4.2 CPI janv 92

COMITÉ DE RÉDACTION

Claude Brunet, avocat
Martineau Walker

Viviane de Kinder, avocate

Mistrale Goudreau, professeur
Faculté de droit, secteur civil
Université d'Ottawa

J. Nelson Landry, avocat
Ogilvy, Renault

Jacques A. Léger, avocat
Léger Robic Richard

Ejan Mackaay, professeur
Faculté de droit
Université de Montréal

Hélène Messier
Directrice générale
Union des écrivaines et
écrivains québécois

Victor Nabhan, professeur
Faculté de droit
Université Laval

Michel Racicot, avocat
McCarthy Tétrault

Ghislain Roussel, avocat
Ministère des Affaires
culturelles du Québec
Rédacteur en chef

L'illusion du droit moral telle que révélée par l'introduction du logiciel dans le domaine du droit d'auteur *

Frédérick Charette **

Introduction 163

I. Les fondements du droit moral 165

A. La perspective déontologique: le lien indissociable entre l'auteur et son oeuvre 167

1. Les conceptions objectives 167

a. L'expression de la personnalité 168

b. L'effort intellectuel d'organisation 169

2. Les conceptions subjectives 169

a. L'épanouissement individuel 170

b. La réputation de l'auteur 170

B. La perspective conséquentialiste: les intérêts protégés par le droit moral 171

* Frédérick Charette, 1992.

Ce texte a reçu le *Prix 1990-1991 des Cahiers de propriété intellectuelle*, remis le 30 septembre 1991, pour une recherche effectuée en matière de propriété intellectuelle par un étudiant dans une faculté de droit civil au Canada. L'auteur était alors inscrit à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, au cours *Droit de l'informatique* du professeur Ejan Mackaay. Sans les généreux conseils et l'encouragement de celui-ci, cet article aurait sans doute connu le triste sort de la majorité des travaux universitaires. Qu'il trouve ici l'expression des remerciements les plus sincères.

** LL.B. (Montréal). L'auteur est boursier du ministère de la Justice du Canada (Duff-Rinfret) et de la Fondation Desjardins, pour une maîtrise en droit entreprise à l'Université de Montréal et dont le thème porte sur la notion de droits collectifs.

1. L'intérêt public 172
a. La conservation du patrimoine culturel 172
b. La sécurité et l'ordre 173
2. L'intérêt privé 173
a. Les enjeux matériels 174
b. Les enjeux symboliques 174
II. La nature de l'oeuvre 175
A. Le processus de création 176
1. De l'existence d'un mécanisme unique de création 176
2. De l'interprétation des lois comme création sous contraintes 178
B. La finalité du processus de création 180
1. L'oeuvre en tant que représentation idéale du monde 180
2. L'oeuvre en tant qu'adaptation fonctionnelle . . . 182
Conclusion 184

[...] on n'y insistera jamais assez: il n'y a pas de vrai sens d'un texte. *Pas d'autorité de l'auteur. Quoi qu'il ait* voulu dire, *il a écrit ce qu'il a écrit. Une fois publié, un texte est comme un appareil dont chacun se peut servir à sa guise et selon ses moyens: il n'est pas sûr que le constructeur en use mieux qu'un autre.*

Paul VALÉRY

INTRODUCTION

Le droit moral de l'auteur sur une oeuvre de l'esprit est une créature singulière. D'abord, parce qu'il sanctionne une atteinte à un *objet* – l'oeuvre matérialisée – comme s'il s'agissait d'une *personne*. Ensuite, parce qu'il a évolué indépendamment de ce qui constitue le corps central de la propriété intellectuelle, le *droit de reproduire* (*copyright*). Enfin, parce qu'il opère une distinction radicale entre l'*art* et la *technique*. Cette singularité du droit moral renvoie à une alternative: ou bien le droit moral est une institution novatrice encore insuffisamment répandue; ou bien c'est un privilège qui confère à certaines personnes le pouvoir de contrôler la destination d'une production intellectuelle, de limiter la liberté de l'audience d'en user à sa guise. Nous défendrons cette dernière hypothèse.

Notre étude du droit moral et ses fondements part de la controverse sur l'opportunité d'inclure les logiciels informatiques dans le champ des oeuvres protégées par le droit d'auteur. Les logiciels informatiques sont également des créatures singulières, à la fois oeuvres de l'esprit et outils techniques. Leur introduction dans le champ du droit d'auteur, si elle pose peu de problèmes relativement au droit de reproduire, au *copyright* anglo-saxon, en soulève cependant d'importants relativement au droit moral.

Le droit d'auteur français est marqué du sceau du droit moral, qui en est l'essence même. Aussi la doctrine s'est-elle divisée en deux camps radicalement opposés sur la protection des logiciels par le droit

d'auteur[1]. En quoi un auteur de logiciel pouvait-il marquer un programme de sa *personnalité*? Parler d'originalité pour un logiciel équivalait à affirmer qu'un programme d'ordinateur était une forme d'art ou, du moins, relevait de la littérature. Cette proposition, outre qu'elle heurte le sens commun, était inacceptable aux yeux de plusieurs.

Néanmoins, le législateur français adoptait, en 1985, un régime particulier de protection du logiciel dans le cadre de sa loi sur le droit d'auteur[2]. Les motivations qui ont gouverné cette assimilation du logiciel à une oeuvre de l'esprit sont d'abord liées à l'évolution du droit. À cette époque, la tendance jurisprudentielle dominante en France s'inspire notamment de la jurisprudence américaine. Les motifs législatifs participent également de raisons utilitaires. Les recours exorbitants du droit commun qu'autorise le droit de la propriété littéraire sont une arme redoutable pour prévenir la contrefaçon des logiciels et le développement accéléré de l'industrie informatique se concilie mal avec les pesanteurs du système des brevets, tandis que le droit d'auteur est beaucoup plus souple et malléable[3].

Par ailleurs, en envisageant d'inclure dans sa loi de 1988 modifiant le droit d'auteur[4] les programmes d'ordinateur sous la rubrique d'oeuvre littéraire, le législateur canadien n'avait pas, *a priori*, les problèmes de conscience de son homologue français. En effet, le droit d'auteur canadien est avant tout un *copyright* et, par conséquent, aucun obstacle «moral» ne s'opposait véritablement à cette introduction. Toutefois, ignorant la controverse française, le législateur canadien a non seulement étendu la protection du droit d'auteur aux logiciels, mais il a aussi, du même coup, élargi notablement la portée du droit moral. Cette double extension du droit d'auteur, si elle n'a pas soulevé les passions des juristes canadiens, n'en demeure pas moins sujette à débat.

1. Pour la protection des logiciels par le droit d'auteur: H. DESBOIS, *Droit d'auteur*, 3e éd., Paris, Dalloz, 1983, p. 38; Jérôme HUET, «La modification du droit sous l'influence de l'informatique», (1983) I *J.C.P.* 3095; GOUTAL, «La protection juridique du logiciel», (1984) *D.S.* chron. 197. Contre la protection des logiciels par le droit d'auteur: R. PLAISANT, «La protection du logiciel par le droit d'auteur», (1983) 2 *G.P.* D. 348; M. VIVANT, «Informatique et propriété intellectuelle», (1984) I *J.C.P.* 3169; André LUCAS, «Les programmes d'ordinateur comme objets de droit intellectuels», (1982) I *J.C.P.* 3081.
2. *Loi n° 85-660 du 3 juillet 1985* modifiant la *Loi du 11 mars 1957*.
3. Bernard EDELMAN, *Droits d'auteur et droits voisins*, coll. Actualité législative Dalloz, Paris, Dalloz, 1987, p. 15.
4. *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), c. 10 (4e supp.).

Les deux démarches législatives, canadienne et française, occultent chacune un problème majeur. D'une part, le législateur canadien avait l'obligation de motiver l'extension des prérogatives du droit moral dans un système – celui du *copyright* – qui est fondamentalement étranger à cette notion. Cette justification ne pouvant se traduire que dans un examen critique des fondements du droit moral. D'autre part, le législateur français ne pouvait pas remettre en cause les fondements mêmes de son régime de propriété littéraire et artistique: le droit moral est la pierre d'assise de la propriété intellectuelle en France. Cependant, les juristes français avaient l'occasion de s'interroger sur un enjeu plus fondamental encore: celui de la *summa divisio* entre le brevet et la propriété intellectuelle, entre l'action de l'homme sur la nature et l'étude de l'homme par l'homme. Le logiciel est-il vraiment une oeuvre hybride ou bien est-ce le prototype de toute oeuvre, à la fois art et technique? Dans ce dernier cas, la *summa divisio* disparaît, faute d'objet. Ainsi, même s'il était possible de justifier l'existence d'un droit moral à l'intérieur d'un système de *copyright*, l'absence de distinction entre une oeuvre artistique et une production technique ferait perdre toute assise au droit moral.

Cette double problématique nous fournit la matière d'un plan. Dans un premier temps, nous examinerons de façon critique les fondements du droit moral (I). Dans un second temps, nous nous intéresserons au processus de création, afin de montrer que la distinction entre les oeuvres *artistiques* et les oeuvres *techniques*, c'est-à-dire entre les oeuvres pouvant faire l'objet d'un droit moral et celles qui ne le peuvent pas, est illusoire. C'est l'étude de la nature de l'oeuvre (II).

I. LES FONDEMENTS DU DROIT MORAL

Le droit moral est généralement désigné comme la composante extra-patrimoniale du droit d'auteur. Le droit moral français, qui compte parmi les plus étendus, possède cinq caractérisques propres. C'est d'abord un droit personnel. Il ne s'agit pas de déclarer un droit naturel mais d'interdire plutôt la contrainte de l'auteur, même par contrat, par exemple en faisant reposer sur lui une obligation «de créer des oeuvres trop nombreuses dans un laps de temps trop court [...][5]». C'est aussi un droit perpétuel. D'une part, parce que l'oeuvre a vocation à la perpétuité; d'autre part, parce qu'il y va d'une certaine immortalisation de l'auteur dans son oeuvre. C'est ensuite un droit inaliénable. Ceci s'infère de ce que l'auteur ne peut renoncer à la

5. Claude COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique*, coll. Précis Dalloz, 4e éd., Paris, Dalloz, 1988, p. 149.

défense de sa personnalité[6]. C'est également un droit imprescriptible, ce qui signifie qu'il «pourra être exercé aussi longtemps que l'oeuvre survit dans la mémoire des hommes et fait l'objet d'une exploitation»[7]. C'est enfin un droit insaisissable. C'est dire que l'on ne pourra s'emparer d'oeuvres non publiées pour se payer à même leur exploitation.

Le droit canadien ne reconnaît expressément que l'incessibilité[8]. Toutefois, on peut faire découler l'insaisissabilité de la reconnaissance du droit de publication exclusif. Ce droit de divulgation n'est pas la seule prérogative de l'auteur. La *Loi sur le droit d'auteur* protège aussi le droit à l'intégrité et le droit de paternité[9]. Le premier assure le respect de l'oeuvre, le second, le respect du nom. Enfin, le droit français, outre les trois prérogatives déjà mentionnées, prévoit également un droit de retrait, à charge d'indemniser le cessionnaire du droit d'auteur du préjudice qui a pu lui être causé[10]. En matière de logiciel, ces distinctions entre les droits français et canadien sont atténuées. En effet, le législateur français a soumis le logiciel à un régime particulier qui restreint la portée du droit d'auteur[11]. Ainsi, le droit de retrait est suspendu et l'employeur est présumé avoir obtenu cession du droit patrimonial[12]. L'adaptation du logiciel est permise dans la limite des droits cédés[13], contrairement au droit canadien qui conserve intact le droit à l'intégrité[14]. Par ailleurs, l'auteur français ne peut renoncer à ses droits[15]. En définitive, le droit moral français s'écarte relativement peu de notre droit en matière de logiciel.

L'étude des fondements du droit moral procède en deux temps. Nous envisagerons d'abord les fondements *a priori* du droit moral: qu'est-ce qui peut justifier le lien indissociable auquel prétend l'auteur sur son oeuvre? C'est une perspective déontologique (a). Puis, nous tenterons de motiver le droit moral en raison des avantages qu'il

6. *Id.*, p. 150.
7. *Id.*, p. 151.
8. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), c. C-42, art. 14.1(2).
9. *Id.*, art. 14.1(1).
10. *Loi du 11 mars 1957*, art. 32.
11. *Loi du 3 juillet 1985*, précitée, note 1, art. 45 à 51.
12. *Id.*, art. 46.
13. *Ibid.*
14. Sauf les par. 23(1) et (3) des dispositions transitoires, L.R.C. (1985), c. 10 (4e supp.), qui prévoient que le cessionnaire du droit d'auteur ou le titulaire d'une licence, au moment de l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions, ne pourra se voir opposer les droits moraux de l'art. 14.1., ce qui équivaudrait sinon à donner un effet rétroactif à ceux-ci.
15. B. EDELMAN, *op. cit.*, note 3, p. 115, n. 821-823.

procure. Cette étude des fondements *a posteriori* du droit moral s'apprécie selon une perspective conséquentialiste (b).

A. La perspective déontologique: le lien indissociable entre l'auteur et son oeuvre

Le droit moral postule, si on poursuit l'analogie du droit de paternité, l'existence d'un lien de filiation entre l'auteur et son oeuvre, si important qu'une atteinte à l'oeuvre puisse être sanctionnée comme si l'auteur lui-même était atteint. Le droit moral ne s'intéresse donc pas seulement à l'oeuvre ou à son auteur. Si le droit moral ne s'attachait qu'à l'oeuvre, rien ne justifierait qu'il soit incessible et il se confondrait alors avec le droit patrimonial. S'attarderait-il uniquement à l'auteur que l'on pourrait facilement l'assimiler à une liberté individuelle ou à une variante du droit à la vie privée. Il outrepasserait alors les frontières du droit d'auteur. Comme l'écrit Gavin,

> [c]e n'est pas la personne comme telle qui doit être protégée, mais la relation existant entre le créateur et son oeuvre. [...] Ce ne sont pas l'honneur ou le nom qui sont protégés en soi, comme attribut de la personnalité, mais la situation de créateur par rapport à l'oeuvre.[16]

Le lien de filiation entre l'auteur et l'oeuvre peut être envisagé suivant deux mouvements. Le premier va de l'auteur à l'oeuvre: qu'est-ce qui, dans celle-ci, témoigne de la paternité de celui-là? Ce sont les conceptions objectives (1). Le second parcourt le chemin inverse: qu'est-ce qui, chez l'auteur, révèle l'attachement particulier qui le lie à l'oeuvre? Ce sont les conceptions subjectives (2).

1. Les conceptions objectives

Les conceptions objectives s'intéressent à l'oeuvre elle-même. Il s'agit d'apprécier ce que celle-ci révèle de l'auteur, ce en quoi elle est différente d'un pur agencement aléatoire, ce qui justifie que le droit moral protège le lien particulier qui l'unit à son créateur. À cet égard, deux conceptions se détachent du lot. La première soutient que le droit moral doit protéger la relation de l'auteur à son oeuvre parce que celle-ci est l'expression de sa personnalité (a). La seconde, moins exigeante, se contente de ce que l'auteur ait fourni un effort intellectuel d'organisation (b).

16. Gérard GAVIN, *Le droit moral de l'auteur*, coll. Essais et travaux, n° 14, Paris, Dalloz, 1960, p. 283.

a. L'expression de la personnalité

Cette conception, qui est aussi la plus communément admise, est celle du droit français. Elle décrit le processus par lequel l'auteur s'investit dans son oeuvre, y projette sa conception du monde, son expérience, y concrétise ses idées et ses idéaux, ses émotions et ses états d'âme – en somme, sa personnalité[17]. Le respect de l'oeuvre est le corollaire de l'inviolabilité de la personne humaine, en toute cohérence avec le fondement jusnaturaliste du droit d'auteur français[18].

Cette conception a le mérite de rendre compte du caractère perpétuel du droit moral. En effet, l'oeuvre constitue le prolongement de celui qui l'a créée, elle *est* l'auteur. Toutefois, cela traduit un fétichisme de mauvais goût. Ce qui est allégué, c'est qu'une atteinte, permanente ou non, à une seule copie *matérielle* d'une oeuvre immatérielle entraîne un dommage direct à *quelqu'un*. À défaut de l'invalider, ce *voodoo aesthetic* laisse sceptique[19].

On pourrait surtout soulever qu'une telle conception contribue à perpétuer le mythe de la création *ex nihilo*. Le processus de création en est un de recoupement, de travail sur du matériel déjà existant et dont l'originalité dépend très souvent d'un rapprochement révélateur de deux idées auparavant éloignées mais déjà exprimées[20]. Par analogie, on soulignera la remise en cause de l'orthodoxie juridique en matière d'interprétation des lois: l'intention du législateur est un concept technique, utile certes, mais qui compte assez peu au moment d'établir la signification d'un texte[21].

L'argument le plus fort à l'encontre de cette conception attaque directement le lien de filiation *continu* entre l'auteur et son oeuvre. S'il est vrai que l'auteur met une oeuvre au monde, l'existence continue de l'oeuvre ne dépend aucunement de l'auteur, mais bien de

17. B. EDELMAN, «Note sur la cassation du 7 mars 1986», (1986) *D.S.* 412, 413-414.
18. R. DASILVA, «Droit Moral and the Amoral Copyright: A Comparison of Artist's Rights in France and the United States», (1980) 28 *Bull. Copyright Soc'y* 1, 7: «French scholars regard the *droit d'auteur* as a natural right, deeply rooted in the principles of the French Revolution from which modern French Jurisprudence emerged.»
19. Lawrence Adam BEYER, «Intentionalism, Art, and the Suppression of Innovation: Film Colorization and the Philosophy of Moral Rights», (1988) 82 *Northwestern University L.R.* 1011, 1091.
20. *Infra*, seconde partie.
21. Pierre-André CÔTÉ, «L'interprétation de la loi, une interprétation sujette à des contraintes», (1990) 50 *R. du B.* 329.

l'auditoire[22]. Une fois l'oeuvre créée, celle-ci existe indépendamment de l'auteur. Mieux encore, comme l'affirme Paul Valéry en exergue à ce travail, la vérité sur le sens de l'oeuvre n'appartient pas à l'auteur et il n'est même pas sûr que son interprétation l'emporte sur aucune autre. À la limite, «*if special personal rights governing works of art are to be recognized anywhere, they should be in the audience, and not in the artist* [...]»[23].

b. L'effort intellectuel d'organisation

Peut-on échapper aux problèmes soulevés plus haut en s'intéressant à l'investissement par l'auteur, non pas de sa personnalité, mais de ses efforts intellectuels d'organisation? C'est là une conception à première vue plus raisonnable et moins mystérieuse que la précédente. Toutefois, elle ne permet pas de distinguer de façon satisfaisante entre les auteurs et d'autres personnes qui ne bénéficient pas de la protection du droit moral.

Si l'on accepte cette conception, on ne peut confiner le droit d'auteur aux innovateurs, puisque l'originalité ne fonde aucunement l'effort intellectuel d'organisation. Dans cette mesure, toute activité humaine est créatrice. Les soins et l'effort ne parviennent pas à recouvrir ce qui distingue le travail de l'artiste et justifie une protection particulière.

Dans un commentaire de l'arrêt *Pachot* de la Cour de Cassation, qui a reconnu l'originalité d'un logiciel au motif que son auteur avait fait preuve d'un effort personnalisé, Edelman souligne les dangers d'une approche qui fait découler l'originalité de «la *liberté* du concepteur au regard de certains *choix*»[24]. Et il continue en citant Lucas:

> [S]i l'originalité se ramène à n'importe quel effort intellectuel de quelque nature qu'il soit, on aboutit, ce qui est fâcheux, à ce résultat que le droit d'auteur devient la protection de droit commun...[25]

2. *Les conceptions subjectives*

Ici, le droit moral s'intéresse aux répercussions d'une altération de l'oeuvre sur l'auteur lui-même. Le droit moral se comprend dès lors comme une protection des sentiments personnels de l'auteur.

22. Tom PALMER, «Are Patents and Copyrights Morally Justified? The Philosophy of Property Rights and Ideal Objects», (1990) 13 *Harvard Journal of Law & Public Policy* 817, 845.
23. *Id.*, p. 848.
24. B. EDELMAN, *loc. cit.*, note 17, p. 416.
25. *Id.*, note 29: Intervention A. LUCAS, Juriscl. concurrence, Protection du logiciel, Fasc. 270, n° 47.

Ceux-ci peuvent être atteints de deux façons. D'une part, l'altération de l'oeuvre peut, indépendamment de la publicité qu'elle connaît, affecter l'épanouissement individuel de l'auteur (a). D'autre part, elle peut aussi créer parmi le public une impression qui est de nature à compromettre la réputation de l'auteur (b).

a. L'épanouissement individuel

Cette variante est dérivée d'une conception dualiste de la propriété[26]. Suivant cette conception, on devrait traiter différemment les droits de propriété qui portent sur des objets «intimes» plutôt que simplement «fongibles». L'établissement de la première catégorie de ce continuum répond à la nécessité de reconnaître l'importance de ces objets pour l'épanouissement individuel. L'oeuvre d'un auteur fait partie de ces objets et devrait donc bénéficier d'une protection particulière. L'altération d'une oeuvre causerait un tort irréparable à l'auteur en le privant de la plénitude des objets nécessaires à son accomplissement.

Outre qu'elle ne semble viser, à première vue, que les oeuvres uniques qui n'ont pas été reproduites, cette variante opère une discrimination parmi les auteurs en protégeant de façon plus étendue ceux dont l'épanouissement repose principalement sur de tels attachements sentimentaux. Par ailleurs, ces liens émotionnels sont le plus souvent noués avec des objets qui rappellent le passé mais dont l'importance pour l'épanouissement individuel apparaît psychologiquement limitée. Dès lors, le critère pour déterminer le caractère intime d'une oeuvre s'effondre: le lien intime à l'oeuvre altérée était-il vraiment nécessaire à l'épanouissement personnel? Pour échapper à cette question, on n'a d'autre choix que de recourir à une tautologie: est nécessaire à l'épanouissement ce qui est intime. Cette solution est insatisfaisante.

b. La réputation de l'auteur

C'est la position adoptée par la Convention de Rome[27] et le droit canadien, en regard du droit à l'intégrité[28]. Une telle solution

26. Margaret Jane RADIN, «Market-Inalienability», (1986) 100 *Harvard L.R.* 1849.
27. *Convention de Rome*, reproduite dans Normand TAMARO, *La Loi sur le droit d'auteur, commentée et annotée*, Montréal, Thémis, 1990, annexe III, p. 521.
28. *Loi sur le droit d'auteur*, précitée, note 8, art. 28.2(1): «[il] n'y a violation du droit à l'intégrité que si l'oeuvre est, d'une manière préjudiciable à l'honneur ou à la réputation de l'auteur, déformée, mutilée ou autrement modifiée, ou utilisée en liaison avec un produit, une cause, un service ou une institution.»; *Convention de Rome*, *op. cit.*, note 27, art. 6(bis), p. 523.

présente de nombreux problèmes. Le plus évident est soulevé par la destruction de l'oeuvre. Si le droit moral s'attache à cerner l'impact de l'atteinte sur la perception qu'a le public, aucun droit contre la destruction ne peut être reconnu, puisqu'il n'existe plus aucune oeuvre pouvant transmettre une mauvaise impression[29].

Une telle conception est par ailleurs trop large. Elle peut justifier la protection d'une gamme extrêmement étendue d'oeuvres. Le paysagiste dont les arrangements floraux sont modifiés sans son approbation ne souffre-t-il pas d'une atteinte à sa réputation, qui de ce fait demanderait à être protégée? Et qu'en est-il de l'architecte d'un terrain de golf dont on modifie l'ordre des trous? Toute altération du même genre est potentiellement un affront à la réputation du «créateur» initial.

L'innovation n'est pas le privilège des artistes ou des auteurs et on voit mal pourquoi la réputation de ceux-ci exige une protection exceptionnelle, dérogatoire au droit commun. En fait, cela est d'autant plus ironique que le métier des artistes est précisément celui dont la propension à heurter les sensibilités et à provoquer l'opinion publique est la plus élevée. Bien plus, l'établissement de la balance des inconvénients pour apprécier la gravité de l'atteinte emporte un calcul utilitaire qui s'oppose au fondement jusnaturaliste du droit moral.

Enfin, on remarquera que le caractère perpétuel du droit moral cadre mal avec une telle conception. La mort emporte, avec l'auteur, sa réputation. Et si on pousse l'argument jusqu'à dire que l'auteur anticipe de son vivant les atteintes éventuelles à son honneur et à sa mémoire, un élément de circularité se découvre. Que le droit à l'intégrité sur la base de la réputation n'existât pas et voilà que disparaît la crainte d'une violation potentielle. Le droit moral crée les conditions de sa propre violation.

B. La perspective conséquentialiste: les intérêts protégés par le droit moral

À défaut de pouvoir fonder un objet qui se tienne, peut-être sera-t-il possible d'exalter quelque conséquence bénéfique de la mise en oeuvre du droit moral. À qui profite-t-il? Sa mise en oeuvre va-t-elle dans le sens du plus grand intérêt de la population ou

29. Edward J. DAMISH, «The Right of Personality: A Common-Law Basis for the Protection of the Moral Rights of Authors», (1990) 30 *Intellectual Property L.R.* 547, 579 (d'abord paru dans (1988) 23 *Georgia L.R.* 1).

consiste-t-elle au contraire en l'octroi de certains privilèges à des groupes d'intérêts? Quels sont les intérêts protégés par le droit moral? C'est la question, dans un premier temps, de l'intérêt public (1) et, dans un second temps, de l'intérêt privé (2).

1. L'intérêt public

En plus de contribuer à la protection de la personnalité de l'auteur ou de sa réputation, certains prétendent également que le droit moral protège l'intérêt public. La plupart du temps, cet intérêt est affirmé sur la nécessité de la conservation du patrimoine culturel (a). On peut soupçonner toutefois que cet intérêt public soit d'abord utilitaire et qu'il vise l'intérêt de la majorité, aujourd'hui vieillissante, en suggérant que le droit moral contribue à maintenir la sécurité et l'ordre (b).

a. *La conservation du patrimoine culturel*

Les partisans du droit moral soumettent cet argument par le biais de l'analogie suivante: le dessin d'une moustache sur la *Mona Lisa*. De façon très claire, on s'entendra pour dire qu'il s'agit là d'un acte hautement répréhensible, voire criminel. Mais est-ce que cet exemple et l'adaptation d'un logiciel partagent suffisamment de points communs pour requérir un même traitement? Doit-on conclure que l'intégrité de toute oeuvre, même reproduite, doive être protégée contre toute altération? Dans les deux cas, la réponse est négative. Quoique l'atteinte à la *Mona Lisa* ne doive pas être tolérée, le droit moral n'est pas l'instrument approprié pour régler un problème aussi singulier. Les coûts culturels élevés d'une telle atteinte découlent de trois constatations: la reconnaissance qu'il s'agit d'une oeuvre d'art qui possède un statut culturel particulier, presque sacré; la destruction de ce qui constitue l'essence de l'oeuvre, rendue méconnaissable; le caractère irréversible de l'atteinte[30].

La prévention de telles atteintes relève de la protection des biens culturels, non pas du droit moral. D'une part, lorsque les coûts sont si élevés qu'ils dépassent la valeur de l'«innovation», le droit patrimonial suffit généralement à décourager le titulaire du droit d'auteur de modifier l'oeuvre et à l'inciter à ce que personne n'attente à l'intégrité de celle-ci. D'autre part, le droit moral ne permettrait pas d'empêcher Da Vinci de procéder au dessin de la moustache, s'il était toujours vivant. Au surplus, même si Da Vinci n'était pas titulaire du droit d'auteur, il pourrait invoquer un droit moral de parachever

30. L.A. BEYER, *loc. cit.*, note 19, 1036.

son oeuvre! Si on désire vraiment éviter la destruction du patrimoine culturel, comme l'ont été, par exemple, les premières productions de la télévision canadienne-française, ce sont des systèmes d'archivage qu'il faut instaurer. Mais dans tous ces cas, c'est l'auditoire qui a un intérêt à la conservation, pas l'auteur.

b. *La sécurité et l'ordre*

Une innovation rapide entraîne inévitablement une certaine perte de contrôle sur notre environnement et sur notre façon d'appréhender le monde. Certaines manières de faire peuvent rapidement devenir désuètes et cela entraîne un sentiment d'aliénation chez celui qui doit les modifier. Le changement dans les habitudes de vie requiert l'investissement d'un surcroît d'énergie, parfois trop élevé pour certains. Aussi est-il parfois moins coûteux pour ceux-là de supprimer l'innovation plutôt que d'y faire face, de maintenir la sécurité et l'ordre plutôt que de s'adapter à l'innovation.

Il transpire de cette proposition une nostalgie qui n'est pas étrangère à l'éternel conflit des générations. Dans cette bataille entre ceux qui sont voués à un certain aménagement social et ceux qui ne s'y sentent pas engagés, les enjeux sont élevés. Toutefois, ceux qui investissent dans le maintien du *statu quo* sont aussi ceux qui souffrent le plus dans un monde en constante mutation, puisqu'ils doivent ou bien vivre dans l'insécurité, ou bien s'isoler dans le passé. Le poids de la démographie pèse donc beaucoup sur les choix sociaux à cet égard. L'actuelle prépondérance des *baby-boomers* vieillissants n'est peut-être pas étrangère au regain de vie du droit moral.

À court terme, considérant la situation actuelle du monde occidental, il est certain qu'une majorité de la population pourrait bénéficier de mesures conservatrices. À long terme toutefois, une telle politique est susceptible de varier avec les courbes démographiques et elle présente de moins en moins l'aspect d'un droit. C'est plutôt un privilège qu'octroie une majorité à certains de ses membres. Le droit moral devient un outil de pouvoir. Comme on ne peut prévoir les innovations ou l'influence du droit moral sur l'incitation à innover, la reconnaissance d'un droit moral est strictement contingente des politiques poursuivies et perd, par conséquent, tout fondement juridique autre que législatif.

2. L'intérêt privé

Si l'intérêt public que défend le droit moral n'a pas l'ampleur qu'on prétend, on trouvera peut-être dans l'intérêt privé des auteurs des motivations moins honorables, mais plus substantielles. Ces

motivations, cachées ou rarement admises, se rattachent à deux catégories d'enjeux, les uns matériels (a), les autres symboliques (b).

a. Les enjeux matériels

Évidemment, l'introduction d'un droit moral ne va pas sans entraîner certaines conséquences économiques. Bien sûr, la rhétorique des tenants du droit moral prétend substituer au traitement économique du droit d'auteur une approche plus respectueuse de la personnalité de celui-ci; d'aucuns refuseraient cependant de troquer la seconde contre la première. Il ne s'agit pas ici de rémunérer les auteurs, ce dont s'occupe le droit patrimonial, mais de leur assurer certains bénéfices supplémentaires. Par exemple, la possibilité de faire respecter l'intégrité d'un logiciel, même en cas de transfert du droit d'auteur, a pour effet de redistribuer sur les créateurs certains bénéfices sans pour autant inciter au développement de nouveaux programmes.

Le droit moral étend les frontières de l'originalité requise pour qu'une nouvelle version n'entame pas l'intégrité du logiciel original. Si le titulaire du droit d'auteur n'est pas l'auteur initial et qu'il désire adapter un logiciel dont il détient les droits sans en violer l'intégrité, il devra soit demander à l'auteur de réaliser l'adaptation (puisque le droit moral est incessible), soit engager des sommes supplémentaires afin de développer une version originale. Dans le cas des logiciels existants déjà au moment de l'introduction du droit moral, cela équivaut alors à un bénéfice *ex post facto*.

Enfin, si l'on retient une conception objective du droit moral, et particulièrement si on adhère à la thèse de l'expression de la personnalité, on pourrait aller jusqu'à prétendre que même l'auteur ne pourrait modifier le logiciel original sans attenter à l'intégrité de celui-ci. Après tout, l'auteur d'un logiciel créé il y a cinq ans n'est plus la même personne, ses goûts ont changé, sa méthode de travail a sans doute évolué. À la limite, l'intégrité de l'oeuvre doit être maintenu envers et contre tout, et même à l'encontre de la volonté de son créateur.

b. Les enjeux symboliques

Les enjeux symboliques pourraient être regroupés sous le thème de l'autorité – non pas seulement l'autorité du créateur individuel, mais aussi plus généralement celle de la communauté artistique tout entière. Cette autorité s'exprime généralement par des déclarations publiques sur le sens à donner à telle oeuvre ou sur sa signification

politique, historique ou culturelle. Ce quasi-monopole sur l'interprétation des oeuvres et l'usage que cette interprétation autorise permettent à la communauté artistique de combattre l'ennemi présumé, la culture de masse.

Les auteurs qui favorisent l'adoption d'un droit moral recherchent en fait un gain potentiel d'influence et de statut. Le droit moral permet d'éviter de discuter des limites de la fonction créatrice. Les créateurs, sauf ceux qui connaissent un véritable succès public, refusent systématiquement d'associer la qualité de leur travail au choix des consommateurs. Le droit moral confère, *a priori*, une certaine légitimité à cette position. Toutefois, celle-ci est discutable dans la mesure où c'est souvent l'ambiguïté inhérente à une oeuvre qui fait sa richesse. Il n'en va pas autrement pour les classiques de tous genres. Limiter *Roméo et Juliette* à n'avoir que le sens que voulait lui donner Shakespeare dans l'Angleterre de la fin du XVIe siècle, ce serait condamner l'oeuvre aux oubliettes.

En bref, les fondements du droit moral apparaissent incertains et difficiles à justifier, tant d'un point de vue subjectif qu'objectif. Au surplus, ni l'intérêt public ni l'intérêt privé ne suffisent à légitimer l'émergence d'un droit moral sur d'autres bases que le jusnaturalisme. Et comme l'écrit Barnett, «*the more different modes of analysis that point in the same direction the more certain we can be that the results of our analysis are correct*»[31].

II. LA NATURE DE L'OEUVRE

La *summa divisio* des activités humaines entre le monde matériel et le monde de la pensée est partie intégrante de l'héritage occidental. D'un côté, la propriété industrielle appréhende un produit matériel qui procure un résultat industriel et présente le caractère d'une invention. L'exigence d'originalité permet d'asseoir un monopole restreint dans le temps doublé d'une exigence de publicité. Le droit des brevets est au coeur de l'innovation technologique.

De l'autre côté, la propriété intellectuelle connaît les seules oeuvres de l'esprit. Celles-ci s'opposeraient à l'invention en ce que leur matériau premier serait la banalité – la récurrence des thèmes immortels de l'existence humaine[32]. D'où la nécessité de ne protéger

31. Randy E. BARNETT, «Foreword: Of Chickens and Eggs – The Compatibility of Moral Rights and Consequentialist Analyses», (1989) 12 *Harvard J. of Law & Public Policy* 611, 634-635.
32. B. EDELMAN, «Création et banalité», (1983) *D.S.* chron. 73.

que l'expression de l'idée. Et là où les Anglo-saxons accordent un *right to copy*, les continentaux voient d'abord un droit moral perpétuel et inaliénable sur une oeuvre immatérielle.

Le logiciel témoignerait d'une abolition progressive de cette division du monde. Comme d'autres biens informationnels, il participe à la fois de l'utilité industrielle et de la spéculation intellectuelle. Cette évolution serait le signe d'un détachement significatif de l'auteur à l'égard de son oeuvre. Le marché, en attribuant une valeur économique aux oeuvres et en organisant leur circulation, dénaturerait la nature créative de l'homme pour transformer celui-ci en producteur[33].

C'est cette double vision du monde que nous aimerions ici interroger. D'une part, est-il exact de dire que les arts ne sont que des exercices de pure spéculation intellectuelle, cependant que la technique ne participe aucunement de cet esprit? C'est l'étude du processus de création (a). D'autre part, peut-on rendre le marché responsable du détachement observé du créateur vis-à-vis de sa création, dans la mesure où il détournerait l'acte créatif de sa destination? C'est l'étude de la finalité du processus de création (b).

A. Le processus de création

L'étude du processus de création permet de discerner deux moments autour desquels se groupent les interrogations. Le premier est celui de la production de l'oeuvre: y a-t-il des mécanismes qui permettent de distinguer les oeuvres artistiques des productions scientifiques, les techniques des beaux-arts des techniques industrielles? C'est la question de l'existence d'un mécanisme unique de création (1). Le second moment est celui de la réception de l'oeuvre par l'auditoire: le sens d'un texte se trouve-t-il tout entier subordonné à l'autorité de son auteur, à son intention présumée? C'est la question de la possibilité de concevoir l'interprétation comme une création sous contraintes (2).

1. De l'existence d'un mécanisme unique de création

Selon Arthur Koestler [34], le Bouffon, le Sage et l'Artiste partagent une même démarche créatrice, qui consiste à découvrir des ressemblances, des analogies. Seul le contexte diffère: on va de l'agressivité comique à l'émerveillement artistique, en passant par le

33. Voir notamment M.A. HERMITTE, «Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjuridicisation – L'exemple des droits intellectuels», (1985) *Arch. phil. droit. Sirey* 331.
34. Arthur KOESTLER, *Le cri d'Archimède*, Paris, Calmann-Lévy, 1965.

détachement scientifique. Il s'agit d'un continuum. Les frontières entre ces différents modes de création sont fluides. Koestler cite notamment, pour illustrer la proximité de l'art et de la science, l'architecture, la cuisine et la psychothérapie.

L'étude du rire lui permet de formuler une base théorique sur l'essence du comique. Koestler remarque que la chute des histoires comiques ne produit d'effet, non pas seulement s'il y a surprise, mais surtout parce que «[c]'est le heurt de [...] deux contextes d'association, de [...] deux codes incompatibles qui fait éclater la tension»[35]. Il forge alors le mot «*bisociation*», qui renvoie à

> [...] la perception d'une situation ou d'une idée L, sur deux plans de référence M_1 et M_2 dont chacun a sa logique interne mais qui sont habituellement incompatibles.[36]

Koestler poursuit en interrogeant la psychologie de l'acte créateur dans la création scientifique. Les aspects suivants apparaissent systématiquement: un objet prend de l'importance lorsqu'il est placé dans un nouveau contexte; des analogies cachées sont découvertes; on remet en cause des habitudes intellectuelles acceptées sans examen. Il écrit:

> L'acte créateur n'est pas une création au sens de l'Ancien Testament. Il ne crée pas à partir de rien; il dé-couvre, mélange, combine, synthétise des faits, des idées, des facultés, des techniques, *qui existaient déjà*.[37]

Toutefois, il remarque que des découvertes passent souvent inaperçues, en raison de ce que la culture n'est pas toujours suffisamment «mûre» pour une nouvelle synthèse. Il souligne que la découverte scientifique n'a pas le monopole de la logique et que l'intuition y est présente tout autant qu'ailleurs. Et sur l'objectivité présumée de la science et surtout des faits, Koestler nous dit:

> L'histoire [de la science] est pleine de controverses qui prouvent que le même ensemble de «données objectives», voire la même «expérience cruciale» peuvent s'interpréter de plus d'une manière. Aucune preuve expérimentale ne peut donner au savant la certitude absolue: et la différence de «vérifiabilité» entre divers types de propositions scientifiques et artistiques n'est qu'une question de degré [...][38]

35. *Id.*, p. 21.
36. *Ibid.* (nous avons supprimé les italiques).
37. *Id.*, p. 103 (nos italiques).
38. *Id.*, p. 237.

Que la création scientifique n'exerce pas auprès du public le même attrait que l'activité artistique s'explique par le contexte dont nous parlions au début: le jargon technique rebute, tout comme la rigueur scientifique, et les préjugés culturels ne cessent de s'accumuler. L'ennui ainsi provoqué érige des frontières artificielles entre des domaines contigus de création.

L'art procède également de la bisociation, par la combinaison de deux univers, l'un réel, l'autre imaginaire. De la même façon, le poète utilise une bisociation du son et du sens, du rythme et de la parole. L'utilisation de la métaphore et de l'image est prééminente dans l'art et toutes deux reposent sur la comparaison. Les artistes jouent constamment la nouveauté contre la convention, le motif contre le moyen d'expression.

Par ailleurs, les informaticiens et les mathématiciens diront que les artistes n'ont pas le monopole du Beau; ces derniers affirmeront que les premiers n'ont pas le monopole du Vrai. Et Koestler avec eux de rappeler:

> [...] les peintres et les sculpteurs, sans parler des architectes, ont toujours été guidés, voire obsédés, par des théories scientifiques et pseudo-scientifiques: section d'or, secrets de la perspective, lois de la proportion de Dürer et de Léonard de Vinci, [...] – on pourrait allonger la liste.[39]

En définitive, le Bouffon fait se heurter deux matrices, le Sage les intègre, l'Artiste les juxtapose. Toujours, le même mécanisme est à l'oeuvre. La distinction entre le caractère technique des brevets et la pure spéculation de l'oeuvre intellectuelle paraît désormais beaucoup plus mince. Lorsqu'il y a création, celle-ci peut englober à la fois la découverte des recettes et la présentation des plats. L'auditoire doit digérer les mets: c'est l'heure de la re-création.

2. *De l'interprétation des lois comme création sous contraintes*

Dans un article récent, le professeur Côté soutient que l'interprétation des textes de loi peut être conçue comme une création sujette à des contraintes. La modération de sa théorie et l'articulation des idées témoignent de sa solidité. Par ailleurs, nous venons de voir qu'en deça de l'antinomie apparemment irréductible entre l'art «chaud» et la science «froide», un même mécanisme est à l'oeuvre. Il s'agit donc, dans les trois cas de processus dits créatifs. Peut-on dire

39. *Id.*, p. 311.

de l'interprétation, au-delà de la sémantique, qu'elle partage avec la création littéraire la même démarche logique? La re-création participe-t-elle du même mécanisme que l'oeuvre qu'elle doit appréhender?

Koestler dit de l'expérience esthétique qu'elle

> dépend du fragile équilibre qui naît de la présence des deux matrices dans l'esprit: elle dépend de la perception simultanée du héros en tant que Laurence Olivier et en tant que Hamlet [...][40]

On ajoutera le rappel par le moment d'émotion présent dans l'oeuvre d'une expérience vécue. On peut aussi décrire l'expérience esthétique comme la juxtaposition d'une technique singulière en référence à un code partagé par l'auditeur: par exemple, la musique aléatoire de John Cage, dont l'appréciation est impossible si l'auditeur ne connaît pas l'histoire de la musique en Occident. Et il en est de l'humour et de la science comme de l'art: le créateur n'a aucune autorité sur la réception de son oeuvre par l'auditeur. Il ne peut que contraindre les issues possibles en maniant les références communes au code.

C'est très exactement la solution que dégage le professeur Côté. La théorie officielle de l'interprétation des lois se donne comme mission de découvrir l'intention du législateur, le sens qu'il a voulu donner au texte de loi. C'est l'école «intentionaliste», qui soutient l'existence d'un lien ontologique fondamental entre l'auteur et le texte. Or, l'intention du législateur s'avère n'être qu'un concept technique et c'est une fiction que de penser qu'il puisse rendre compte à lui seul de tous les aspects de l'interprétation.

> L'intention du législateur se révèle donc plutôt une construction de la doctrine juridique, un «concept technique», un «fait institutionnel» plutôt qu'un «fait brut»; c'est un fait dont l'existence est affirmée par la pratique juridique afin de répondre à des impératifs méthodologiques.[41]

Ainsi, les communautés artistique et juridique sont toutes deux traversées de conflits qui partagent les mêmes racines. Dans les deux cas, l'équilibre jamais explicité entre la stabilité et le changement, la préservation et l'innovation et, surtout, entre les créateurs et les interprètes a été rompu et fait désormais l'objet d'un rude choc

40. *Id.*, p. 288.
41. Pierre-André CÔTÉ, *loc. cit.*, note 21, p. 333-334.

idéologique. La résolution de ces controverses devra apporter une réponse à la question suivante: «[*W*]*ho is to have the authority to determine the meaning and use of certain important entities in our society*[?]»[42].

Nous croyons qu'en dépit de la reconnaissance de droits moraux par la majorité des pays occidentaux, il s'agit d'une notion mal adaptée qui traduit un conservatisme culturel et social incompatible avec le monde moderne. D'une part, les artistes ne peuvent se différencier des autres créateurs en prétendant détenir le monopole de la chaude intuition à l'encontre de la froide logique scientifique. D'autre part, les artistes ne peuvent non plus prétendre détenir quelque autorité sur l'interprétation qu'on donnera à leurs oeuvres, et ce pour deux raisons. La première, c'est que l'interprète n'est jamais limité par le seul texte à une interprétation unique. La seconde, c'est que l'interprétation est aussi un acte de création et par là donne naissance à une nouvelle oeuvre, qui intègre l'oeuvre interprétée et des éléments du code d'interprétation.

S'il est impossible de distinguer les oeuvres entre elles sur la base de leur mécanisme de création, peut-être l'étude de leur finalité sera-t-elle plus contrastée.

B. La finalité du processus de création[43]

On peut concevoir la destination de l'oeuvre selon deux modèles. Dans l'un, l'oeuvre est conçue comme une correspondance iconique de la réalité. L'oeuvre est une représentation idéale du monde – *weltshöfungidee* (1). Dans l'autre, l'oeuvre est conçue comme un moyen d'atteindre un but. Il s'agit alors d'une adaptation fonctionnelle (2).

1. L'oeuvre en tant que représentation idéale du monde

On peut concevoir le résultat du processus de création comme une représentation idéale du monde. En comparant deux oeuvres, il serait possible de distinguer ce qui est accessoire de ce qui est

42. L.A. BEYER, *loc. cit.*, note 19, p. 1016.
43. Toute cette partie s'inspire d'abord de deux sources: Ernst VON GLASERFELD, «Introduction à un constructivisme radical», dans Paul WATZLAWICK (dir.), *L'invention de la réalité*, Paris, Seuil, 1988, p. 19 et Douglas HOFSTADTER, *Gödel, Escher et Bach: Les brins d'une guirlande éternelle*, Paris, InterÉditions, 1985, ch. VI. Aucun de ces auteurs n'aborde formellement la notion d'oeuvre, encore moins dans un contexte juridique. Les recoupements avec la théorie de l'interprétation des lois et avec la *summa divisio* de la propriété intellectuelle sont miens. Toutefois, ceci ne fait qu'effleurer les problèmes très complexes de la théorie de la connaissance.

essentiel et d'accéder ainsi au noyau dur de la réalité. De la même façon, en comparant deux usages possibles d'un même logiciel, il serait possible d'apprécier sa véritable destination. Ou bien, dans le cas d'un texte littéraire, on peut concevoir l'oeuvre immatérielle que contiendrait la copie comme un «objet» multidimensionnel suspendu dans l'espace, dont chaque nouvelle projection (interprétation) révèle un peu plus le sens véritable[44]. Chaque interprétation ne serait que l'ombre du texte idéal sur un mur particulier.

Une autre analogie assimile la création à la cartographie d'un territoire. C'est le cartographe qui décide des aspects du territoire qu'il entend représenter sur la carte, comme du degré de précision de celle-ci. Il s'agit de rechercher un certain type d'isomorphisme, c'est-à-dire une équivalence de relations, une séquence ou une structure caractéristique. Il s'agit d'établir la possibilité de porter un jugement d'identité.

Cette conception de la création postule l'existence d'une signification intrinsèque qui est *impliquée* dans la réalité. Cette signification doit être *expliquée*, dépliée, à défaut de pouvoir être appréhendée directement. Quel que soit le poids de chaque création, quelle que soit son originalité, la masse de signification de la réalité est invariable. Le créateur décide en quelque sorte de la gravité de son activité créatrice. Le geste créateur est dans le choix d'un niveau d'analyse ou d'une méthode particulière d'*explication*.

La représentation offre une connaissance positive de la réalité dans la mesure où les contraintes inhérentes à l'oeuvre et les contraintes qui pèsent sur l'usager définissent le champ des utilisations possibles. Par exemple, le fait de se trouver dans le champ de gravitation terrestre réduit considérablement le spectre des poids possibles pour une masse donnée.

Il s'agit également d'une connaissance positive dans la mesure où la fréquence de chaque utilisation par divers usagers permet de cerner un peu plus précisément l'usage intrinsèque de l'oeuvre. Dans le cas d'un texte littéraire, s'il est impossible de saisir d'un seul mouvement sa signification, une pluralité d'interprétations permettra de s'en approcher par approximations successives. De la même façon, la multiplication des cartes d'un territoire contribue à en raffiner la connaissance et à la rapprocher de la réalité.

Par ailleurs, la connaissance fournie par la représentation est analogue (au sens de continue) en ce qu'elle propose une interpréta-

44. Qui n'est pas nécessairement celui qui correspond à l'intention de l'auteur.

tion qui correspond *plus ou moins* à la signification intrinsèque du texte, de la même façon que l'usage d'un logiciel peut se révéler *plus ou moins* fidèle à sa destination idéale, ainsi qu'une carte est *plus ou moins* fidèle au territoire. La capacité des interprétations de correspondre à la signification véritable d'un texte n'est pas discrète, mais variable sur un continuum, à la différence des interprétations *fabriquées*.

2. *L'oeuvre en tant qu'adaptation fonctionnelle*

La notion d'adaptation fonctionnelle renvoie à un genre de relation différent de l'identité. Il s'agit plutôt de créer une oeuvre qui *convienne*. Il s'agit de *fabriquer* une oeuvre qui permettre de parvenir à un but, compte tenu de l'ensemble des contraintes qui peuvent peser sur la création. La convenance décrit alors une capacité. Par exemple, une clé convient si elle ouvre la serrure qu'elle est supposée ouvrir. On sait toutefois qu'il existe plusieurs clés découpées de façon tout à fait différente qui n'en ouvrent pas moins la même serrure. Le créateur se trouve donc face à la réalité comme le cambrioleur face à une serrure qu'il doit ouvrir pour emporter son butin. L'oeuvre doit seulement ouvrir le chemin qui mène au but précis que le créateur veut atteindre.

À la différence de la représentation, la fabrication d'une oeuvre ne suppose pas que celle-ci soit investie d'aucune signification intrinsèque. De ceci découle qu'un logiciel pris hors de son contexte est vide de sens. Imaginons que nous placions une copie d'un logiciel de traitement de texte dans un satellite et que la copie soit lancée sur une trajectoire qui la conduira hors du système solaire. Elle a certainement perdu son contexte. Quelle quantité de signification contient-elle? Si des êtres d'une lointaine civilisation récupéraient cette copie, l'identifiaient comme un objet porteur d'informations et aient l'idée de la décoder, que serait un décodage réussi de ce logiciel? Les tenants de la représentation argueront que les informations *étaient là*, quel que soit le décodage qu'en fasse une autre civilisation. Les tenants de la fabrication imagineront que la copie puisse servir de support musical ou de denrée comestible!

L'argument pour écarter la possibilité d'existence d'une signification intrinsèque repose sur le fait que l'identité ou la correspondance à laquelle prétend la représentation est toujours le résultat d'un examen tenant compte de propriétés spécifiques. On peut considérer qu'une interprétation ou un usage correspond à une oeuvre parce qu'il participe de la même intention ou de la même logique. Dans tous les cas, les critères permettant d'établir la correspondance

sont créés et choisis par l'interprète ou l'usager, et on ne peut en aucun cas les attribuer à un monde indépendant de celui-ci. L'intégrité d'une oeuvre est bafouée dès sa publication, voire même dès sa création, puisque l'auteur doit lui-même constamment interpréter son oeuvre afin de la parachever.

L'oeuvre *fabriquée* contraint ce qui est possible, anéantit inexorablement toute interprétation ou tout usage qui ne *convient* pas. L'oeuvre constitue en quelque sorte un terrain d'expérimentation pour l'ensemble des usages ou des interprétations *imaginables*. Toutefois, seul l'échec nous indique la route à suivre. La découverte d'un usage qui convienne ne nous dit strictement rien sur la possibilité qu'il existe d'autres usages, et encore moins sur la nature de ceux-ci. Les contraintes fonctionnent négativement, au sens où elles laissent simplement de côté tout ce qui ne rencontre pas les exigences de l'oeuvre.

Toutefois, cette connaissance n'est pas analogue mais discrète, spécifique dans la mesure où il n'y a pas d'interprétations plus ou moins adaptées. *Ou bien* la clé ouvre la serrure, *ou bien* elle ne l'ouvre pas. Soit une interprétation ou un usage est adapté, soit il ne l'est pas. S'il convient, c'est qu'il atteint le but pour lequel il a été formé. C'est un type de connaissance binaire, qui n'admet que le 0 ou le 1. En conséquence, aucune interprétation ne donne quelque indication que ce soit sur l'éventuelle signification *intrinsèque* d'un texte, ou sur l'usage *véritable* d'une oeuvre. L'interprétation adéquate ne nous indique, dans un contexte donné, que sa propre capacité d'atteindre un but choisi.

En bref, il nous semble abusif de rendre le marché responsable du détachement observé du créateur vis-à-vis de sa création. L'étude de la finalité du processus de création montre qu'une oeuvre conçue comme une adaptation fonctionnelle, et ce pourrait être le cas de toute oeuvre, passée ou future, implique en effet un renoncement à tenter de poursuivre une connaissance positive du monde. Cela ne veut pas dire que l'auteur renonce à son rôle créateur. À la vérité, la connotation péjorative qui est souvent donnée au mot «producteur» me semble déplacée: quel créateur n'est pas un producteur?

Par ailleurs, cette dualité de la finalité du processus de création nous semble à première vue mieux adaptée pour rendre compte des régimes complémentaires du brevet et du droit d'auteur que ne l'est la référence au domaine d'activités. Une telle conception implique toutefois que l'innovation technique originale de toute oeuvre, scientifique ou non, puisse être brevetée; inversement, même le travail

scientifique ou l'innovation technologique serait susceptible de bénéficier de la protection du droit d'auteur, pour autant que l'un ou l'autre traduise une certaine conception du monde. À titre d'exemple, on peut citer le «coloriage» des films noir et blanc: la technique, qui relève à la fois de l'informatique et de l'art, est brevetée; le film ainsi colorié pourrait faire l'objet d'un droit d'auteur, si l'auteur du coloriage s'est efforcé de projeter sa *weltshöfungidee*.

De la même manière, que le logiciel soit une oeuvre hybride au sens traditionnel participe de la nature même de l'informatique, à la fois technique et mathématique, à la fois science et art. Le processus qui a mené à sa création est le même que pour toute oeuvre. Mais il est certain qu'en la majorité des cas, le logiciel n'est pas conçu comme une représentation. Cela ne signifie pas qu'il ne s'agisse pas d'une véritable création, mais plutôt qu'étant une pure *fabrication*, il devrait être protégé par le brevet et non par le droit d'auteur.

CONCLUSION

Le droit moral de l'auteur paraît suspect. Qu'il soit répandu, d'accord, mais cela ne témoigne aucunement de ses vertus. Notre analyse montre au contraire que les fondements du droit moral sont au mieux vacillants. Les intérêts poursuivis comme le lien de filiation entre l'auteur et son oeuvre n'offrent qu'une assise bien mince. Pourtant, il n'est pas indifférent que la solution de débats politiques sur la destination des oeuvres soit confiée à certains plutôt qu'à d'autres. Mais dans ce choc des intérêts, la voix de l'auteur n'est pas plus légitime que celle de quiconque, même si du concept de droit *moral* transpire l'idée que la parole du créateur possède un ascendant irrésistible sur toute autre opinion. Qu'une telle idée ait pu s'accréditer ne tient pas du pur hasard: il faut y voir au moins une métaphore théologique (le pouvoir du *Créateur*). Qu'elle le soit encore relève probablement d'influences nietzchéennes (l'artiste comme être capable d'engendrer une culture). Mais ce ne sont là qu'hypothèses explicatives, qui ne fondent rien, sinon arbitrairement.

À défaut de pouvoir motiver l'existence du droit moral, on doit reconnaître qu'il s'agit là d'un *privilège* accordé à ses titulaires. En raison de sa nature même, un privilège n'est jamais acquis, sa force dépend de sa périodique reconduction. Pour cela, il ne suffit pas qu'il ait déjà été reconduit, en d'autres temps ou en d'autres lieux. La légitimité du droit moral peut s'argumenter rationnellement. Or, il semble qu'aucune base rationnelle n'autorise d'asseoir quelque pouvoir du créateur sur une oeuvre dont il ne possède pas le droit

d'auteur. En l'absence d'arguments à l'effet contraire, il est concevable que le droit moral soit abandonné. Ceci permettrait de s'interroger sur le problème beaucoup plus fondamental de la stricte applicabilité de la notion de propriété aux oeuvres immatérielles[45].

En terminant, que le lecteur ne voie pas dans cette brève étude une solution définitive à des questions difficiles, mais bien plutôt l'occasion de revivifier des problèmes devenus, sinon insolubles, du moins obscurs.

45. À ce sujet, on consultera avec profit l'excellent numéro spécial du *Harvard Journal of Law & Public Policy*, consacré spécifiquement à ce sujet (1990, vol. 13, n° 3). Dans le même esprit, David Vaver a récemment suggéré que l'analyse du droit d'auteur en termes de notions de propriété est dépassée et qu'il faut tendre à d'autres justifications: «Intellectual Property Today: Of Myths and Paradoxes», (1990) 69 *R. du B. can.* 98.