COMITÉ DE RÉDACTION

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

Claude Brunet, avocat
Martineau Walker
Montréal (Québec)

Vivianne de Kinder, avocate
Montréal (Québec)

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

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

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

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

Ejan Mackaay, professeur
Université de Montréal
Montréal (Québec)

Hélène Messier, avocate
Société Radio Canada
Montréal (Québec)

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

Michel Racicot, avocat
McCarthy Tétreault
Montréal (Québec)

Ghislain Roussel, avocat
Gouvernement du Québec
Québec (Québec)

LES ÉDITIONS YVON BLAIS INC.
Johanne Forget, avocate*

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

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

La protection de la création vestimentaire: étude d'une application problématique des droits intellectuels

Grégoire Bisson*

Introduction 304

I- La protection de la nouveauté ou celle du vêtement par ses composantes 312

A) La nouveauté participant de l'invention 312

1) Généralités du régime canadien des brevets . . 313

2) Nature de l'invention en matière de mode . . . 316

3) Difficultés d'application et vacuité de la protection 318

B) La nouveauté tenant à la présentation 320

1) Origine du régime canadien des dessins industriels 320

© Grégoire Bisson, 1993.

* Analyste juridique principal, Direction de la révision: propriété intellectuelle, Consommation et Affaires commerciales Canada. La présente étude constitue une version abrégée et mise à jour d'un mémoire de maîtrise présenté à l'Université d'Ottawa, en mars 1991. En ce qui concerne le mémoire, l'auteur tient à remercier son directeur officiel, M. le professeur Louis Perret, les membres du jury, M. George Fisk, de l'étude Gowling, Strathy & Henderson, et les professeurs Léo Ducharme et Jean-Paul Lacasse, ainsi que les nombreuses personnalités de la mode qui lui ont accordé un entretien, notamment M^me^ Chantal Boutin et MM. Luc Breton, Jacques Brunelle, Jacques Castonguay et, surtout, Harry Parnass. Finalement, l'auteur tient à témoigner sa plus vive reconnaissance au professeur Mistrale Goudreau, dont les observations rigoureuses et éclairées lui auront été d'un inestimable secours lors de la rédaction dudit mémoire.

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 XIII[e] 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*, n° 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 XIX[e] 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 XVII[e] et XVIII[e] 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 XVII[e] 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*, nº 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.I.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.*, séries 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 XIX[e] 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 imaginés 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.

que ce résultat visuel ait été désiré au moment de la conception de l'ensemble[85].

À la lumière de cette nuance, les liens qui unissent l'apparence et la fonction en matière de création vestimentaire ne constituent plus un obstacle systématique. En revanche, l'étroitesse de cette relation particulière demeure critique puisque la loi requiert qu'un dessin soit en outre nouveau pour être enregistrable[86]. Or, l'on peut s'attendre à ce que cette qualité soit d'autant plus exceptionnelle que l'apparence dérive justement de la fonction. Il importe donc d'étudier en détail cette seconde condition.

c) Originalité et nouveauté

Ici encore, la *Loi sur les dessins industriels* se montre évasive: n'est ainsi offerte aucune définition de l'originalité dont fait état l'article 7(3). Il appert toutefois que le véritable critère est la nouveauté, dont l'exigence s'infère des articles 4, 5 et 6 de la loi[87]. Fondamentalement, cette qualité, dont la détermination constitue une question de fait[88], n'est pas tant requise à l'égard du dessin lui-même qu'en relation avec l'application de celui-ci[89]. L'on a par exemple pu obtenir un enregistrement pour des cravates arborant des feuilles d'érable ou des fleurs de lys stylisées, empruntées aux drapeaux canadien et québécois[90]. Le registre recèle ainsi de nombreux dessins pour des vêtements dont l'apparence n'est guère innovatrice, et ce même si les examinateurs ont pour directive de considérer ce qui existe par ailleurs sur le marché[91].

Toutefois, la protection qui en résulte demeure précaire puisque, comme le prescrit le troisième paragraphe de l'article 7, il reste possible pour une tierce partie de démontrer que le dessin pouvait, au moment de sa création ou de son dépôt pour enregistrement[92], être confondu avec un autre déjà existant[93]. C'est précisément ce qui s'est produit dans l'affaire *Bata*[94], affaire fort instructive à plusieurs égards et dont il convient de rappeler les faits.

La Bata Industries, titulaire d'un dessin enregistré pour la configuration d'une chaussure, tentait, par le biais d'une requête en injonction, de faire cesser la diffusion de copies de son produit. La compagnie défenderesse contre-attaqua cependant en invoquant la nullité de l'enregistrement, pour absence d'originalité. Après qu'il ait été constaté qu'aucun de ses éléments constitutifs n'affichait isolément l'originalité requise, le dessin fut examiné dans son ensemble. Mais, ici encore, le tribunal ne vit en celui-ci qu'une «variante du métier», même si aucune chaussure d'apparence rigoureusement identique n'avait précédé dans le marché le modèle litigieux. Or, comme le souligne le jugement, il est requis en droit canadien qu'un dessin, pour être valablement enregistré, diffère substantiellement de ceux déjà existants et traduise en quelque sorte une parcelle de créativité innovatrice[95]. L'originalité telle que la conçoit le droit d'auteur ne suffit donc pas[96], mais s'accompagne plutôt d'une excroissance particulière, soit la condition de nouveauté[97].

85. *Id.*, p. 224 à 226. Paradoxalement, l'issue de cet arrêt ne nous semble pas à l'abri de toute critique: s'il est vrai que l'aspect visuel ne pouvait plus être apprécié par le consommateur moyen dès que l'article en question, un cintre à jupe, remplissait sa fonction, il nous paraît soutenable qu'auprès des acheteurs véritables de ce type d'articles, soit les commerçants et les étalagistes, cet aspect ait pu exercer un certain attrait.
86. *Cf. Carr-Harris Products* c. *Reliance Products*, *loc. cit.*, note 77, p. 76 à 79.
87. Voir D. N. MAGNUSSON, *The Relation...*, *op. cit.*, note 69, p. 128-129, 140-141.
88. *Bata Industries Ltd.* c. *Warrington Inc.*, (1985) 5 C.P.R. (3d) 339. Voir aussi *Clatworthy & Son* c. *Dale Display Fixtures*, *loc. cit.*, note 62, p. 434. Cette question s'apprécie aux yeux du tribunal ; voir I. GOLDSMITH, *Trade Marks and Industrial Designs*, *op. cit.*, note 71, para. 425, p. 252.
89. Voir H.G. FOX, *Copyright...*, *op. cit.*, note 58, p. 664; *Saunders* c. *Wiel*, (1982) 9 R.P.C. 459; *Dean's Rag Book Co. Ltd.* c. *Pomerantz & Sons*, (1930) 47 R.P.C. 485. Il importe alors peu que le sujet du dessin, ou les éléments de ce dernier, soient déjà connus, du moment que jamais encore on n'ait songé à l'appliquer à un produit du genre de celui à l'égard duquel l'enregistrement est demandé: *Clatworthy & Son* c. *Dale Display Fixtures*, *loc. cit.*, note 62, p. 431; *Dover Ltd.* c. *Nrberger Celluloidwaren Fabrik Gebrder Wolff*, 2 Ch. D. 25, 29 (C.A.). Voir aussi *Kaufman Rubber* c. *Miner Rubber*, *loc. cit.*, note 68, p. 28. Le même dessin ne peut toutefois être repris de façon originale pour un nouvel article; voir CONWAY et DELBRIDGE, *op. cit.*, note 69, p. 504.
90. Voir les dessins numéros 42 980, 42 981 et 52 502.
91. Voir le *Guide des examinateurs*, Bureau des dessins industriels, 1978, para. 4.2.
92. Il semble que si l'on a, dans l'affaire *Bata*, *loc. cit.*, note 88, plutôt fait référence au moment de l'enregistrement lui-même, ce soit par incurie. Voir ainsi la remarque de W.I.. HAYHURST dans «Intellectual Property», 1987, *loc. cit.*, note 53, p. 184, n. 276.
93. *Clatworthy & Son* c. *Dale Display Fixtures*, *loc. cit.*, note 62, p. 433. Voir aussi H.G. FOX, *Copyright...*, *op. cit.*, note 58, p. 665.
94. *Loc. cit.*, note 88.
95. Voir *Bata Industries Ltd.* c. *Warrington Inc.*, *loc. cit.*, note 88, p. 347; *Clatworthy & Son* c. *Dale Display Fixtures*, *loc. cit.*, note 62, p. 429. Cette exigence est toutefois moindre que celle du caractère inventif requis pour l'obtention d'un brevet. Voir aussi *Carr-Harris Products Ltd.* c. *Reliance Products Ltd.*, *loc. cit.*, note 77, p. 80.
96. *Bata Industries Ltd.*, *loc. cit.*, note 88, p. 346 et 347; *cf. Clatworthy & Son* c. *Dale Display Fixtures*, *loc. cit.*, note 62, p. 162. Voir W.I.. HAYHURST, «Industrial Property», *loc. cit.*, note 83, p. 415-416.
97. La loi anglaise de 1949, expressément, n'exige d'un dessin qu'il réponde qu'à un seul de ces deux critères. S'inspirant de la loi américaine, la Commission Ilsley recommandait plutôt, en 1958, que la loi soit modifiée de manière à formuler cette double exigence de la nouveauté et de l'originalité (voir p. 21 et

3) *Application malaisée de cette forme de protection à la création de mode*

L'arrêt *Bata*, s'il possède le mérite universel de circonscrire la notion de nouveauté, s'avère ici particulièrement opportun en ce qu'il témoigne des difficultés d'application du régime des dessins industriels à la création vestimentaire. L'issue de la cause reposait d'ailleurs principalement sur les motifs du juge Baggallay dans l'affaire *Le May* c. *Welch*[98], qui traduisent des dangers qu'il y aurait à autoriser l'enregistrement de chacune des variantes d'un même produit, en l'occurrence un col de chemise, lorsque la fonction en dicte la configuration. L'attitude inflexible qu'ont, dans de tels cas, adoptée par la suite les tribunaux[99], trouve sa justification dans l'ampleur de la protection conférée, qui sanctionne non seulement le copiage servile, mais également ce qui imite frauduleusement le dessin enregistré[100].

Seulement, n'est-ce pas là le propre de la mode que de proposer sans cesse des variations sur un thème commun? Dans un domaine où l'apparence et la fonction sont aussi étroitement reliées, la survenance d'un produit entièrement nouveau relève en effet de l'exception, même s'il est admis que cette qualité puisse être acquise par la combinaison d'éléments déjà connus[101]. Le plus souvent donc, bien que le vêtement dans son ensemble soit l'objet de l'enregistrement, son originalité au sens de la loi ne tient qu'à la nouveauté de ses détails visuels, ce qui restreint d'autant l'efficacité de la protection conférée.

Sans doute objectera-t-on que l'élégance n'est souvent qu'une question de détails que l'on ne peut interchanger sans dénaturer

s. du Rapport, *loc. cit.*, note 20). Voir aussi H.G. FOX, *Copyright...*, *op. cit.*, note 58, p. 661 à 663, sur la confusion engendrée par l'existence de ces deux termes.

98. (1884) 28 Ch. D. 24, 33-35.

99. Voir *Re Application of Dart Industries Inc.*, (1983) 3 C.P.R. (3d) 420; *R.* c. *Premier Cutlery Ltd.*, (1980) 55 C.P.R. (2d) 134; *Clatworthy & Son* c. *Dale Display Fixtures*, *loc. cit.*, note 62, p. 164-165; *Kaufman Rubber* c. *Miner Rubber*, *loc. cit.*, note 68. En revanche, une différence minime suffit parfois à produire un dessin original: voir *Lewis Falk Ltd. et al.* c. *Javobwitz*, (1944) 61 R.P.C. 116, 124. Voir également FOX, *Copyright...*, *op. cit.*, note 58, p. 668.

100. *Loi sur les dessins industriels*, articles 9, 11 et 15. Voir également note 71. Sur ce qui constitue une «imitation frauduleuse» au sens de l'article 11, voir R.E. MITCHELL, «Infringement of Registered Industrial Designs», (1988) 4 *Can. Intel. P.R.* 278-294, où est analysé l'ensemble de la jurisprudence sur la question, jusqu'à la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Algonquin Mercantile*, *loc. cit.*, note 77.

101. Voir H.G. FOX, *Copyright...*, *op. cit.*, note 58, p. 667; I. GOLDSMITH, *Trade Marks and Industrial Designs*, *op. cit.*, note 71, para. 424, p. 252.

l'apparence de l'ensemble. Cependant, deux constatations tempèrent cet énoncé.

a) *Difficultés liées à l'étroitesse de la nouveauté en matière d'apparence*

C'est un principe bien établi que s'il est interdit de reprendre une partie substantielle d'un dessin enregistré, l'on peut par contre emprunter impunément certains de ses éléments et les incorporer dans un tout nouveau[102]. Il est donc possible d'imiter une apparence globale enregistrée tout en évitant de reprendre la combinaison de détails à l'égard de laquelle la protection a spécifiquement été octroyée; l'on parvient ainsi à un vêtement dont le style est confirmé, mais qui représente néanmoins un tout inattaquable eu égard aux droits déjà existants. Quelques affaires sont venues illustrer cet état de choses.

Ainsi, en Angleterre, a été infirmée la décision du registraire, qui n'avait pas vu dans une chemise de footballeur arborant les couleurs de l'équipe britannique l'originalité nécessaire. Le magistrat de la Cour d'appel, en effet, bien qu'il fut en accord avec le principe émis dans l'affaire *Le May* c. *Welch*[103], considérait plutôt que la chemise, malgré un style et des bandes décoratives typiques du sport en question, pouvait être enregistrée en raison de la forme et de la disposition exactes de ces bandes et des couleurs précises employées[104]. Cependant, le jugement laisse entendre que l'enregistrement obtenu ne couvrirait alors que cette combinaison spécifique d'éléments[105]; il n'empêcherait pas, par exemple, la confection de la même chemise avec des bandes décoratives de dimensions différentes, ni celle d'un autre type de vêtement orné de décorations identiques.

Au Canada, l'affaire *Iammatteo*[106] s'avère encore plus éloquente. À partir d'un modèle à l'égard duquel il était titulaire d'un dessin industriel, M. Iammatteo, requérant en injonction devant la Cour fédérale, avait réalisé toute une collection de chaussures, dont chacune empruntait au dessin enregistré quelques-unes de ses caractéristiques. Or, encore que visiblement sensible aux impératifs de la mode et aux problèmes qui guettent les créateurs[107], M. le juge Walsh

102. H.G. FOX, *Copyright...*, note 58, p. 681-682.

103. *Loc. cit.*, note 98.

104. *Cook & Hurst's Design Application*, (1979) R.P.C. 197, 208, 210 *in fine* et 212.

105. *Id.*, p. 208.

106. *Iammatteo* c. *Rosita Shoe Co.*, (1976) 25 C.P.R. (2d) 157 (C.F.).

107. *Id.*, p. 162.

devait conclure que seul le modèle de base était effectivement couvert par l'enregistrement[108]. Réciproquement, au sein de la collection analogue, pour ne pas dire franchement symétrique, importée par la défenderesse, seule la chaussure qui incorporait elle aussi tous les éléments illustrés dans le dessin a été jugée susceptible d'enfreindre les droits dans celui-ci. Quant aux autres chaussures, qui reprenaient chacune quelques-uns de ces éléments, la question de savoir si elles constituaient une «imitation frauduleuse» du modèle de base du requérant fut laissée au juge du fond[109]. L'affaire cependant ne fut pas portée plus loin, le produit étant démodé et l'issue jugée trop aléatoire[110].

Nous l'avons vu, la nouveauté en matière de mode n'est qu'exceptionnellement une question d'ensemble, notamment en raison du rôle toujours important joué par la fonction. Ce que démontrent ces deux affaires, c'est que la nouveauté résidant plutôt dans l'application des détails, la protection que confère l'enregistrement d'un dessin industriel s'avère très étroite: seule la combinaison spécifique de tous les détails qui font l'ensemble sera protégée. La notion «d'imitation frauduleuse», qui permettrait en théorie de sanctionner les variantes d'un dessin enregistré, n'a en effet guère d'application dans un domaine où la fonction impose des analogies.

b) Nature particulière des détails enregistrés à titre de dessins industriels

Par ailleurs, l'objection précédemment soulevée, selon laquelle la mode ne serait qu'une affaire de détails que l'on ne saurait interchanger sans dénaturer l'ensemble, ignore elle-même certains impératifs de la mode. Ces impératifs, on pourrait les synthétiser approximativement de la manière suivante: si un détail mérite d'être copié, c'est qu'il s'inscrit dans les tendances actuelles; par conséquent, il appartient déjà à un fonds commun. Presque invariablement donc, les détails qui sont à la mode ne présentent pas la nouveauté requise pour être l'objet d'un enregistrement[111]. Aussi un

108. Il est notoire en effet que, par l'enregistrement d'un dessin industriel, n'est pas octroyé un «mini-brevet» par lequel serait assuré un monopole sur toutes les variantes possibles du dessin. Voir H.G. FOX, *Copyright...*, *op. cit.*, note 58, p. 1158. Voir également J.-N. LANDRY, «La protection des dessins et modèles par droit d'auteur ou dessins industriels au Canada», (1983) 3 *Droit d'auteur*, p. 37-39.
109. *Iammatteo* c. *Rosita Shoe Co.*, *loc. cit.*, note 106, p. 166.
110. Voir J.-N. LANDRY, *op. cit.*, note 108.
111. L'un des très rares cas où la configuration de l'ensemble fut l'objet d'un enregistrement concerne les enregistrements 57622 à 57626. Or, il s'agissait là de tenues de travail que l'on voulait exclusives et identificatrices de l'employeur, et donc soustraites à la mode. La Cour fédérale avait ordonné la radiation de ces enregistrements, pour des raisons étrangères à la question de l'originalité, mais la Cour d'appel vient récemment de casser cette ordonnance: voir *Uniformes Town & Country Inc.* c. *Labrie*, (1991) 24 C.P.R. (3d) 162 (C.F.), (1992) 44 C.P.R. (3d) 514 (C.A.F.).

survol du registre révèle-t-il que la majorité des dessins qui y sont consignés sont d'une toute autre nature: ceux-ci ont en effet une vocation à la fois ornementale et identificatrice.

Cette dernière constatation s'explique. Pour certains types de créations, notamment les tenues de style décontracté, la réputation associée à la marque exerce sur la clientèle un grand attrait. Afin de contrer une éventuelle, voire inéluctable, usurpation de cette réputation, il devient primordial pour le créateur de s'assurer l'exclusivité de l'ornementation qui, tels les surpiqûres sur les poches arrières d'un «jeans»[112] ou les emblèmes sur un ensemble d'allure sportive[113], deviendra rapidement évocatrice de sa réputation. Cependant, jusqu'à ce qu'ils aient acquis, le plus souvent à grand renfort de publicité, cette qualité évocatrice, ces ornements ne pourront être enregistrés en vertu de la *Loi sur les marques de commerce*[114] à titre de «signes distinctifs», justement parce qu'ils ne distingueront pas encore les marchandises qui les arborent[115].

C'est ainsi que la Cour fédérale a invalidé l'enregistrement des fameuses «trois lignes» parallèles qu'avait obtenues la compagnie Adidas pour certains de ses produits[116]. En effet, alors que cet emblème lui était généralement associé, étant du reste apparemment valablement enregistré à l'égard de ses chaussures, il ne pouvait, au moment de son enregistrement, être distinctif des vêtements sur lesquels il était apposé, puisque des confections concurrentes arboraient elles-mêmes déjà, et aux mêmes endroits, un nombre variable de lignes parallèles[117].

Ce que ne révèle pas cette affaire toutefois, c'est que les mêmes ornementations emblématiques étaient, depuis 1967, l'objet de des-

112. La section 3.4 de la classe 6 du registre regorge de ces dessins pour poches arrières.
113. On retrouve ces emblèmes sous différentes sous-sections de la classe 6. Voir notamment l'enregistrement d'un col de blouson, n° 35 109, pour la firme «Adidas».
114. L.R.C. (1985), c. T-13.
115. *Loi sur les marques de commerce*, *loc. cit.* note 114, articles 2 et 13(1). H.G. FOX, *The Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition*, 3e éd., Toronto, Carswell, 1972, p. 205.
116. *Adidas (Canada) Ltd.* c. *Colins Inc.*, (1978) 38 C.P.R. (2d) 145 (C.F.).
117. *Id.*, p. 167-169.

sins industriels enregistrés[118]. En effet, tandis que la probabilité de confusion auprès de l'acheteur moyen[119] était une considération fatale eu égard au droit des marques, le fait que la compagnie Adidas fut, en 1967, la seule à apposer le nombre exact de trois lignes suffisait à conférer à cette ornementation la nouveauté requise pour l'enregistrement d'un dessin industriel. En l'occurrence cependant, la requérante Adidas, qui cherchait pour sa part à faire cesser la diffusion, entreprise en 1975, de marchandises concurrentes ornementées d'une façon rigoureusement identique, n'eut pas à invoquer ces enregistrements[120]: sa marque étant notoire, c'est plutôt en faisant appel à la théorie du *passing off*, et donc en s'en remettant au droit commun, qu'elle obtint ultimement gain de cause[121].

Mais un créateur jouit rarement d'une telle renommée; aussi, lorsque l'enregistrement, à titre de «signe distinctif», des ornements dont il pare ses créations n'est par ailleurs pas techniquement possible, celui en vertu de la *Loi sur les dessins industriels* s'avère la seule mesure de protection possible[122].

Cette première considération n'est pas la seule qui explique la vocation identificatrice de nombreux dessins. Comme il ressort également de l'affaire *Adidas*, un ornement, même devenu distinctif, peut ne pas être enregistrable en vertu de la *Loi sur les marques de*

118. Voir ainsi l'enregistrement, sous la sous-section 3.4, des trois lignes parallèles courant le long des manches et des jambes du survêtement Adidas, n° 29 808.

119. *Adidas c. Colins*, *loc. cit.*, note 116, p. 164. Il importe en effet de préciser, afin de donner à la pertinence de cet arrêt sa pleine mesure, que les vêtements litigieux n'étaient pas destinés à des athlètes, mais bien au grand public. Le contentieux au sein duquel s'est retrouvée la compagnie Adidas était justement annonciateur de l'avènement de la tenue sportive comme vêtement de tous les jours. *Cf.* F. VINCENT-RICARD, *op. cit.*, note 7, p. 166-170.

120. Il convient de faire remarquer que, la requérante aurait-elle eu recours à ce moyen, le tribunal n'aurait pu sanctionner que la mise en marché survenue antérieurement au jugement, la durée de la protection acquise par l'enregistrement d'un dessin industriel ne pouvant excéder dix années. Du reste, l'on peut avancer qu'en raison des articles 4, 8 et 12 de la *Loi sur les dessins industriels*, la requérante, filiale canadienne, n'était peut-être pas titulaire de ces enregistrements: voir nos propos lors de la note 69.

121. *Adidas c. Colins*, note 116, p. 171 à 174. Voir à ce sujet FOX, *Trade Marks...*, *op. cit.*, note 115, p. 552 et s.

122. L'on objectera sans doute qu'avec l'entrée en vigueur du nouvel article 64(3) de la *Loi sur le droit d'auteur*, de telles ornementations emblématiques sont dorénavant l'objet de tels droits. Il conviendra de faire remarquer à notre tour que, curieusement, seuls les emblèmes qui sont effectivement enregistrés comme marques de commerce semblent pouvoir en outre bénéficier de la protection du droit d'auteur: voir B.W. GRAY, «Copyright Law Reform», (1988) 4 C.I.P.R. 402.

commerce, en raison de sa nature essentiellement décorative[123]. Il est vrai que permettre dans un cas semblable l'enregistrement pourrait avoir comme conséquence de «restreindre de façon déraisonnable le développement d'un art ou d'une industrie», ce que prohibe l'article 13(1)b)[124]. Ainsi, un créateur ne pourrait, selon les termes mêmes de M. le juge Walsh, s'arroger une certaine forme d'ornementation, constituée par exemple de rayures, quand bien même celle-ci serait devenue identificatrice de ses produits.

Cependant, le magistrat entérine par la suite les propos du registraire, qui, à l'égard d'autres signes distinctifs que se proposait d'adopter la compagnie Adidas, avait admis qu'une ornementation puisse, avec le temps et l'emploi, être perçue par la clientèle comme jouant le rôle de distinguer les produits du titulaire de ceux de ses concurrents, et être ainsi enregistrable[125]. Cette précision fondamentale, tout à fait conforme à l'esprit de la législation sur les marques, mérite d'être saluée, puisqu'il est fréquent qu'un détail visuel devienne, au sens figuré, la «marque de commerce» d'un créateur[126].

Par ailleurs, une décision plus récente de la Cour d'appel fédérale est venue en quelque sorte consolider ces propos salutaires en en clarifiant la portée, précisant que l'affaire *Adidas*, sur ce point, n'avait fait qu'affirmer qu'un dessin qui n'était qu'uniquement ornemental ne pouvait être enregistré comme marque de commerce[127]. Or, en cette époque où triomphent les média et la publicité, les créateurs, justement conscients de l'éventuel pouvoir évocateur, et donc attractif, qui réside dans certains de leurs ornements, choisissent plutôt de capitaliser dès le départ sur le potentiel de ceux-ci à titre de signes distinctifs, ce qui explique leur caractère hybride. Par

123. *Adidas (Canada) Ltd. c. Colins Inc.*, *loc. cit.*, note 116, p. 169. Voir également *W.J. Hughes & Sons «Cornflower» Ltd. c. Morawiec*, (1970) 62 C.P.R. (2d) 21 (C.F.).

124. *Cf. Registraire des marques de commerce c. Brewers Association of Canada*, [1982] 2 C.F. 622, 625, encore que la nature de ces conséquences n'y soit nullement précisée. L'on peut toutefois avancer qu'à cet égard un enregistrement en vertu de la *Loi sur les dessins industriels* est certainement moins susceptible d'entrainer des conséquences fâcheuses, alors que la protection qui en découle est d'une durée maximale de dix ans et d'une étendue moins considérable, la notion de confusion allant de paire avec celle de la nouveauté.

125. Voir p. 170 et 155 respectivement.

126. Autant de sensibilité n'étonnera peut-être qu'à moitié de la part de M. le juge Walsh, à qui l'on devait déjà les motifs de l'affaire *Iammatteo*, *loc. cit.*, note 106. Voir en effet le texte précédent la note 107.

127. *Samann c. Canada's Royal Gold Pinetree Mfg. Co. Ltd.*, (1986) 9 C.P.R. (3d) 223 (C.A.F.).

l'enregistrement de ceux-ci comme dessins industriels, leurs titulaires cherchent alors à sauvegarder leur réputation.

4) *Caractère immanquablement contournable de la protection en ce qui concerne l'apparence globale*

Il ne fait aucun doute que le régime des dessins industriels peut offrir à l'égard des ornements appliqués, peints ou tissés[128], une réelle protection. Ainsi, les tissus à motifs et certains autres articles, les boutons notamment, peuvent être l'objet d'un enregistrement. Le charme particulier d'un vêtement, qui tient souvent à ces petits riens, serait ainsi protégé.

Mais la protection des matières employées et des ornements, outre qu'elle s'accompagne d'écueils techniques[129], paraît inadéquate en ce qu'elle ne profite qu'indirectement à la création. En effet, tout comme l'indisponibilité d'un détail breveté peut être contournée par imitation ou substitution, l'enregistrement d'un dessin industriel pour des composantes de l'apparence est loin d'offrir une protection infaillible en ce qui regarde l'ensemble. L'on peut au contraire parvenir à répéter celui-ci tout en évitant spécifiquement de reproduire ou d'imiter frauduleusement les dessins enregistrés. Ce sera le cas lorsque l'on reprendra la coupe réussie d'un vêtement tout en variant son ornementation par l'emploi de motifs ou de contrastes différents, ou, encore plus simplement, en s'abstenant de reproduire le détail qui constitue la «griffe» du créateur.

Plus globalement, lorsque la configuration d'ensemble est elle-même l'objet d'un tel enregistrement, ce qui déjà, nous l'avons vu, est presqu'aussi exceptionnel en matière de dessins industriels qu'en matière de brevets, la protection qui en résulte s'avère très étroite: elle ne couvre que cette seule configuration, et ne s'étend aucunement à l'idée qui en est la base. Seule la combinaison qui mène rigoureusement à cette apparence globale sera donc protégée, alors que ses diverses composantes pourront être altérées ou substituées. Par exemple, le créateur qui lance la mode des tenues mono-pièce en «jean» ne pourra qu'empêcher ses concurrents d'imiter servilement

128. Nous pensons particulièrement ici aux tricots, et aux appliqués dits «*T-shirts*», mais cela est vrai aussi pour les cravates ou les foulards par exemple. En ce qui concerne les appliqués, dont la nature varie beaucoup, il faut noter que certains, tels les calembours, ne sont parfois pas enregistrables. Voir *Baron c. Hooda et al.*, (1987) 17 C.P.R. (3d) 161, 166.

129. Nous ne nous étendrons pas ici sur le caractère notoirement insatisfaisant de l'actuelle législation sur les dessins industriels et nous nous contenterons de renvoyer le lecteur aux notes 68 et 69.

sa création. Il ne saurait s'opposer à ce que ceux-ci adoptent l'idée d'une telle tenue, ni à ce qu'ils reprennent à cette occasion les éléments que la conception d'un tel modèle suppose nécessairement. Or, ces concurrents se livreront d'autant plus à de telles pratiques qu'ils oeuvrent dans un domaine où la fonction impose des analogies.

Ainsi, lorsqu'il est question de nouveauté, la prédominance de la fonction n'est pas seulement un empêchement majeur à la reconnaissance de la protection; c'est aussi une limite à son efficacité. Il n'est d'ailleurs pas sans intérêt de noter que la Commission Ilsley, ayant sans doute pressenti cette application malaisée et, à toute fin pratique, futile du régime des dessins industriels, recommandait que les «articles de mode» en soient expressément exclus[130].

Étant donné cette vacuité de la protection à l'égard de l'ensemble, et donc du vêtement lui-même, on ne se préoccupera pas de ce que le régime des brevets autant que celui des dessins industriels présentent en outre quelques inadéquations avec la création vestimentaire. Notamment, les formalités nécessaires à leur mise en oeuvre paraissent irréconciliables avec la fugacité, pour ne pas dire la futilité, de la mode[131]. Ce qu'il importe plutôt de rechercher

130. *Rapport sur les dessins industriels*, *op. cit.*, note 20, p. 15. Par ailleurs, le professeur Magnusson a relevé l'existence de recommandations semblables dans plusieurs pays. Voir D. N. MAGNUSSON, *op. cit.*, note 69, p. 91-92, note 30. La Commission Ilsley elle-même semblait s'être largement inspirée de la jurisprudence américaine d'alors, dont elle offre un exposé des plus intéressants aux pages 55 à 60 de son rapport. L'on notera, incidemment, que dans un projet de loi américain récent visant à instaurer un système de protection adéquat pour les dessins d'objets utilitaires, la seule exclusion spécifique concernait les «formes ou surfaces de vêtements»; voir *Moorhead Bill*, H.R. 3499, article 2(e).

131. Par ailleurs, bien que la mode soit éphémère, elle évolue selon une méthode, plus ou moins occulte, avant d'investir la rue et les magasins de ses nouvelles tendances. Les tissus notamment sont créés presque deux ans à l'avance. Une difficulté pratiquement fatale résidait dans l'article 14(1) de la *Loi sur les dessins industriels*, lequel, dans sa version qui prévalait jusqu'à tout récemment encore, exigeait que l'enregistrement d'un dessin, pour être valide, fût obtenu dans l'année de la publication de celui-ci. Cette incongruité a soulevé de nombreuses critiques: voir notamment CONWAY et DELBRIDGE, *op. cit.*, note 69, p. 503; W.L. HAYHURST, «Differences...», *loc. cit.*, note 26, p. 128. La *Loi corrective de 1991*, L.C. 1992, c. 35, a toutefois éliminé cet écueil, en faisant du délai d'un an un délai de grâce pour le dépôt de la demande d'enregistrement. Toutefois, une certaine difficulté pourrait subsister en relation avec la notion de publication. Selon la jurisprudence relative à l'ancien article 14, la publication s'assimile à tous les actes qui ont pour effet de révéler le dessin au public, y compris la vente d'un article qui l'incorpore et la publicité, mais non les démarches entreprises en vue de réaliser le dessin lui-même: *Ribbons (Montreal) Ltd. c. Belding Corticelli Ltd.*, [1961] R.C. de l'É. 388, 402. Voir A.G. CREBER, «Publication of Industrial Designs», (1984) 1 *Can. Intel. P.R.* 220-226; H.G. FOX, *Copyright...*,

maintenant, c'est si les conséquences problématiques de la prédominance de la fonction subsistent même lorsque la protection repose sur un critère plus souple.

II- LA PROTECTION DE L'ORIGINALITÉ OU CELLE DU VÊTEMENT DANS SON ENSEMBLE

Si, en matière de création vestimentaire, la prédominance de la fonction impose des analogies, c'est justement tout le génie de la mode que d'offrir sur cette base commune d'incessantes variations. Par conséquent, dans la mesure où l'on ne s'emploie qu'à protéger l'originalité de l'ensemble, la prédominance de la fonction ne devrait pas être un obstacle majeur à la reconnaissance de cette protection. Nous verrons en un premier temps comment, par contre, ce postulat se trouve contrarié en droit canadien notamment par le caractère énumératif de la *Loi sur le droit d'auteur*. Mais nous devrons encore nous assurer que, au-delà de telles entraves techniques et malgré cette base théorique plus large qu'est le critère de l'originalité, l'aspect collectif de la mode n'est pas lui-même responsable d'une certaine vacuité de la protection. Aussi est-ce l'exemple de la législation spécifique – donc susceptible d'une pleine application – qui prévaut en droit français que nous étudierons en second lieu.

A) La création vestimentaire telle que saisie par le droit d'auteur

L'inaptitude des régimes précités nous invite donc à poursuivre notre étude sous l'angle du droit d'auteur. Le présent chapitre n'est toutefois pas entrepris par défaut, mais bien avec une conviction autonome. La raison d'être du droit d'auteur, qui est notamment que tout travail mérite salaire[132], nous permet de croire que la création vestimentaire sera largement embrassée par ce régime. Cette attente demande toutefois à être confrontée aux principes qui en pratique régissent le droit d'auteur au Canada.

op. cit., note 58, p. 668-670. Par public, il faut alors entendre toute clientèle susceptible d'être intéressée par ce dessin, ne serait-ce qu'à titre de manufacturier: *Algonquin Mercantile c. Dart Industries*, *loc. cit.*, note 77, p. 15-17.

132. *Rapport sur la propriété intellectuelle et industrielle*, *op. cit.*, note 20, p. 149. Voir aussi M.N. STROJANOVIC, «La raison d'être du droit d'auteur», (1979) 102 *R.I.D.A.* 125-139; M. PARÉ, «La philosophie du droit d'auteur au Canada», (1987) 4 *Droit d'auteur* 13-17.

I) Situation du régime canadien du droit d'auteur et pertinence de la jurisprudence britannique

Nul ne peut revendiquer un droit d'auteur ni un droit similaire quelconque, si ce n'est en conformité avec la *Loi sur le droit d'auteur*[133]. Comme c'était le cas en matière de dessins industriels, cette loi constitue l'écho des dispositions britanniques, puisqu'au moment de sa rédaction en 1921, le législateur fédéral a lourdement emprunté à l'*Imperial Act* de 1911[134]. Il est donc possible, lorsque les deux textes présentent des équivalences, de s'inspirer, avec prudence, des décisions anglaises; nous en tenant, dans la recherche de l'application du droit d'auteur, essentiellement aux principes généraux, nous puiserons largement dans cette jurisprudence, puisqu'un nombre infime de décisions canadiennes semble avoir directement porté sur la question.

Avant la loi modificatrice de 1988, la loi canadienne n'avait jamais, contrairement à son homologue britannique, été substantiellement modifiée, hormis l'apparition en 1936 des dispositions relatives au contrôle des sociétés de gestion. Aujourd'hui encore, c'est le texte de 1921 qui, essentiellement, prévaut. Or, rédigé néanmoins avec davantage de soins que la *Loi sur les dessins industriels*, ce texte est presque aussitôt tombé en désuétude en raison de son caractère énumératif[135]. Pourtant maintes fois envisagée[136], la réforme vient à peine d'être concrètement entreprise. Au coeur des diverses raisons qui expliquent cette stagnation, réside certainement la difficulté qu'il y a à concilier les intérêts des multiples parties en cause[137]. La loi modificatrice de 1988[138], qui n'a abordé qu'un nombre encore limité de questions, en témoigne elle-même: plutôt que d'y livrer l'amorce d'une réforme en profondeur, on semble s'être avant tout employé à

133. Article 63.

134. *Imperial Act*, 1911, 1-2 *Geo. V*, c. 46. La loi canadienne n'est toutefois entrée en vigueur qu'en 1924. Sur son historique, voir H.G. FOX, *Copyright...*, *op. cit.*, note 58, p. 30 et s.; J. BONCOMPAIN, *Le Droit d'auteur au Canada*, Montréal, Cercle du livre de France, 1971, p. 12-13; KEYES et BRUNET, *op. cit.*, note 20, p. 5 à 13.

135. *Cf.* Z. LUSSIER, «Six projets de réforme et toujours pas de loi», (1987) 132 *R.I.D.A.* 31.

136. Voir le texte accompagnant les notes 30 à 32.

137. *Cf.* W.L. HAYHURST, «Intellectual Property», *loc. cit.*, note 53, p. 188, et M. PARÉ, *loc. cit.*, note 132; R.V. ROBERTS, «Canadian Copyright: Natural Property or Mere Monopoly?», (1979) 40 *C.P.R.* (2d) 33-54.

138. *Loc. cit.*, note 73. Sur les tergiversations ayant entouré l'adoption du projet de loi, voir D. VAVER, «The Canadian Copyright Amendments of 1988», (1988) 4 *I.P.J.* 122. Sur les effets de la loi modificatrice, voir S. GILKER, «Une nouvelle loi sur les droits d'auteur: 19 504 jours et 19 études plus tard», (1988) 1 *C.P.I.* 31-48.

combattre l'anachronisme de la loi, notamment par l'ajout de nouvelles catégories d'oeuvres protégées, de nouveaux droits et obligations[139]. Cet exercice d'actualisation consacre donc la technique énumérative et, ce faisant, perpétue le problème de la vétusté dont il retarde d'autant la solution[140].

2) *Difficultés d'application tenant à la loi elle-même*

En dépit des difficultés énoncées plus haut, la *Loi sur le droit d'auteur* semble *a priori* aisément applicable puisqu'une oeuvre, lorsqu'elle est fixée et qu'elle participe de l'une des catégories expressément couvertes, est protégée, du moment qu'elle est originale[141].

a) Critère souple de l'originalité

Critère moins rigoureux que celui de la nouveauté, l'originalité ne fait par ailleurs pas appel au mérite éventuel de l'oeuvre[142]. Pour être originale, il suffit qu'une oeuvre soit véritablement le fait de celui qui s'en prétend l'auteur et qui, sans copier, y aura investi ses compétences, son industrie et son expérience[143]. Par application de ce principe, la Cour supérieure du Québec a récemment jugé que les croquis de vêtements réalisés par un créateur étaient originaux, puisqu'il s'y trouvait un élément de création par rapport à ceux qu'avait réalisés le défendeur[144]. Aussi, si l'on ne peut s'arroger ce

139. Ces dispositions touchent essentiellement les oeuvres artistiques, littéraires et chorégraphiques, ainsi que les programmes informatiques. D'autres dispositions ont trait au droit moral de l'auteur, aux dessins industriels, aux droits de reproduction mécanique et aux sociétés de gestion.

140. Une deuxième série de modifications est par ailleurs présentement à l'étude au sein des ministères responsables.

141. *Loi sur le droit d'auteur*, article 5. C'est en fait la façon dont est exprimée ou fixée l'idée qui doit être originale: *University of London Press Ltd.* c. *University Tutorial Press Ltd.*, [1916] 2 Ch. 601, 608; *Hay & Hay Construction Co. Ltd.* c. *Sloan*, (1957) 27 C.P.R. 132.

142. *Walter* c. *Lane*, [1900] A.C. 539, 552; *Underwriter's Survey Bureau Ltd.* c. *American Home Fire Assurance Co.*, [1939] Ex. C.R. 296, 303; voir aussi J. BONCOMPAIN, *op. cit.*, note 134, p. 26 et s.; S. PICHETTE, *op. cit.*, note 32, p. 218. Voir, finalement, pour une synthèse récente de l'état du droit sur la question, M. DUBÉ, «L'originalité en droit d'auteur canadien», (1991) 3 *C.P.I.* 337-347.

143. KEYES et BRUNET, *op. cit.*, note 20, p. 46; voir aussi *University of London Press* c. *University Tutorial Press*, *loc. cit.*, note 141; *Bayliner Marine Corp.* c. *Doral Boats Ltd.*, [1986] 3 C.F. 346, 365, renversé sur d'autres questions par la Cour d'appel: [1986] 3 C.F. 421.

144. *Productions G.R.O.S. Design Inc.* c. *Alpenstock Beaupré Inc.*, J.E. 90-1473, C.S., p. 4 et 5. S'agissant en l'occurrence d'une requête en cassation de saisie avant jugement, la décision n'a pas abordé les questions de contrefaçon et de dédommagement.

qui relève du domaine public[145], il est loisible à un auteur de faire oeuvre personnelle en puisant çà et là des éléments connus qu'il agencera à sa manière[146]. C'est ainsi qu'il a été jugé qu'un croquis était une oeuvre «originale», même si le vêtement représenté regroupait des caractéristiques stylistiques toutes bien connues[147].

L'originalité s'apprécie donc à la lumière du seul apport de l'auteur, et d'une façon d'autant plus étroite qu'il est certains domaines où les emprunts au fonds commun sont inévitables[148]. C'est en raison de la nature de cette condition que l'on pressent le droit d'auteur capable de garantir plus efficacement et plus substantiellement contre le copiage la création vestimentaire, laquelle présente inéluctablement un aspect «collectif». Encore faut-il pour cela que les travaux que l'on entend ainsi protéger participent des catégories d'oeuvres prévues par la loi. Or, antérieurement à la confection même d'un vêtement sont nécessaires, nous l'avons vu[149], l'exécution de croquis, le tracé de patrons et la construction d'un prototype. Il ne semble donc pas utile de nous attarder à tous les types d'oeuvres qui, selon l'article 5, peuvent être l'objet d'un droit d'auteur. Au contraire, seule la notion d'«oeuvre artistique» paraît d'emblée pertinente[150].

b) Nécessité pour les étapes de la création de correspondre à la notion d'«oeuvre artistique»

En Angleterre, les tribunaux ont eu à quelques reprises l'occasion de décider si patrons et croquis pouvaient être l'objet de droits d'auteur, en tant qu'«oeuvres artistiques». La chose ne semble pas être théoriquement contestable à l'égard des croquis eux-mêmes. Elle a parfois été admise par les parties[151], ou acceptée par un tribunal qui, sur ce point, ne considérait même pas les objections de la défense[152]. À celle-ci qui faisait valoir que des croquis n'étaient pas originaux au sens de la loi, tant leur auteur était en mesure de les

145. *Burke & Margot Burke Ltd.* c. *Spicer's Dress Designs*, [1936] 1 Ch. 400; *Canadian Admiral Corporation* c. *Rediffusion Inc. et al.*, [1954] Ex. C.R. 382; *Kilvington Bros. Ltd.* c. *Goldberg et al.*, (1957) 16 Fox Pat. C. 164.

146. *Deeks* c. *Wells*, [1933] 1 D.L.R. 353, 356 (C.P.); *Collins* c. *Rosenthal*, (1974) 14 C.P.R. (2d) 143, 146; S. PICHETTE, *op. cit.*, note 32, p. 218.

147. *J. Bernstein Ltd.* c. *Sydney Murray Ltd.*, [1981] R.P.C. 303 (Ch.D.).

148. *Cf.* S. PICHETTE, *op. cit.*, note 32, p. 221-222.

149. Nous renvoyons ici le lecteur à notre introduction.

150. L'article 2 édicte que «sont compris parmi les oeuvres artistiques les oeuvres de peinture, de dessin, de sculpture et les oeuvres artistiques dues à des artisans, les oeuvres d'art architecturales, les gravures et les photographies ainsi que les graphiques, les cartes géographiques et marines et les plans».

151. *Radley Gowns Ltd.* c. *Costas Spyrou*, [1975] 1 F.S.P.I.L.R. 455 (Ch. D.).

152. *Burke* c. *Spicers*, *loc. cit.*, note 145.

répéter rapidement et sans effort, un magistrat a déjà rétorqué, accessoirement, que cette facilité témoignait au contraire d'une «grande compétence»[153]. Pareillement, la Cour d'appel d'Angleterre a maintenu une décision de première instance, voulant que certains croquis soient protégés bien qu'ils fussent d'une grande simplicité[154].

C'est moins souvent, semble-t-il, que l'on a cherché à invoquer des droits d'auteur dans les patrons. Il est vrai que l'arrêt *Hollinrake c. Truswell*[155] avait très tôt établi qu'un patron n'était pas un «dessin» au sens de la loi anglaise de 1842. Mais ce précédent mettait en cause un patron qui n'a rien à voir avec ceux qu'emploient normalement les créateurs[156]. Deux décisions plus récentes ont donc reconnu qu'un patron constituait une oeuvre artistique au sens du *Copyright Act* de 1956[157].

Quelle serait cependant la situation en vertu de la loi canadienne? Si, encore une fois, la question des croquis ne semble pas poser de problème, ceux-ci étant incontestablement des «oeuvres de dessin», celle des patrons exige que l'on compare les notions d'«oeuvre artistique» qui prévalent en vertu des deux régimes. Il faut en effet préciser que si, sous l'empire de la loi britannique, les patrons peuvent être considérés comme des «dessins», c'est que cette notion constitue à elle seule une sous-catégorie d'oeuvre artistique, et que cette sous-catégorie englobe par ailleurs les plans[158]. Il est donc loisible de tergiverser quelque peu, comme la jurisprudence l'a fait, en se bornant à considérer les patrons comme des «dessins», sans nuancer davantage[159]. En droit canadien par contre, les dessins ne sont qu'un type spécifique d'oeuvre artistique et ce, au même titre que les plans. L'embarras devant lequel l'on se trouve alors provient de ce que les patrons ne sont ni véritablement des dessins, ni exactement des plans. Cette difficulté n'est toutefois pas incontournable car il semble, selon une décision récente de la Cour fédérale, que l'on n'ait pas à se montrer rigoureux quant à l'appartenance d'une oeuvre à l'un ou l'autre des types d'oeuvre artistique[160]: à défaut d'être clairement l'un ou l'autre, un patron constituerait alors une oeuvre analogue au dessin ou au plan, et s'insérerait ainsi dans le cadre général de la définition d'oeuvre artistique[161].

153. *Gleeson c. Denne*, [1975] R.P.C. 471, 483 (Ch. D.); confirmé en appel, [1975] R.P.C. 486.
154. *Merlet et al. c. Mothercare PLC*, [1986] R.P.C. 115, 120 (Ch. D.); [1986] R.P.C. 129, 132 (C.A.). Il faut remarquer, bien que l'issue de cette affaire n'en ait aucunement dépendu, que les croquis en question étaient assez particuliers, en ce qu'ils donnaient en outre des instructions rigoureuses quant aux proportions du vêtement.
155. (1894) 3 Ch. 420.
156. Il s'agissait davantage d'un guide, constitué essentiellement d'instructions écrites. Du reste, cette décision a été rendue à une époque où la définition de «dessin» n'englobait, à toute fin pratique ici, que les plans, ce que le patron litigieux n'était pas non plus: voir pages 424, *per* Lord Herschell, 426, *per* Lord Lindley, 438, *per* Lord Davey.
157. *Radley Gowns c. Costas Spyrou*, *loc. cit.*, note 151; *Gatherchoice Holdings Ltd. c. Magic Clothing Ltd.*, (17/10/84) SRL C/113/84, répertorié dans (1984) 6 E.I.P.R. D-254.
158. *Copyright Act 1956*, 4 & 5 Eliz. II, *c.* 74, article 48(1).
159. Voir ainsi l'affaire *Radley Gowns*, *loc. cit.*, note 151, p. 466.

Une question plus fondamentale concerne l'importance qu'il faut attacher au qualificatif «artistique». À cet égard, la loi britannique est catégorique: les dessins constituent des oeuvres artistiques, peu importe leur mérite artistique. Aussi a-t-on souligné dans l'affaire *Radley Gowns* que le caractère principalement utilitaire du patron en question ne s'opposait pas à ce qu'il soit reconnu comme oeuvre artistique[162]. Cette conclusion a par ailleurs plus fermement été reprise dans l'affaire *Gatherchoice*[163], où l'on a jugé qu'un patron n'était pas moins un «dessin» du fait qu'il était destiné à être découpé. Mais n'était-ce pas là confondre quelque peu mérite et nature?

Quoi qu'il en soit, de semblables motifs paraîtraient quelque peu ahurissants dans le contexte de la loi canadienne, alors qu'il semble qu'il faille considérer la nature d'une oeuvre avant d'admettre qu'elle est effectivement une «oeuvre artistique»[164]. S'il n'est jamais question d'apprécier subjectivement le mérite, il reste que lorsqu'un résultat ne fait aucunement appel aux facultés esthétiques et sensorielles (ce à quoi, contrairement aux croquis, les patrons ne sauraient prétendre), l'intention de l'auteur de concevoir une oeuvre artistique devient déterminante. Voilà un critère difficile d'application; il a récemment été sciemment ignoré par la Cour fédérale, qui jugeait que la nature utilitaire d'une étiquette n'empêchait pas celle-ci de constituer une

160. *D.R.G. Inc. c. Datafile Ltd.*, [1988] 2 C.F. 253, confirmé par la Cour d'appel: (1991) 35 C.P.R. (3d) 243. La décision portait en l'occurrence sur la notion de «gravure».
161. Nous paraphrasons ici TAMARO, *La Loi sur le droit d'auteur, commentée et annotée*, Montréal, Thémis, p. 48. Accessoirement, l'on soulignera que la version française de la loi – qui se lit ainsi: «sont compris parmi les oeuvres artistiques *les oeuvres ... de dessin*» – semble ici pouvoir se passer de cette interprétation qu'a échafaudée la Cour fédérale à l'égard de la notion de gravure, contrairement à la version anglaise qui, elle, semble plus restrictive: «Artistic work includes... *drawings*».
162. *Loc. cit.*, note 151, p. 466.
163. *Loc. cit.*, note 157.
164. *Cuisenaire c. South West Imports Ltd.*, (1967) 54 C.P.R. 1, 21; confirmé [1969] S.C.R. 208; *cf. Hay c. Sloan*, *loc. cit.*, note 141. Voir également H.G. FOX, *Copyright...*, *op. cit.*, note 58, p. 156-157; D.N. MAGNUSSON, «The Relation...», *loc. cit.*, note 69, p. 58-60.

oeuvre artistique[165]. Mais le cas des patrons est peut-être plus problématique, puisque ceux-ci sont destinés à être découpés; or, créer une oeuvre dans le seul dessein de l'utiliser d'une manière qui sous-entend sa destruction paraît difficilement conciliable avec l'intention de créer une oeuvre artistique.

Qu'en est-il cependant du vêtement lui-même, et de son précurseur, le prototype? Tant en vertu de la loi anglaise que de la loi canadienne, ce n'est qu'à titre «d'oeuvre artistique due à un artisan» que ces nouveaux travaux pourraient être l'objet de droits d'auteur. Or, ce qu'il faut entendre par cette expression demeure aujourd'hui encore relativement imprécis[166]. Plusieurs paramètres régissent cependant les deux conditions que cette expression évoque à sa simple lecture.

L'oeuvre doit ainsi être celle d'un artisan. Dans l'affaire *Burke* précitée – laquelle, incidemment, constitue la première cause notoire où l'on ait eu à considérer ce type d'oeuvre – il a été jugé que l'artisan lui-même devait insuffler à son travail la dimension artistique requise, plutôt que de n'être qu'un simple exécutant. Aussi le tribunal concluait-il que la robe qu'avait confectionnée la demanderesse n'était pas protégée, ayant été conçue par un tiers[167]. Ce premier et fâcheux obstacle est tombé depuis, alors que la Chambre des Lords a admis, à l'occasion de l'arrêt *Henscher*, qu'une telle oeuvre pouvait résulter d'une collaboration[168]. Cette oeuvre doit toutefois posséder

165. *D.R.G.* c. *Datafile*, *loc. cit.*, note 160, p. 243. La thèse voulant que le qualificatif «artistique» ne soit pas ici davantage déterminant que celui de «littéraire» ne l'est à l'égard de tout ce qui est écrit ou imprimé, n'est pas nouvelle; voir à ce sujet D.N. MAGNUSSON, «The Relation...», *loc. cit.*, note 69, p. 59-62, ainsi que Skone JAMES et al., *Copinger & Skone James on Copyright*, 12e éd., London, Sweet & Maxwell, 1980, para. 176. Elle se trouve par ailleurs confortée par le fait que les cartes géographiques et marines et les plans, autrefois assimilés aux oeuvres littéraires, furent insérés lors des modifications de 1988 dans la catégorie, passablement édulcorée donc, des oeuvres artistiques. Voir en ce sens J.-N. LANDRY, «Difficultés d'application de la *Loi sur les dessins industriels*», dans *Développements récents en propriété intellectuelle*, p. 74. Cette modification avait souvent été recommandée: voir notamment KEYES et BRUNET, *op. cit.*, note 20, p. 51-52; W.L. HAYHURST, *Report*, *op. cit.*, note 69, p. 21.

166. *Cf.* N. TAMARO, *op. cit.*, note 161, p. 50-51; Skone JAMES et al., *op. cit.*, note 165, p. 69 à 72, para. 178; STERLING et CARPENTER, *Copyright Law in the United Kingdom*, London, Legal Books Pty Ltd., 1986, p. 78-79, para. 248; R.G. KENNY, «Artistic Craftmanship: the *Copyright Act* 1968», (1984-1985) 13 *Queensland L.J.* 206-218. L'ouvrage de Fox, curieusement, est silencieux à ce sujet. Dans l'affaire *Henscher*, après que chacun des magistrats eût fait valoir sa propre définition, la Chambre des Lords ne s'entendait que pour conclure que ce qui était une telle oeuvre dépendait de la preuve soumise: *Henscher (George)* c. *Restawile Upholstery*, [1975] R.P.C. 31 (H.L.).

167. *Burke* c. *Spicers*, *loc. cit.*, note 145, p. 407-408.

168. *Henscher* c. *Restawile*, *loc. cit.*, note 166, p. 40.

les qualités propres à tout travail d'artisan[169]. C'est pourquoi le juge de première instance, dans l'affaire *Merlet*, a affirmé douter du caractère artisanal d'un prototype dont la confection avait, de toute évidence, été bâclée[170].

L'oeuvre, cependant, doit en outre être «artistique»[171]. Il ressort une fois de plus de l'affaire *Burke* qu'aussitôt qu'une oeuvre n'est pas attribuable aux beaux-arts, son auteur ne peut l'avoir conçue comme une «oeuvre artistique». Ce principe trop rigoureux[172] n'a pas reçu la faveur de la rarissime jurisprudence canadienne, qui, délaissant le seul mérite du résultat, accorde une importance significative à l'intention de l'auteur[173]. L'arrêt *Henscher*, portant sur la loi anglaise de 1956, semble d'ailleurs avoir ramené ce principe à une expression plus clémente, voisine de celle qui prévaut au Canada. Dans les affaires qui nous intéressent, les tribunaux ne se sont pas pour autant sentis soulagés du fardeau d'apprécier, sinon le mérite de l'oeuvre, du moins sa nature, puisque l'intention de confectionner un vêtement et celle de créer une oeuvre d'art ne sont généralement pas consubstantielles. Se référant abondamment à l'affaire *Henscher*, le juge de première instance eut ainsi à apprécier, dans l'affaire *Merlet*, si le prototype qui lui était présenté possédait des qualités esthétiques suffisantes pour que l'intention de son auteur de créer une oeuvre «artistique» n'ait pas à être recherchée[174].

Ainsi, lorsqu'un auteur est animé par l'intention de créer une oeuvre artistique, et qu'il n'échoue pas manifestement à cet égard, le fruit de son travail constituerait une telle oeuvre[175]. À la lumière de

169. Pour un exposé intéressant sur cette question, voir *Cuisenaire* c. *Reed*, [1963] V.R. 719, 730 (V.S.C.). Voir aussi *Cuisenaire c. South West Imports Ltd.*, *loc. cit.*, note 77, p. 114, où il est fait référence à la décision australienne.

170. *Loc. cit.*, note 172, p. 122. La Cour d'appel n'a pas eu à se prononcer sur cette question.

171. KEYES et BRUNET, *op. cit.*, note 20, p. 51-52; D.N. MAGNUSSON, «The Relation...», *loc. cit.*, note 69, p. 105-106, note 112; N. TAMARO, *op. cit.*, note 161, p. 46; *Cuisenaire c. South West Imports Ltd.*, *loc. cit.*, note 77.

172. *Cf.* D.N. MAGNUSSON, note 69.

173. *Cuisenaire* c. *South West Imports*, *loc. cit.*, note 77; *Hay* c. *Sloan*, *loc. cit.*, note 141, p. 137. Il importe de noter que la définition d'oeuvre artistique comprenant les «oeuvres *artistiques* dues à des artisans» et non pas simplement les oeuvres dues à des artisans, l'on ne saurait ici ignorer la recherche de l'intention de l'auteur, ainsi que la Cour fédérale l'a fait à l'égard des «oeuvres de gravure» dans l'affaire *D.R.G.* c. *Datafile*, *loc. cit.*, note 160.

174. *Loc. cit.*, note 172, p. 125.

175. *Henscher (George)* c. *Restawile*, *loc. cit.*, note 166, (H.L.) *per* Kilbrandon; *Merlet* c. *Mothercare*, *loc. cit.*, note 154, p. 126. Ainsi formulé, le critère affranchit en effet les tribunaux du rôle embarassant de critique d'art que le législateur semblait leur avoir imposé: *cf.* KEYES et BRUNET, *op. cit.*, note 20, p. 52. En effet, dès que l'oeuvre en question n'est pas incontestablement une oeuvre d'art,

ce critère plus réaliste, la jurisprudence à l'étude a déjà convenu qu'il n'était pas impossible qu'un vêtement soit couvert par le droit d'auteur[176]. En pratique toutefois, elle n'a jamais eu le loisir de parvenir à cette conclusion. En fait, dans la seule cause où il ait été nécessaire d'appliquer ce principe, soit l'affaire *Merlet*, il a été décidé que le prototype, franchement inesthétique au demeurant, ne pouvait être protégé, la demanderesse ne l'ayant pas conçu dans un esprit artistique[177].

En théorie concevable, la protection des vêtements, et de leurs prototypes, serait en pratique limitée à des cas exceptionnels, en raison de la définition d'«oeuvre artistique due à un artisan». En effet, en ce qui concerne les exigences relatives au caractère artisanal, nous ne voyons guère que les créations de la haute couture[178] et les confections sur mesures qui puissent y satisfaire. Quant aux créateurs – et ils constituent la très grande majorité – qui procèdent selon des méthodes industrielles, seuls leurs prototypes seraient susceptibles de correspondre à la norme artisanale[179]. Or, il s'agit là de réalisations intermédiaires et utilitaires et l'absence d'intention artistique redevient ici un obstacle fâcheux. L'on pourrait être tenté de se montrer plus hardi que la cour dans l'affaire *Merlet* ne l'a été, et avancer que lorsqu'un vêtement présente la simple dimension artistique requise, le prototype que ce vêtement reproduit doit à son tour être considéré comme artistique[180]. Toutefois, les bénéfices d'une telle prétention ne sont que théoriques puisque, ainsi que nous allons le voir, des difficultés d'un nouvel ordre font obstacle à la protection.

le débat se déplace pour ne plus se concentrer que sur l'intention de l'auteur au moment de la création. Certains lords dans l'affaire *Merlet* ont toutefois substitué au critère de l'intention de l'auteur au moment où celui-ci créait une oeuvre précise, celui de l'opinion que cet auteur avait de la nature de son travail. C'est ainsi que Lord Dilhorne donne très précisément l'exemple d'un patroniste qui ne pourrait prétendre qu'il exerce un art, ni que ses travaux sont des oeuvres.

176. *Cf. Radley Gown c. Costas Spyrou, loc. cit.*, note 151.

177. *Loc. cit.*, note 172, p. 124-125. C'est avec circonspection qu'il faut lire ce passage tel qu'il est cité dans un article, au demeurant intéressant, de E. Eder. Cet extrait y est en effet amputé de telle sorte qu'il semble conférer au mérite esthétique une importance au moins égale à celle de l'intention. Voir «Copyright in the Textile Industry», (1986) 9 *E.I.P.R.* 313.

178. Celles-ci sont en effet nécessairement confectionnées à la main.

179. C'est avec grand-soin que ceux-ci sont d'ordinaire réalisés puisque c'est par eux que leur auteur entreverra l'aboutissement de son travail. Par ailleurs, ils servent également souvent à promouvoir une création et sont alors rachetés par les industries qui entendent confectionner le modèle. Dans un cas comme dans l'autre, il est donc nécessaire que ces prototypes soient précis.

180. Tamaro nous donne ainsi l'exemple du typographe qui, en décidant de l'aspect esthétique, visuel d'un livre d'art, accomplit une «oeuvre artistique due à un artisan». Voir *op. cit.*, note 161, p. 51.

3) *Difficultés propres à la nature des oeuvres issues de la création vestimentaire*

Qu'une création puisse être considérée comme une «oeuvre artistique», ou que le droit d'auteur réside dans les croquis, le patron ou le prototype qui en sont à l'origine, l'aspect collectif de la mode et la production de masse que cette notion suggère, sont sources de nouvelles difficultés.

a) *Difficultés reliées à la question de la reproduction et à la constatation de la contrefaçon en matière de mode*

Si l'on délaisse pour l'instant le cas exceptionnel des quelques créations pouvant constituer des «oeuvres artistiques» et celui problématique – car très incertain – des prototypes, il ne reste à un créateur que la possibilité de faire valoir un droit d'auteur dans ses croquis et patrons. La protection de la création vestimentaire ne peut alors qu'emprunter un chemin détourné.

La loi reconnaît en effet à l'auteur d'une oeuvre originale le droit exclusif de reproduire celle-ci, ne serait-ce qu'en partie, sous toute forme matérielle[181]. Ce n'est donc que si l'on admet que la confection d'un vêtement constitue la reproduction des croquis et patrons qui en sont à l'origine, que la protection de ces derniers serait utile. Or, reproduire une oeuvre, c'est en reprendre une partie si substantielle que le résultat évoque indubitablement l'oeuvre originale[182]. Reproduit-on une oeuvre bidimensionnelle lorsqu'on la transpose en trois dimensions? Il convient d'aborder cette cruciale question en deux temps, selon que l'oeuvre originale est un patron ou un croquis.

Le cas des patron s'annonce d'emblée problématique, en raison du critère même de reproduction. Si la Cour fédérale avait admis, dans l'affaire *Bayliner*[183], que le fait de copier un bateau constituait une reproduction des plans de celui-ci, le parallèle avec le cas des vêtements et des patrons paraît difficile, le lien visuel entre ces deux derniers étant considérablement plus ténu, voire simplement inexistant.

181. Article 3(1). Voir H.G. FOX, *Copyright...*, *op. cit.*, note 58, p. 326 et s. et 379 et s.; S. PICHETTE, *op. cit.*, note 32, p. 236 et s.; J. BONCOMPAIN, *op. cit.*, note 134, p. 217 et s.

182. *King Features et al. c. Lechter et al.*, [1950] Ex. C.R. 297; H.G. FOX, *Copyright...*, *op. cit.*, note 58, p. 384 et s.; J. BONCOMPAIN, *op. cit.*, note 134, p. 217-234.

183. *Bayliner Marine Corp. c. Doral Boats Ltd.*, *loc. cit.*, note 143. La Cour d'appel semble également avoir suivi ce raisonnement.

En effet, les plans d'un bateau, à défaut de représenter celui-ci dans son aspect final, en illustrent au moins une coupe ou la structure. Un patron, au contraire, n'illustre rien; il ne délimite que des contours de morceaux, eux-mêmes également en deux dimensions. La confection du vêtement par l'assemblage de ces morceaux n'est donc pas une reproduction en trois dimensions de l'expression artistique que représente le patron, mais constitue plutôt une expression différente de l'idée contenue dans celui-ci. Il n'y a donc pas de reproduction[184], et il serait inadmissible de contourner cet obstacle technique en décousant le vêtement, afin d'établir, comme on a cherché à le faire dans l'affaire *Merlet*, que ses différentes parties coïncident avec les tracés du patron. Du reste, faut-il le rappeler, le droit d'auteur ne protège pas les idées, mais bien leur expression.

Dans l'état actuel des choses donc, la protection des patrons paraît inutile, puisque le problème qui nous préoccupe ne constitue pas une violation des droits qui subsistent en ceux-ci[185]. Ce résultat nous paraît quelque peu contrariant, dans la mesure où il sera souvent nécessaire pour le contrefacteur lui-même d'établir un patron industriel, patron qui sera sans doute voisin de l'original. Contrairement au croquis, le patron représente donc une étape quasiment indispensable[186].

L'on a pu, un court instant, envisager de pouvoir tirer profit de la jurisprudence récente en matière de programmes informatiques, laquelle remet en question le critère traditionnel de la reproduction. Ainsi, dans l'affaire *Apple*, la Cour fédérale a reconnu que le fait de graver sur une microplaquette un programme constituait une reproduction de ce dernier, même si aucune comparaison visuelle n'était possible entre la forme gravée et celle exécutée du programme[187].

184. *Cf.* W.L. HAYHURST, «Copyright of Industrial Articles», (1985) 2 *Can. Intel. P.R.* 142.

185. Nous ne parlons ici que de ceux qui reproduisent les vêtements obtenus par ces patrons, et non de ceux qui copient, pour les vendre au public, les patrons eux-mêmes, ce problème étant d'une importance très secondaire.

186. Selon Eder, c'est ainsi que l'on aurait, dans l'affaire *Gatherchoice*, *loc. cit.*, note 157, et dans une autre, comparé les différentes parties des vêtements litigieux, pour établir qu'ils provenaient de patrons identiques. Voir *op. cit.*, note 194, p. 314. C'est procéder en quelque sorte comme l'a interdit l'arrêt *Merlet*. Cet écart est d'autant plus étonnant que l'article 9(8) de la loi anglaise d'alors, le *Copyright Act 1956*, *loc. cit.*, note 158, prévoyait que la fabrication d'un objet ne constituait pas une violation des droits d'auteur dans une oeuvre bi-dimensionnelle lorsque le critère de reproduction n'était pas satisfait.

187. *Apple Computer* c. *Mackintosh Computers*, [1988] 1 C.F. 673. Voir également *IBM Corp.* c. *Ordinateurs Spirales Inc.*, [1985] 1 C.F. 190; *Apple Computer Inc.* c. *Minitronics of Canada*, (1985) 7 C.P.R. (3d) 104 (C.F.); Schanfield FREEDMAN et WINTERS, «Copyright Goes Computer: a Case Law Survey of Recent Developments in Canada», (1985) 45 *R. du B.* 316-325.

Appliquée au domaine de la mode, cette nouvelle conception de la notion de reproduction, qui délaisse donc le facteur de comparaison visuel au profit de la substance de l'oeuvre, serait salutaire à l'égard des patrons. En pratique toutefois, son application se trouve considérablement entravée.

En premier lieu, en conséquence des modifications de 1988, le cas particulier des programmes informatiques se trouve maintenant expressément traité par la loi, d'une manière telle que toute référence ultérieure à l'arrêt *Apple* serait inutile[188]. Il est donc à craindre que l'occasion de développer davantage le critère ébauché par la Cour fédérale ne soit jamais donnée. Or, en second lieu, dans le jugement de la Cour d'appel, l'un des trois juges s'est peut-être montré trop spécifique. Pour M. le juge Hugessen en effet, la microplaquette constitue le «support» du programme, et c'est le fait de graver celle-ci qui constitue une violation du droit d'auteur[189]. Ces propos, du reste considérablement étayés, semblent ainsi fermer la porte à tout parallèle avec la création vestimentaire, puisque le vêtement n'est certes pas le support de son patron.

Qu'en est-il cependant des croquis? Il avait été jugé, dans l'affaire *Burke*, que le croquis de la demanderesse, parce qu'il illustrait une jeune femme vêtue d'une robe, ne pouvait être reproduit par la seule confection de ladite robe[190]. Mais la jurisprudence subséquente a pris grand soin de circonscrire ce précédent aux circonstances dans lesquelles il a été établi[191], et a plutôt admis que la copie d'une reproduction en trois dimensions d'une oeuvre originale plate pouvait contrefaire celle-ci[192].

188. Voir en effet la définition de «programme d'ordinateur», à l'article 1 de la loi modificatrice de 1988. Voir à ce sujet G.F. HENDERSON, «Enhanced Protection Afforded Software in Canada», (1988) 5 *Can. Comp. L.R.* 79. Par ailleurs, les programmes font partie des «oeuvres littéraires», ce qui est conforme à toutes les attentes. *Cf.* notamment D. BURON, «Droit d'auteur et logiciel», (1987) 28 *C. de D.* 421-440.

189. *Apple Computer Inc.* c. *Mackintosh Computers Ltd.*, *loc. cit.*, note 187, p. 694-697. La confection du support de l'oeuvre est en effet, aux termes de l'article 3 de la loi, du seul ressort de l'auteur.

190. *Loc. cit.*, note 163, p. 401 et 406.

191. *Chabot* c. *Davies*, [1936] 3 All E.R. 221 (Ch. D.). Par ailleurs, il importe de préciser que les croquis modernes accordent en général une prépondérance indiscutable au vêtement lui-même, et ne pourraient ainsi raisonnablement être perçus comme illustrant essentiellement une personne.

192. *King Features Syndicate Ltd.* c. *O. & M. Kleeman Ltd.*, [1940] 2 All E.R. 355, 359, confirmé [1941] 2 All E.R. 403 (H.L.). Au Commonwealth, et notamment en Angleterre, plusieurs arrêts d'importance sont depuis venus consolider les assises de ce principe, à l'égard cette fois d'objets tri-dimensionnels purement utilitaires. Voir *Dorling* c. *Honnor et al.*, [1964] R.P.C. 160 (C.A.); *Solar Thomson*

Dans les causes qui nous intéressent, les tribunaux ont donc unanimement convenu de la possibilité pour un vêtement de constituer la reproduction d'un croquis[193]. Ce n'est toutefois que dans l'affaire *Bernstein* que semblable reproduction a effectivement été constatée[194], alors que dans l'affaire *Radley* elle a été jugée suffisamment évidente pour que l'injonction interlocutoire soit accordée[195].

Ces résultats s'expliquent. Le mécanisme de violation une fois reconnu, le critère de reproduction demeure néanmoins le même. Il est donc nécessaire de pouvoir constater la présence, dans le vêtement attaqué, de toutes les caractéristiques essentielles qui paraissent dans le croquis, pour établir que celui-ci a été reproduit[196]. Cette

Engineering Co. Ltd. et al. c. *Barton*, [1977] R.P.C. 537 (C.A.); *L.B. (Plastics) Ltd.* c. *Swish Products Ltd.*, [1979] R.P.C. 551 (H.L.); *Plix Products Ltd.* c. *Winstone et al.*, [1986] F.S.R. 63 (H.C. N.-Z.); *British Leyland Motor Corp. Ltd. et al.* c. *Armstrong Patent Co. et al.*, [1986] 1 All E.R. 850 (H.L.). Au Canada, le principe semble être admis, bien qu'il n'existe aucune jurisprudence ayant porté expressément sur la question. On alléguera que la formulation même du nouvel article 64(1) semble tenir compte de ce principe. Voir W.L. HAYHURST, «Intellectual Property Protection in Canada for Designs of Useful Articles: Sections 46 and 46.1 of the Copyright Act», (1989) 4 *I.P.J.* 381. Voir H.G. FOX, *Copyright...*, *op. cit.*, note 58, p. 381; W.L. HAYHURST, «Intellectual Property», *loc. cit.*, note 53, p. 190; D.N. MAGNUSSON, «The Relation...», *loc. cit.*, note 69, p. 39-40; A. ASQUITH, «Artistic Copyrights in Unartistic Drawings», (1984) 1 *Can. Intel. P.R.* 267-275; R.D. GOULD, «Copying in Three Dimensions – The New Dimension», (1981) *P.T.I.C. Bull.*, séries 8, vol. 10, p. 534. Ce principe a en outre été appliqué par la Cour fédérale dans l'affaire *Bayliner*, *loc. cit.*, note 143; voir D. HITCHCOCK, «Clear Sailing for Copiers after Doral Boats?», (1988) 3 *I.P.J.* 305-316; sur ce point, la décision n'a été ni infirmée, ni confirmée par la Cour d'appel. Voir aussi *Spiro Flex Industries Ltd.* c. *Progressive Sealing Inc.*, (1987) 13 C.P.R. (3d) 34 (B.C.S.C.); *Apple Computer Inc.* c. *Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 C.F. 173, 194-195, confirmé [1988] 1 C.F. 673 (C.A.). L'application de ce principe à l'égard d'objets purement utilitaires a toutefois suscité de vives inquiétudes, qui sont à la base des rapports MAGNUSSON et HAYHURST, *op. cit.*, notes 69 et 69 respectivement. Récemment encore, dans un contexte interlocutoire, la Cour fédérale refusait de se prononcer sur la question: voir *Dennison Manufacturing Co.* c. *M.N.R.*, (1987) 13 C.I.P.R. 81, 84.

193. *Gleeson* c. *Denne*, *loc. cit.*, note 153, p. 484; *Radley Gowns* c. *Costas Spyrou*, *loc. cit.*, note 151, p. 467; *Bernstein* c. *Sydney Murray*, *loc. cit.*, note 147, p. 329; *Merlet* c. *Mothercare*, *loc. cit.*, note 154, p. 123.

194. *Loc. cit.*, note 147, p. 330. Cette conclusion ne tenait que pour l'un des trois croquis de la demanderesse, les deux autres n'ayant pas été reproduits de façon substantielle.

195. *Loc. cit.*, note 151, p. 467.

196. H.G. FOX, *Copyright...*, *op. cit.*, note 58, p. 381. Cette remarque vaut également à l'égard de la création originale puisque c'est celle-ci qui, le plus souvent, est employée pour la contrefaçon. L'on notera à cet effet qu'il est sans incidence que la reproduction intermédiaire – ici, le vêtement – qui sert à la contrefaçon ne soit pas elle-même l'objet de droits d'auteur. Voir encore H.G. FOX, p. 329 et 330; voir aussi *Bayliner Marine* c. *Doral Boats*, *loc. cit.*, note 143, p. 372 (C.F.).

difficulté d'ordre juridique est amplifiée en matière de mode par le fait que même le contrefacteur le moins inspiré aura une propension à personnaliser par quelques détails ses propres réalisations, contournant ainsi le critère de la reproduction d'une façon toute naturelle.

Les tribunaux toutefois ne sont pas dupes, et n'admettent pas ce qu'ils qualifient d'imitations déguisées et que la loi assimile à la contrefaçon[197]. C'est sur ce dernier plan, en revanche, que la nature collective de la mode pèsera le plus aux créateurs qui s'estimeraient plagiés: le champ de la protection dont ils jouiront sera relativisé à leur seul apport original au fonds commun, qu'ils auront eux-mêmes sollicité dans leurs élans créatifs. Aussi, dans le cas d'une création originale selon la loi mais banale aux yeux de la mode, il n'y a guère que les copies serviles qui pourront être attaquées[198], alors que les variantes qui emprunteraient le plus lourdement à cette création pourraient être vues comme des expressions différentes des mêmes idées.

Mais si, en définitive, il n'y avait que par la protection des croquis que celle de la création vestimentaire pouvait passer, cette voie nous paraîtrait en théorie suffisante. Certes, la protection accordée n'aurait jamais pour mesure que l'apport au fonds commun, apport qui dans bien des cas sera mince. Mais il ne s'agit pas pour les créateurs de s'approprier un courant de la mode, mais bien de sauvegarder le bénéfice de leur contribution respective. Celui qui aura effectivement créé serait donc protégé, pourvu – et ce sera souvent le cas – qu'il puisse s'appuyer sur des croquis suffisamment expressifs. Toutefois, il est un mécanisme prévu dans la *Loi sur le droit d'auteur* qui, en pratique, vient soustraire la création au bénéfice de sa protection.

b) Difficultés techniques tenant à la nature hybride de la création vestimentaire

L'article 64(2) édicte que lorsqu'un dessin est tiré d'une oeuvre artistique et appliqué à un objet, ne constitue pas une violation des droits dans cette oeuvre le fait de reproduire le dessin (ou un autre

197. *Loi sur le droit d'auteur*, art. 2. Voir *King Features* c. *Lechter*, *loc. cit.*, note 182, p. 305; H.G. FOX, *Copyright...*, *op. cit.*, note 58, p. 359-360.

198. *Cf.*, par analogie, H.G. FOX, *Copyright...*, *op. cit.*, note 58, p. 156: «Even the... most commonplace... representation of the commonest object may be so far protected than an exact reproduction of it would be an infringement of copyright. But, in such a case, it must be nothing short of an exact literal reproduction of the drawing that can constitute the infringement, for there seems to be in such a case nothing else that is not the common property of all the world».

qui n'en diffère pas sensiblement) en réalisant l'objet en question, si celui-ci a, du consentement du titulaire, été réalisé à plus de cinquante exemplaires[199]. Cette disposition clé, dont nous venons de résumer la nouvelle version, a donc pour but d'aiguiller certains travaux entre la protection du droit d'auteur et celle des dessins industriels.

Un tel mécanisme, indispensable à tout régime fondé sur une conception exclusive de la protection, est généralement hautement insatisfaisant[200]. À cet égard, le législateur est parvenu, en reformulant l'ancien article 46, à résoudre quelques-uns des plus graves problèmes en la matière. Ainsi n'est-il plus besoin de débattre sur l'intention initiale de l'auteur[201], pas plus qu'il n'est davantage question de se référer à un quelconque règlement sur les dessins industriels[202]. Cependant, certaines interrogations demeurent, parmi lesquelles quelques-unes nous concernent.

199. Un problème semblable à celui que pose l'article 64(2) actuel, et que posait l'ancien article 46, semble se produire en relation avec le régime des brevets. Il a été jugé en effet que lorsqu'un plan ou un croquis sert à décrire une invention brevetable, ceux-ci sont évincés du champ de la protection du droit d'auteur. Voir *Rucker Co. c. Gravel's Vulcanizing Ltd.*, (1985) 7 C.P.R. (3d) 294 (T.D.), commenté dans D. HITCHCOCK, «Copyright in Drawings Does Not Extend to Protect Patented Objects», (1986) 2 *I.P.J.* 245; *Spiro Flex Industries c. Progressive Sealing*, *loc. cit.*, note 192. Mais voir W.L. HAYHURST, «Intellectual Property», *loc. cit.*, note 53, p. 192. Quoi qu'il en soit, cette question est loin d'être aussi embarrassante dans le contexte de notre étude que celle relative aux dessins industriels.

200. Sur cette question en général, voir J. BONCOMPAIN, *op. cit.*, note 134, p. 74-102; W.R. CORNISH, *op. cit.*, note 63, p. 219-245; J.H. REICHMAN, «Design Protection in Domestic and Foreign Copyright Law: from the Berne Revision of 1948 to the Copyright Act of 1976», (1983) *Duke L.J.* 1143-1264; H. COHEN-JEHORAM, «La protection des dessins et modèles industriels entre la législation sur le droit d'auteur et celle sur les dessins et modèles», (1983) 96 *Le Droit d'auteur* 313-321; K.R. MOON, «Copyright in Artistic Works: the Extension to Mechanical Design», (1979) *N.Z. L.J.* 282-288. Encore doit-on préciser que le principe du cumul des protections ne connaît pas que des résultats heureux: voir M.-A. PÉROT-MOREL, «Les dessins et modèles entre la protection du droit d'auteur et la propriété industrielle», (1983) 3 *Droit d'auteur* 59-73; «La double protection des dessins et modèles», dans *Le droit d'auteur d'aujourd'hui*, Paris, C.N.R.S., 1991, p. 117-131 et «Prospects for Unification of the Laws on Designs and Models in the EEC», (1984) 6 *E.I.P.R.* 130; H. Cohen JEHORAM, «Cumulative Design Protection, a System for the EC?», (1989) 11 *E.I.P.R.* 83-87; «The EC Green Paper on Legal Protection of Industrial Design. Half Way Down the Right Track», (1992) 3 *E.I.P.R.* 75-78.

201. *King Features c. Kleeman*, *loc. cit.*, note 192. Voir H.G. FOX, *Copyright...*, *op. cit.*, note 58, p. 162-164; J. BONCOMPAIN, *op. cit.*, note 134, p. 78-91; A. ASQUITH, *op. cit.*, note 192; J.S. MARGOLIS, «Industrial Designs: Creation and Statutory Remedies», (1988) 4 *Can. Intel. P.R.* 98-115.

202. Voir à ce sujet J.N. LANDRY, *op. cit.*, note 108, p. 31-34. Le règlement 11 sur les dessins industriels aura été responsable d'une jurisprudence assez ahurissante,

Tout d'abord, nous l'avons vu, si les croquis de mode répondent à cette notion de «dessin» en ce qu'ils illustrent une configuration qui sera reproduite à plus de cinquante exemplaires, il leur manque souvent en revanche l'originalité requise en vertu de la *Loi sur les dessins industriels*. L'article 64(2) vise-t-il de tels croquis qui, sans pouvoir être effectivement enregistrés, sont tout de même d'une nature enregistrable? Il y a lieu de le croire: tandis que, en des termes différents, la même question se posait à l'égard de l'ancienne version de cet article, la Cour d'appel fédérale, dans l'affaire *Bayliner*, a clairement souligné qu'il résulterait du contraire de sérieuses incohérences[203]. Si un doute devait subsister, le fait que le nouvel article 64(2) traite des «dessins» sans plus aucune référence à leur caractère enregistrable semble vider la question[204]. Nous ajouterons pour notre part que, en serait-il autrement, le problème de l'application du droit d'auteur aux objets purement utilitaires – et donc effectivement non protégeables en vertu de la *Loi sur les dessins industriels* – ne serait aucunement résolu[205]. Or, c'était là sans doute la préoccupation principale du législateur[206].

Par ailleurs, la doctrine n'aura guère tardé à déceler de nouvelles incohérences dans le mécanisme récemment instauré. Ainsi, l'exégèse de l'article 64(2) permet de croire qu'un dessin demeure soumis au droit d'auteur à l'encontre des reproductions qui en diffèrent sensiblement. Selon certains, il serait donc possible, en invoquant qu'un tiers a confectionné un vêtement, non pas identique ni même semblable, mais plutôt sensiblement différent, d'établir que

à laquelle la Cour d'appel fédérale, en renversant sur ce point très précis la décision de première instance dans l'affaire *Bayliner*, *loc. cit.*, note 143, était venue mettre un terme, à la veille des modifications de 1988. Voir en effet l'affaire *Royal Doulton Tableware Ltd. et al. c. Cassidy's Ltée*, [1984] 1 C.P.R. (3d) 214, commenté dans W.L. HAYHURST, «Copyright: Must Patterns for China Be Protected by Industrial Design Registration?», (1985) 1 *I.P.J.* 171-174.

203. *Bayliner Marine c. Doral Boats*, *loc. cit.*, note 143, p. 430-431. Notamment, un dessin dépourvu de nouveauté ou «publié» depuis plus d'un an, bénéficierait d'une protection d'une durée de loin supérieure à celle que son enregistrement en vertu de la *Loi sur les dessins industriels*, s'il avait été possible, lui aurait procurée. Voir R. GOULD, *op. cit.*, note 192, p. 541-542 et, d'une façon plus générale, D.N. MAGNUSSON, «The Relation...», *loc. cit.*, note 69, p. 44-47; mais voir H.G. FOX, *Copyright...*, *op. cit.*, note 58, p. 162.

204. Voir note 78. Issue de la jurisprudence, la définition adoptée vise maintenant clairement la configuration. Voir W.L. HAYHURST, *Report...*, *op. cit.*, note 69, p. 22.

205. De tels objets sont en effet souvent dénués de caractéristiques visuelles nouvelles, en raison de la prédominance de la fonction, et ne peuvent, en conséquence, être l'objet d'un enregistrement.

206. Voir W.L. HAYHURST, *Report...*, *op. cit.*, note 69, p. 1-10; D. VAVER, *op. cit.*, note 138, p. 132-138; J.N. LANDRY, *op. cit.*, note 108, p. 47.

les droits dans les croquis supposément reproduits ne sont pas évacués, ce qui permettrait en retour de sanctionner la confection en cause[207].

Quoi qu'il en soit, ce qui passerait pour une incohérence de poids dans un contexte plus général n'est peut-être ici qu'une hypothèse d'école: en pratique en effet, si le vêtement incriminé diffère suffisamment de l'original pour contrecarrer le mécanisme de l'article 64(2), il est permis de croire qu'inévitablement, en raison de l'importance du fonds commun, il en diffère également suffisamment pour ne pas être jugé comme une reproduction. Voilà donc une aporie qui révèle toute la vacuité de l'application du droit d'auteur à la création vestimentaire.

La haute couture, certes, n'est aucunement inquiétée par ces considérations, somme toute assez techniques, relatives à l'article 64(2); elle est, en effet, l'antonyme de la notion même de production de masse. Mais pour l'essentiel de la création vestimentaire, et, faut-il le dire, la presque totalité de la création canadienne, la question est cruciale. Pour cette majorité en effet, puisque l'art n'est jamais toute l'oeuvre, les travaux qui en sont issus se trouvent embrassés par la notion d'oeuvre d'art appliquée à l'industrie[208].

Certes, limiter la reproduction d'un croquis ou d'un prototype – si l'on conçoit qu'un prototype puisse constituer une «oeuvre artistique» – à un maximum de cinquante exemplaires de la création permettrait d'éviter sa soustraction au bénéfice du droit d'auteur. Mais c'est là une solution purement technique qui ne tient aucunement compte des plus simples préoccupations des créateurs. C'est aussi une proposition qui, même sur le plan juridique, n'est guère justifiée, tant la protection recherchée s'annonce aléatoire. Ainsi, si la soumission des patrons au droit d'auteur, pour peu qu'il soit admis que ceux-ci constituent des plans, s'est avérée en pratique inutile, celle des croquis connaît, elle aussi, un aboutissement quelque peu hypothétique. Nous l'avons vu, la reconnaissance de ces droits est grandement subordonnée à l'ampleur du fonds commun, ce qui réduit d'autant la part d'originalité.

Si la situation est telle, n'est-ce pas parce qu'il est particulièrement malaisé d'appliquer la notion même de droit d'auteur à un

207. Voir B.W. GRAY, *op. cit.*, note 122, p. 400-402 et 403-404. Certaines observations de l'auteur paraissent toutefois plus discutables. Voir également R.R. HAHN, «An Analysis of Bill C-60, An Act to Amend the Copyright Act and to Amend Other Acts in Consequence Thereof», (1988) 5 *Can. Intel. P.R.* 161-163.

208. Nous empruntons cette expression à BONCOMPAIN, *op. cit.*, note 134, p. 55.

domaine où l'art et l'industrie sont aussi étroitement conjugués? En effet, l'approche artistique, en matière de création vestimentaire, n'est jamais totalement libre, mais se trouve au contraire subordonnée à la fonction et certaines autres contraintes d'ordre industriel[209]. Par ailleurs, au-delà des empêchements spécifiques que nous avons isolés, certains principes du droit d'auteur paraissent difficilement conciliables avec la destination industrielle de la création et les impératifs de sa commercialisation[210]. Plus particulièrement, l'enregistrement n'étant, en conséquence des engagements internationaux, ni constitutif de droits, ni même une mesure déclarative obligatoire, les tiers ne peuvent aucunement se renseigner sur les droits existants. Or, l'incertitude engendrée, et souvent dénoncée[211], s'avère ici d'autant plus critique que l'aspect fonctionnel de leurs oeuvres force les créateurs à concevoir celles-ci à partir d'une base commune et selon une marge étroite d'originalité. Devant l'ensemble de ces considérations, il peut sembler méritoire que, contrairement à son homologue britannique, le législateur canadien n'ait pas tenu à formuler une exemption qui éviterait aux «dessins» de mode d'être soustraits au droit d'auteur[212].

Faut-il par contre regretter l'absence d'un régime propre aux arts appliqués? Une telle solution, en général, n'est guère préconisée par la doctrine, qui s'avoue incapable de la concevoir sans y entrevoir l'occasion de nouvelles inadéquations[213]. Aussi croyons-nous que le

209. C'est ainsi que les créateurs doivent composer avec la matière et les couleurs des textiles mis à leur disposition. M^me^ PÉROT-MOREL explique alors qu'en conséquence de telles contraintes, la conception de l'oeuvre devient fonction de facteurs étrangers à la personnalité de l'auteur; voir M.-A. PÉROT-MOREL, «Les dessins et modèles...», *loc. cit.*, note 200, p. 68.

210. Nous paraphrasons ici M.-A. PÉROT-MOREL, *loc. cit.*, note 200, p. 69 et s. Voir également, dans le contexte plus spécifique du droit canadien, D.N. MAGNUSSON, «The Relation...», *loc. cit.*, note 69, p. 44-47.

211. Voir W.L. HAYHURST, *Report*, *op. cit.*, note 69, p. 39 et 41; D.N. MAGNUSSON, «The Relation...», *loc. cit.*, note 69, p. 46; M.-A. PÉROT-MOREL, *loc. cit.*, note 200, p. 70-71; J.N. LANDRY, *loc. cit.*, note 108, p. 50.

212. Selon la règle 26 des *Design Rules 1949*, soit le pendant de la règle 11 canadienne, certaines oeuvres, dont les croquis de mode et les patrons, ne sont pas enregistrables en vertu de la loi anglaise sur les dessins; elles demeurent ainsi l'objet de droits d'auteur alors même que leur reproduction a lieu à plus de cinquante exemplaires. Hayhurst lui-même, dans son rapport, favorisait l'adoption de telles exemptions, tout en soulignant les sérieuses inadéquations résultant de l'application du droit d'auteur aux arts de synthèse; voir W.L. HAYHURST, *Report*, *op. cit.*, note 69, p. 38-41. Malgré la justesse du raisonnement de l'auteur sur le plan théorique, sa conviction selon laquelle la protection encouragerait la création nous paraît discutable, et mériterait d'être confrontée aux impératifs de la mode, que nous avons déjà sommairement évoqués.

213. Voir J. BONCOMPAIN, *op. cit.*, note 134, p. 71-74; J.H. REICHMAN, *op. cit.*, note 200, p. 1145-1167; *cf.* aussi M.-A. PÉROT-MOREL, «Specific Protection of Designs and Its Relation to Protection by Copyright Law», dans *Design Protection*, H. Cohen Jehoram éditeur, Leyden, Sijthoff, 1976, p. 62-65.

problème très singulier de la création vestimentaire ne se trouverait à nouveau que grossièrement saisi par de tels mécanismes. Il convient plutôt de se demander dans quelle mesure un régime spécifique ne serait pas la solution indiquée. C'est donc vers l'expérience française, riche d'une législation particulière, que se déplace maintenant notre analyse.

B) Le vêtement tel que saisi par le droit français

Le fait qu'on ait adopté en France une loi particulière portant sur la création vestimentaire commande à lui seul ce dernier chapitre. Mais, plus fondamentalement, c'est l'ensemble du droit français de la propriété industrielle qu'il importe de considérer. En effet, et on le conçoit aisément, l'expérience française en la matière n'est en rien redevable à l'adoption de la *Loi du 12 mars 1952 sur la répression de la contrefaçon des créations des industries saisonnières de l'habillement et de la parure*[214]. Ce texte n'était lui-même que la résultante d'une longue tradition de la mode, par laquelle s'est établie une colossale institution. Aussi l'expérience de ce pays s'offre-t-elle à notre analyse avec cette double richesse que constituent, d'une part, un large éventail d'illustrations fort instructives et, d'autre part, les propos éloquents d'une doctrine et d'une jurisprudence naturellement sensibles aux problèmes qui nous intéressent.

Il apparaît donc essentiel, avant d'aborder l'étude de la loi particulière, d'esquisser le régime applicable aux créations de la mode à la veille du 12 mars 1952, d'autant plus que, pour des raisons diverses que nous verrons ensuite, ce régime n'a jamais cessé de s'appliquer.

1) Régime applicable aux créations à la veille de l'adoption de la loi particulière

Si la création vestimentaire a, dès l'origine, été associée à la propriété industrielle[215], ce n'est que par opposition à la propriété littéraire proprement dite. En effet, bien qu'ils appartinssent incontestablement au monde des dessins et modèles[216], les articles de mode

214. *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 juill. 1992.

215. C. PIAT, *La protection des créations dans la domaine de la couture et de la mode*, Paris, Librairie du Journal des notaires et des avocats, collection «Comment faire», 1959, p. 9.

216. *Id.*, p. 19; P. GREFFE et F. GREFFE, *Trait des dessins et modèles*, Paris, Librairies techniques, 2e éd., 1974, p. 231.

demeuraient traditionnellement exclus de cette sphère de protection par une doctrine et une jurisprudence qui leur reprochaient leur caractère éphémère et refusaient de les considérer comme de véritables créations intellectuelles[217].

La *Loi du 14 juillet 1909 sur les dessins et modèles*[218] allait toutefois rectifier catégoriquement cet état de choses: dès l'article deuxième du nouveau texte, le législateur annonçait clairement sa volonté d'admettre à la protection toute forme ou tout aspect nouveau correspondant à une pensée d'ornement, de décoration ou de goût. Qui plus est, le rapporteur de la loi, M. Prache, avait «formellement insisté sur ce point que les articles de mode étaient protégés» par celle-ci[219]. Aussi la jurisprudence, qui depuis le tournant du siècle évoluait déjà vers un sens moins rigoureux, se trouva-t-elle confortée dans son relâchement[220].

Les premières décisions en ce sens furent toutefois l'occasion de nouveaux errements, alors qu'on y vit ressurgir l'établissement d'une distinction entre les oeuvres de la haute couture et les simples confections, les premières seules étant jugées dignes de la protection des lois sur la propriété artistique[221]. C'était là introduire une notion délicate, voire impossible à appliquer. C'était également ressusciter un débat que, croyait-on, avait clos la Loi de 1902 sur la propriété artistique, dans le cadre de laquelle le texte de 1909 n'intervenait que de façon complétive[222].

Cette dernière loi ayant considérablement étendu le champ de l'ancienne législation de 1793 sur la propriété artistique, il n'était en effet plus question de distinguer entre les oeuvres des beaux-arts et les ouvrages à caractère industriel, les uns comme les autres étant admis à la protection «indépendamment de leur mérite et de leur

217. Voir C. PIAT, *op. cit.*, note 215, p. 215.

218. Cette loi remplaçait celle du 18 mars 1806, laquelle était initialement intervenue à la demande des fabricants de soieries lyonnais qui, depuis la suppression des jurandes, corporations et maîtrises, voyaient leurs dessins être l'objet d'un copiage excessif. Par le biais de la procédure du dépôt instaurée, cette législation innovatrice leur permettait d'assurer la propriété de leurs dessins de fabrique. Voir C. PIAT, *op. cit.*, note 215, p. 14-15; GREFFE et GREFFE, *op. cit.*, note 216, p. 2-6.

219. Doc. Parlem., 1908, n° 1 707; Voir P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, Paris, édition du recueil Sirey, 1954, p. 423. Voir également GREFFE et GREFFE, *op. cit.*, note 216, p. 231.

220. *Cf.* GREFFE et GREFFE, *op. cit.*, note 216, p. 230.

221. Voir ainsi Paris, 11 mars 1909, (1909) *Ann. prop. ind.*, 234. Voir également C. PIAT, *op. cit.*, note 215, p. 51.

222. Article I. Voir H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Paris, Dalloz, 1978, p. 116-117.

destination»[223]. Pourtant, pendant quelque temps encore, la jurisprudence maintint les créations de la mode en dehors des frontières de cette loi, pour n'y admettre à l'occasion que les modèles de la haute couture et les costumes de théâtre[224]. Cette division arbitraire et malaisée s'estompa toutefois en faveur de la thèse de l'unité de l'art, si bien que, depuis 1920, les tribunaux ont invariablement reconnu l'application du régime de 1793-1902 à toutes les créations de la mode[225]. Celles-ci se voyaient donc, en conséquence du cumul, indifféremment couvertes par la protection propre aux dessins et modèles et celle, plus générale, dévolue en vertu des textes sur la propriété artistique.

2) *Circonstances entourant l'adoption de la loi particulière*

Les intéressés jugeaient la double protection issue du cumul néanmoins inadéquate. Certes, la législation de 1909 restait hors de portée des créateurs le moindrement modestes, pour qui la procédure de dépôt obligatoire constituait déjà un luxe d'autant plus injustifiable que la mode est fugace. Mais, dans l'ensemble, l'on reprochait surtout à ces régimes de ne plus pouvoir contenir une institution qui, entre le début du siècle et l'Après-guerre, s'était métamorphosée en une industrie formidablement complexe et hautement lucrative.

Ainsi, les peines d'amende paraissaient dérisoires et hors de proportion avec les chances de profit qui tentaient les contrefacteurs, tandis que les peines d'emprisonnement n'étaient le lot que des «transfuges» ou des récidivistes. Les procédures de saisie, par ailleurs, s'avéraient impuissantes à surprendre ceux qui, le plus souvent, sévissaient clandestinement et à la faveur de la nuit. Voilà donc autant de lacunes – dont les aléas que comporte tout procès ne manquaient pas d'accroître l'importance – qui incitèrent les créateurs à réclamer un statut particulier pour leurs travaux. Il était donc

223. Article 2. Voir H. DESBOIS, *op. cit.*, note 222, p. 112 et s.; A. Le TARNEC, *Propriété littéraire et artistique*, Paris, Dalloz, 1966, p. 183-185. Dans la législation de 1957, cette règle se retrouve plutôt sous l'article 7.

224. Voir GREFFE et GREFFE, *op. cit.*, note 216, p. 230-231; C. PIAT, *op. cit.*, note 215, p. 22.

225. Voir GREFFE et GREFFE, *op. cit.*, note 216, où est recensée une abondante jurisprudence (p. 231), ainsi que A. Le TARNEC, *op. cit.*, note 223, p. 229. Voir finalement l'arrêt suivant: Paris, 9 mai 1956, (1956) *Ann. prop. ind.* 236, où la Cour de Cassation a réitéré l'application de ce principe en ces termes péremptoires: «...il importe peu qu'en vue de permettre une fabrication rapide, en série, partiellement mécanique, et moins coûteuse, le créateur des modèles litigieux ait recherché des lignes, une coupe et un montage simplifiés... Loin d'enlever au modèle toute individualité et tout caractère artistique, cette particularité relève de l'habileté, de l'ingéniosité et par conséquent du talent personnel du créateur...» (p. 239).

question pour le législateur de consacrer la protection déjà reconnue aux arts de la mode par les tribunaux, tout en forgeant des mécanismes d'une sévérité et d'une efficacité décourageantes pour les contrefacteurs.

Motivée par cette louable intention[226], la loi du 12 mars 1952 semblait pourvue sur le plan technique de tous les avantages nécessaires à l'atteinte de ces objectifs. Y était prévu un réseau de sanctions rigoureuses[227], pleinement adapté à cette époque où la contrefaçon ne constituait plus un acte isolé mais déjà une industrie menaçante. La loi instaurait également un dispositif de saisie-contrefaçon expéditive, pouvant s'opérer en dehors des heures régulières[228]. Finalement, et surtout, ces avantages n'étaient aucunement subordonnés à une procédure de dépôt, le bénéfice de ce régime particulier étant au contraire dévolu d'emblée à toute création de la couture et de la mode[229].

Plus rapide au plan civil, plus sévère au plan pénal, cette loi s'est néanmoins avérée un échec. Les raisons sont de deux ordres: elles tiennent, d'une façon très générale, aux difficultés que suppose la question de la protection de la création vestimentaire, auxquelles n'a pas échappé le droit français dans son ensemble; elles relèvent, plus spécifiquement, du texte même de la loi, dont certaines déficiences allaient rendre problématique l'application. C'est sur ces raisons qui sont propres au texte que nous allons en premier lieu nous pencher.

3) *Difficultés d'application de la loi particulière*

L'intention du législateur d'attribuer au régime particulier le plus vaste domaine possible ressort de l'article deuxième, lequel décrète:

> Sont réputées industries saisonnières, de l'habillement et de la parure, au sens de la présente loi, celles qui en raison des

226. Voir Assemblée nationale, 2e législature, session de 1951, séance du 26 juillet. Souvent cités par la doctrine et parfois proches du lyrisme, les propos de M. Moro-Giafferi, rapporteur de la loi, se distinguent par une justesse et une sensibilité remarquables.

227. Articles 5, 6 et 8.

228. Soit en dehors des heures prévues à l'article 1037 du Code de procédure civile, selon l'article 10 alinéa 4. Sur la saisie-contrefaçon faite en vertu de la loi du 12 mars 1952, voir C. PIAT, *op. cit.*, note 215, p. 126-127.

229. Une doctrine isolée a toutefois émis des réserves à cet égard, voyant en la loi de 1952 une extension à celle de 1909, extension que seule un dépôt pouvait valider. Cette perception repose sur le texte de l'article 2 de la loi particulière, qui énonce le caractère complétif de celle-ci en ces termes: «Dans le cadre de la protection assurée... aux dessins et modèles...». Voir C. PIAT, *op. cit.*, note 215, p. 77-78.

exigences de la mode, renouvellent fréquemment la forme de leurs produits et, notamment la couture, la fourrure, la lingerie, la broderie, la mode, la chaussure, la ganterie, la maroquinerie, la fabrique des tissus de haute nouveauté ou spéciaux à la haute couture et les productions des paruriers et des bottiers.

L'on notera que si les patrons ne sont pas ici visés, cette omission n'est en rien fâcheuse. La législation sur la propriété artistique, qui, contrairement à la loi canadienne sur le droit d'auteur, ne s'embarrasse pas de catégories d'oeuvres protégeables, leur sera applicable lorsqu'ils présenteront une originalité plutôt qu'un caractère purement technique[230]. Du reste, si l'on cherchait dans le contexte de la loi canadienne à se rabattre sur ceux-ci, ce n'était qu'à défaut d'une protection se rapportant directement au vêtement.

a) Durée incertaine de la protection

Dans un but évident de souplesse, aucune définition n'est donnée du terme «saisonnier», lequel assujettit la protection à une condition particulière quant à sa durée. Or, l'appréciation prétorienne de cette condition a été l'occasion de quelques errements, qui, paradoxalement, allaient entamer le champ de la protection jusque-là reconnue aux créations de la mode.

Ainsi, une toute première jurisprudence, exégétique et restrictive, statua que le bénéfice du régime particulier ne pouvait être revendiqué au-delà d'une saison, le modèle appartenant alors au domaine public[231]. Trop littérale, cette interprétation s'inclina rapidement en faveur d'un courant plus sensible, lequel admet que cette protection perdure tant que subsiste l'originalité du modèle[232]. Toutefois, cette extension souhaitable comporte elle aussi sa part d'aberration.

C'est en effet faire de la loi particulière une loi autonome, ce qu'elle n'est pas. Au contraire, et comme l'édicte son article premier, celle-ci n'intervient que de façon complétive dans le cadre du droit commun[233]. Par conséquent, une création qui ne pourrait plus prétendre au bénéfice du régime mineur ne tomberait pas dans le domaine

230. *Cf.* A. FRANÇON, *La propriété littéraire et artistique*, Paris, P.U.F., 1970, p. 21.
231. Voir Trib. corr. Seine, 15 nov. 1957, *D.* 1958, somm., 30; Trib. com. Seine, 12 jan. 1957, *D.* 1957, 142; Trib. corr. Nice, 6 fév. 1953, *D.* 1953, 216.
232. Paris, 23 oct. 1958, *D.* 1958, 737, pourvoi rejeté: Cass., 7 oct. 1959, *D.* 1959, 596; Cass., 12 mars 1958, *S.* 1958, 265, note P.C. Voir, plus récemment, Paris, 14 mars 1973, (1973) *Ann. prop. ind.* 56.
233. Voir à cet égard Paris 28 mai 1956, (1956) *Ann. prop. ind.* 234.

public, mais continuerait bien à être soumise à la protection des lois de 1793-1902 et, les formalités relatives au dépôt étant respectées, de 1909[234]. Voici donc une première précision qu'ont apportée une doctrine et une jurisprudence plus rigoureuses[235]. Mais en continuant à faire appel à la notion d'originalité, ces autorités entretiennent encore, selon nous, une confusion qu'il importe de combattre.

Il y a lieu en effet de distinguer entre la qualité attributive de protection et la condition relative à la durée de celle-ci. Si après quelques saisons la protection cesse, ce n'est pas parce que l'originalité du modèle s'est effritée, mais bien parce que l'engouement que celui-ci suscite a périclité, rendant ainsi improbable la contrefaçon et, conséquemment, inutiles les garanties offertes par le régime particulier, qui n'a vocation à s'appliquer qu'à ce qui est à la mode. Le caractère saisonnier n'est donc en rien assimilable à l'originalité, sans quoi celle-ci, évanouie aux fins de la loi de 1952, ne subsisterait pas davantage en regard du droit commun. Qui plus est, si c'était d'originalité dont il devait être question pour le maintien de la protection, un modèle perdrait le bénéfice de celle-ci dès lors qu'il aura été banalisé par sa commercialisation (ou, pire, sa contrefaçon) à grande échelle, ce qui tient de l'absurde.

L'originalité, qui conditionne l'obtention de la protection sous tous les régimes, est donc ici une condition qui doit être appréciée au seul moment de la création[236]. C'est pourquoi il est plus juste, en ce qui regarde la durée d'application de la loi de 1952, de se référer à l'actualité[237], ainsi que l'a fait tout récemment la Cour d'appel de Paris[238].

234. La durée de la protection étant alors de 50 ans, depuis le décès de l'auteur ou depuis la date du premier dépôt, respectivement.
235. Cass. civ., 12 mars 1958; Cass. crim., 17 déc. 1957; Cass. crim., 7 oct. 1958, (1959) *Ann. prop. ind.* 229; (1958) *R.I.D.A.* 92. Voir également GREFFE et GREFFE, note 216, p. 243-245.
236. Voir H. DESBOIS, *op. cit.*, note 222, p. 131. Ce principe a récemment été consacré par la Cour de Cassation: Cass., 20 février 1992, 1992 *R.I.P.I.A.* 114.
237. Ainsi que l'exprime très justement C. Colombet, «l'originalité est ici une notion inutilisable, car elle n'est pas liée à l'écoulement du temps, alors que la mode passe, et qu'il n'y pas lieu de protéger ce qui n'est plus porté». Voir *Propriété littéraire et artistique*, Paris, Dalloz, 3e éd., 1986, p. 109. Outre cet auteur et Desbois toutefois, la doctrine reste rivée à la notion d'originalité: voir A. CHAVANNE et J.-J. BURST, *Droit de la propriété industrielle*, Paris, Dalloz, 1980, p. 318; R. DUMAS, *La propriété littéraire et artistique*, Paris, P.U.F., collection Thémis, 1984, p. 87; A. Le TARNEC, *op. cit.*, note 223, p. 230. Certains autres auteurs mentionnent bien l'actualité, de préférence à l'originalité, mais il est douteux que ce soit en toute connaissance de cause: voir A. REMY, *La propriété industrielle*, Paris, Dunod économie, 1971, p. 90; F. GREFFE, «La mode», dans *Juris-Classeur: dessins et modèles*, Paris, éditions Techniques, 1989, fasc. 260, para. 28.
238. Paris, 19 nov. 1987, *P.I.B.D.* 1988.III.145. Cette même cour a plus récemment

Mais, au-delà de cette hésitation terminologique, la jurisprudence s'avère néanmoins cohérente dans la formulation et l'application proprement dites du critère. Telle décision tient ainsi compte du succès croissant d'un modèle de pantalon sur quelque trois ans, pour conclure que le régime particulier lui est toujours applicable[239]. Telle autre reconnaît qu'un modèle de blouson a maintenu sa vogue au-delà des limites d'une seule saison, alors qu'il répond encore aux goûts et aux besoins de la clientèle[240]. Invoquant précisément les mêmes motifs à l'égard cette fois d'un modèle de veste, l'on a souligné, dans une troisième affaire, que l'existence des productions de la mode, pour brève qu'elle soit, n'était pas toujours éphémère[241]. L'on est même allé, dans les premières années de la loi, jusqu'à reconnaître l'application de celle-ci à un sac de grand luxe pour dame, lequel en était à sa douzième saison[242].

Voilà une dernière décision qui nous paraît quelque peu excessive. S'il est concevable que la diffusion limitée dudit modèle, ainsi que son prix élevé, lui aient permis de conserver tout ce temps la faveur d'une clientèle privilégiée, il est douteux que ce soit là le genre de situation qu'ait entendu viser le législateur par l'adoption de la loi particulière. Il nous semble plutôt que le modèle en question, loin de n'avoir été qu'une création «saisonnière», ait acquis une saveur intemporelle, un caractère indémodable, et soit en somme devenu un «classique». C'est en fait le droit commun qui, selon nous, devrait seul lui être applicable[243].

Quoi qu'il en soit, il se dégage de l'ensemble de ces décisions que la durée d'application, bien qu'elle puisse incontestablement s'étendre au-delà d'une saison, ne peut non plus être établie à l'avance et une fois pour toutes, ce qui se traduit par un fâcheux aléa et explique en partie l'insuccès de la loi[244]. Ce n'est toutefois pas là la seule tare dont celle-ci était affligée.

d'être exploité par le titulaire des droits de création: Paris, 21 mars 1990, (1990) *Ann. prop. ind.* 163.

239. Cass. com., 1er avril 1981, *P.I.B.D.* 1982.III.9.
240. Paris, 23 oct. 1958, *loc. cit.*, note 232; voir pareillement Trib. gr. inst. Paris, 3e ch., 30 mars 1989, *P.I.B.D.* 1989.III.547.
241. Paris, 14 mars 1973, *loc. cit.*, note 232.
242. Paris, 15 avril 1954, *J.C.P.* 13.896.
243. Sur la question des créations qui «survivent» à la mode, voir GREFFE et GREFFE, *op. cit.*, note 216, p. 237.
244. Voir A. FRANÇON, *op. cit.*, note 230, p. 25; H. DESBOIS, *op. cit.*, note 222, p. 130-131.

b) Exigence apparente d'un caractère artistique

L'on s'est demandé dès l'aube du nouveau régime si celui-ci devait être l'apanage de la haute couture. Cette interrogation puisait assez légitimement sa source dans l'article 3 de la loi, lequel fait état de «la reproduction d'une création artistique ressortissant au domaine des industries visées à l'article 2». Certains auteurs et magistrats ont donc aussitôt conclu qu'une exigence de caractère artistique rançonnait l'octroi de la protection[245]. L'on a par exemple jugé qu'un modèle de chemisier issu du prêt-à-porter ne pouvait être protégé, au motif qu'il ne présentait pas les «qualités propres ... qui en feraient un objet exceptionnel ne comportant aucune commune mesure avec les produits de même nature ou de même genre»[246].

En faisant appel à un tel critère, dont le caractère subjectif est mis en évidence dans le passage précédent, cette première interprétation contredisait la vocation complétive du régime mineur et affichait un mépris de la thèse de l'unité de l'art, pourtant déjà fermement établie. C'était là également faire fi de la volonté du législateur qui, telle qu'elle se manifestait dans les travaux préparatoires[247] et transparaissait encore du texte de l'article 2, entendait protéger même les créations les plus modestes. Finalement, une telle distinction reposait sur le moyen de reproduction utilisé et les frais encourus à cette fin; or, ce sont là des considérations de toute façon quelque peu étrangères au critère de l'art. Cette interprétation paradoxalement restrictive ne fit donc qu'un temps. Très vite, la doctrine s'est efforcée de désamorcer la rédaction équivoque de l'article 3, en assimilant la notion de caractère artistique à l'originalité, seul critère dont il faille tenir compte[248].

245. Voir C. PIAT, *op. cit.*, note 215, p. 57.
246. Trib. corr. Seine, 15 nov. 1957, *loc. cit.*, note 231. Cette décision ajoute encore que le caractère artistique ne peut en aucun cas «résulter de la double considération tirée d'un prix de vente élevé et d'une clientèle de luxe».
247. Voir C. PIAT, *op. cit.*, note 234, p. 57.
248. Ainsi, pour Roubier, *op. cit.*, note 219, l'utilité du terme «artistique» est de situer la protection dans le terrain de la loi de 1793-1902, faisant ainsi de l'originalité la condition de la protection (p. 428). A. Le Tarnec, *op. cit.*, note 223, parvient à une conclusion analogue en établissant un parallèle avec les oeuvres photographiques de «caractère artistique», dont il est question à l'article 3 de la loi de 1957. Un peu dans le même sens, ce vocable n'est employé, selon C. Piat, *op. cit*, note 215, que par opposition à ce qui serait purement industriel, ou, encore, n'est pertinent que dans le contexte de l'article 3, pour établir une distinction entre la protection civile et les sanctions pénales (p. 59). Pour MM. Greffe finalement, le législateur a voulu par là attirer l'attention du juriste, invitant celui-ci à user de discernement dans l'appréciation de l'originalité; voir *op. cit.*, note 216, p. 241.

Mais l'on eut beau revenir ainsi à de plus saines conceptions, cette première jurisprudence, indûment restrictive, conjuguée à l'interprétation erratique du terme «saisonnier», avait déjà contribué à jeter le discrédit sur cette loi particulière, dont les avantages procéduraux ne suffisaient guère à attirer les créateurs. Ceux-ci continuaient donc majoritairement à placer leurs revendications sous l'égide des régimes de 1909 et de 1793-1902, dont les nombreux aléas leur étaient au moins, depuis le temps, devenus familiers. Or, avant même que leur scepticisme à l'égard du texte de 1952 n'ait eu l'occasion de se dissiper, le législateur allait irrémédiablement miner l'intérêt de celui-ci par l'adoption de la loi du 11 mars 1957. Ce nouveau texte sur la propriété artistique, qui se voulait une codification des législations précédentes et de l'apport prétorien en la matière, aménageait en effet un système tout aussi protecteur que celui de la loi de 1952[249], vidant ainsi cette dernière de ses principaux attraits.

Un survol de l'ensemble de la jurisprudence portant sur les créations de la mode permet d'ailleurs de constater que la législation relative à la propriété artistique était celle qui, jusqu'à tout récemment, était le plus souvent invoquée isolément[250]. Or, voici qu'en juillet 1992, la loi particulière était abrogée par la *Loi relative au code de la propriété intellectuelle*[251], à l'exception, importante, de son article 2, alors repris au chapitre des oeuvres protégées à titre d'objet du droit d'auteur[252]. C'est donc dire que par l'insertion de cette disposition dans le nouveau code, l'essence de la loi particulière, laquelle n'aura jamais eu qu'une vocation supplétive, a définitivement rejoint le droit commun de la propriété artistique[253]. L'analyse de ce défunt texte et de son application prétorienne demeure donc pertinente, tout comme le demeure celle des autres lois, le code n'ayant, en ce qui nous concerne, été l'occasion d'aucun changement de philosophie.

249. Voir C. COLOMBET, *op. cit.*, note 237, p. 109; H. DESBOIS, *op. cit.*, note 222, p. 131. Sur la saisie-contrefaçon organisée par la loi du 14 juillet 1957, voir C. PIAT, *op. cit.*, note 215, p. 127-131.
250. La loi de 1909 ne l'est elle-même que plus rarement: le dépôt, s'il présente l'avantage, selon l'article 3, de conférer certaines facilités de preuve ainsi qu'une présomption d'antériorité, apparaît sans doute trop astreignant et quelque peu futile dans un domaine où l'éphémère est roi.
251. *Loc. cit.*, note 214, article 5.
252. Soit à l'article L.112-2.
253. Le code abroge à cette fin la loi de 1957, qu'il reprend essentiellement dans son livre premier. La *Loi de 1909 sur les dessins et modèles*, également abrogée, constitue quant à elle le livre cinq de la deuxième partie du code, portant sur la propriété industrielle.

4) *Critère souple et universel de l'originalité*

Quelle que soit donc la loi invoquée, la protection n'est reconnue que si le modèle en question présente un caractère original. Avant d'entreprendre l'étude proprement dite de cette condition et d'en voir l'application jurisprudentielle, il importe toutefois d'apporter une précision: c'est en fait la nouveauté qui est exigée selon le texte relatif aux dessins et modèles[254]. Mais, alors que, selon les auteurs les plus rigoureux, la nouveauté est un critère objectif très strict et plus étroit que l'originalité, critère éminemment subjectif[255], plusieurs autres, davantage pragmatiques, admettent au contraire l'assimilation de ces deux notions[256]. Au-delà des querelles doctrinales, il appert qu'en pratique les deux notions ont effectivement tendance à se confondre, et sont le plus souvent évoquées soit conjointement, soit indifféremment, ainsi qu'en témoigne la jurisprudence relative à la mode[257].

C'est également dans un sens synonyme de celui de l'originalité que l'on doit concevoir le «renouvellement de la forme» dont il est question à l'article deuxième du texte de 1952[258]. Une interprétation plus rigoureuse rendrait en pratique inapplicable cette loi particulière. Non pas que la pure nouveauté soit absolument étrangère à la mode; disons qu'elle est, en raison de l'incidence de la fonction, inusitée[259]. De plus, il faut alors prendre garde de ne pas confondre la question de l'apparence de l'ensemble avec celle du caractère technique des éléments qui la composent.

Nous avons vu, lors de la première partie, que lorsque la nouveauté survient à l'égard de la création vestimentaire, c'est presque exclusivement sous cet aspect technique. Or, le régime français des brevets a vocation à s'appliquer exclusivement à une création dont les éléments constitutifs de nouveauté à titre d'oeuvre ou de dessin ou modèle sont inséparables de ceux de l'invention[260].

254. Article 2.
255. Voir C. COLOMBET, *op. cit.*, note 237, p. 103-104; H. DESBOIS, *op. cit.*, note 222, p. 123-125; R. DUMAS, *op. cit.*, note 237, p. 83; A. FRANÇON, *op. cit.*, note 230, p. 23.
256. CHAVANNE et BURST, *op. cit.*, note 237, p. 297-298; F. GREFFE, *op. cit.*, note 237, para. 91; GREFFE et GREFFE, *op. cit.* note 216, p. 10-11 et 177-180; A. Le TARNEC, *op. cit.*, note 223, p. 180-182; C. PIAT, *op. cit.*, note 215, p. 61, para. 100; A. RÉMY, *op. cit.*, note 237, p. 81-82; voir également P. ROUBIER, *op. cit.*, note 219, p. 429-434.
257. La concordance entre les deux régimes ne saurait toutefois être parfaite. *Cf.* M.-A. PÉROT-MOREL, «Les dessins et modèles», *loc. cit.*, note 200, p. 63.
258. Voir C. PIAT, *op. cit.*, note 215, p. 37-38.
259. Voir CHAVANNE et BURST, *op. cit.*, note 237, p. 319, para. 589.
260. Selon l'article 2 de la loi de 1909, lequel écarte, outre l'application de cette loi même, celle également de la législation relative à la propriété artistique. Voir

C'est pourquoi l'on a jugé qu'un modèle de jupe «accordéon» échappait à la protection des lois de 1793 et 1952, son élégance particulière n'étant que le corollaire d'une conception ingénieuse, axée vers des avantages d'ordre pratique[261].

Le plus souvent cependant, l'apparence peut être dissociée de l'invention[262] et n'est alors protégeable qu'en étant elle-même nouvelle[263]. À cet égard, les tribunaux ont très tôt convenu, en conformité avec les principes généraux applicables en matière de dessins et modèles, que seule une analyse synthétique du vêtement, plutôt qu'analytique, permettait de juger de son originalité. Ainsi, la Cour d'appel de Lyon, dès 1953, reconnaissait le caractère de nouveauté au sens de la loi particulière à un modèle de chaussure considéré dans son ensemble, même si, ayant examiné successivement chacun des éléments constitutifs dudit modèle, elle avait conclu à leur banalité ou à leur appartenance au domaine public[264]. C'est qu'en raison de ses aspects fonctionnel et collectif, la création, en matière de mode, se résume le plus souvent à une combinaison d'éléments déjà connus ou sans originalité individuelle, et parfois même empruntés au domaine public[265]. Toutefois, l'agencement et la disposition relative de ces éléments, ainsi que leur nombre et leurs proportions respectives, sont autant de détails secondaires qui confèrent à l'ensemble une physionomie propre, une identité à laquelle aucune antériorité ne peut être opposée[266].

à ce sujet CHAVANNE et BURST, *op. cit.*, note 237, p. 294; C. COLOMBET, *op. cit.*, note 237, p. 78; R. DUMAS, *op. cit.*, note 237, p. 85; C. PIAT, *op. cit.*, note 215, p. 39.

261. Cass. crim., 10 octobre 1961, *D.* 1962, 53. Voir cependant l'arrêt du 9 mai 1956, *loc. cit.*, note 225.

262. Sur l'appréciation de ce qui est ou n'est pas dissociable, voir C. PIAT, *op. cit.*, note 215, p. 42 et s.; H. DESBOIS, *op. cit.*, note 222, p. 126.

263. L'on a ainsi reconnu l'application des lois de 1952 et 1957 à un modèle de pantalon de ski, jugeant que les éléments constitutifs de son originalité étaient étrangers au brevet dont il était par ailleurs l'objet: Chambry, 5 jan. 1982, (1983) *Ann. prop. ind.* 194.

264. Lyon, 23 déc. 1953, *D.* 1955, 177, note Greffe.

265. Voir ainsi Paris, 30 janvier 1991, *P.I.B.D.* 1991.III.554.

266. Voir ainsi Paris 17 septembre 1991, *P.I.B.D.* 1992.III.84. Dans cet esprit, les représentations, fréquentes notamment dans les soieries, des oeuvres de la nature ou de sujets issus du domaine public, ont été jugées protégeables pour autant qu'elles ne se bornaient pas à une imitation servile, mais portaient au contraire l'empreinte de la personnalité de leur auteur: Lyon, 3 dc. 1955, (1956) *Ann. prop. ind.* 265; Paris, 31 dc. 1929, (1933) *Ann. prop. ind.* 368; Req. 17 avril 1931, (1936) *Ann. prop. ind.* 246; Lyon, 12 jan. 1959, (1961) *Ann. prop. ind.* 43. Voir C. COLOMBET, *op. cit.*, note 237, p. 103-104. L'on a par ailleurs en plusieurs occasions reconnu le bénéfice de la législation sur la propriété artistique à des tissus à carreaux, soulignant par là que la combinaison des traits et des rayures (éléments de décoration non distinctifs en soi) ainsi que des

Dans cette perspective particulière, la Cour d'appel de Paris a reconnu comme étant protégeables en application de la législation sur la propriété artistique, un modèle de robe pourtant conforme à la tendance de la mode[267], ainsi que des modèles de blouson et de pantalon réunissant des éléments issus des tenues de l'armée américaine[268]. D'une façon plus spécifique, cette même cour a également reconnu le bénéfice des lois de 1952 et de 1957 à un modèle de veste qui, s'il comportait un corps assez banal, se caractérisait de façon nouvelle et originale par la présence du rabat d'une deuxième poche supérieure modifiant l'ensemble et lui donnant un caractère particulier[269]. Elle a pareillement constaté, sous tous les régimes, l'originalité d'un manteau, dont la disposition des surpiqûres (élément de décoration bien connu) constituait une création nouvelle, le dessin obtenu présentant un caractère original[270].

Toutefois, quelle sera, sur la base d'une conception aussi peu rigoureuse de l'originalité, l'étendue de la protection conférée? Cette interrogation demande que l'on se penche sur les conditions et caractères généraux de la contrefaçon avant d'aborder les difficultés que suppose ici sa constatation, en relation avec le domaine qui nous intéresse.

5) *Épilogue: caractère impraticable de la protection*

La loi de 1909 ne définit la contrefaçon qu'en des termes très généraux[271], alors que le texte de 1952 assimile celle-ci à la reproduction[272], tout comme l'article 426 du Code pénal, auquel il faut se référer en matière de propriété artistique. C'est d'ailleurs une première condition relative à la contrefaçon, soit qu'il y ait atteinte aux droits garantis par la loi, atteinte qui doit en outre avoir été portée de mauvaise foi. Toutefois, cette seconde condition est présumée, et

couleurs (connues par excellence) était le résultat d'efforts qui, en l'absence d'antériorité, donnait à la création la plus modeste sa valeur d'originalité: Paris, 13 dc. 1960, *Gaz. Pal.* 1961.1.121, (note anonyme); Trib. com. La Roche-sur-Yon, 21 nov. 1967, (1968) *Ann. prop. ind.* 238; Paris, 3 dc. 1984, (1984) *Ann. prop. ind.* 150.

267. Paris, 18 jan. 1966, (1966) *Ann. prop. ind.* 172.

268. Paris, 27 mars 1982, (1983) *Ann. prop. ind.* 243; voir encore: Paris, 5 juil. 1965, (1966) *Ann. prop. ind.* 87 (modèle de haute couture); Paris, 30 nov. 1972, *J.C.P.* 1973, 17372 (modèle de robe); Paris, 12 nov. 1985, (1986) *Ann. prop. ind.* 301 (modèle de pantalon).

269. Paris, 14 mars 1973, *loc. cit.*, note 252.

270. Paris, 18 mars 1970, (1970) *Rec. int. prop. ind.* 92; voir également, à propos d'un pantalon orné d'un galon, et dans le seul cadre de la loi particulière, Cass. com., 1er avril 1981, *loc. cit.*, note 239.

271. Article 10.

272. Article 3, 1er alinéa.

le défendeur ne peut combattre semblable présomption qu'en établissant qu'il n'a été ni négligent, ni imprudent[273], l'intention de nuire proprement dite n'étant pas indispensable. Une telle présomption, si elle se conçoit de façon générale, est, pour des raisons bien évidentes et sur lesquelles il serait superfétatoire de revenir, d'un caractère délicat dans le contexte de la mode[274]. Mais pour que cela cause véritablement problème, encore faut-il que la reproduction soit effectivement constatée. Or, les caractères généraux de la contrefaçon, s'ils ne sont pas remis en question, reçoivent ici une application particulière.

a) Application particulière des caractères généraux de la contrefaçon

En accord avec le principe fondamental voulant que la contrefaçon s'apprécie non pas selon les différences mais selon les ressemblances, l'on a maintes fois souligné que celles-ci devaient porter sur les éléments constitutifs de l'originalité. Plus particulièrement, la fonction imposant nécessairement des analogies[275], les ressemblances sont étrangères à la contrefaçon lorsqu'elles proviennent d'un usage identique, ainsi qu'en a décidé la Cour d'appel de Riom, en relation avec un modèle de chaussure[276]. Inversement, la Cour d'appel de Paris a pu conclure qu'un modèle de pantalon en contrefaisait un autre, dès lors que leurs ressemblances ne pouvaient s'expliquer par un commun emprunt au domaine public[277].

Ce principe extrêmement bien établi a trouvé une consécration expresse dans le second alinéa de l'article 3 de la loi particulière, lequel édicte que la reproduction déguisée sous une déformation d'ordre secondaire laisse subsister le délit de contrefaçon dès l'instant où l'originalité créatrice du modèle contrefait s'en trouve usurpée[278]. Sans doute le législateur de 1952 a-t-il voulu ainsi faire de la forme de l'ensemble l'élément déterminant en matière de sanction, tout comme il l'avait fait en ce qui concerne l'originalité[279]. Cette protection en apparence large allait toutefois dépendre de l'interprétation prétorienne de la notion de «déformation d'ordre secondaire», dont aucune définition n'était offerte[280].

273. Voir GREFFE et GREFFE, *op. cit.*, note 216, p. 260-262; F. GREFFE, *op. cit.*, note 237, para. 206 et 221. Il a ainsi été jugé en relation avec la loi du 12 mars 1952 que la mauvaise foi se présumait du fait de la reproduction matérielle: Paris, 23 oct. 1958, *loc. cit.*, note 232. Il est à noter également que l'absence de mauvaise foi, si elle écarte le délit, ne met pas le prévenu à l'abri d'un procès civil: Nancy, 8 fév. 1952, (1953) *Ann. prop. ind.* 132.
274. F. GREFFE, *op. cit.*, note 237, para. 210 et 211.
275. *Cf.* A. RÉMY, *op. cit.*, note 237, p. 105.
276. Riom, 3 juin 1975, *P.I.B.D.* 1975.III.439.
277. Paris, 12 nov. 1985, *loc. cit.*, note 268.
278. Voir, à titre illustratif, Cass. com., 1er avril 1981, *loc. cit.*, note 239.
279. Voir C. PIAT, *op. cit.*, note 215, p. 109-110.

Sous tous les régimes, une attitude largement majoritaire consiste à rechercher si, au-delà des détails secondaires, se retrouvent les éléments fondamentaux du modèle, soit ceux qui reflètent la personnalité de son créateur et lui confèrent son caractère original et nouveau[281]. L'on a quelquefois, dans cet esprit, jugé que l'inspiration générale d'une création survivait à l'emploi, aux fins de la reproduction, de tissus ou de procédés différents[282]. Il semble toutefois que l'on soit parfois allé trop loin dans l'appréciation synthétique du modèle contrefaisant. Ainsi, dans une affaire assez exceptionnelle, le Tribunal de grande instance de Paris, après avoir convenu de l'originalité d'un ensemble féminin associant une veste inspirée de la tauromachie à un pantalon et à un chemisier appartenant à une mode masculine d'autrefois, conclut également à sa contrefaçon, jugeant que l'emploi de tissus dissemblables et une coupe légèrement différente importaient peu, du moment que les caractéristiques essentielles du modèle avaient été reprises[283].

Mais l'originalité, nous l'avons vu, ne tient souvent qu'à peu de chose au sein de l'ensemble. Le critère de la contrefaçon ne peut alors que se rétrécir à l'égard de semblables créations. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour d'appel de Paris a décrété en des termes péremptoires, qu'il était nécessaire de retrouver dans le vêtement attaqué

280. Cette absence de définition serait, selon certains, en partie responsable de l'insuccès de la loi particulière: voir R. DUMAS, *op. cit.*, note 237, p. 87; C. COLOMBET, *op. cit.*, note 237, p. 109.
281. Voir Paris, 29 fév. 1980, *P.I.B.D.* 1980.III.139 (loi du 11 mars 1957; modèle de robe); Riom, 3 juin 1975, *loc. cit.*, note 276 (loi du 14 juillet 1909; modèle de chaussure); Paris, 5 juil. 1965, *loc. cit.*, note 268 (loi du 11 mars 1957; modèle de haute couture).
282. Voir Paris, 23 oct. 1958, *loc. cit.*, note 232 (loi du 12 mars 1952; différences de fabrication et emploi de laines de qualité inférieure); Paris, 14 mai 1959, *D.* 1959, somm. 70, note anonyme (loi du 12 mars 1952; tissu de moins bonne et moins belle qualité); voir également Paris, 18 mars 1970, *loc. cit.*, note 270, où il a été jugé que seul comptait l'effet obtenu, au-delà du procédé employé (lois du 11 mars 1957 et du 12 mars 1952). L'on a par contre déjà tenu compte du «choix raisonné et subtil des étoffes» dans l'appréciation de l'originalité d'un modèle: voir Paris, 21 fév. 1956, (1956) *Ann. prop. ind.* 243.
283. Trib. gr. inst. Paris, 27 juin 1985, *P.I.B.D.* 1985.III.324. Cette affaire est exceptionnelle à plusieurs égards puisque, de façon assez inusitée, l'action était intentée contre un grand couturier, soit Yves Saint-Laurent, par une maison de prêt-à-porter. En l'occurrence, le fait que le modèle Saint-Laurent était destiné à une clientèle hautement fortunée n'avait pu, de conclure le magistrat, paralyser Estérel dans l'exploitation commerciale de sa création.

tous les éléments constitutifs de l'originalité d'un modèle de «tee-shirt», pour que soit constatée sa contrefaçon[284].

b) Difficile constatation de la contrefaçon

Ces deux dernières affaires illustrent certes des points de vue extrêmes. La première décision est critiquable en ce que, accordant trop peu d'importance à des déformations dites d'ordre secondaire, elle assimile à une combinaison particulière d'éléments connus l'idée même d'une telle combinaison, ce qui, aux fins de la protection, est excessif[285]. En revanche, le second arrêt a ceci de regrettable qu'il exagère, au détriment de l'ensemble, l'importance individuelle des éléments constitutifs de l'originalité, confinant alors la constatation de la contrefaçon à l'existence d'une copie servile. Or, la protection qu'offre la loi du 11 mars 1952 n'est ni celle d'un genre, ni celle des éléments en eux-mêmes, mais a vocation à s'appliquer à un ensemble, et ces deux décisions ont ceci de navrant qu'elles trahissent cette vocation. La seconde, néanmoins, paraît plus proche de la réalité et présente en quelque sorte un caractère inéluctable. Les difficultés dont elle témoigne ne sont cependant en rien propres à la loi particulière puisque, ainsi qu'il ressort de l'ensemble de la jurisprudence, les tribunaux ont indifféremment recours aux mêmes principes, quelle que soit la loi invoquée[286]. À cet égard, il paraît opportun de citer ce passage de l'ouvrage du professeur Roubier:

> Mais, soit qu'on se place sur le terrain de la loi de 1909, soit qu'on se place sur celui de la loi de 1793-1902, il ne faut pas perdre de vue que la protection des articles de mode sera toujours gênée par ce fait que la «mode», au sens propre du mot, a un caractère quelque peu collectif, et que pendant une période de temps correspondant à cette «mode», les modèles ont bien toujours quelque ressemblance générale... On retombe alors dans cette idée que le genre ou le type de fabrication ne peut être protégé, mais seulement certains détails, car on ne pourra poursuivre un contrefacteur simplement lorsqu'il a suivi la mode; il faudra une reproduction presque servile de la création envisagée pour qu'on puisse parler de contrefaçon...[287]

284. Paris, 27 avril 1973, *P.I.B.D.* 1975.III.223.
285. On arrive ainsi à la protection des genres et des idées, ce qui représente une entrave inadmissible à la libre concurrence. Voir P. ROUBIER, *op. cit.*, note 219, p. 424; C. COLOMBET, *op. cit.*, note 237, p. 104.
286. Voir d'ailleurs A. Le TARNEC, *op. cit.*, note 223, p. 228-229.
287. P. ROUBIER, *op. cit.*, note 219, p. 427-428.

Ces propos conservent leur justesse même à l'égard de la loi particulière de 1952 et prennent ici une valeur d'épilogue.

Certes, la loi particulière n'était pas exempte de défauts, loin de là, et la législation de 1957 sur la propriété artistique eut tôt fait de la supplanter dans ses avantages. Mais, surtout, cette loi n'a pas étendu les assises de la protection. Au contraire, elle n'échappe pas à l'équation particulière qui s'inscrit entre l'originalité et la contrefaçon dès lors que la première, en raison du caractère collectif de la mode, se trouve nécessairement édulcorée: l'on ne peut en effet admettre largement l'originalité et se montrer en même temps sévère au chapitre de la contrefaçon. Si tout est un tant soit peu original, il n'y a guère que les copies serviles qui puissent, en théorie, être sanctionnées.

Qui plus est, l'originalité repose elle-même, ainsi que nous l'avons vu, sur des détails. Se trouve alors restreint dans son application le principe général, expressément entériné à l'article 3 de la loi particulière, selon lequel il n'est pas tenu compte des modifications d'ordre secondaire ayant pour but de masquer les ressemblances[288]. En effet, si l'originalité est affaire de détails, l'élégance, elle, dans la mesure où la création vestimentaire représente un mélange d'art et d'industrie, est une question d'harmonie. À cet égard, il convient d'apporter une nuance: dans un modèle qui ne représente qu'une combinaison d'éléments connus, les «détails» constitutifs de l'originalité ne sont alors plus ces éléments eux-mêmes mais bien les rapports qui les unissent. Or, c'est une réalité bien connue que de légères variations peuvent modifier l'apparence de l'ensemble.

Il faudra donc, pour conclure à la contrefaçon, être en présence soit de copies serviles, soit de copies si proches de l'original qu'elles créent chez l'acheteur une confusion quant aux produits eux-mêmes, confusion qui dépasserait la simple identité de style. On ne saurait en effet sévir contre ce qui pourrait se justifier par la fonction et l'inspiration commune qu'imposent les goûts de l'heure. Un vêtement ne constituant que l'expression d'une idée, il est alors aisé de reprendre celle-ci tout en évitant le reproche de contrefaçon. Le caractère collectif de la mode, qu'ont souligné régulièrement autant les auteurs que les magistrats[289], et duquel est responsable la simple vocation

288. Voir Paris, 21 mars 1990, *loc. cit.*, note 238.
289. Voir C. PIAT, *op. cit.*, note 215, p. 66-67, note 1, pour un exemple de la jurisprudence, ainsi que F. GREFFE, *op. cit.*, note 237, para. 69 et s. Voir, pour la doctrine, l'extrait cité plus haut et souvent repris. Voir par exemple GREFFE et GREFFE, *op. cit.*, note 216, p. 259.

utilitaire de ces créations, limite ainsi les variations et justifie les analogies.

Nous avons vu dans la sous-partie précédente que, au-delà des questions relatives aux catégories d'oeuvres protégées, à la reproduction en trois dimensions et à l'aiguillage vers le régime des dessins industriels, la protection se heurtait, sous le régime canadien du droit d'auteur, à l'étroitesse de l'originalité par rapport au fonds commun. L'on pourrait alors opiner qu'en droit français, la création vestimentaire jouit au moins d'un statut particulier et, qu'à tout prendre, cette situation est quand même préférable à celle qui prévaut en droit canadien. Toutefois, cette impression favorable, que corrobore l'existence d'une véritable jurisprudence portant sur la mode, se réduit à peu de chose, du moment que, en vertu d'un régime comme de l'autre, la protection repose sur le critère universel de l'originalité.

Ainsi, les limites théoriques de la protection, telles qu'elles se posent en droit canadien, possèdent leur pendant en droit français; elles sont assimilables à celles qui ont entravé durant toute son existence la pleine application de la loi du 12 mars 1952 et qui continueront à neutraliser les avantages de la thèse de l'unité de l'art. Les magistrats français ne jouissent donc pas davantage de latitude dans l'application des principes établis; tout au plus font-ils preuve d'une certaine sensibilité, ce qui explique d'occasionnelles différences de degré dans l'appréciation des circonstances. Cette sensibilité, ils la tiennent certes de la tradition française de la mode; elle est donc avant tout culturelle. Ils ont en outre, en raison de cette tradition, force occasions de l'appliquer, et c'est ainsi qu'il faut interpréter l'existence de cette abondante jurisprudence particulière: comme une manifestation et non comme une cause du phénomène de la mode.

Que l'on se place sous le régime canadien ou sous le régime français, la protection de la création vestimentaire en elle-même demeure donc, en raison de la nature même de l'objet protégé, et en dépit de l'adoption de mesures spécifiques, quelque chose d'impraticable dès qu'il n'est plus question de copie servile. L'on s'étonnera alors que certaines décisions françaises aient fait droit aux prétentions de plaignants dont les créations n'étaient ni copiées servilement, ni même originales[290]. Mais, ce qu'il faut comprendre, c'est qu'en invoquant ainsi les principes de la concurrence déloyale, ce n'est pas leurs créations elles-mêmes que ces gens cherchaient alors

290. Voir Lyon, 12 jan. 1959, *loc. cit.*, note 266. *Cf.* également Cass., 6 déc. 1984, (1986) *Ann. prop. ind.* 95.

à protéger, mais plutôt leurs profits et, indirectement ou non, leur réputation.

CONCLUSION

Depuis que la mode a acquis la structure nécessaire à sa démocratisation, la création vestimentaire n'a cessé d'être accompagnée par le copiage. Il était donc légitime de nous interroger sur l'application des principes de la propriété intellectuelle à cette sphère d'activité qui tient autant de l'art que de l'industrie. Or, comment ne pas conclure à la difficile protection de la création vestimentaire?

Nous avons vu lors d'une première partie à quelles conditions la nouveauté, qu'elle participe de l'invention ou tienne à la présentation, pouvait être protégée. Une analyse du régime canadien des brevets nous a révélé le caractère généralement inapplicable de celui-ci aux créations propres à la mode, alors que la protection de la nouveauté brevetable n'est en rien, et pour plusieurs raisons, garante de l'exclusivité de l'*apparence*. Or, cherchant ensuite en quoi cette apparence pouvait elle-même être protégée, nous avons constaté que le régime des dessins industriels était lui aussi inadéquat. La nouveauté de l'apparence étant affaire de détails, la protection était sous ce régime, comme en vertu du premier, avant tout celle des composantes plutôt que de l'ensemble du vêtement, et présentait alors un aspect immanquablement contournable.

C'est donc en vertu d'un critère plus souple, soit celui de l'originalité, que nous avons recherché, lors d'une seconde partie, à quel titre le vêtement pouvait être protégé dans son ensemble. Nous avons alors vu que la protection en vertu du droit d'auteur était entravée d'obstacles techniques, propres à la loi canadienne. Mais, au-delà de ceux-ci, la protection s'annonçait déjà malaisée. C'est là une impression qu'est venue confirmer, en dernier lieu, une incursion dans le droit français. En effet, l'analyse de ce droit nous a permis de constater que même sous l'égide d'une loi particulière, donc franchement applicable aux créations de la mode, la protection de celles-ci conservait un aspect difficile et décevant, n'étant pleinement efficace qu'à l'encontre des copies serviles.

Il importe donc de dégager les raisons qui expliquent le caractère insaisissable de la création vestimentaire. Viennent immédiatement à l'esprit les inadéquations propres à chacun des moyens de

protection envisagés. Ainsi, au régime des brevets s'opposent naturellement la fugacité et la futilité de la mode. Par ailleurs, certaines exigences particulières à la loi canadienne sur les dessins industriels paraissent également irréconciliables avec ce domaine essentiellement mouvant. D'une application en théorie fort concevable, le droit d'auteur se trouve quant à lui en pratique éconduit par la rigueur des définitions que pose la loi canadienne, de même que par le système qui assure l'aiguillage avec le régime des dessins industriels. Mais il est des raisons plus fondamentales car propres à la mode elle-même. Aussi celles-ci persistent-elles même sous un régime particulier, ainsi que l'a mis en évidence l'exemple du droit français. Il est question donc de la prédominance de la fonction, que nous n'avons cessé de souligner, et de ce que nous avons sommairement décrit comme étant les impératifs de la mode, soit la diffusion et la vulgarisation nécessaires à sa structuration et à sa démocratisation.

La première raison fait en sorte que ce qui constituerait autrement une imitation doit être perçu comme une expression différente, quoique analogue, d'une idée commune, échappant ainsi à l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle. La seconde raison apparaît à son tour inéluctable en ce que ces nécessaires analogies, lorsqu'elles n'entraînent pas de confusion quant à l'identité du créateur, diffusent davantage une idée, un style nouveau, et assurent ainsi la cohésion des tendances. De ces raisons découle donc le caractère collectif de la mode, par lequel il n'y a guère de totale nouveauté des détails et par lequel, surtout, l'on ne saurait rendre inimitable une originalité sans du même coup la maintenir hors du circuit de la mode. Dans ce contexte, le copiage s'annonce plutôt comme un rouage à la fois inévitable et essentiel du jeu de la mode. Et, à cet égard, l'exemple du droit français, idéal en ce qu'il réunissait les éléments nécessaires à une analyse pratique – c'est-à-dire un régime de protection libre d'entraves techniques et donc réellement applicable, et les conjonctures nécessaires à cette application – nous incite à pousser plus avant nos impressions et à conclure à l'impossible, voire même l'indésirable protection de la création vestimentaire *proprement dite*.

L'on objectera aussitôt que cette protection existe pourtant dans une certaine mesure; mais il convient justement de clarifier celle-ci: si la protection existe en théorie, la contrefaçon n'est sanctionnée, ainsi que c'est le cas en droit français, que lorsqu'il y a copie servile ou sinon, imitation de nature à confondre l'acheteur. La protection n'est alors pas celle de la coupe ou du style, mais plutôt celle de l'achalandage ou de la réputation.

Cette protection, elle se retrouve en vertu de la loi canadienne sur les dessins industriels sous l'égide de laquelle sont protégées une multitude d'ornementations diverses, qui constituent de véritables marques emblématiques destinées à distinguer des vêtements autrement banals et indissociables les uns des autres. Or, l'attrait exercé par l'image associée à tel emblème plutôt qu'à un autre, guide souvent presqu'entièrement le choix du consommateur.

En effet, la démocratisation de la mode a mené au décloisonnement de cette dernière au-delà de la création proprement dite. On ne vend plus un simple vêtement, mais une image, et, par l'entremise de celle-ci, c'est tout le prodige de la réputation qui fait son œuvre. Cette réalité, la haute couture lui doit son salut, alors qu'en perte de vitesse tout au long de la première moitié de notre siècle, elle réaffirme sa suprématie en découvrant la concession de licences[291]. Les grands salons, tels Chanel ou Lanvin, sont désormais détenus par des groupes financiers qui, misant savamment sur la réputation, spéculent sur la vente des produits dérivés. Cette technique lucrative est aujourd'hui adoptée même à des échelons plus modestes de la chaîne de la mode. Mais si l'image peut ainsi faire vendre n'importe quel produit, c'est du seul nom auquel elle est associée qu'elle tire son pouvoir attractif. Par le phénomène de la réputation, l'image qu'évoque un nom représente alors un intérêt économique hautement prisé, et tout autant jalousé[292].

Toutefois, si fondamentale qu'elle soit en matière de mode, la question de l'image ne se pose pas ici en termes particuliers; sa protection sera donc, comme en bien d'autres domaines, assurée en vertu des principes généraux de la concurrence déloyale et, s'il y a lieu, du droit des marques. Cette protection couvrira les quelques occasions où le droit français, ou les régimes canadiens du droit d'auteur ou des dessins industriels auraient éventuellement sanctionné la copie servile d'une création nouvelle ou originale. Mais son application dépassera largement ces cas particuliers et interviendra

291. Aujourd'hui plus que jamais, alors qu'elle habille tout au plus quatre mille clientes, la haute couture est en soi une entreprise déficitaire, même si le prix moyen d'une création est de plusieurs dizaines de milliers de dollars. Voir J. BAUMIER, «La Haute Couture au parfum», *Le Nouvel Observateur*, n° 1 214, 12 février 1988, p. 7 à 11; G. LIPOVETSKY, *op. cit.*, note 7, p. 126 et 127. Sur le phénomène des licences, voir encore G. WELBOURNE, «La mode se porte très bien», *Commerce Canada*, mars 1985, p. 10.

292. Sur la protection de la réputation dans ce contexte particulier, voir G. BISSON, «La protection de la réputation internationale d'une maison de prêt-à-porter: prétexte à une étude sur les marques notoires», (1989) 1 *C.P.I.* 135-172.

à l'encontre de toute situation où il y aura atteinte à la réputation. C'est pourquoi, même si la frontière entre la simple vulgarisation de l'idée et l'usurpation de l'image n'est pas franche – le problème étant de moins en moins celui de la création et de plus en plus celui de la réputation – il convient de laisser le marché et les pratiques commerciales fixer cette limite au mieux des formes de protection déjà existantes[293].

293. L'on a ainsi déjà fait valoir à l'encontre de la nécessité de l'établissement d'une protection spécifique à la création vestimentaire, le fait qu'en dépit de l'absence de toute forme efficace de protection, cette industrie était parvenue à un niveau très élevé d'innovation dans le dessin (même si, ajouterions-nous, tout progrès réel, même infime, est très difficile à accomplir, étant donné la base commune des éléments); voir D. MAGNUSSON, *op. cit.*, note 69, p. 92. Ce n'est pas la seule occasion où l'on aura remis en question la nécessité et le bienfait qu'il se trouve à adopter une législation particulière applicable à un domaine d'activité unique en son genre. Voir aussi E. MACKAAY, «La reproduction par la mise en mémoire sur ordinateur en droit canadien», (1986) 46 *R. du B.* 759-771 (logiciels); W.T. FRYER III, «La protection des dessins et modèles industriels aux États-Unis d'Amérique», (1988) 104 *Prop. Indus.* 138 (design automobile). D'une façon générale, l'on est même allé jusqu'à avancer, dans un article fort intéressant, qu'en légiférant d'une façon spécifique sur ces questions particulières, l'on confortait ces domaines dans l'importance de leur unicité, encourageant alors l'édulcoration et l'amollissement des concepts généraux. Voir M.-A. HERMITTE, «Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjuridicisation. L'exemple des droits intellectuels», (1985) *A.P.D.*, Paris, Sirey, 1985, t. 30, p. 331-345.

La durée de protection des photographies: une donnée révélatrice

Ysolde Gendreau*

Lorsqu'il est question de la protection des photographies en droit canadien, l'élément qui semble le plus retenir l'attention est celui de sa durée. En effet, l'article 10 de la *Loi sur le droit d'auteur*[1], seule disposition qui soit uniquement consacrée à cette catégorie d'oeuvre, figure dans la section de la loi sur la durée du droit d'auteur et la première partie de ce texte porte que «[l]a durée du droit d'auteur sur les photographies est de cinquante ans à compter de la fabrication du cliché original dont la photographie a été directement ou indirectement tirée». Ce mode de calcul de la durée du droit d'auteur diffère nettement de celui qui a cours pour la grande majorité des oeuvres, à savoir «la vie de l'auteur et une période de cinquante ans après sa mort»[2]. Pourtant, les photographies sont incluses parmi les oeuvres artistiques, au même titre que les peintures et les sculptures[3], qui, elles, sont régies par les règles générales de durée de protection. Pourquoi alors singulariser les photographies?

On peut dès l'abord se rassurer. La politique qu'a suivie le législateur canadien en cette matière ne lui est pas propre et s'appuie même sur celle que partagent les deux grandes conventions internationales de droit d'auteur. En effet, tant la *Convention de Berne* que la *Convention Universelle* prévoient des durées de protection plus

© Ysolde Gendreau, 1992.

* L'auteure est Docteur en droit (Paris II), Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Le présent article se fonde sur la causerie prononcée par l'auteure à Montréal, le 10 septembre 1992, devant les membres de l'ALAI CANADA.

1. L.R.C. (1985), c. C-42.
2. *Id.*, article 6.
3. *Id.*, article 2.