Le *locus standi* du titulaire d'une licence de droit d'auteur : Une question ... d'intérêt ! (Partie II)

Stéphane Gilker

5. Essai de solution concernant la licence de droits d'auteur à laquelle est joint un intérêt ressortant de la nature du droit de propriété

Nous avons jusqu'à présent essayé de démontrer qu'il fallait lire l'expression « *grant of an interest by license* » comme voulant dire « *grant of any interest in the right coupled with a licence to exercise it* » et qu'il était inexact de voir une adéquation entre la licence exclusive et la notion de *grant of interest*. Nous avons ensuite cherché à cerner la portée de ce concept en matière de droit immobilier pour conclure que les easements ou « *profits à prendre* » pouvaient, du moins en common law, se qualifier comme des « *grants of proprietary interest* » auxquels étaient jointes des licences de *trespass* permettant au *grantee* de jouir de son droit réel sur les accessions immobilières.

Nous avons finalement tenté de voir comment s'était développée la jurisprudence en Angleterre, en Australie ainsi qu'au Canada dans l'application des dispositions analogues à l'article 5(2) du Statut Impérial ainsi qu'à l'article 36 (anciennement 20(5)) de la loi. Nous avons toutefois conclu qu'il était à peu près impossible de dégager de ce corpus décisionnel quelque principe juridique susceptible de nous éclairer puisque, la plupart du temps, il ne s'agissait que d'*obiter*, les juges s'étant prononcés en faveur soit de cesions[95], soit de licences

© Gilker, 1989.

95. *Jonathan Cape Ltd. c. Consolidated Press Ltd.*, jurisp. cit., note 61 ; *British Actors Film Co. Ltd. c. Glover*, jurisp. cit., note 4 ; *Chaplin c. Leslie Frewin (Publisher)*, jurisp. cit., note 73 ; *Messager c. British Broadcasting Co.*, jurisp. cit., note 61.

exclusives par ailleurs gouvernées par des dispositions statutaires reconnaissant le *locus standi* au détenteur de licence[96].

Nous proposerons donc aux sous-titres suivants des critères qui, croyons — nous, pourraient séparer l'ivraie du bon grain dans la détermination de «*grant of proprietary interest in the right with a license to exercise it*», en droit d'auteur, tant dans le contexte de la common law que du droit civil.

5.1. En common law

Il convient dans un premier temps de définir l'objet de la licence ainsi que du *grant of proprietary interest*. S'agit-il du ou des mêmes droits d'auteur?

5.1.1. Nature de l'«interest»

La décision du juge Lush dans l'arrêt *British Actor Film Company Ltd.* c. *Glover* laisse entendre qu'il doit s'agir du ou des mêmes droits :

> Section 5 of the Copyright Act (...) classifies the right of a person deriving title from the owner of a copyright into complete assignments, partial assignments, and grants of an interest, which mean a proprietary interest *in the particular right which is the subject matter of the agreement*, with license to exercise *it*. (Les italiques sont de nous)

Cette position nous amène à conclure que si le droit faisant l'objet de la licence et du *proprietary interest* doit être le même, ce *proprietary interest* ne peut consister en une cession. En effet, il serait illogique de considérer qu'une licence à laquelle est jointe une cession sur le même droit d'auteur puisse dépouiller son titulaire, déjà détenteur d'un droit réel sur le droit d'auteur, de son *locus standi* naturel. Il serait au demeurant illogique de conclure qu'une convention constitue à la fois, à l'égard du même droit d'auteur, une licence et une cession[97].

Étant posé le principe que l'objet de la licence et du *proprietary interest* devrait être le même droit d'auteur et que le *proprietary interest* ne peut être une cession, il nous reste à déterminer la nature même de ce *proprietary interest*.

96. *Time-Life International (Nederlands) B.V. et al. c. Interstate Parcel Express Co. Pty. Ltd.*, jurisp. cit., note 74; *C.B.S. United Kingdom Ltd. c. Charmdale Records Distribution Ltd.*, jurisp. cit. note 16.

97. C'est toutefois l'une des hypothèses qu'ont émise Copinger & Skone James, *supra* note 15, p. 167.

5.1.2. Éléments de solution

Nous tenterons maintenant de démontrer, en empruntant deux voies différentes, que le législateur a probablement voulu reconnaître définitivement un intérêt judiciaire à toute personne légalement autorisée à exploiter commercialement un droit d'auteur, lorsqu'il a adopté l'article 36 de la loi, et que ce *locus standi* peut s'exercer dans toute l'étendue du droit ainsi obtenu du titulaire du droit d'auteur.

5.1.2.1. Par analogie avec la licence de «real property»

Nous avons vu que les tribunaux ont décrété que l'*interest* conféré au détenteur d'une licence devait porter sur une chose qui soit susceptible d'appropriation et qu'on a généralement considéré comme rencontrant ce critère les *easements* ou «profits à prendre» produits par un fonds immobilier.

Nous croyons qu'il soit possible de transposer ces principes dans le cadre de la loi (toute transposition étant par ailleurs sujette aux ajustements nécessaires en raison de la nature incorporelle des droits d'auteur); dans la mesure où une convention qui confère au cocontractant une licence à l'égard d'un droit d'auteur, lui donne **aussi le droit de retirer des revenus à l'occasion de l'usage du droit d'auteur**, ce dernier pourra être considéré comme détenant une licence telle qu'envisagée à l'article 36 de la loi.

En effet, les revenus produits à l'occasion de l'usage du droit d'auteur[98] sont des choses susceptibles d'appropriation et distinctes du droit d'auteur lui-même mais en dépendent. Il est techniquement nécessaire, pour se les approprier, de violer le droit d'auteur lui-même et donc d'obtenir du titulaire du droit l'autorisation (licence) d'en faire usage.

Ce transvasement, dans le cadre de la loi, de principes élaborés par les tribunaux de *common law* en contexte de *real property* a le mérite non négligeable d'énoncer des critères objectifs dans la détermination de ce que constitue une concession de droit, titre ou intérêt dans un droit d'auteur.

Nous essaierons maintenant de démontrer qu'eu égard à l'état du droit concernant le statut d'un détenteur de licence en 1931, date d'adoption de l'article 36 de la loi, il n'est pas déraisonnable de penser que le législateur fédéral ait voulu reconnaître définitivement un intérêt judiciaire à toute personne légalement autorisée à exploiter

98. Il pourra s'agir d'un usage par le licencié lui-même ou avec son autorisation, si la licence confère le droit d'accorder des sous-licences pour l'usage du droit.

commercialement un droit d'auteur dans toute l'étendue du droit ainsi obtenu du titulaire. Ainsi, pour paraphraser le législateur, l'adoption de ce texte visait indéniablement à apporter une solution de droit à un problème s'avérant insoluble, et il devrait conséquemment s'interpréter de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet[99].

5.1.2.2. Par interprétation

Il est possible, et raisonnable, de conclure que toute licence qui confère à son détenteur un droit quelconque allant, ne serait-ce que de peu, au-delà du « droit de faire ce qui, n'était de la licence, constituerait une contrefaçon » est susceptible d'être couvert par les termes de l'article 36.

En effet, la véritable licence nous semble, somme toute, être chose fort rare en pratique puisqu'elle se limite à autoriser l'accomplissement d'un des droits prévus à l'article 3 de la loi, **sans plus**. Tel serait, par exemple, le contrat de sous-traitance pour la confection d'un enregistrement sonore ou l'impression d'une oeuvre littéraire ou pour la reproduction d'une oeuvre artistique[100]. Cette licence, ne conférant aucun intérêt dans le droit d'auteur, pourrait donc être verbale.

Dès lors, si la convention permet, par exemple, une exploitation commerciale des droits, son titulaire nous paraît alors avoir déjà un pied dans ce que l'article 36 qualifie de droit, titre ou intérêt dans le droit d'auteur.

Si notre hypothèse s'avère la bonne, les honorables juges Sargant, dans *Feldman*, Denning, dans *Chaplin*, Bowen, dans *Time Life*, Jackett, dans *White Rose Nurseries* et Strayer dans *Bishop* auraient dès lors eu raison d'affirmer, comme ils l'on fait, avec divers degrés de conviction il est vrai, que les conventions qui leur étaient soumises constituaient une « concession d'intérêt joint à une licence ».

La générosité des termes employés à l'article 36 permet en effet d'y voir la reconnaissance d'une autonomie juridique à toute personne autorisée à exploiter commercialement un droit d'auteur. Cette

99. *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1988 c. I-21, a. 12.

100. Le professeur Pichette semble par ailleurs soutenir ce même point de vue lorsqu'il dit, en parlant de la licence de l'article 13(4):
« Ces commentaires ne valent, évidemment, que pour la licence qui accorde un intérêt quelconque dans le droit d'auteur, par opposition à la licence constituant une simple permission de faire une certaine chose (*ex. : permission de reproduire une oeuvre littéraire pour le bénéfice d'un mouvement quelconque*). » (Les italiques sont de nous)
S. PICHETTE, *Le régime canadien de la propriété intellectuelle*, Centre d'étude en administration internationale, H.E.C., 1979, p. 263, note 153.

personne étant dès lors susceptible de subir des dommages du fait de l'érosion par un tiers du potentiel d'exploitation économique (« intérêt ») que lui a ouvert le titulaire du droit d'auteur à l'occasion de la licence, il apparaît logique de lui permettre de recouvrer de ce tiers tout manque à gagner découlant d'une telle violation.

On pourra opposer à cette conclusion que la politique judiciaire serait réfractaire à la reconnaissance d'un droit d'ester entre les mains de personnes ne détenant que des droits personnels sur le droit d'auteur aux termes de conventions non exclusives. En effet, le contrefacteur présumé du droit couvert par ces licences non exclusives serait susceptible d'être poursuivi par un nombre de demandeurs n'ayant de limite que le nombre de licences accordées par le titulaire du droit d'auteur, outre le titulaire lui-même. En corollaire, on pourra de plus soutenir que l'évaluation des dommages serait, dans les circonstances, extrêmement difficile à faire.

À ces arguments, on se doit de répondre que les tribunaux ne refuseront pas en principe d'entendre les demandes formulées par des personnes ayant un intérêt conjoint dans une chose du simple fait du partage de cet intérêt. Ainsi, le titulaire d'un droit dans une oeuvre créée en collaboration[101] dispose d'un droit d'action distinct, indépendant des autres titulaires du droit sur l'oeuvre, lui permettant de faire valoir seul et en son propre nom l'action en contrefaçon devant les tribunaux[102].

Quant au problème de l'évaluation des dommages, il ne nous semble pas qu'un tel argument puisse *a priori* avoir quelque incidence sur la reconnaissance d'un droit d'action. Qu'il suffise de rappeler que les notions de dommages et d'intérêts ne sont, à toutes fins utiles, que les deux faces d'une même réalité, l'intérêt d'un justiciable étant fonction des dommages, pécuniaires ou moraux, dont il sera en mesure de faire la preuve aux termes d'une instance. Seule l'absence *prima facie* de dommage pourrait justifier la conclusion d'une absence d'intérêt chez un poursuivant. C'est donc dire que ce dernier aura le fardeau de démontrer à la Cour les dommages qu'il aura subis du fait de la violation de ses droits par un tiers. Dans la mesure où le droit conféré sera exclusif, donc opposable

101. Cette expression est définie, à l'article 2 de la loi, comme étant « l'oeuvre exécutée par la collaboration de deux ou plusieurs auteurs, et dans laquelle l'apport créé par l'un n'est pas distinct de celle créée par l'autre ou les autres ».

102. H.G. FOX, *op. cit.*, note 13, p. 249; *Cescinsky c. Routledge & Sons Ltd.*, [1916] 2 K.B. 325; voir, à titre illustratif l'article 55(1) de la *Loi sur les brevets*, S.R. 1985, c. P-4 tel qu'interprété par *Armstrong Cork Canada Ltd. c. Domco Industries Ltd.*, jurisp. cit., note 31, p. 913-920, ainsi que l'article 441 i) C.c. qui reconnaît l'existence d'un droit d'action autonome aux copropriétaires indivis d'un immeuble.

au titulaire du droit lui-même, cette question deviendra académique. Dans la mesure toutefois où des licences non exclusives auront été conférées, il incombera au demandeur de prouver le manque à gagner dont il aura été victime en raison des actes du défendeur, en tenant compte de la situation de fait existant au moment des actes reprochés. Le juge devra donc évaluer dans quelle proportion les dommages encourus par un licencié découleront effectivement des actes commis par le défendeur plutôt que d'un changement des rapports de force entre les compétiteurs licites dans l'exploitation du droit d'auteur en question à l'époque de cette violation.

L'arrêt *Armstrong*[103] nous semble par ailleurs faire la synthèse de tous ces arguments lorsque l'honorable juge Montland analyse le sens et la portée de l'article 55(1) de la *Loi sur les brevets*[104]. La Cour suprême y a ainsi déterminé que les mots « toute personne se réclamant du breveté » étaient suffisamment larges pour inclure le détenteur d'une licence non exclusive et que ce dernier était admis à réclamer *statutairement* les dommages qu'il avait pu subir du fait d'un contrefacteur : il ne s'agissait non pas d'un recours fondé sur la licence mais sur les dispositions de la loi. Quant au montant des dommages il s'évaluerait simplement « en compensation des pertes subies en conséquence de la violation du brevet »[105].

Si l'on compare de plus le libellé des articles 36 de la *Loi sur le droit d'auteur* et 55(1) de la *Loi sur les brevets* il nous paraît difficile de conclure que le législateur n'a pas voulu atteindre le même objet lorsqu'il a sanctionné ces dispositions. On notera par ailleurs que l'adoption de ces deux dispositions visait manifestement à changer l'état du droit quant au *locus standi* du détenteur d'une licence[106] et qu'elle fût par ailleurs relativement concomitante[107].

5.2. *En droit civil*

On peut se demander si les solutions que nous proposons en système de *common law* peuvent s'accommoder du système de droit

103. *Jurisp. cit.*, note 35.
104. *Loi sur les brevets*, S.R. 1985, c. P-4
105. *Armstrong Cork Canada c. Domco Industries Ltd.*, *jurisp. cit.*, note 31, p. 919.
106. H.G. FOX, *op. cit.*, note 13, p. 440 ; *Armstrong Cork Canada c. Domco Industries Ltd.*, *jurisp. cit.*, note 31, p. 919.
107. L'article 55(1) de la *Loi sur les brevets* fut adopté en 1935 à la suite des représentations faites en 1934 et 1935 devant le Parlement ainsi que devant un comité sénatorial spécial sur les modifications à apporter à cette loi, lesquelles résultèrent en l'adoption de cette disposition (25-26 Geo. V, c. 32). L'article 36 de la *Loi sur les droits d'auteur* fut quant à lui adopté le 11 juin 1931 (21-22 Geo. V, c. 8, s. 7) à la suite des délibérations tenues entre le 15 mai et le 2 juin de cette même année par le *Select Special Committee of the House of Commons on Bill No. 4 : An Act to Amend the Copyright Act* (voir Hansard du 8 juin 1931, p. 2417). Malheureusement, les discussions du comité spécial sur l'article 36 n'ont pas fait l'objet d'une transcription par le secrétaire du comité (Procès-verbal p. xxi et p. 1-2).

civil du Québec. On peut aussi se demander s'il y a lieu de distinguer entre la portée d'une licence, à la lumière de la loi, selon que cette dernière est conclue au Québec ou ailleurs au Canada.

Apporter des réponses à ces questions nécessiterait l'approfondissement de plusieurs aspects qui, quoique fort intéressants, dépassent largement le cadre du présent article. Nous nous contenterons donc de soulever au passage ces interrogations sans toutefois y apporter toute l'analyse qu'elles mériteraient.

5.2.1. Le droit d'auteur : un droit civil fédéral

Ni le Code civil du Québec ni les lois dites statutaires de cette même province ne traitent de la notion de licence : le juriste québécois qui lirait la *Loi sur le droit d'auteur* sans avoir quelque connaissance de la *common law* ne pourrait trouver dans la loi quelque indice susceptible de l'éclairer sur la nature et la portée d'une telle convention.

La question qui se pose est donc de savoir quelle attitude les tribunaux doivent adopter lorsqu'ils sont confrontés à des notions de *common law* adoptées par le législateur fédéral et qui sont applicables autant dans les provinces de *common law* qu'au Québec.

Il est possible de résoudre ce dilemme. La plus simple, et la moins satisfaisante à notre avis, consiste à dire que les droits d'auteur, étant aux termes de l'article 91(23) de l'Acte de l'Amérique du Nord Britannique[108] (ci-après « l'A.A.N.B. ») une matière sur laquelle le pouvoir exclusif de légiférer a été conféré au Parlement canadien, tout ce qui s'y trouve est en principe valide et applicable au Québec comme ailleurs.

Or, cet argument peut rencontrer plusieurs écueils. D'une part, s'il est vrai que le Parlement s'est vu investi du pouvoir exclusif de légiférer en matière de droit d'auteur, il faut se rappeler qu'en vertu du paragraphe introductif de l'article 91 de l'A.A.N.B., la compétence législative fédérale n'en demeure pas moins limitée à « toutes matières ne tombant pas dans les catégories de sujets (...) exclusivement assignées aux législatures des provinces ».

Sans vouloir nous engager dans une longue et savante diatribe sur la prépondérance respective des pouvoirs conférés aux gouvernements fédéral et provinciaux, nous pouvons toutefois nous borner à constater que la matière « droits d'auteur » (paragraphe 23 de ce même article 91) attribuée au fédéral constitue sans contredit une sous-catégorie de la catégorie propriété et droit civil dans la

108. *British North America Act*, 1867, 30-31 Vict., c. 3 (U.K).

province qui est, quant à elle, réservée exclusivement aux provinces par l'article 92 de l'A.A.N.B.[109].

Or, prenant à partie l'exclusivité des pouvoirs conférés à chacun des ordres de gouvernement, nous croyons qu'il y aurait mérite à prétendre que le seul pouvoir accordé au gouvernement fédéral aux termes du paragraphe 91(23) se limiterait à légiférer sur la matière des droits d'auteur **eux-mêmes**, c'est-à-dire la détermination des **catégories d'oeuvres** susceptibles de recevoir la protection des droits d'auteur au Canada ainsi que la **nature** et la **portée** de la protection rattachée à ces catégories d'oeuvres[110] et exclurait donc l'aspect de la **transmissibilité** de ces droits.

Dans un article publié avant la promulgation de la loi canadienne et traitant de la transmission des droits d'auteur par la *Loi sur le droit d'auteur* en vigueur à l'époque[111], laquelle était silencieuse sur ce sujet, Mignault émit le commentaire suivant :

> Écartons d'abord une difficulté préliminaire. Nous avons dit que les droits d'auteur étaient, en vertu de l'Acte d'Amérique du Nord 1867, de la juridiction exclusive du parlement fédéral. Or maintenant, quelle autorité doit régler la transmission de ces droits? Je crois que nous pouvons répondre sans hésiter que c'est l'autorité provinciale, car c'est une matière qui tombe manifestement dans la catégorie de la propriété des droits civils. *Au parlement fédéral appartient sans doute la création des droits d'auteur, mais une fois qu'ils existent en vertu de notre statut, il semble que c'est à la législature locale à en régler la transmissibilité comme dans le cas de tout droit civil*[112]. (Les italiques sont de nous)

109. F.P. WALTON, *The Scope and Interpretation of the Civil Code of Lower Canada*, Toronto, Butterworths, 1980, p. 71 ; P.W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed., Toronto, The Carswell Company Limited, 1985, p. 455 ; *The Electric Fireproofing Company of Canada* c. *The Electric Fireproofing Company*, (1909) 43 R.C.S. 182.

110. Voir par exemple, le deuxième alinéa *in fine* de l'artice 4, *Convention révisée de Berne* du 13 novembre 1908 ; voir aussi : S.M. STEWART, *International Copyright and Neighbouring Rights*, London, Butterworths, 1983, par. 1.15 et s. ; S. RICKETSON, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works : 1886-1986*, Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College, Klewen, 1987, par. 8.3.

111. *Dominion Copyright Act*, 1875, 38 Vic., c. 88.

112. P.B. MIGNAULT, *La propriété littéraire*, La Thémis, 1881, p. 50 : Le soussigné souscrit d'emblée aux propos du savant juriste, d'autant plus qu'il est de commune renommée que la *Loi sur le droit d'auteur*, tout comme un certain nombre d'autres lois adoptées par le parlement fédéral au début de ce siècle, ne constitue somme toute qu'une copie servile de statuts britanniques importés au Canada. On est donc porté à croire que ces emprunts ont parfois été faits sans que l'on s'interroge véritablement sur la possibilité d'importer ces lois *in toto* en faisant abstraction du partage des compétences prévu à l'A.A.N.B.

Sur cette question de la constitutionnalité des dispositions de la loi s'aventurant hors du cadre de la détermination des catégories d'oeuvres susceptibles de protection et de l'étendue de cette protection, force nous est de constater un vacuum presque total en jurisprudence. L'arrêt *Bishop* de première instance a, il est vrai, confirmé la constitutionnalité de l'article 38 de la loi qui permet aux tribunaux d'ordonner la remise des exemplaires contrefaits d'une oeuvre en la possession du titulaire du droit d'auteur. Nous croyons toutefois que cette disposition est de celles dont la validité constitutionnelle est assez certaine, puisqu'elle vise la détermination de la protection à accorder au titulaire du droit d'auteur sur son oeuvre. Il pourrait en être de même, à notre avis, de dispositions de la loi exigeant par exemple que toute disposition contractuelle concernant les droits d'auteur soit constatée par écrit (art. 13(4) *in fine*). En effet, bien que de telles dispositions pourraient apparaître *a priori* tomber en dehors de l'exception du paragraphe 91(23) de l'A.A.N.B., nous serions enclins à admettre que pour des raisons tant historiques que rattachées à la nature même des droits d'auteur, l'édiction de telles dispositions ressortirait bel et bien des pouvoirs attribués au fédéral.

Nous pouvons toutefois difficilement passer sous silence une décision fort intéressante de la Cour suprême du Canada en matière de brevets et concernant la portée du paragraphe 91(22) de l'A.A.N.B.[113]. Dans cette affaire, la corporation demanderesse, *The Electric Fireproofing Company of Canada* (ci-après « Canada »), réclamait l'annulation de la cession d'un brevet qu'elle avait obtenue de la Steelman & Hall, corporation ayant son siège social au New Jersey, sur un brevet détenu originairement par la *Electric Fireproofing Company* de New York (ci-après « New York »).

L'honorable juge Anglin constata d'abord que la cession du brevet par New York avait eu lieu dans l'état de New York et qu'elle avait été faite à une corporation résidente du New Jersey. Il en conclut donc que le contrat de cession devait en principe être interprété à la lumière du droit de l'un ou l'autre de ces Etats. Il ajouta toutefois que, puisque aucune preuve du contenu de la loi de l'un ou l'autre de ces Etats n'avait été faite devant les tribunaux canadiens, les juges étaient tenus de présumer que la loi étrangère était identique à la loi du tribunal devant lequel le procès était engagé[114]. Or, il

113. *The Electric Fireproofing Company of Canada* c. *The Electric Fireproofing Company*, (1909) 43 R.C.S. 182.

114. À cet effet : A. NADEAU et L. DUCHARME, *La preuve en matières civiles et commerciales, Traité de droit civil du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1965, Vol. 9, 50 et s.

s'agissait en l'occurrence d'une affaire engagée devant les tribunaux du Québec. Voici ce que dit le savant juge :

> If the question under consideration were the validity of the patents or their assignability I should have no hesitation in holding that, although this action was tried in a civil court of the province of Quebec, the lex fori applicable was that of England. As pointed out by Archibald judge, the patent law of Lower Canada is English in its origin. « Patents of invention and discovery » are enumerated in the 91st section of the « British North American Act, 1867 » as a subject within the exclusive legislative authority of the parliament of Canada and that parliament has legislated with regard to the *nature* and *effect* of patent and their *assignability*. Upon this matter the law is the same in my opinion throughout Canada and so far as it is not declared by Dominion legislation must be determined by the principles of English law as defined in English decision and in those of our own courts.
>
> We are not however now dealing with a question of the validity of the patent, of their assignability, or of the efficacity of the assignment executed. The matter under consideration is the proper construction to be given to contracts of sale and assignment. Although the subject matter of this contract happens to be patent rights *it is difficult to understand on what ground in determining this question of construction the courts of the province of Quebec, or we as an appellant court of that province, would be justified in disregarding the principle of the civil law.* (Les italiques sont de nous)

La Cour suprême du Canada a donc statué, à tout le moins en matière de brevets, que si la compétence fédérale pouvait englober les matières touchant la nature, la portée ainsi que la transmissibilité des brevets, la portée et l'interprétation des conventions intervenues entre le titulaire du brevet et son cocontractant doivent cependant être analysées à la lumière des dispositions du Code civil lorsqu'une telle disposition contractuelle a lieu (ou est présumée avoir lieu) dans la province de Québec. Nous souscrivons d'emblée à un tel point de vue.

En effet, d'aucuns seraient tentés de prétendre que les lois fédérales, devant prévaloir dans l'ensemble du Canada, doivent s'y appliquer partout de la même façon. C'est dire que parce qu'une majorité de territoires ont adopté le système de *common law*, il faille ainsi l'imposer à la minorité. Qu'en serait-il si cinq provinces avaient adopté un système civiliste ? Ou encore si chaque province avait érigé ou constitué un système de droit civil distinct ?

Bien qu'il ne s'agisse là que d'hypothèses, rien dans l'A.A.N.B. n'en aurait empêché la réalisation. Rien dans l'A.A.N.B. ne permettrait l'imposition par le fédéral de règles de droit supplétif étrangères à l'une des provinces de la confédération en raison de sa position minoritaire. Au contraire, nous croyons qu'à titre d'instance fédérale, le Parlement a mission de légiférer en tenant compte des particularités juridiques des différentes entités provinciales, du moins à l'égard de ses champs de compétence enclavés à l'article 92(13) de l'A.A.N.B.

Viendrait-il par ailleurs à l'idée de prétendre que le législateur n'ayant pas incorporé dans la loi de disposition concernant les conditions de validité des contrats, il faille décider de cette question en référant à la *common law* dans le cas d'un contrat conclu au Québec et que, partant, l'on doive se détourner des principes fondamentaux inscrits aux articles 984 et s. du Code civil ?

La négative nous paraît aller de soi et il n'est pas offusquant outre mesure de penser qu'un contrat lésionnaire puisse trouver grâce au Québec[115] et non en Ontario[116], ou qu'une cession d'oeuvre *in futuro* puisse être valide en vertu de l'article 1060 C.c. mais sujette à caution ailleurs au Canada[117].

Ces clarifications quant à l'interprétation des contrats étant faites et présumant valides constitutionnellement les dispositions des articles 13(4) et 36 de la loi, il nous reste à déterminer la nature de la « licence » au Québec.

5.2.2. *La « licence » en droit québécois*

Essentiellement, trois attitudes peuvent être adoptées lorsque l'on rencontre, dans une loi fédérale constituant une enclave au paragraphe 92(13) de l'A.A.N.B., des expressions ou concepts n'ayant de résonance que dans l'un des deux systèmes de droit civil coexistant au Canada.

115. Art. 1012 C.c.

116. G.H.L. FRIDMAN, *The Law of Contract in Canada*, 2e éd., Toronto, Carswell, 1986, p. 303 et s. ; S.M. WADDAMS, *The Law of Contracts*, 2e éd., Canada Law Book Inc., 1984, p. 326 et s.

117. *Ward, Lock & Co. Ltd.* c. *Long*, [1906] 2 Ch. 550, 558 ; *Chaplin* c. *Leslie Frewin (Publishers) Ltd.*, jurisp. cit., note 48. La cession d'oeuvre future n'est pas susceptible d'exécution judiciaire en *common law*. Ce n'est donc qu'en ayant recours à leurs pouvoirs d'*equity* que les tribunaux peuvent sanctionner les contrats portant cession d'oeuvre future. Or, au Québec, il est fort douteux que les tribunaux soient investis de pouvoirs d'equity, du moins en matière de droit civil (voir l'analyse fort intéressante de cette question dans C. NADEAU, « L'estoppel dans le contexte du droit civil québécois », (1986) 46 *R. du B.*, 599, 611). Ce n'est donc qu'en ayant recours à l'article 1060 C.c. qu'une telle cession pourrait trouver grâce au Québec. Cette question n'a cependant, à notre connaissance, jamais été décidée au Québec.

Rémi Michael Beaupré dans *Interprétation de la législation bilingue*[118] exprime clairement, à notre avis, ce dilemme.

> Lorsque le rédacteur fédéral manie une notion juridique générale telle que *tort, professional privilege, mortgage, trust* et d'innombrables concepts relatifs aux biens et au droit civil, il fait face à un dilemne qui peut être formulé comme suit :
>
> 1. Devrait-il choisir des notions de *common law* et les faire « traduire » ensuite littéralement de façon à ce que la version française de la loi fédérale ait une signification au Nouveau Brunswick[119] et soit dépourvue de son sens au Québec ?
>
> 2. Devrait-il plutôt utiliser des notions de *common law* en anglais et des notions de droit civil comparables dans la version française afin que la version française du droit fédéral ait un sens au Québec et n'en ait pas au Nouveau Brunswick ?
>
> En corollaire à cette hypothèse, la règle d'égale autorité devrait-elle avoir une exception plus catégorique que l'alinéa 9(2)(c) de la *Loi sur les langues officielles*[120] pour prévoir que :
>
> 1. Lorsqu'un terme ou concept dans une disposition législative provient d'un système juridique qui est étranger à l'autre, la version de la disposition dans laquelle ce mot ou concept apparaît est la seule version authentique de la disposition, et
>
> 2. Si la seule version authentique de la disposition, ainsi déterminée, ne peut être appliquée dans le cadre du droit civil du Québec par exemple, la disposition est nulle sous paragraphe (a) au Québec ou sous paragraphe (b) dans tout le pays (en se fondant sur le principe que le droit fédéral destiné à s'appliquer dans tout le pays ne doit pas être interprété de façon discriminatoire dans son application aux provinces en l'absence d'une disposition expresse et d'arrangement constitutionnel faisant l'objet d'un accord général ?

La difficulté posée par l'insertion du terme « licence » dans la loi constitue un exemple parfait du problème dont fait état le savant auteur dans cet extrait.

118. R.M. BEAUPRÉ, *Interprétation de la législation bilingue*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1986.
119. Le Nouveau-Brunswick est en effet une province présentant la caractéristique d'avoir un système de *common law* bilingue.
120. *Loi sur les langues officielles*, S.R. 1985, c. O-2.

Ce genre de question a déjà fait l'objet de décisions de la part de la Cour suprême dans des matières provenant du Québec. Ainsi dans l'arrêt *Royal Bank of Canada* c. *Larue*[121], les tribunaux ont eu à se prononcer sur la portée de l'expression que l'on retrouvait au paragraphe 11(10) de la *Loi sur la faillite*[122] à savoir : « certificat de jugement et jugement opérant comme hypothèque », et qui ne constituait vraisemblablement qu'une traduction servile des termes « *certificates of judgment, judgments operating as hypothecs* ». Il fallait donc établir si cette expression visait l'hypothèque judiciaire du Code civil[123]. La Cour supérieure ainsi que la Cour d'appel du Québec furent unanimes à juger que cette expression n'ayant aucune résonance dans le système de droit civil du Québec ne pouvait logiquement y recevoir application :

> Les mots sur lesquels les appelants fondent leur interprétation « certificat de jugement, jugement opérant comme hypothèque » sont inconnus dans notre langue juridique et, par conséquent, ne correspondent à aucune réalité (...) Pourrait-on de la similitude des mots « certificat de jugement », « jugement opérant comme hypothèque », les appliquer sans danger à l'hypothèque judiciaire de notre Code civil ? *La chose évidemment serait périlleuse, car on ne peut pas transporter impunément la langue juridique d'un pays aux institutions juridiques d'un autre pays possédant une législation tout à fait différente.*
>
> Comme le législateur fédéral est sensé connaître la loi et les institutions juridiques de la province de Québec (...) aussi bien que la loi et les institutions juridiques des autres provinces, pourquoi, s'il avait voulu comprendre dans son énumération l'hypothèque judiciaire de notre droit civil, ne l'aurait-il pas dit et ne se serait-il pas purement et simplement servi des mots « hypothèque judiciaire », au lieu de recourir à une prétendue périphrase absolument vide de sens pour nous, et qu'on ne peut comprendre sans connaître le droit des autres provinces pour lesquelles ces expressions peuvent avoir un sens et peuvent être appliquées, mais qui n'en ont pas dans la province de Québec, et, par conséquent, ne peuvent y être appliquées[124]. (Les italiques sont de nous)

Cette décision fut toutefois renversée par la Cour suprême[125] et, ultimement, par le Conseil privé qui statuèrent que l'expression

121. *Royal Bank of Canada* c. *Larue*, (1924) 5 C.B.R. 560 ; 7 C.B.R. 285 ; [1926] R.C.S. 218 et [1928] A.C. 187 ; voir l'analyse forte intéressante que fait R.M. Beaupré de cette décision dans *Interprétation de la législation bilingue*, *op. cit.*, note 118, p. 166 et s.
122. *Loi sur la faillite*, S.R. 1985, c. B-3.
123. Articles 2034 à 2036 C.c.
124. *Royal Bank of Canada* c. *Larue*, (1924) 7 C.B.R. 285, 287-288.
125. Le juge Rinfret étant dissident.

rencontrée au paragraphe 11(10) de la *Loi sur la faillite* devait englober l'hypothèque judiciaire du Code civil, quitte à mettre ainsi en péril un pan du système civiliste québécois, comme l'avait par ailleurs souligné dans sa dissidence le juge Rinfret de la Cour suprême :

> Sans doute, cette interprétation est stricte, mais on ne saurait l'être trop, lorsqu'il s'agit d'accepter une prétention qui aurait pour effet de faire disparaître une garantie hypothécaire reconnue par le droit civil et dont les origines remontent à l'ordonnance de Villers-Cotterets (1539) et à l'ordonnance de Moulins (1956).[126]

Comme le fait remarquer Beaupré, il est à craindre que les tribunaux auront tendance à démontrer ce genre de flexibilité lorsqu'une législation fédérale destinée à faire appliquer des règles de droit à travers tout le pays, et au besoin à empiéter sur le droit provincial, se satisfera d'une périphrase plus ou moins exacte d'un vocable civiliste[127].

Présumant donc, et non pas sans une certaine inquiétude, que les tribunaux feront preuve de beaucoup d'indulgence à l'égard des lois fédérales édictées comme si le système civiliste du Québec n'existait pas, nous poursuivons notre réflexion en prenant pour acquis que le terme « licence » a, ou doit avoir, une résonance dans le système civiliste du Québec.

En présence d'un contrat conclu au Québec et portant le titre et les traits d'une licence, à quel système juridique le juge devra-t-il référer pour en interpréter la nature et la portée ? Le droit civil du Québec, comme semble l'avoir indiqué la Cour suprême dans *Electric Fireproofing*[128] ? La *common law* d'Angleterre ou des autres provinces ? Ou, encore, à la lumière d'un droit supplétif propre aux lois fédérales ?

D'aucuns pourraient par exemple prétendre, à l'instar de la Cour suprême et du Conseil privé dans l'arrêt *Royal Bank of Canada* c. *Larue* qu'une loi fédérale, puisqu'elle est destinée à s'appliquer partout au Canada, devrait être interprétée de façon identique quel que soit l'endroit au Canada où l'on se situe. Cela sous-entend que les nombreux silences laissés dans les lois civiles fédérales devraient recevoir une solution identique quelle que soit la province dans laquelle ils doivent être résolus. C'est ce que nous nommons

126. *The Royal Bank of Canada* c. *Larue*, [1926] R.C.S. 218, 229.
127. *Législation bilingue au Canada*, *op. cit.*, note 118, p. 173.
128. *Jurisp. cit.*, note 109.

généralement la *common law* fédérale[129] mais que nous préférons, quant à nous, appeler le droit supplétif fédéral.

Cette expression évite en effet qu'on conclue trop hâtivement que le droit fédéral non écrit, dans les matières étant de la nature de la propriété et du droit civil au Québec, doit être assujetti à un corpus juridique étranger et souvent incompatible à celui de cette province.

En effet, l'*Acte de Québec*[130], en abrogeant la *Proclamation royale de 1763*[131] et les *Instructions du gouverneur Murray*[132] a, à tout le moins, rétabli l'application de la version canadienne du droit français en vigueur à cette époque comme droit commun au Canada en matière de « *property and civil rights* »[133]. Selon une hypothèse plus récente, il est même possible que l'*Acte de Québec* ait eu pour véritable effet de faire du droit « canadien » (i.e. à toutes fins pratiques la Coutume de Paris) existant avant 1763 le droit fondamental du Québec en toute matière *sauf* en ce qui concerne les structures politiques et les pouvoirs du souverain, la mention « *property and civil rights* » que l'on retrouve à l'article 8 de l'*Acte de Québec* étant exemplaire et celle du droit criminel (art. 11) visant à faire une exception spécifique[134].

Le partage des compétences prévu à l'A.A.N.B. ne peut, à notre avis, avoir eu pour effet de changer cet état de droit[135]. En conséquence les silences législatifs dans les matières fédérales enclavées dans les droits civils et la propriété ne peuvent, selon nous, donner naissance à un corps de droit prétorien autonome fondé sur un pouvoir législatif prépondérant fédéral non exercé.

Comme l'expriment fort bien les auteurs Chevrette et Marx :

129. *Tessaillon* c. *Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, 104-109 ; *Interprovincial Cooperative Ltd.* c. *The Queen in Right of Manitoba*, [1976] 1 R.C.S. 477, 511-515 ; *Marshal* c. *The Queen*, [1986] 1 F.C. 437, 446 ; *Roberts* c. *The Queen*, (1987) 73 M.R. 234 ; *Associated Metals and Minerals Corp.* c. « *Evie W* », [1978] 2 C.F. 710, 712-713 ; [1980] 2 R.C.S. 322 ; *R.* c. *Prytula*, [1979] 2 C.F. 516, 523-525 ; *Quebec North Shore Paper Co.* c. *C.P. Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 1054 et *MacNamala Construction (Western) Ltd.* c. *The Queen*, [1977] 2 R.C.S. 654 ; S.A. SCOTT, « Canadian Federal Courts and the Constitutional Limits of their Jurisdiction », (1982) 27 *McGill L.J.* 161.
130. 1774, (Imp.) 14 Geo. III, c. 83.
131. S.R.C. 1979, App. 123-129.
132. D.C., I, 180-181.
133. L.P. PIGEON, *Rédaction et interprétation des lois*, Québec, Editeur officiel, 1978, p. 50 et s.
134. A. LAJOIE, *Contrats administratifs : jalons pour une théorie*, Montréal, Thémis, 1984, p. 48-50.
135. Voir l'article 129 de l'A.A.N.B.

> Cela signifie qu'au niveau fédéral, le droit non statutaire n'est pas un corps de droit unique, mais qu'il dérive du droit de chacune des provinces, selon la nature du litige dont il s'agit. *Si l'on change cet état de droit aux fins d'éviter les vacuums législatifs en Cour Fédérale, il faudra démontrer pourquoi, quant au Québec, le droit supplétif fédéral en matière civile est le common law plutôt que le droit civil.* L'implantation du *common law* dans les colonies britanniques est quelque chose de bien connu. *Toutefois le gouvernement Fédéral canadien n'est pas une colonie, mais une création statutaire impériale.*[136] (Les italiques sont de nous)

Cette position nous semble par ailleurs rejoindre celle exprimée par la Cour suprême dans *Electric Fireproofing*[137].

Compte tenu de notre position à l'égard des pouvoirs conférés au Parlement fédéral aux termes du paragraphe 91(23), il nous paraît douteux que les provinces se voient empêchées de légiférer sur la question de la disposition contractuelle de droit d'auteur[138] et même, peut-être, que le fédéral ait effectivement reçu pouvoir de ce faire aux termes de l'A.A.N.B. Quoi qu'il en soit, force est de reconnaître que la loi est essentiellement silencieuse quant au concept de licence ainsi qu'à ses conditions de validité (sauf l'exigence de l'écrit, lorsqu'elle confère un intérêt). En conséquence, nous pensons que les propos du juge Anglin dans *Electric Fireproofing Company*[139] doivent être suivis et que l'interprétation des contrats de licence conclus au Québec doit se faire à la lumière du seul droit civil tel qu'il existe dans la province.

5.2.3. L'approche judiciaire dans l'interprétation d'une «licence» au Québec

Confronté, lors d'une instance, à une convention intervenue entre des parties résidant au Québec et portant le nom de licence, quelle attitude le juge québécois devra-t-il adopter ?

La première source juridique au Québec étant la loi, le juge devra d'abord examiner les dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* afin de tenter d'apporter réponse aux problèmes d'interprétation qui

136. F. CHEVRETTE et H. MARX, *Droit constitutionnel*, Montréal, P.U.M., 1982, p. 868.
137. *Jurisp. cit.*, note 121.
138. *Bank of Toronto c. Lambe*, (1887) 12 App. Cas. 575; *Van Buren Bridge Company c. Madawaska*, (1958) 15 D.L.R. (2d) 763; *Cunningham c. Tomey Homma*, [1903] A.C. 151; *Sommers c. Sturdy*, (1957) 10 D.L.R. (2d) 269; *Gregory Co. c. Imperial Bank*, [1960] C.S. 204; voir aussi P.W. HOGG, *op. cit.*, note 109, p. 315-316.
139. *Jurisp. cit.*, note 109.

pourront lui être soumis ainsi qu'à la portée et aux conséquences juridiques découlant de la convention liant les parties. Observant le silence de la loi, le juge devra alors consulter les règles générales du droit civil de la province de Québec.

En examinant les dispositions du Code civil, le juge constatera que ce dernier ne traite pas, à tout le moins de façon explicite, du contrat de licence. Ne pouvant refuser de juger vu le silence de la loi[140], le juge essaiera de déterminer quelles étaient les règles que les parties avaient l'intention de suivre au moment de la conclusion du contrat. Dans la recherche des règles à appliquer à un «contrat innomé», le tribunal tentera souvent de ramener ce dernier à un contrat mixte, c'est-à-dire composé d'éléments propres à un ou plusieurs des contrats nommés[141].

Ce faisant, le juge pourra emprunter aux règles ou aux institutions reconnues dans le Code civil celles qui seront susceptibles de s'appliquer en laissant, par exemple, de côté les modalités particulières de certaines institutions reconnues qui pourraient ne pas pouvoir trouver application dans les circonstances en raison de la volonté des parties ou encore de l'objet même du contrat[142].

Les exemples de cette démarche dans l'étude des contrats de licence au Québec ne pullulent pas[143]. Devant la rareté des sources, nous nous sommes permis de tourner notre regard vers la France

140. Art. 11 C.c.
141. J.L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 28, par. 41; A. LAROUCHE, *Les obligations*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1982, par. 28 et s.; *Gravel c. Mathe*, [1955] C.S. 74; *Dufour c. Commission hydro-électrique de Québec*, [1964] C.S. 532; *Lauzkier c. Yonge*, [1967] R.L.n.s. 109; *Tremblay c. Université de Sherbrooke*, [1973] C.S. 999; *Crown Trust Co. c. Higher*, [1977] 1 R.C.S. 418; *Plouffe c. Cablevision Nationale Ltée*, [1982] C.S. 257.
142. Voir articles 13, 14 et 15 C.c.: Les règles édictées dans le Code civil du Bas Canada sont en effet l'amalgame des lois et coutumes suivies dans cette partie de la France régie par la coutume de Paris à l'époque de la cession du Canada à l'Angleterre (*Loi de codification*, S.C. 1857, c. 43). Or le système juridique prévalant dans la prévôté de Paris à cette époque s'était lui-même construit à partir de la coutume telle que recensée dans l'Ordonnance de Montils-Les-Tours (avril 1454), du droit romain, du droit canonique et de législations royales. Les règles fondamentales concernant la notion de «droit», sa division en droits personnels et réels, ainsi que la division des biens peuvent, à notre avis, être dégagées de certaines institutions coutumières pour les adapter à certains concepts étrangers au droit civil (voir à titre d'exemple l'arrêt *Royal Trust Co. c. Tucker*, [1982] 1 R.C.S. 250 où fut entérinée la position de Mignault concernant la notion de fiducie en droit civil).
143. Mais voir l'arrêt *Electric Fireproofing Co. of Canada c. Electric Fireproofing Co.*, *jurisp. cit.*, note 109; *Société d'Informatique RDG Inc. c. Dynabec Ltée*, [1984] C.S. 1189; [1985] C.A. 236.

qui a été confrontée à des questions similaires afin de déterminer à quelles institutions civilistes le juge pourra recourir. En effet, la loi française sur les brevets d'invention[144] contient des dispositions spécifiques sur la licence de brevet, tout en s'abstenant d'en déterminer le contour juridique. Cette situation a amené les auteurs français ainsi que le tribunaux à ébaucher une définition de la portée de la licence en droit civil français[145].

Il n'entre évidemment pas dans notre propos de scruter toutes les ramifications imaginables du droit des licences en France, de savants auteurs l'ayant fait de façon exhaustive et fort satisfaisante. Nous nous contenterons de faire ressortir le parallèle entre les concepts de « *bare licence* », « *licence* » et « *exclusive licence* » et certaines institutions reconnues tant dans le droit civil français que dans le droit civil du Québec. Nous ne nous attarderons qu'à faire ressortir les caractéristiques de ces institutions susceptibles de rendre ou non vraisemblable la reconnaissance d'un droit d'ester au détenteur de licences.

Nous étudierons donc, tour à tour, la notion de servitude personnelle[146] que nous comparerons à la *bare licence*; du louage[147], que nous comparerons à la licence de l'article 13(4) de la loi et, finalement, l'usufruit[148] que nous comparerons à la licence exclusive.

5.2.3.1. « Bare licence » et servitude personnelle

Lorsque nous avons fait l'étude de la nature d'une licence en *common law*, nous avons vu que nous donnons généralement à celle-ci un caractère purement négatif, c'est-à-dire qu'elle constitue essentiellement un moyen de défense à l'encontre d'une action en contrefaçon de la part du titulaire du droit d'auteur. Il s'agit en quelque sorte d'une enclave conventionnelle faite par le titulaire du droit d'auteur dans son titre.

Le droit de propriété, tel qu'il est conçu dans le système civiliste, ramène tous les attributs du droit de propriété à trois démembrements : l'usage (*jus utendi*), le droit de jouissance (*jus fruendi*) et le droit de disposer (*jus abutendi*).

144. *Loi du 2 janvier 1968*, modifiée par la loi du 13 juillet 1978.
145. P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, Paris, Editions du Recueil Sirey, 1954, par. 183 et s.; H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, 3e éd., Paris, Dalloz, 1978, par. 491 et s.; R. MOUREAUX et C. WISEMANN, *Manuel des brevets d'invention*, 3e éd., Paris, Libraire Dalloz, 1960, par. 200 et s.; P. MATHELY, *op. cit.*, note 28, p. 312 et s.; A. CASALONGA, *op. cit.*, note 28, R. Pichon et R. Durant-Auzias, 1949, Tome 1, par. 755 et s.
146. Art. 487 à 566 C.c.
147. Art. 1600 à 1665.6 C.c.
148. Art. 443 à 486 C.c.

Le droit d'usage c'est, somme toute, le droit de se servir de la chose, de l'employer à un usage qui peut se renouveler. Quant au droit de jouissance, c'est le droit de percevoir les fruits que la chose, faisant l'objet du droit, produit. Finalement, le droit de disposer c'est le droit de faire de la chose un usage définitif, qui ne se renouvellera plus, au moins pour la même personne. Disposer de sa chose, c'est la transformer, la consommer, la détruire, ou enfin l'aliéner, c'est-à-dire la transmettre à un autre[149].

Lorsque ces trois droits se trouvent réunis dans la même personne, on nomme cette dernière propriétaire. Toutefois, ces droits peuvent reposer de façon indépendante sur la tête de personnes différentes : ainsi, une première pourra détenir le seul droit d'usage (*nudus usus*)[150], la seconde, le droit de jouissance (sans droits d'usage) et la troisième, le droit de disposer. Le droit sera alors dit démembré[151].

Le Code reconnaît expressément l'existence de la nue-propriété, c'est-à-dire la détention du *jus abutendi* dans les mains d'une personne à l'exclusion du *jus utendi* et du *jus fruendi*. En corollaire, le code reconnaît, et organise, l'institution nommée usufruit et qui consiste en la détention, par une même personne, du droit d'usage et du droit de jouissance à l'égard d'une chose. Est-ce à dire que le *nu-usage* ne peut exister?

Voici ce que dit Mignault à l'égard du « *nudus usus* » en droit civil :

> Cette séparation du droit d'usage et du droit de jouissance ne se présentera, il est vrai, que bien rarement dans la pratique; mais enfin elle est possible. Loin que la loi la défende, elle la consacre, sinon formellement, au moins implicitement. Ainsi le droit d'habitation, c'est-à-dire le droit d'habiter une maison est un *nudus usus*: car le titulaire de ce droit, ne pouvant pas la louer ni en percevoir les loyers (art. 497), n'en a réellement que l'usage sans la jouissance. *De même, l'usufruit des choses mobilières qui ne sont ni frugifères, ni destinées à être louées n'est et ne peut être qu'un pur droit d'usage.*[152] (Les italiques sont de nous)

149. P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, note 55, vol. 2, 477.
150. L'article 87 du Code civil qui traite de l'« usage » est improprement désigné puisqu'il spécifie expressément vouloir régler la situation du détenteur du droit d'usage auquel est joint un droit de jouissance limité.
151. *Id.*, p. 478.
152. *Id.*, p. 478.

Traitant, plus loin, du *nudus usus*, Mignault ajoute :

> *Lorsque le jus utendi était séparé du jus fruendi et du jus abutendi, l'usager n'avait que le droit de se servir de la chose ; il ne lui était point permis d'en percevoir les fruits.* (...) L'usage d'un fonds de terre ne donnait à l'usager que le droit d'aller ou de venir sur le fonds, et sous la condition de n'être ni trop incommode pour le propriétaire, ni un obstacle à l'exploitation de l'héritage. (Les italiques sont de nous)

On voit dès lors le parallèle qui peut être tracé entre l'attribution d'un simple droit d'usage au profit d'une personne et la *bare licence* de *common law*. Il s'agit d'un droit extrêmement limité qui se borne à autoriser un tiers à se servir de la chose sans pouvoir par ailleurs l'exploiter de quelque façon.

L'usage est par ailleurs analysé comme une servitude personnelle lorsque constituée au profit d'une personne, ou une servitude réelle lorsque faite au bénéfice d'un autre fonds pour l'avantage et l'utilité pour lesquels il a été établi.

L'analogie entre la *bare licence* de *common law* et le *nudus usus* apparaît davantage à la lumière de l'exemple donné par Mignault :

> Ainsi, lorsque je lègue à Paul le droit de prendre, dans l'un de mes fonds, de la craie, de la marne ou du sable pour le besoin d'un autre fonds qui lui appartient, ou le droit de passer sur mes terres pour faciliter l'exploitation d'une autre terre qui est à lui, ou enfin le droit de faire paître dans mes bois le troupeau qu'il tient sur son domaine, le droit qu'il acquiert est une servitude réelle.

Nous croyons donc que la licence de *common law* peut être traduite en termes de droit civil par l'octroi d'une **servitude personnelle** sur le droit d'auteur, c'est-à-dire d'un droit d'usage strict conféré par le titulaire d'un droit d'auteur au profit d'un tiers sans que ce dernier ne puisse en retirer quelque fruit. Le titulaire du droit se porte donc débiteur envers le tiers du droit de se servir de la chose, de façon générale ou limitée. Le titulaire de la servitude personnelle ne pourra en principe être admis à faire sanctionner devant les tribunaux les voies de faits d'un tiers dans l'aire du droit qui lui fut concédé. Tel serait à notre avis, en matière de droit d'auteur, le cas du sous-traitant qui serait autorisé par le titulaire du droit d'auteur, ou d'un autre intérêt dans ce droit, à reproduire une oeuvre sans pouvoir autrement exploiter le droit[153].

153. P. ROUBIER, *op. cit.*, note 145, p. 271, par. 186.

La *bare licence*, servitude personnelle, ne rencontrerait donc pas les exigences du paragraphe 13(4) et de l'article 36 de la loi, ne conférant somme toute à son détenteur aucun intérêt dans l'objet de la servitude[154].

5.2.3.2. La licence de l'article 36 de la loi et le louage de choses

La doctrine et la jurisprudence françaises se sont définitivement entendues sur les règles devant être appliquées au contrat de licence à la lumière du droit civil. Il n'est plus sérieusement contesté dans ce pays que le titulaire d'une licence est, en fait, un locataire du droit :

> Les décisions judiciaires françaises paraissent assimiler purement et simplement la licence à un louage : le tribunal de la Seine dit que « la concession d'une licence présente tous les caractères d'un louage ». Les auteurs ne s'expriment pas autrement et Pouillet déclare :
>
> > Les principes du contrat de louage régissent le contrat de licence, alors que ceux de la vente régissent le contrat de cession.
>
> On explique, de cette manière, d'abord le caractère de la résiliation de la licence opérant seulement *in futurum* et sans rétroactivité, car ce caractère est commun à tous les contrats successifs et se retrouve dans le louage comme dans la licence. De même le jeu des principes du louage permet aussi d'expliquer l'impossibilité où se trouve le licencié de poursuivre directement les tiers contrefacteurs, parce que le locateur ne peut pas non plus figurer dans une action touchant la propriété du bien loué, mais doit en référer à son bailleur. (...)
>
> Il y a là autant d'analogie incontestable dans la réglementation des deux contrats. Au surplus, n'y a-t-il pas une véritable parenté dans la physionomie générale, car d'un côté et de l'autre ce sont les mêmes obligations de faire jouir de leur bien d'une part, de verser des redevances périodiques d'autre part ?[155]

En ce qui a trait à l'impossibilité pour un licencié de poursuivre les tiers en contrefaçon, nous devons cependant diverger d'opinion avec le savant auteur.

D'abord soulignons le caractère essentiellement personnel du louage :

154. *Archambault c. Lalonde*, (1938) 43 R.J. 292 ; *Forest c. St-Louis Southwestern Railway Company of Texas*, (1936) 42 R.J. 272.

155. P. ROUBIER, *op. cit.*, note 145, par. 190 ; 20 octobre 1922, *Ann.*, 23.288 ; Paris, 22 juin 1922, *Ann.*, 22.353 et s. ; Tr. Comm. Seine, 2 mai 1928, *Ann.*, 29.186.

> Le droit romain l'ancien droit français enseignait que le bail ne conférait au locateur qu'un droit personnel, et, pour cette raison même, celui-ci ne pouvait opposer son bail au tiers acquéreur à titre particulier.
>
> Malgré certaines opinions contraires, l'opinion la plus répandue demeure toujours celle voulant que le contrat de louage de choses n'accorde pas au preneur un droit réel sur la chose louée. Ainsi le preneur n'obtient qu'un droit purement personnel contre le bailleur.[156]

C'est dire, suivant les principes bien établis par la jurisprudence, qu'à titre de détenteur d'un droit personnel le locataire ne pourrait en principe faire sanctionner judiciairement la créance qu'il a à l'encontre de son locateur et qui porte sur l'usufruit de la chose. Il s'agit, somme toute ici, d'un usufruit personnel portant sur l'objet de la location[157]. Toutefois, le Code civil du Québec prévoit, à son article 1608 que :

> Le locateur n'est pas responsable du dommage résultant d'un trouble de fait qu'un tiers apporte à la jouissance de la chose.

Ainsi, un locataire troublé dans sa jouissance de la chose par l'acte d'un tiers sera autorisé à poursuivre ce dernier pour le recouvrement des dommages[158]. Si toutefois le tiers allègue en défense un droit dans la chose, le locataire devra alors avertir le locateur de l'existence du trouble pour pouvoir demander ensuite une réduction de loyer et des dommages[159].

Malgré la nature personnelle du droit du locataire, c'est-à-dire une créance qui ne peut s'exercer directement sur l'objet mais bien plutôt à l'encontre du locateur qui s'oblige à *faire jouir* le locataire de la chose, notre Code civil a quand même accordé au locataire le droit de faire sanctionner des actes des tiers portant atteinte à cette créance.

Cette reconnaissance du droit d'ester du locataire à l'encontre de voies de fait des tiers est, selon nous, l'indice d'une reconnaissance

156. T. ROUSSEAU-HOULE, *op. cit.*, note 55, p. 278
157. Voir MIGNAULT, *op. cit.*, note 55, vol. 7, p. 218 et s.
158. *Great Northwestern Telegraph Co. of Canada* c. *Montreal Telegraph Co.*, (1890) 6 M.L.R. 257 (B.R.). Les tribunaux français, se fondant sur l'article 1725 du Code civil français (l'équivalent de notre art. 1608), ont ainsi reconnu que le locataire d'un droit de chasse a qualité pour poursuivre un tiers chassant sans droit et à son préjudice sur le fonds auquel était rattaché son droit : Rennes, 13 juillet 1887, D.P. 88, 2, 229, s. 90, 2, 3.
159. Voir art. 1609 C.c.

par le législateur de l'intérêt de faits qu'obtient le détenteur d'un droit de jouissance, même personnel, à l'égard du *jus fruendi* sur un chose. Nous avons en effet vu que le louage consistait en l'octroi d'un usufruit personnel sur une chose pour son bénéficiaire. L'institution donc, du *jus fruendi* qui, rappelons-le, est défini comme étant le droit de percevoir les fruits que la chose produit, rencontre les critères généraux de l'intérêt tel que défini à l'article 55 du Code de procédure civile du Québec.

On peut expliquer cette attitude du législateur en ce que le *fruendi* n'est autre chose que la capacité donnée à une personne de tirer un bénéfice de l'objet de son droit. Or, l'intérêt judiciaire n'est-il pas admis en faveur du justiciable troublé dans sa capacité de retirer les bénéfices auxquels il a droit sur une chose? Vue de la sorte, l'intention résultant de l'article 1608 C.c. nous semble être en parfaite harmonie avec l'intention ressortant de l'article 36 de la loi. Le terme « intérêt » à ce dernier article ne serait, en droit québécois, que le *jus fruendi* constituant le droit de jouissance du locataire.

Il est par ailleurs fort intéressant de noter l'exemple que donne Mignault du *fruendi* à l'égard d'une oeuvre d'art :

> J'use [*usus*] d'un tableau, lorsque je l'emploie à orner mon appartement ; *j'en jouis* [*fruendi*], *lorsque je le montre pour de l'argent* ; j'en dispose [*utendi*], lorsque je le détruis ou que je le donne à quelqu'un.[160] (Les accolades et italiques sont de nous)

Or, montrer un tableau pour de l'argent n'est rien de plus que le nouveau droit d'exposition reconnu par le législateur, depuis le 8 juin 1988, au nouveau paragraphe 3(1)g) de la *Loi sur le droit d'auteur* :

> [le droit] de présenter au public, lors d'une exposition, une oeuvre artistique (...) à des fins autres que la vente ou la location[161].

Nous soumettons donc que la licence de l'article 36 de la loi constitue, en droit civil québécois, une location du droit d'auteur et que l'article 1608 du Code civil n'est en définitive que l'écho de l'intention du législateur fédéral lorsque ce dernier a édicté l'article 36 de la loi.

160. P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, note 55, vol. 2, p. 477-478.
161. *Loi modifiant la loi sur le droit d'auteur et apportant des modifications connexes et corrélatives*, 35-36-37 Eliz. II, chap. 15, art. 2.

Me Serge Pichette, dans *Le régime canadien de la propriété intellectuelle*, reprend par ailleurs cette analogie entre le louage et la licence de l'article 13(4):

> Nous avons vu qu'une cession est un transfert ne laissant aucun droit au cédant relativement à l'objet de la cession. *Au contraire, une licence est un transfert d'intérêt limité dans le droit d'auteur: cet intérêt est comparable au droit de jouissance d'un locataire.* Le licencié acquiert un *«equitable right»* mais la transaction n'implique aucun transfert du droit de propriété, au sens du Code civil québécois. La «concession d'un intérêt», dont il est question à l'article 12(4), est une notion de la *common law*: il s'agit d'un démembrement du droit de propriété. Par conséquent, personne n'est propriétaire absolu du droit d'auteur lorsque des licences sont accordées; il y a plutôt certaines personnes qui ont un ou des intérêts dans le droit d'auteur. C'est pourquoi l'article 20(5) de la *Loi sur le droit d'auteur* stipule que toute personne qui possède un intérêt dans un droit d'auteur, acquis par la concession d'une licence, peut intenter en son propre nom l'action en contrefaçon.[162]

Le trouble de fait subi par un locataire ne peut, à toutes fins utiles, être distingué de l'usage non autorisé par un tiers du droit faisant l'objet de la licence. Il y a donc, à notre avis, de par l'article 36 de la loi, reconnaissance du droit d'ester pour le locataire d'un droit d'auteur à l'égard de la violation du droit faisant l'objet d'un bail au Québec.

5.2.3.3. La licence exclusive et l'usufruit

Si le contrat de louage peut être décrit comme la concession d'un usufruit personnel au profit du locataire, la proposition à l'effet que le détenteur d'un usufruit réel dans le droit d'auteur puisse ester seul et en son propre nom lors de la violation des droits faisant l'objet de son usufruit ne nous paraît pas sérieusement contestable.

Les auteurs français ont par ailleurs maintenu l'existence d'usufruit à l'égard de brevets et en ont déduit, fort justement à notre avis, que l'usufruitier jouissait, indépendamment de toute reconnaissance statutaire spécifique, d'un droit d'ester naturel à l'encontre des violations de son droit[163]. Comme le détenteur d'une

162. S. PICHETTE, *op. cit.*, note 100, p. 263; ce passage fut par ailleurs repris dans *Société d'Informatique R.D.G. Inc. c. Dynabec Ltée*, *jurisp. cit.*, note 143, p. 1197-1198.

163. P. ROUBIER, *op. cit.*, note 145, par. 184; R. MOREAU et C. WISEMANN, *op. cit.*, note 145, par. 216 et s.; A. CASALONGA, *op. cit.*, note 28, par. 757; *Laplante c. Desaulniers et Fils Ltée*, [1951] C.S. 93; *Soumis c. Soulière*, (1904) 10 R.J. 359 (C.S.).

licence exclusive, l'usufruitier est seul habilité à exercer le droit d'auteur dans toute son étendue, sauf quant à l'aliénation de la nue-propriété. Le nu-propriétaire, bien que titulaire d'un des démembrements du droit, ne peut toutefois faire usage du droit, conservant simplement l'action en contrefaçon. Il y a donc ici analogie certaine entre l'usufruitier et le détenteur d'une licence exclusive.

Il ne faut toutefois pas perdre de vue que l'usufruitier est, en fait, un cessionnaire partiel du droit puisqu'il partage, avec le nu-propriétaire, deux des démembrements essentiels du droit de propriété. Chacun aura ainsi intérêt à faire sanctionner la violation de son droit par les tiers.

Conclusion

Près de quatre-vingts années après l'adoption du Statut impérial de 1911, la notion de «concession d'intérêt dans un droit d'auteur» demeure toujours aussi nébuleuse tant en doctrine qu'en jurisprudence au Canada. Nous avons vu que l'Angleterre, les États-Unis d'Amérique ainsi que l'Australie (nous aurions pu ajouter l'Afrique du Sud, en 1978, l'Irlande, en 1963, la Nouvelle-Zélande, en 1962, etc.) ont voulu régler définitivement cette question en investissant les détenteurs de licences exclusives d'un *locus standi* statutaire autonome.

Au Canada, par contre, la question de savoir si le législateur, en adoptant l'article 36 de la loi, voulait reconnaître un tel droit à *tous* titulaires de licences, ne nous semble pas avoir encore été résolue. Aucun critère objectif susceptible d'éclairer le praticien appelé à qualifier une convention qui ne constitue pas une cession claire de droit d'auteur, n'a encore été avancé par les tribunaux. Au risque de nous paraphraser, ces derniers s'en sont davantage remis à l'impressionnisme juridique plutôt qu'à une recherche logique et ordonnée pour décider, dans chaque cas, si nous faisions face à une convention rencontrant les exigences de la loi.

Nous avons donc tenté de proposer une grille d'analyse qui, si elle ne prétend pas à la perfection, présente à tout le moins l'avantage de la cohérence et de l'objectivité: toute convention qui permettra à un cocontractant de pouvoir faire une exploitation commerciale d'une oeuvre à l'occasion de l'exercice d'un droit d'auteur devrait, à notre avis, autoriser le recours aux remèdes prévus par la loi pour prévenir la contrefaçon des droits faisant l'objet de sa «licence».

Cette conclusion, nous l'avons atteinte par moult itinéraires : l'analogique, en transposant les principes élaborés en matière de *real property* dans le domaine des *choses in action* ; le téléologique, en recherchant l'intention qu'avait le législateur, en édictant l'article 36 de la loi en 1931 et ce, à même les conclusions tirées par la Cour suprême dans l'arrêt *Armstrong Cork* sur la portée de l'article 55(1) de la *Loi sur les brevets*, article adopté en 1935 par le même gouvernement que celui qui avait édicté l'article 36 en 1931[164] ; le comparatif, en essayant de donner un sens au concept de « licence » en droit québécois. Il se dégage que l'octroi d'un droit personnel (louage) ou réel (usufruit) sur le *jus fruendi* du droit d'auteur rencontre les exigences de l'article 36 de la loi.

Nous pouvons difficilement nous empêcher de souhaiter que le législateur, dans une éventuelle phase II de la révision de la loi, prenne exemple sur ce qui a été fait ailleurs dans le monde pour exprimer, mais cette fois de façon claire et non équivoque, son intention quant au locus standi des personnes se réclamant du titulaire du droit d'auteur.

164. Le Parti Conservateur de Richard B. Bennett.

La copie privée

Stéfan Martin*

Introduction 29

Première partie : La copie privée, exception au droit de reproduction 34

1. Le régime d'exception dans le cadre des conventions internationales 35

a) La Convention de Berne 35
b) La Convention Universelle 38
c) Les conventions internationales des droits voisins 39

2. Le statut de la copie privée dans le cadre des législations allemande, française et autrichienne 42

a) La R.F.A. 42
b) La situation de la copie privée dans le contexte législatif français 44
c) La copie privée en Autriche 48

3. « Fair use » et « fair dealing » : le régime d'exception aux États-Unis et au Canada 49

a) États-Unis : la notion de « fair use » depuis l'arrêt Betamax 49
b) Canada : la portée de l'article 17-2(a) de la Loi sur le droit d'auteur 57

Deuxième partie : D'un droit d'auteur à un droit à rémunération : la recherche d'un nouvel équilibre 60

1. Propositions internationales 60

a) UNESCO et OMPI 60

* Stéfan Martin, 1989.
* Cette étude a été effectuée par l'auteur dans le cadre de sa maîtrise en droit à l'Université Laval.