plusieurs questions seront écartées d'emblée. En outre, nous aurons en conséquence de cette méthode une vision plus claire de l'application globale de chacun de ces domaines.

Ayant précédemment écarté la question de l'image au profit de celle, plus fondamentale, de la création, nous renoncerons par conséquent à étudier en tant que tel le domaine des marques de commerce. Notre étude du droit canadien se cantonnera donc aux trois autres lois sur lesquelles repose, dans sa conception classique, le régime de la propriété intellectuelle, soit: la *Loi sur les brevets*[17], la *Loi sur les dessins industriels*[18], et la *Loi sur le droit d'auteur*[19].

Les domaines qu'entendent régir ces lois sont tributaires de l'extraordinaire essor technologique, et par conséquent sans cesse bouleversés. Depuis quelques années, et après que de nombreuses possibilités de réforme aient été envisagées[20], des efforts importants sont en cours afin de moderniser ces législations[21]. Incidemment

17. L.R.C. (1985), c. P-4, ci-après la *Loi sur les brevets*.
18. L.R.C. (1985), c. I-9, ci-après la *Loi sur les dessins industriels*.
19. L.R.C. (1985), c. C-42, ci-après la *Loi sur le droit d'auteur*.
20. Dès 1954 en effet, une commission royale d'enquête, la Commission Ilsley, recevait le mandat d'établir, entre autres, si la législation se rapportant de quelque manière à la propriété intellectuelle et industrielle favorisait raisonnablement la créativité. Cette commission allait déposer trois rapports: *Rapport sur le droit d'auteur*, Ottawa, 1957, 166 p.; *Rapport sur les dessins industriels*, *id.*, 1958, 98 p.; *Rapport sur les brevets d'invention*, *id.*, 1960, 210 p. Le Conseil économique du Canada allait lui aussi entreprendre une étude de l'ensemble du régime, et déposer, en 1971, son *Rapport sur la propriété intellectuelle et industrielle*, Ottawa, Information Canada, 1971, 252 p., tandis que de 1974 à 1977, le ministère de la Consommation et des Corporations publiait différents documents envisageant la révision de ces lois: *Document de travail sur la révision de la Loi sur les marques de commerce*, Ottawa, Consommation et Corporations Canada, 1974; *Document de travail sur la révision de la Loi sur les brevets*, *id.*, 1976, 371 p. (assorti d'un projet de loi administratif); A.A. KEYES et C. BRUNET, *Le droit d'auteur au Canada – Propositions pour la révision de la loi*, *id.*, 1977, 269 p. Plus récemment finalement, une étude commandée par le ministère de la Consommation et des Affaires Commerciales proposait une réécriture complète de la loi sur les dessins industriels: voir William L. HAYHURST, *Report on Revision of the Canadian Industrial Design Act*, 1991.
21. La loi sur les brevets et celle sur le droit d'auteur ont ainsi été l'objet de modifications substantielles en 1987 et 1988 respectivement, auxquelles nous reviendrons. En décembre 1992, le législateur déposait par ailleurs le *Projet de loi d'actualisation du droit de la propriété intellectuelle* (S-17), lequel apportera des modifications d'ordre technique parfois importantes aux textes en cause.

donc, notre analyse sera plusieurs fois l'occasion de faire le point sur la protection qu'offraient ces trois lois dans leur forme qui prévalait récemment encore, et d'illustrer en quoi les nouvelles dispositions viendront vraisemblablement en modifier la nature ou l'étendue.

Mais là ne s'arrêtera pas notre étude; au contraire celle-ci ne saurait être complète sans au moins une incursion en droit français. En effet, si la mode et le droit ne nous semblent guère être des sujets qui s'évoquent mutuellement ou qui appellent un traitement commun, c'est notamment parce que l'industrie de la mode est ici relativement jeune. Aussi ne s'étonnera-t-on guère de ce qu'en France, berceau originel de la mode, une industrie séculaire de l'élégance ait conduit les juristes à chercher des réponses aux problèmes dont elle était cent fois la cause. Le droit français de la propriété intellectuelle n'a en effet pu faire autrement que tenir compte dans son évolution de cette sphère d'activité unique en son genre, en faisant même l'objet d'une législation particulière[22]. C'est donc avec profit que l'on étudiera cet exemple.

Toutefois, il ne sera pas question d'un exercice de droit comparé; si la situation de la mode est telle en France, l'on comprendra que cet état de chose empêche tout parallèle avec le Canada. L'on ne saurait donc opposer d'un bloc le régime canadien et le régime français, d'autant plus que l'idiosyncrasie de chacun se prête mal à un tel traitement, le droit français reposant notamment, ainsi que nous le verrons, sur une conception cumulative de la protection. Il ne saurait non plus être question de traiter séparément tous les domaines pertinents, en opposant chaque fois les deux régimes, car cette façon de procéder supposerait à son tour de fastidieuses répétitions, en raison justement de cette thèse française de l'unité de l'art. Du reste, dans un cas comme dans l'autre, ce serait peut-être accorder trop d'importance au droit français; en revanche reléguer celui-ci au moment de la conclusion aurait privé notre étude des plus éloquentes démonstrations dont elle eut pu se servir.

Nous procéderons donc en deux temps, et selon une division que le processus de la création, en tant que mélange d'art et d'industrie, suggère lui-même. Nous rechercherons dans une première partie comment les innovations qui surviennent dans le cadre de la création vestimentaire peuvent être protégées. Ces innovations revêtant soit

22. *Loi du 12 mars 1952 sur la répression de la contrefaçon des créations des industries saisonnières de l'habillement et de la parure*, N° 52-300, *J.O.*, 13 mars 1952, modifiée par l'article 78 de la Loi du 11 mars 1957, et abrogée par la *Loi du 1er juillet 1992 relative au code de la propriété intellectuelle*, N° 92-597, *J.O.*, 3 juillet 1992.

un caractère technique, soit un aspect ornemental, c'est donc le droit des brevets, puis celui des dessins industriels qu'il nous faudra étudier. Nous verrons alors qu'en raison, d'une part, de ce critère très strict qu'est la nouveauté et, d'autre part, de la nature hybride de la création, les protections ne seront généralement dévolues qu'aux composantes du vêtement et ne profiteront pas à celui-ci dans son ensemble. Aussi faudra-t-il, dans un second mouvement, rechercher dans quelle mesure cet ensemble peut être embrassé par une protection efficace contre le copiage. Adoptant alors le critère moins rigoureux de l'originalité, nous étudierons à quel titre certaines étapes de la création peuvent être l'objet de droits d'auteur, et comment le bénéfice de cette protection rejaillit sur l'ensemble. Nous tournant ensuite vers l'exemple du droit français, nous verrons comment, en vertu d'une loi particulière basée sur le même critère, le vêtement se trouve globalement saisi et protégé, et s'il résulte de la coexistence de cette quatrième voie de protection et de la théorie de l'unité de l'art, de meilleures garanties contre le copiage.

I- LA PROTECTION DE LA NOUVEAUTÉ OU CELLE DU VÊTEMENT PAR SES COMPOSANTES

Royaume de l'éphémère, la mode est également le berceau d'une perpétuelle nouveauté. Cela s'entend: alors que la stagnation du style émousserait le besoin de consommation, la cadence de la mode satisfait la demande du même coup qu'elle la ressuscite. Ainsi, la nouveauté qui hier triomphait, abdiquera demain au profit d'une autre. Mais entre temps, elle aura été à la mode. Or, pour cette raison, on l'aura copiée. Quand et comment cette nouveauté pourra-t-elle être protégée? Cette interrogation demande que l'on considère séparément la notion de nouveauté, autant absolue que relative, selon que celle-ci relève davantage de l'invention ou de la présentation.

A) La nouveauté participant de l'invention

Si l'invention revêt indubitablement le caractère de la nouveauté, il n'est pas dit qu'elle entre à tout coup dans le domaine de la législation concernant les brevets. Il importe ici de distinguer entre l'activité inventive elle-même et son aboutissement qui, lui, peut revêtir diverses formes. Avant de nous attarder à l'invention en matière de mode, il convient donc d'étudier les assises du régime des brevets.

1) Généralités du régime canadien des brevets

Adoptée en 1935[23], la loi canadienne sur les brevets tire ses origines de la législation américaine. Ce n'est qu'à partir de 1852, en effet, que l'Angleterre entreprit de codifier son droit en la matière, alors que les États-Unis en avaient eu l'initiative dès 1790. Aussi est-ce sur la loi américaine de 1836 que le gouvernement fédéral résolut de prendre exemple lors de la rédaction de sa première loi sur les brevets, en 1869[24]. Mais la philosophie sous-jacente à ces législations émanant en premier lieu de la common law, les décisions des tribunaux anglais font ici autorité, encore qu'il ne faille s'y référer que lorsque les dispositions pertinentes de la loi de ce pays retrouvent chez nous leur pendant[25]. En revanche, même dans le contexte d'une réelle similitude, la jurisprudence américaine n'est consultée qu'à titre indicatif et n'a, tout au plus, qu'une valeur persuasive[26].

De souche ainsi hybride, les principes régissant l'octroi d'un brevet au Canada ne tiennent qu'indirectement de la prérogative royale; contrairement à ce qui prévaut encore sous la loi anglaise, il s'agit plutôt ici d'un droit conféré à l'inventeur par la loi[27]. Néanmoins, c'est aussi en quelque sorte un privilège conféré par l'État: en échange de la divulgation intégrale de son invention et de son mode d'opération[28], le breveté jouit d'un droit exclusif d'exploitation[29]. Ce

23. S.C. 1935, c. 32.
24. S.C. 1869, c. 11. Antérieurement à la constitution du Canada en confédération et donc à l'A.A.N.B. qui établissait le partage des compétences, la législature du Bas-Canada avait adopté en 1823 sa propre Loi sur les brevets, loi qui devait être littéralement reprise au Haut-Canada dès 1826. Voir H.G. FOX, *Canadian Patent Law and Practice*, 4e éd., Toronto, Carswell, 1969, p. 5 à 11.
25. H.G. FOX, note 24, p. 6. Voir également la mise en garde formulée par le juge Pigeon dans l'affaire *Tennessee Eastman c. Le commissaire des brevets*, (1972) 8 C.P.R. (2d) 202, 208. Par ailleurs, cette similitude occasionnelle entre les textes se serait amenuisée, depuis que la loi anglaise a été modifiée en 1977. Voir I. GOLDSMITH, *Patents of Invention*, Toronto, Carswell, 1981, p. 50. La loi canadienne a elle-même été modifiée de façon importante par la *Loi modifiant la Loi sur les brevets et prévoyant certaines dispositions connexes*, L.R.C. (1985), c. 33 (3e suppl.), ci-après «la loi modificatrice de 1987». Sur celle-ci, voir J.A. LÉGER, «Les amendements à la *Loi sur les brevets*: une nouvelle philosophie?», (1988) 1 *C.P.I.* 79-86.
26. *Cf. Reeves Bros. Inc. c. Toronto Quilting & Embroidery Ltd.*, (1978) 43 C.P.R. (2d) 145, 152 (C.F.). Pour un exposé sur les points communs entre la législation canadienne d'avant la réforme et la loi américaine, voir R.V. JACKSON, «Patent Laws of the United States and Canada: Similarities and Differences», (1986) *Can.-U.S. L.J.* 83-90 et W.L. HAYHURST, «Differences between U.S. and Canadian Intellectual Property Laws – Real and Apparent», (1986) 11 *Can.-U.S. L.J.* 91-140.
27. Voir H.G. FOX, *Canadian Patent Law...*, *op. cit.*, note 24, p. 6.
28. L'article 34 exige que dans le mémoire descriptif constituant la demande de brevet, l'invention soit entièrement et efficacement divulguée.
29. D'une durée auparavant limitée à 17 ans à partir de la date de l'octroi du brevet, ce droit court désormais dès le dépôt de la demande et sur une période de 20 ans, en vertu des modifications apportées en 1987 à l'article 46.

par une économie de temps ou d'argent, un accroissement de la qualité d'un résultat ou de la facilité avec laquelle ce dernier est obtenu[41].

À ces deux critères, les tribunaux canadiens, s'inspirant de la jurisprudence anglaise, eurent tôt fait d'ajouter celui du caractère inventif ou ingénieux[42]. Aujourd'hui encore, cette notion demeure nébuleuse[43]. Il est clair toutefois que l'ingéniosité est une question de fait[44], laquelle s'apprécie non pas depuis le point de vue de l'inventeur lui-même, mais au contraire d'une façon objective. Ainsi, est ingénieux ce qui n'aurait pas été évident à l'homme de métier qui, avec toute sa science, n'aurait fait que se pencher sur la question, sans entreprendre de véritables recherches[45].

2) *Nature de l'invention en matière de mode*

Si elles ne constituent qu'un abrégé, les généralités que nous venons d'énoncer permettent déjà de supputer la nature essentielle-

41. *Id.*, 149; *Wright and Corson c. Brake Service Ltd.*, [1925] R.C. de l'É. 127, 131, confirmé [1926] R.C.S. 434. L'utilité est une question de fait qui s'apprécie selon la méthode formulée par le juge Rinfret dans l'affaire *French Complex Ore Reduction c. Electrolytic Zinc Process Co.*, [1930] R.C.S. 462, 466.
42. Voir *Ball c. Crompton Corset Co.*, (1886) 13 R.C.S. 189; *Canadian Gypsum Co. Ltd. c. Gypsum, Lime & Alabastime Canada Ltd.*, [1931] R.C. de l'É. 180, 187; *Crosley Radio Corpn. c. Canadian General Electric Co. Ltd.*, [1936] R.C.S. 551, 556. Après que sa décision dans l'affaire *Ciba, loc. cit.*, note 32, ait laissé croire que le critère du caractère inventif ou ingénieux n'était pas déterminant, la Cour suprême affirmait sans équivoque le contraire, quelques années plus tard, dans l'arrêt *Le Commissaire des brevets c. Fabwerke Hoechst AG*, [1964] R.C.S. 49, 53. L'adoption de ce critère était proposée dans le projet de loi type de 1976 (article 12), alors qu'en Angleterre, celui-ci se trouvait déjà dans la loi. Voir article 32(1)f), *Patents Act*, 1949. Cette condition se retrouve également dans le droit américain. Voir A. MICHAELSEN, «Design Patent and Obviousness – Obvious to Whom?», (1970) *P.T.I.C. Bull.*, séries 7, vol. 26, 7-16. P.D. ROSENBERG, *Patent Law Fundamentals*, 2e éd., New York, Clark Boardman Company Ltd., 1990 Revision, vol. 2, para. 9.02.
43. Beaucoup, pourtant, a été écrit sur la question. Voir notamment les articles suivants: W.L. HAYHURST, «Obviouness: the Art of Second Guessing», (1988) 5 *Can. Intel. P.R.* 1-22; J.D. WILSON, «Recent Developments in the Meaning of Obviousness – Is the Pendulum Swinging?», (1987) 3 *Can. Intel. P.R.* 388-404 où est recensée la jurisprudence sur la question; R.T. HUGHES, «Degree of Inventiveness Required to Support a Patent in Canada», (1987) 3 *Can. Intel. P.R.* 40-46; R.E. MITCHELL, «Recent Developments in the Meaning of Obviousness: Is the Pendulum Swinging?», (1985) 2 *Can. Intel. P.R.* 108-118; D.A. HILL, «The Requirement for Inventive Step», (1980) *P.T.I.C. Bull.*, series 8, vol. 6, 306-322; D.F. SIM, «Inventive-Ingenuity. A Canadian View?», (1976) *P.T.I.C. Bull.*, séries 7, vol. 38, 628-634.
44. *Crosley Radio Corpn. c. Canadian General Electric, loc. cit.*, note 42, p. 555 et 556.
45. *J.R. Short Milling Co. c. George Weston Bread and Cakes Ltd. et al.*, [1941] R.C. de l'É. 69, p. 86, confirmé (1942) R.C.S. 197. Voir I. GOLDSMITH, *Patents...*, *op. cit.*, note 25, p. 74, para. 81. De souche anglaise, cette formulation du critère de l'ingéniosité semble s'être raffinée, et l'on exige maintenant que «l'homme de métier» en question soit en outre dépourvu d'imagination. Voir *Beloit Canada Ltd. c. Valmet Oy*, (1986) 8 C.P.R. (3d) 289, 294 (C.A.F.); *Windsurfing c. Bic*, (1986) 8 C.P.R. (3d) 241 (C.A.F.); *Beecham Canada Ltd. c. Procter & Gamble Co.*, (1982) 61 C.P.R. (2d) 1, 27 (C.F.). La Cour suprême, sous la plume du juge Pigeon, a par ailleurs entériné l'expression de ce critère selon différentes tournures, lors de l'affaire *Fabwerke Hoechst A/G c. Halocarbon (Ontario) Ltd. et al.*, [1979] 2 R.C.S. 929, 945 et 946.

ment secondaire de la protection offerte par les brevets en rapport avec la création vestimentaire.

Ce n'est pas que ce régime ne soit pas largement applicable à l'industrie de la mode. Au contraire, on ne cesse d'élaborer de nouveaux textiles, aux propriétés souvent purement utilitaires, il est vrai, mais dont les propriétés, parfois, servent aussi franchement l'élégance. L'on a ainsi obtenu des tissus infroissables, indéfroissables ou indémaillables, d'autres qualifiés de «laver-porter» ou de «permanent press», tous dans de vastes gammes de couleurs vives et tenaces, et selon des degrés variables de souplesse ou de rigidité[46].

En ce sens, le progrès technique, stimulant constant de l'imagination et catalyseur de coupes toujours plus audacieuses, soutient la mode et la propulse sans cesse vers de nouveaux confins. Mais ce serait un leurre que de croire qu'un brevet, octroyé pour la composition d'un nouveau textile, puisse d'aucune façon bénéficier au vêtement pour la confection duquel ce textile est employé. Au contraire, le jeu de la mode impose ses propres règles qui requièrent qu'une matière nouvelle soit utilisée par le plus grand nombre, sans quoi elle ne peut se prétendre annonciatrice du dernier cri. Or, si l'exclusivité d'une matière s'oppose en principe à sa diffusion, il n'y a pas, sans cette dernière, de cohésion possible, pas d'unisson ni de mimétisme – en somme: pas de mode. Voilà donc au contraire une équation que le titulaire du brevet pour cette matière nouvelle (ou pour le procédé ou la machine permettant de la réaliser) mettra à profit, cherchant, comme tout inventeur, à multiplier les redevances qui lui sont dues[47].

46. *Cf.* De PAOLA et Stewart MUELLER, *op. cit.*, note 7, p. 63 et s. Sur les découvertes brevetables dans le domaine des textiles, voir, à titre indicatif toutefois puisque dans le contexte du droit américain, M.W. RANNEY, *Textile Processing and Finishing Aids: Recent Advances*, Park Ridge, N.J., Nozes Data Corp., 1977, 324 p.
47. Il est vrai qu'en théorie, un programme de licence très sélectif pourrait s'avérer tout aussi lucratif pour le titulaire du brevet – les redevances étant simplement plus élevées – tout en permettant d'assurer l'exclusivité à certains créateurs; ainsi, l'emploi du «Goretex», ce textile qui présente des avantages pratiques indéniables, serait l'objet d'un programme de licence rigoureux. Toutefois, le seul mérite pratique d'une invention est ici généralement insuffisant et seule

La protection conférée par brevet devrait donc se rattacher directement au vêtement afin de constituer une sauvegarde contre le copiage de celui-ci. Toutefois, un examen de l'ensemble des brevets regroupés sous la rubrique «Vêtements»[48] confirme notre impression initiale. En effet, ce que recèle cette classe d'inventions ne sont que cols rigides, ceintures et entre-jambes renforcés, dispositifs ajustables et fermetures de tout acabit. Ces innovations constituent généralement de simples améliorations de produits déjà existants; elles n'en sont pas moins ingénieuses[49], même si au-delà de leur conception, leur réalisation n'exige elle-même aucune invention et manque tout à fait de nouveauté[50].

Ce n'est donc pas la brevetabilité, mais bien la nature même de l'invention qui est en cause ici. La mode, en effet, ne procède pas de détails de ce type. Dans une mesure inévitable, la création demeure subordonnée à la fonction, mais elle n'est tout de même pas à la remorque de l'invention purement technologique: au contraire souveraine au royaume de la mode, dans la mesure où c'est elle qui fait la différence, l'apparence incarne par conséquent le résultat que l'on cherche à copier. La nouveauté ne doit donc pas se confiner à de simples détails de construction, mais plutôt s'étendre à l'apparence tout entière, pour que, cette nouveauté brevetée, la protection profite au vêtement dans son ensemble à l'encontre du copiage.

3) *Difficultés d'application et vacuité de la protection*

L'apparence n'étant pas en soi une invention, sa protection n'est autrement concevable que par la brevetabilité d'un mode de construction qui serait lui-même responsable de l'apparence du vêtement. Ce postulat repose donc sur deux conditions, la première étant que la

une large diffusion de l'invention est susceptible d'assurer sa prise en compte par tous les intervenants de la mode (au chapitre des coloris, des matières, des accessoires, des coupes, etc.) et de favoriser l'engouement.

48. Classification canadienne des brevets, classe 2.
49. *Fiberglass Canada Limited c. Spun Rock Wools Limited*, [1942] R.C. de l'É. 73 (maintenu: [1943] R.C.S. 547; 6 Fox Pat. C. 39 (C.P.)); *cf. Lightning Fastener Co. c. Colonial Fastener Co.*, [1932] R.C. de l'É. 89 (renversé par la Cour suprême, [1933] R.C.S. 363, puis rétabli par le Conseil Privé, (1934) 51 R.P.C. 349); *Ernest Scragg & Sons Ltd. c. Leesona Corp.*, [1964] R.C. de l'É. 649.
50. Voir les propos du juge Wilson dans l'arrêt *Shell Oil Company c. Le commissaire des brevets*, [1982] 2 R.C.S. 536, 551, faisant référence à la décision de la Cour d'appel d'Angleterre dans l'affaire *Hickton's Patent Syndicate c. Patents and Machine Improvements Co.*, (1909) 26 R.P.C. 339 (C.A.). En l'occurrence, la Shell Oil Company cherchait à obtenir un brevet pour la découverte des propriétés conférées à des composés connus par leur mélange à un adjuvant, alors qu'elle admettait qu'il n'y avait aucune ingéniosité à procéder à un tel mélange.

conception du vêtement tienne de l'invention, et la seconde que la nouveauté qui en résulte soit entièrement et uniquement due à cette conception.

En ce qui concerne la première condition, l'on ne saurait trop insister sur ce qui voisine quelque peu la tautologie: la protection sera dévolue, non pas parce qu'un mode de construction permet de confectionner un vêtement dont l'apparence est nouvelle, mais bien parce que ce mode lui-même présente la nouveauté et les autres qualités essentielles à sa brevetabilité[51]. Il est cependant difficile d'imaginer une découverte qui satisfasse cette exigence alors que le patron de couture, procédé employé quasi universellement, illustre une conception de la confection qui semble tout aussi unitaire: il s'agit toujours de tracer à l'échelle les contours de chacun des morceaux du vêtement, en prévoyant les rebords et les entailles nécessaires aux coutures, et d'agencer ceux-ci les uns par rapport aux autres en tenant compte du sens du tissu et selon la moindre superficie possible[52]. Or, il ne saurait être question de protéger un patron particulier simplement parce qu'il est exceptionnellement réussi, se soldant, par exemple, par une perte minimale de tissu et un nombre réduit de coutures[53].

Mais, si cruciale qu'elle soit, cette première condition n'est elle seule aucunement péremptoire. Au contraire, il est en outre impérieux que la nouveauté soit entièrement et uniquement due au mode de construction breveté, sans quoi l'apparence du vêtement pourrait être copiée et obtenue par d'autres moyens. C'est là une

51. Au même titre, ne sont brevetables ni chaque matrice d'imprimerie qui produit pourtant une nouvelle page, ni chaque ordinateur connu dès qu'on l'utilise pour traiter de nouvelles données; ces inventions existent au contraire pour être employées de la sorte. *Cf. Re Application for Patent No. 178 570, loc. cit.*, note 31, p. 487; *Schlumberger Canada Ltd. c. Commissaire des brevets*, (1981) 56 C.P.R. (2d) 204, 205-206.
52. Un nombre important de patrons ont ainsi été brevetés au XIXe siècle, apportant chacun quelque amélioration technique à une base commune. Le nombre de nouveaux brevets octroyés a ensuite considérablement chuté, au même rythme que les variantes se sont uniformisées et réduites à une méthode adaptée aux exigences de l'industrie. Depuis le début des années 50, pratiquement aucun nouveau brevet n'a été octroyé au Canada.
53. Un obstacle supplémentaire à l'octroi de nouveaux brevets réside dans le fait que le mode de construction que l'on cherche ici à protéger ne doit pas être qu'un simple plan, une méthode ou une habileté particulière, ceux-ci n'étant pas reconnus comme inventions, quand bien même seraient-ils ingénieux. *Cf. Lawson c. Le Commissaire des brevets*, (1970) 62 C.P.R. 107; Voir aussi G. FISK, «Industrial Property: Annual Survey», (1972-73) 6 *Ottawa L.R.* 472-473; I. GOLDSMITH, *Patents...*, *loc. cit.*, note 25, p. 56, para. 25; W.L. HAYHURST, «Intellectual Property», (1987) 19 *Ottawa L.R.* 152-153.

seconde condition qui, déjà presque fatale sur le plan pratique, lève le voile sur la vacuité de la protection: il y a lieu en effet de mettre en doute l'appartenance d'un tel vêtement à l'univers de la mode.

Davantage que d'un jugement de valeur, il s'agit là d'une déduction, que corrobore par ailleurs l'état du registre des brevets[54]. La nouveauté, élément différenciateur, est l'ingrédient dont s'alimente principalement la mode. Lorsque cette qualité devient tributaire de l'utilité et de l'ingéniosité, le produit qui l'incarne tient moins de l'art que de l'industrie et demeure ainsi hors du circuit de la mode. Lorsqu'en revanche l'invention est sous-jacente à l'apparence, parce qu'elle ne tient qu'aux textiles employés ou qu'à certains détails, cette apparence glisse à travers les mailles trop larges du régime, qui ne cherchent à retenir qu'un ensemble tripartite également utile et ingénieux. C'est pourquoi, l'apparence franchissant seule le seuil de la mode, la protection par brevet demeure périphérique et, partant, n'est d'aucun secours contre le copiage du vêtement, dès lors qu'il se trouve dans le domaine public un moyen quelconque d'imiter cette apparence[55]. Or, c'est plutôt à celle-ci que tient la nouveauté en matière de mode. C'est donc sur l'apparence en tant qu'objet de la protection qu'il convient maintenant de nous pencher.

B) La nouveauté tenant à la présentation

Un article peut être l'objet d'un brevet, mais la nouveauté de sa présentation ne sera directement protégée que si un dessin industriel a été enregistré à son égard. Le régime canadien des dessins industriels est cependant problématique.

1) Origine du régime canadien des dessins industriels

À l'origine, le régime canadien des dessins industriels reflétait essentiellement celui qui prévalait en Angleterre. La loi de 1861[56],

54. Le seul exemple que nous ayons relevé d'un vêtement dont l'apparence est entièrement due au mode de construction est en effet éloquent à ce sujet; voir le brevet n° 1 108 352. À notre connaissance, l'invention n'a jamais été commercialisée.
55. Il est vrai, par contre, qu'en matière d'équipement de sport ou de travail le succès d'un vêtement peut tenir à un détail ou à une conception imaginée spécifiquement en fonction d'une activité quelconque et pouvant constituer une invention. L'on a ainsi obtenu un brevet pour une vareuse pour motoneigiste, caractérisée par un pan arrière coupant le froid (n° 1 176 001), un autre pour un pantalon de ski à jambières protectrices incorporées (n° 1 226 101), un troisième encore pour un ensemble de racquetball protégeant des coups et évacuant la chaleur (n° 1 131 852).
56. *Acte pour amender l'Acte relatif aux marques de fabrication et pour pourvoir à l'enregistrement des dessins*, 24 Vict., c. 21.

émanant de la législature de la Province du Canada, empruntait notamment à l'*Artistic Designs Act* britannique de 1842[57] la définition de «dessin industriel». Dès cette époque, ces dispositions et celles se rapportant aux marques de fabrique sont réunies dans un même texte. En 1932, la *Loi sur la concurrence déloyale*[58] abolit la partie sur les marques et s'y substitue. Plutôt que d'être remplacées, ou de subsister au moins comme un tout autonome, les mesures relatives aux dessins échouent alors inchangées dans la *Loi concernant les dessins industriels et les étiquettes syndicales*[59]. Les dispositions sur l'étiquettage disparaissent en 1953, mais ce remaniement ne sera aucunement, lui non plus, l'occasion d'une réforme en ce qui concerne les dessins industriels.

Ce curieux cheminement n'est pas la seule anomalie qui ait marqué l'évolution de cette législation. Au lendemain de la Confédération, alors qu'étaient reprises sous l'égide du Parlement du Dominion les mesures adoptées en 1861, la définition de «dessin industriel» était omise[60]. Ce n'est que tout récemment, et encore seulement par le truchement de la révision du droit d'auteur, que le législateur a remédié à cette élision intrigante[61].

Par ailleurs, en 1928 déjà, la Cour de l'Échiquier dénonçait le caractère généralement insatisfaisant de ce régime[62]. Depuis, une doctrine quasi unanime a sans cesse réitéré les mêmes critiques[63].

57. 5 & 6 Vict., c. 100.
58. S.C. 1931-1932, c. 38. Sur l'historique de la législation canadienne régissant les dessins industriels, voir H.G. FOX, *The Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 2e éd., Toronto, Carswell, 1967, p. 650 et s.; R.A.R. PARSONS, «What Is an Industrial Design?», (1989) 6 *Can. Intel. P.R.* 104-111.
59. S.R.C. 1952, c. 150.
60. *Acte relatif aux marques de commerce et aux dessins de fabriques*, S.C. 1867-1868, c. 55.
61. En effet, le nouvel article 64(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* offre une définition du terme «dessin» qui reprend essentiellement les éléments déjà admis en pratique et consacrés par la jurisprudence. *Cf.* R.A.R. PARSONS, *op. cit.*, note 58, p. 106 et s. Cette définition a par la même occasion été insérée à la *Loi sur les dessins industriels*. Voir *infra*, note 73.
62. Ainsi le président de la Cour de l'Échiquier, monsieur le juge MacLean, déclarait-il qu'il était «difficile d'interpréter de façon précise la portée de cette partie de la *Loi sur les marques de commerce et dessins de fabrique*». Il ajoutait ensuite que ces dispositions législatives semblaient «superficielles et incomplètes, mal adaptées à l'objet pour lequel elles avaient été conçues et qu'il y aurait grandement lieu de les modifier»: *Clatworthy & Son Ltd.* c. *Dale Display Furniture Ltd.*, [1928] R.C. de l'É. 159, 162.
63. Voir notamment W.R. CORNISH, «Cumulative Protection for Industrial Designs», (1973) 8 *U.B.C. L.R.* 238; I. STRAZNICKY, «Can Industrial Designs Have an Utility Aspect?», (1982) *P.T.I.C. Bull.*, séries 8, vol. 14, p. 904; R.E. MITCHELL, «La loi sur les dessins industriels et la protection du design», dans *La propriété intellectuelle et ses récents développements: une analyse approfon-*

En 1958, la Commission Ilsley recommandait ouvertement qu'une nouvelle loi soit adoptée, et, à certains égards, suggérait comme modèle le texte britannique de 1949[64]. Le rapport de cette commission est cependant resté lettre morte[65], tant et si bien que le régime qu'établissait la loi tant critiquée de 1927[66] est encore essentiellement celui qui prévaut en vertu de la loi actuelle[67].

2) Conditions générales d'application

Pour mettre en jeu le mécanisme de protection offert par la loi, un dessin industriel doit être enregistré[68]. Cet enregistrement confère au propriétaire du dessin[69], pour une durée maximale de 10

die, Toronto, The Canadian Institute, 1990, ch. III, p. 11 et s. Mais voir J. JOHNSTON, «Recent Changes in Practice in Canadian Industrial Design Legislation», (1976) 19 *C.P.R.* (2d) 61-66, où l'on a fait valoir que les nombreuses zones grises de la loi lui confèrent une grande flexibilité.

64. *Rapport sur les dessins industriels, loc. cit.*, note 20, p. 8. La loi anglaise de 1949, le *Registered Design Act of 1949*, 13 & 14 Geo. VI, c. 88, n'était pas elle-même irréprochable comme le soulève en plusieurs occasions le Rapport Ilsley.
65. H.G. FOX, Copyright..., *op. cit.*, note 58, p. 651. Voir aussi R.V. JACKSON, «What Is a Design?», (1985) 1 *Can. Intel. P.R.* 323.
66. *Loi concernant les marques de commerce et les dessins de fabrique*, S.R.C. 1927, c. 201.
67. Le ministère de la Consommation et des Affaires commerciales a toutefois annoncé que, dans la foulée des modifications qui seraient apportées par le projet de loi S-17, une réforme d'envergure serait entreprise. Toutefois, le chaos qui semble régner à l'échelle mondiale, alors que les projets de réforme au plan national autant que les entreprises de droit communautaire ou conventionnel préconisent les solutions les plus diverses, privera le législateur de la lumière dont il aurait fort besoin, puisque ce n'est certes pas la disette de jurisprudence et de doctrine canadiennes en la matière qui saurait lui indiquer la voie à suivre.
68. *Loi sur les dessins industriels*, articles 3 à 8. Il importe de se conformer aux prescriptions édictées par ces articles, et aux règles adoptées sous l'égide de la loi, sous peine d'invalidité de l'enregistrement. *Cf. Kaufman Rubber Co. Ltd. c. Miner Co. Ltd.*, [1926] R.C. de l'É. 26, 30.
69. Art. 4, 8 et 12. Du jeu de ces articles, il ressort que l'auteur d'un dessin industriel (ou son commettant) qui cède ses droits dans celui-ci demeure néanmoins la seule personne pouvant valablement l'enregistrer: *cf. Melnor Manufacturing Ltd. c. Lido Industrial Products Ltd.*, (1970) 62 C.P.R. 216 (C.S.C.). Ce résultat pour le moins indésirable a été l'objet de nombreuses critiques: voir W.L. HAYHURST, *Report on Revision and Clarification of the Copyright and Industrial Design Laws to Exclude Purely Utilitarian Articles, and to Exclude from Copyright the Appearance of Many Utilitarian Articles*, Ottawa, Consommation et Corporations Canada, 1986, p. 55 et s. Voir aussi D.N. MAGNUSSON, «The Relation between Copyright and Industrial Design», dans *The Economic and Legal Dimensions of Registered Designs in Canada*, Ottawa, Approvisionnements et Services, 1984, p. 208 et s.; G.L. CONWAY et R.F. DELBRIDGE, «Current Canadian Industrial Design Practice», (1976) *P.T.I.C. Bull.*, séries 7, vol. 36, p. 502. Des correctifs importants seront toutefois apportés par le projet de loi S-17, *loc. cit.*, note 21.

ans[70], le droit exclusif d'appliquer celui-ci à un article destiné à la vente[71]. Il convient donc de rechercher la mesure selon laquelle ce régime est applicable à la création vestimentaire en entrevoyant quelles sont les conditions qui permettent l'enregistrement d'un dessin industriel.

a) Notion de «dessin industriel»

L'expression «dessin industriel» connaît deux acceptions; c'est au dessin en tant que produit seulement, et non à l'activité intellectuelle qu'il représente, que se rapporte la loi[72]. Toute analyse plus approfondie du régime canadien des «dessins industriels» se trouve cependant compliquée par le fait que la loi n'offrait, jusqu'à tout récemment, aucune définition de cette expression[73]. Eux-mêmes confrontés à ce problème, les tribunaux canadiens s'en sont remis à la définition de la loi britannique de 1907, selon laquelle constitue un dessin industriel toute combinaison de lignes qui, appliquée à une substance de manufacture quelconque, produit une forme, une configuration, un ornement ou un modèle[74].

Curieusement, nos tribunaux sont longtemps restés hantés par une version plus ancienne de cette disposition, dont l'exégèse les menait à conclure que la seule forme ou configuration[75] pouvant être

70. Il s'agit en fait d'un terme de cinq ans, qui ne peut être renouvelé qu'une seule fois et pour une période d'au plus cinq autres années (art. 10).
71. Articles 9 et 11 *a contrario*. Sur ce qui constitue une violation de ce droit exclusif, voir H.G. FOX, *Copyright...*, *op. cit.*, note 58, p. 678-685; I. GOLDSMITH, *Trade Marks and Industrial Designs*, Toronto, Carswell, 1982, p. 258-259; *Mainetti S.P.A. c. E.R.A. Display Co.*, (1984) 80 C.P.R. (2d) 206, 220-221 (C.F.).
72. *Cf.* GLOBERMAN et MAGNUSSON, «Economic Dimensions», dans *The Economic and Legal Dimensions of Registered Designs in Canada*, *op. cit.*, note 69, p. 2 à 5.
73. La loi contient une définition du terme «dessin» depuis le 8 juin 1988, alors que son article 2 a été modifié par l'article 20 de la *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur et apportant des modifications connexes et corrélatives*, L.R.C. (1985), c. 10 (4e suppl.), ci-après «la loi modificatrice de 1988». L'on ne peut manquer de noter que, dans la version anglaise, cette définition est également celle de l'expression «*industrial design*», alors que la version française se limite à définir le terme «dessin».
74. *Cf.* S. PICHETTE, *op. cit.*, note 32, p. 198; H.G. FOX, *Copyright...*, *op. cit.*, note 58, p. 652; Voir aussi *Cimon Limited et al. c. Bench Made Furniture Corporation et al.*, (1964) 48 C.P.R. 31, 49 et 50. Par ailleurs, le dessin doit être appliqué à un article. Il ne peut être enregistré en tant qu'idée. Voir *Saunders c. Wiel*, [1892] 2 Q.B. 321 (C.A.); *Harper & Co. c. Wright & Butler Lamp Mfg. Co.*, [1896] 1 Ch. 142. Voir cependant Re *Application for Industrial Design by Sylvie Youle-White*, (1985) 9 C.P.R. (3d) 129.
75. Les deux termes sont tenus pour synonymes aux fins de la loi anglaise. *Cf.* Bayers Design, (1907) 24 R.P.C. 65, 80; *Cow & Co. Ltd. c. Cannon Rubber Mfrs. Ltd.*, [1959] R.P.C. 347, 350.

enregistrée était celle de l'*ornementation* appliquée à un article[76]. Ce n'est que plus récemment que la jurisprudence s'est assouplie, rien dans la loi canadienne ne s'opposant à ce que la forme d'un article soit elle-même protégée en tant que dessin, si elle ne constitue pas l'article lui-même[77]. La définition du terme «dessin» qui a récemment été ajoutée à l'article 2 de la loi semble du reste consacrer cette admission, reprenant dans l'ensemble les éléments de la conception prétorienne[78]. Il semble donc *a priori* entendu que l'apparence d'un vêtement, dans sa coupe ou dans ses détails, puisse constituer un dessin industriel au sens de la loi. C'est lorsqu'il s'agit d'apprécier le caractère enregistrable d'un tel dessin que surgissent les difficultés.

b) Aspect esthétique et caractère fonctionnel

Toujours sur le modèle du droit anglais, il est admis que pour être enregistrable un dessin doit «plaire à l'oeil»[79], bien qu'aucun jugement de valeur ne soit exercé à cet égard[80]. La détermination du caractère ornemental s'avère cependant un exercice complexe dès que les caractéristiques d'apparence et d'utilité se conjuguent dans un même article. Si en effet le dessin résulte de la fonction même de

76. Voir *Kaufman Rubber* c. *Miner Rubber*, *loc. cit.*, note 68; *Canadian Wm. A. Rogers Ltd.* c. *International Silver Company of Canada, Ltd.*, [1932] R.C. de l'É. 63, 66; *Renwal Mfg. Co. Inc.* c. *Reliable Toy Co. Ltd. et al.*, [1949] C.P.R. 67 (C.É.). Mais voir *Clatworthy & Son* c. *Dale Display Fixtures*, *loc. cit.*, note 62, p. 162.
77. *Eldon Industries Inc. et al.* c. *Reliable Toy Ltd. et al.*, (1964) 28 Fox Pat. C. 163, 179 (O.H.C.), confirmé (1965) 31 Fox Pat. C. 186 (C.A.Ont.); *Cimon Ltd.* c. *Bench Made Furniture Corporation*, *loc. cit.*, note 74, p. 61; *Carr-Harris Products Ltd.* c. *Reliance Products Ltd.*, (1969) 58 C.P.R. 62, 76 à 80 (C.É.); *Global Upholstery Co. Ltd.* c. *Galaxy Office Furniture Ltd.*, (1976) 29 C.P.R. (2d) 145, 162 (C.F.); *Algonquin Mercantile Corp.* c. *Dart Industries Canada Ltd.*, (1983) 71 C.P.R. (2d) 11, confirmé [1984] 1 C.P.R. (3d) 75 (C.A.F.), permission d'appeler refusée. Voir aussi CONWAY et DELBRIDGE, *op. cit.*, note 69, p. 506, ainsi que les commentaires de l'arrêtiste en relation avec l'affaire *Cuisenaire* c. *South West Imports Limited*, 37 Fox Pat. C. 93, 95.
78. Le terme «dessin» se trouve en effet défini comme suit: «Caractéristiques ou combinaison de caractéristiques visuelles d'un objet fini, en ce qui touche la configuration, le motif ou les éléments décoratifs».
79. Le point de vue est alors celui du consommateur: *Amp Inc.* c. *Utilux Proprietary Ltd.*, [1972] R.P.C. 103, 113. Voir cependant, sur cette notion, *Gandy* c. *Le commissaire des brevets et al.*, (1980) 47 C.P.R. (2d) 109, 113. Voir aussi I. STRAZNICKY, *op. cit.*, note 63, p. 905.
80. Voir d'ailleurs le guide préparé à l'intention du public par le ministère de la Consommation et des Affaires commerciales: *Les dessins industriels: une introduction*, Ottawa, 1986, p. 4. Voir aussi H.G. FOX, *Copyright...*, *op. cit.*, note 58, p. 661.

l'article, ou du mode de construction de celui-ci, il ne peut bénéficier de la protection de la loi[81].

Or, il n'est pas contestable qu'en matière d'habillement, la forme, et parfois même les détails, sont nécessairement quelque peu tributaires de la vocation de l'ensemble. Est-ce à dire qu'il ne peut y avoir de dessin industriel à l'égard de la création vestimentaire? Pourtant, le registre des dessins regorge de coupes et de détails de construction ou de finition qui, tout en étant conçus de façon attrayante, assurent aisance et durabilité aux vêtements qui les intègrent et contribuent au mérite pratique de ceux-ci[82]. La mesure selon laquelle la fonction et l'apparence sont ou ne sont pas compatibles paraît donc incertaine.

Récemment cependant, la Cour fédérale clarifiait la question en redonnant à l'intention de l'auteur du dessin un rôle en quelque sorte décisif[83]. Il ressort en effet de l'arrêt *Mainetti*[84] que le dessin qu'arbore un article essentiellement fonctionnel est enregistrable, pourvu

81. Article 5.1. Cette disposition n'a été insérée qu'en 1988 par la loi modificatrice. Elle entérine toutefois une jurisprudence clairement établie, reposant notamment sur la loi anglaise, qui était claire sur cette question. Voir H.G. FOX, *Copyright...*, *op. cit.*, note 58, p. 654-656; *Cimon* c. *Bench Made Furniture*, *loc. cit.*, note 74, *per Jackett*; *Clatworthy & Son Ltd.* c. *Dale Display Fixtures Ltd.*, *loc. cit.*, note 62; *Kaufman Rubber* c. *Miner Rubber*, *loc. cit.*, note 68; *Goodyear Tire & Rubber Co.* c. *Le Commissaire des brevets*, (1980) 47 C.P.R. (2d) 118 (C.A.F.); *Gandy* c. *Le commissaire des brevets*, *loc. cit.*, note 79. Pour un article récent sur cette question, voir Bob H. SOTIRIADIS, «Esthétisme et utilité: une relation non protégée», (1992) 4 *C.P.I.* 211-232.
82. Voir la classe 6, intitulée «Vêtements». Exhaustivement subdivisée, cette classe englobe pratiquement tout ce qu'est susceptible de produire l'industrie vestimentaire, tandis que les tissus imprimés se retrouvent, eux, parmi les «Articles textiles», au sein de la classe 26.
83. La définition de «dessin industriel» adoptée par M. le juge Jackett dans l'affaire *Cimon*, *loc. cit.*, note 74, requiert, semble-t-il, cette intention. En pratique toutefois, la jurisprudence subséquente, quelque peu contradictoire, s'en est majoritairement tenue au critère visuel objectif. Voir sur ce point I. STRAZNICKY, *op. cit.*, note 63, p. 907. L'on remarquera par ailleurs que si l'intention fait partie de la définition offerte dans la version anglaise de la brochure du ministère de la Consommation et des Affaires commerciales (voir note 80), cet élément, en revanche, ne transpire pas du texte français. Qui plus est, il ressort des motifs de Lord Reid dans l'arrêt *Amp*, *loc. cit.*, note 79, p. 108, que n'est pas enregistrable la forme d'un article qui, rendant celui-ci en apparence plus utile, influence ainsi le choix du consommateur. À l'inverse, le dessin qui, incidemment, résulterait d'une conception uniquement centrée sur l'efficacité, n'est pas pour autant indigne d'être protégé (voir p. 110). Ces propos font donc du résultat visuel le seul critère déterminant. Voir W.L. HAYHURST, «Industrial Property», (1983) 15 *Ottawa L.R.* 415.
84. *Mainetti* c. *E.R.A. Display*, *loc. cit.*, note 71.