La protection des logiciels en droit canadien

Michel Racicot*

INTRODUCTION

Les logiciels représentent, dans la société canadienne comme dans les autres sociétés modernes d'ailleurs, un actif d'une grande valeur tant pour les créateurs de logiciels que pour les usagers, dont les activités économiques dépendent de plus en plus de ce nouvel outil. La protection des logiciels soulève de nouveaux problèmes juridiques auxquels les tribunaux et les législateurs sont actuellement confrontés. L'industrie des logiciels s'est rapidement développée depuis le début des années 1970 avec l'avènement de la micro-informatique. On estime qu'en 1980 le marché mondial du logiciel représentait environ 9,5 milliards de dollars US. En 1988, ce marché atteignait 53,4 milliards de dollars US et l'on s'attend à ce que ce chiffre ait plus que doublé en 1993. À l'heure actuelle, les États-Unis occupent un peu moins de 50 % de ce marché, l'Europe environ 30 %, le Japon un peu moins de 20 %, le reste étant partagé entre divers pays.

Au niveau juridique, le phénomène est également récent puisque le plus vieil arrêt canadien concernant la protection des logiciels ne remonte qu'à 1981. À ce jour, environ une trentaine de décisions judiciaires ont été rapportées. Parmi celles-ci, il faut noter cependant que la Cour suprême du Canada ne s'est prononcée dans aucun dossier, que toutes les décisions, sauf celles rendues dans les arrêts *Apple Computer Inc. et al.* c. *Mackintosh Computer Limited et al.*, ont été rendues lors de procédures sommaires, à savoir principa-

© Michel Racicot, 1989.

* Me Michel Racicot est associé chez McCarthy Tétrault à Montréal. Cet article remanie en partie le rapport canadien préparé par l'auteur dans le cadre du congrès de l'Association littéraire et artistique internationale (ALAI) en septembre 1989, à Québec, sur *L'Informatique et le droit d'auteur*. Les parties du rapport original sur les bénéficiaires du droit d'auteur, la durée de la protection et les modalités de protection ont été retirées, mais elles paraîtront dans les Actes du congrès.

non autorisée du mode objet, faite sans accès au code source, violait le droit d'auteur dans le code source. En vertu de cet arrêt, Apple réussit à empêcher l'importation au Canada de clones de son ordinateur contenant des copies piratées des programmes d'exploitation d'Apple en provenance de Taïwan. De plus, la décision[2] ordonnait la remise des objets contenant les programmes d'ordinateur piratés et une comptabilité des profits faits par les entreprises de contrefaçon. Il faut noter que ces ordonnances furent émises tant contre les entreprises que contre certains des dirigeants de celles-ci.

Au moment où l'honorable juge Reed rédigeait sa décision, un cas similaire venait d'être tranché en Australie par la Cour fédérale d'appel de ce pays[3]. L'honorable Reed invoqua cette cause australienne pour appuyer ses motifs et ses conclusions. Cependant, le jugement australien était ultérieurement renversé par une majorité de la Haute Cour d'Australie[4]. Celle-ci arrêta que les programmes piratés des systèmes d'exploitation d'Apple ne violaient pas de droit d'auteur puisque les programmes en mode objet n'étaient pas des oeuvres littéraires en vertu de la législation australienne du droit d'auteur de 1968 et, bien que les programmes en mode source étaient

fédérale d'appel le 13 octobre 1987, arrêt rapporté à (1987) 18 C.P.R. (3d) 129. De plus, dans la même instance, une ordonnance pour outrage au tribunal fut rendue par le juge de première instance le 30 janvier 1987 dans le dossier T-1232-84, rapporté à [1987] 3 C.F. 452 puis cassée par la Cour fédérale d'appel le 17 mars 1988, (1988) 20 C.P.R. (3d) 221.

21. *Concept Omega Corporation et al.* c. *Les systèmes informatiques C & D et al.*, 24 septembre 1986, C.F. T-2136-86.
Accordant une injonction intérimaire mais refusant une ordonnance *Anton Piller*. Renversée en appel le 25 septembre 1986 dans le dossier A-572-86 qui accorde l'ordonnance *Anton Piller* et confirme l'ordonnance d'injonction.

22. *Philips Information Systems Ltd.* c. *Protech Computer Service Inc.*, 27 octobre 1986, C.F., T-2360-86.
Accordant une injonction intérimaire et une ordonnance *Anton Piller* pour violation de droit d'auteur dans un logiciel. Une injonction permanente fut par la suite rendue de consentement (au même effet, voir *Systèmes d'informatique Philips Ltée* c. *316994 Ontario Ltd. et al.*, c. *Ressources Humaines M. Wells Inc. et al.*, c. *Services en bureautique SBI Inc. et al.*, C.F. T-2256 à 2258-87).

23. *AES Data Inc.* c. *Alter-Tech Computer Services Inc. et al.*, 18 novembre 1986, S.C. of Ont., 15562/86.
Accordant une injonction intérimaire et une ordonnance de type *Anton Piller* pour violation de droit d'auteur dans des manuels et logiciels.

24. *Activision Inc. et al.* c. *Soft Save Information Services Inc. et al.*, 18 décembre 1986, S.C.B.C., A-863373.
Accordant une injonction intérimaire et une ordonnance *Anton Piller* pour violation de droit d'auteur dans des logiciels.

2. *Apple Computer Inc.* c. *Mackintosh Computers Ltd.*, note 1(20).
3. *Apple Computer Inc.* c. *Computer Edge PTY Ltd.*, (1984) 53 A.L.R.
4. *Computer Edge PTY Ltd.* c. *Apple Computer Inc.*, (1986) 65 A.L.R. 33. Il faut noter que les amendements apportés entre-temps par le *Copyright Amendment Act* de 1984 d'Australie ne furent pas discutés dans ce dossier puisque les procédures avaient débuté avant que ces amendements ne soient adoptés.

protégés en tant qu'oeuvres littéraires, les programmes en mode objet n'étaient ni une traduction ni une reproduction des programmes en langage source. La décision de l'honorable juge Reed fut portée devant la Cour fédérale d'appel mais celle-ci confirma le tout à l'unanimité, le 13 octobre 1987[5]. Le 2 juin 1988, la Cour suprême du Canada accorda la permission d'en appeler de cette décision mais elle ne s'est pas encore prononcée sur le fond. À moins d'un revirement spectaculaire, les programmes d'ordinateur devraient tous être protégés par la *Loi sur le droit d'auteur* peu importe la date de leur création.

1.3 Loi sur les brevets

Au Canada, les brevets relèvent de la compétence fédérale exclusive en vertu de l'article 91(22) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ils sont régis par la *Loi sur les brevets* (L.R.C. 1985, c. P-4).

Afin d'obtenir un brevet, il faut démontrer au Bureau des brevets que l'invention revendiquée décrite dans la demande de brevet est originale et non évidente. Comme l'a affirmé la Cour suprême du Canada, il faut faire preuve d'une ingénuité inventive[6]. Il faut donc établir que l'invention, même si elle est originale, ne serait pas évidente à l'homme du métier. Celui-ci est considéré comme un expert de toutes les connaissances publiées dans le domaine mais il est présumé dépourvu d'imagination[7]. Selon la définition d'invention que l'on retrouve à l'article 2 de la *Loi sur les brevets*, celle-ci doit présenter le caractère de la nouveauté et de l'utilité. L'invention vise « toute réalisation, tout procédé, toute machine, fabrication ou composition de matières, ainsi que tout perfectionnement de l'un d'eux, présentant le caractère de la nouveauté et de l'utilité ».

Au Canada, l'admissibilité des programmes d'ordinateur à la protection par brevet est dominée par la décision de la Cour fédérale d'appel dans *Schlumberger Canada Ltd.* c. *Commissioner of Patents*[8]. Dans cet arrêt, la Cour fut appelée pour la première fois à se prononcer sur la brevetabilité de revendications impliquant des programmes d'ordinateur. Le but de l'invention en question était de faciliter l'exploration pour des hydrocarbures. Celle-ci est normalement accomplie en forant des trous à travers les formations géologiques et en faisant circuler des instruments le long de ces trous afin d'effectuer certaines mesures des caractéristiques du sol. L'invention

5. (1987) 18 C.P.R. (3d) 129.
6. *Commissioner of Patents* c. *Farbwerke Hoechst A.G.*, [1964] R.C.S. 49.
7. *Beecham Canada Ltd.* c. *Procter & Gamble*, (1982) 61 C.P.R. (2d) 1 (C.F.A.).
8. [1982] 1 C.F. 845, requête pour permission d'appeler à la Cour suprême du Canada refusée 63 C.P.R. (2d) 261 n.

révélait un procédé par lequel les mesures obtenues étaient enregistrées sur ruban magnétique, transmises à un ordinateur programmé selon certaines formules mathématiques et converties par l'ordinateur en information utilisable par des humains sous forme de graphiques, tableaux, etc.

La demande de brevet ayant été refusée, l'appelante attaqua la décision du Commissaire des brevets devant la Cour fédérale d'appel. Elle plaida que l'invention ne consistait pas uniquement dans le programme d'ordinateur mais aussi dans le processus par lequel une série de calculs était transformée mécaniquement afin d'extraire une information utile des mesures prises dans le sol. La Cour rejeta l'appel au motif que la revendication présentait et apportait une solution à un problème mathématique qui tombait dans le domaine des « simples principes scientifiques ou conceptions théoriques », qui ne sont pas brevetables selon le paragraphe 27(3) de la *Loi sur les brevets*.

La Cour émit cependant dans cet arrêt deux principes importants. Premièrement, afin de déterminer si une demande révèle une invention brevetable, il est tout d'abord nécessaire de déterminer ce qui, d'après la demande, a été découvert :

> *Pour savoir si une demande révèle une invention brevetable, il échet d'examiner en premier lieu ce qui, d'après la demande, a été découvert.* Il est indéniable qu'il n'y a rien de nouveau dans l'emploi d'ordinateurs pour effectuer les calculs tels qu'ils sont prévus aux spécifications. C'est précisément pour effectuer les calculs de ce genre qu'on a inventé les ordinateurs. Ce qui est nouveau en l'espèce, c'est la découverte des divers calculs à effectuer et des formules mathématiques à employer à cet effet. Si ces calculs devaient être effectués par l'homme et non par un ordinateur, l'objet de la demande se réduirait à des formules mathématiques et à une série d'opérations purement mentales, lesquelles, à mon avis, ne sauraient être brevetables. (p. 847 ; les italiques sont de l'auteur)

Le deuxième principe énoncé par la Cour était que le fait d'utiliser un ordinateur ne pouvait avoir pour effet de changer la nature de la découverte.

> Il s'ensuit, si je comprends bien l'argumentation de l'appelante, que ces calculs ne sont pas des opérations mentales, mais des opérations purement mécaniques qui constituent les diverses étapes du procédé faisant l'objet de l'invention. Il découlerait de cette argumentation, si elle est bien fondée, que le seul fait de prescrire l'emploi d'ordinateurs pour effectuer les calculs prévus dans les spécifications aurait pour effet de transformer en invention brevetable ce qui, normalement, ne l'est pas du tout. L'invention de l'ordinateur aurait donc pour résultat inattendu de modifier la *Loi sur les brevets* en rendant brevetable ce qui ne l'est pas sous le régime de la Loi actuellement en vigueur. Cela est inadmissible. *À mes yeux, le fait qu'un ordinateur est employé ou requis pour l'application d'une découverte ne change en rien la nature de cette dernière.* Ce que l'appelante revendique à titre d'invention en l'espèce, n'est que la découverte selon laquelle certains calculs effectués conformément à certaines formules, permettraient d'extraire des informations utiles de certaines mesures. Voilà qui ne constitue pas une invention au sens de l'article 2. (p. 847 ; les italiques sont de l'auteur)

Le premier principe prend pour base d'analyse l'invention telle qu'elle est révélée par la demande plutôt que l'invention telle qu'elle est réclamée dans les revendications. Cette méthode est quelque peu différente de celle auparavant suivie en droit des brevets. Auparavant, on examinait plutôt les revendications présentées par le demandeur. Celui-ci peut en effet avoir révélé quelque chose mais faire défaut de le réclamer ; en conséquence, la révélation n'est pas pertinente pour déterminer si un brevet devrait ou ne devrait pas être émis.

La décision *Schlumberger* ne précise pas de critères pour déterminer la brevetabilité d'un logiciel ou d'un procédé employant un logiciel. Cependant, elle est d'importance parce qu'elle énonce (contrairement à la position antérieure du Bureau des brevets) que rien dans l'article 2 de la Loi n'exclut les inventions qui comprennent des programmes d'ordinateur et que l'emploi d'un ordinateur ne change pas la nature de la découverte. L'arrêt est également important de par la nouvelle méthode d'analyse de la brevetabilité qu'elle prescrit et, enfin, par le refus du tribunal d'assimiler le programme d'ordinateur ou l'algorithme à un simple principe scientifique ou conception théorique, ne qualifiant ainsi que les formules mathématiques en l'instance.

À la suite de cette affaire, le Bureau des brevets a examiné dans chaque cas *ce qui* avait été découvert, c'est-à-dire si la nature de la découverte, sans considérer la présence ou l'absence d'un ordinateur ou d'un programme d'ordinateur ou d'un algorithme, était brevetable, et a explicitement rejeté la méthode antérieurement suivie (voir *Bendix*, note 9).

Dans la demande pour le brevet 178570 ((1983) 2 C.P.R. (3d) 428), la Commission d'appel des brevets établit les critères qui doivent

être satisfaits pour que des demandes relatives à des logiciels soient accueillies. Dans ce cas, il s'agissait d'une revendication pour un brevet d'invention intitulé *Securities Evaluation System*. Le but de l'invention était de calculer et de présenter l'évaluation actuelle d'un portefeuille d'investissements, compte tenu de la valeur changeante des avoirs. Le demandeur argumenta que, consécutivement aux récents jugements américains *Diamond* c. *Diehr*, *In Re Chatfield*, et *In Re Freedman*, une réclamation pour une procédure étape par étape et de nature non mathématique pour organiser un ordinateur devait être considérée comme brevetable et que les expressions «simples principes scientifiques ou conceptions théoriques» du paragraphe 27(3) de la *Loi sur les brevets* du Canada ne devaient être appliquées à un algorithme que si cet algorithme était interprété comme une procédure pour résoudre un type particulier de problème mathématique, suivant en cela les arrêts américains de *Gottschalk* c. *Benson* et *Parker* c. *Flook*.

La Commission d'appel des brevets exprima son désaccord puisqu'à son avis, le paragraphe 27(3) n'était pas aussi restrictif. Les réclamations n'étaient pas brevetables car le procédé avait lieu entièrement à l'intérieur de l'ordinateur et le résultat final n'était pas un changement physique dans une chose tangible, mais uniquement de l'information. L'invention ne visait pas un nouvel appareil et n'était pas une méthode. L'objet était un programme d'ordinateur et le fait que le programme d'ordinateur pouvait être nouveau, utile et non évident, n'était pas pertinent puisque le programme d'ordinateur n'était pas brevetable. (Il faut comparer cette décision avec celle américaine dans l'affaire *Merrill Lynch* et avec le changement d'attitude à cet égard dans les pays d'Europe de l'Ouest et, en particulier, aux Pays-Bas). La Commission d'appel énonça ce qui suit pour déterminer si une invention était brevetable :

> Lorsqu'il s'agit d'une matière reliée à l'informatique, à moins que les aspects physiques réels ou les manifestations tangibles ne soient brevetables ou que les capacités inhérentes de l'ordinateur ne soient combinées à un autre système, qui est déjà de son propre mérite à l'intérieur d'un champ statutaire d'invention et qui produit ainsi soit un nouveau résultat tangible, soit une amélioration tangible, alors, la Commission considère qu'il est très difficile de trouver une invention brevetable. Nous sommes d'opinion qu'un procédé ou une procédure qui utilise un ordinateur connu pour traiter de l'information, sans intégration additionnelle de cette invention dans un système pratique, n'est pas brevetable au sens de l'article 2 de la *Loi sur les brevets*. Pour énoncer ce que nous comprenons de *Schlumberger* : c'est ce pourquoi les ordinateurs ont été inventés (page 487 ; la traduction est de l'auteur).

Bien qu'aucune ligne directrice ne fut ensuite adoptée pour déterminer la brevetabilité des inventions reliées au monde de l'informatique, certains types d'application, tels que les systèmes de contrôle, de manipulation de données ou d'amélioration de l'information et certains systèmes de logiciels, ont pu être brevetables après *Schlumberger*.

Il est très difficile d'analyser la pensée de la Commission d'appel des brevets car les décisions défavorables à la personne qui demande le brevet ne sont pas publiées, à moins que le demandeur ne fasse appel. Par ailleurs, lorsque le brevet est subséquemment émis, il peut se passer plusieurs mois, voire même plusieurs années, entre la date de décision et la date de sa publication. Quoi qu'il en soit, plusieurs brevets ont été accordés en relation avec des programmes d'ordinateur depuis l'arrêt *Schlumberger*[9]. On constate cependant que la Commission d'appel procède généralement cas par cas sans qu'aucun principe ne soit édicté. En règle générale, la Commission examine d'abord si l'invention consiste en une simple manipulation d'information — ce qui, selon l'arrêt *Schlumberger*, ne serait pas brevetable — puis, le cas échéant, elle détermine si les facteurs additionnels sont suffisamment importants pour conférer la brevetabilité.

Cependant, les décisions rendues dans *IBM*, *Janssens* et *Dissly Research Corporation* (voir note 9) semblent indiquer une tendance plus libérale car chacun de ces dossiers traitait de manipulations

9. Demande de Exxon Production Research Co. (maintenant brevet no 1163353 (1985) 3 C.P.R. (3rd) 168 ; demande McDonald et al. (maintenant brevet no 1163145) (1985) 3 C.P.R. (3rd) 299 ; demande de Western Geophysical Co. of America (maintenant brevet no 1163134) (1985) 3 C.P.R. (3rd) 387 ; demande de Bartley et al. (maintenant brevet no 1167549) (1985) 3 C.P.R. (3rd) 396 ; demande de Gerber Garment Technology, Inc. (maintenant brevet no 1179422) (1985) 3 C.P.R. (3rd) 563 ; demande de Bendix Corporation (maintenant brevet no 1176734) (1985) 5 C.P.R. (3rd) 198 ; demande de Dialog Systems Inc. (maintenant brevet no 1180813) (1985) 5 C.P.R. (3rd) 423 ; demande de Westinghouse Electric Co. (maintenant brevet no 1185714) (1985) 6 C.P.R. (3d) 58 ; demande de International Business Machines Corp. (maintenant brevet no 1187198) (1985) 6 C.P.R. (3d) 99 ; demande de General Electric Co. (maintenant brevet no 1188775) ; demande de Janssens et al. (maintenant brevet no 1187157) ; demande de Dissly Research Corp. (maintenant brevet no 1188811) ; demande de Westinghouse Electric Corporation (no. 2) (maintenant brevet no 1119134) (1986) 8 C.P.R. (3rd) 85 ; demande de Batelle Memorial Institute (maintenant brevet no 1179780) (1985) 8 C.P.R. (3rd) 133 ; demande de Westinghouse Electric Corporation (no 1) (maintenant brevet no 1199133) (1986) 9 C.P.R. (3rd) 203 ; demande de Fujitsu Ltd. (maintenant brevet no 1200911) (1986) 9 C.P.R. (3rd) 475 ; demande de Vapor Canada Ltd. (maintenant brevet no 1203625) (1986) 9 C.P.R. (3rd) 524 et demande de Honeywell Information Systems Inc. (maintenant brevet no 1216072) (1987) 13 C.P.R. (3rd) 463.

d'informations dans l'ordinateur. La demande d'IBM impliquait une méthode d'emmagasinage, d'indexation et d'extraction de données textuelles pour des appareils de traitement de textes, comme des imprimantes. Celle de Janssens portait sur la distribution de programmes sélectivement parmi plusieurs processeurs dans un réseau de télécommunications commutées. La demande de Dissly visait une méthode d'extraction d'informations d'un certain nombre de dossiers dans des fichiers de données. De plus, les demandes de Fujitsu et de Honeywell touchaient toutes les deux une invention pour éviter les pannes d'ordinateur causées par un conflit de demandes lorsque plusieurs éléments interagissent et se font concurrence pour avoir accès à des ressources communes. Ces inventions permettaient de relever une ressource d'une tâche particulière afin d'assurer l'exécution d'une autre tâche.

Une des conséquences, sans doute non intentionnelle mais surprenante de ces décisions, est qu'il appert plus facile d'obtenir la reconnaissance de la brevetabilité d'une réclamation lorsque le procédé a lieu à l'intérieur de l'ordinateur que lorsque le procédé utilise l'ordinateur d'une autre manière. Ainsi, la réclamation d'un élément faisant partie du système d'exploitation d'un ordinateur serait plus aisé à faire breveter qu'une réclamation ayant trait à un programme d'application qui utilise l'ordinateur. La raison en est que le procédé qui implique le système d'exploitation de l'ordinateur interagit inévitablement avec nombre d'éléments matériels de sorte qu'il est habituellement plus facile de rédiger des limites matérielles aux réclamations. Lorsqu'il s'agit d'un programme d'application, le résultat du programme consiste fréquemment en des données qui peuvent être utilisées pour contrôler un procédé subséquent.

Lors d'une demande de brevet au Canada, il est donc important d'énoncer un procédé global dans lequel on recourt à l'ordinateur ou à des programmes d'ordinateur pour certaines étapes plutôt que de faire uniquement état du programme d'ordinateur lui-même. De plus, afin d'éviter un rejet pour motif que seule intervient une manipulation de données, il est conseillé de présenter tous les éléments d'interaction avec le matériel.

Il semble que la situation au Canada se rapproche de plus en plus de celle qui a cours aux États-Unis sans toutefois que l'on ait atteint ici le même degré de libéralisme qu'aux États-Unis. En 1981, la Cour suprême des États-Unis a disposé de deux affaires sur la brevetabilité de logiciels (*Diehr*) et de microprogrammes (*Bradley*)[10].

10. *Diamond c. Diehr*, 101 S.C. 1048 et *Diamond c. Bradley*, 101 S.C. 1495.

Elle a énoncé le principe que le fait que le caractère inventif d'une invention, par ailleurs brevetable, réside dans un logiciel ou dans un microprogramme ne rendait pas en soi l'invention non brevetable. Cependant, le tribunal n'a pas spécifiquement jugé si les programmes d'ordinateur, en dehors de tout contexte de quincaillerie ou du procédé utilisé par l'ordinateur, étaient brevetables ou non[11].

En 1982, la nouvelle Court of Appeals for the Federal Circuit (CAFC) était créée par la fusion de l'ancienne Court of Customs and Patent Appeals (CCPA) et de la U.S. Court of Claims. La CAFC, qui a juridiction exclusive sur les appels en matière de brevets, a fait sienne la jurisprudence de ces derniers organismes, et, principalement, de la CCPA qui avait développé le droit de façon considérable en appliquant libéralement la protection par brevet aux programmes d'ordinateur. De plus, la Cour suprême des États-Unis a laissé à la CAFC une grande latitude pour définir l'évolution du droit des brevets. Finalement, un nombre significatif de brevets pour des programmes d'ordinateur a été accordé aux États-Unis sans résistance du Bureau des brevets.

La CCPA avait reconnu que les programmes d'ordinateur n'étaient pas tous des algorithmes mathématiques et elle n'avait considéré comme non brevetables que les algorithmes mathématiques. Elle avait d'ailleurs imaginé un test en deux étapes pour juger de la brevetabilité des programmes d'ordinateur, test adopté par le Bureau américain des brevets[12] :

1) La revendication récite-t-elle un algorithme mathématique directement ou indirectement ? Sinon, l'invention est brevetable (sujet à ce qu'elle satisfasse aux autres conditions de nouveauté, d'originalité et d'utilité) ;
2) si oui, la revendication est globalement examinée pour déterminer si l'algorithme est appliqué à des éléments physiques ou à des étapes d'un procédé. Si oui, l'invention complète est alors brevetable (sujet à ce qu'elle satisfasse aux autres critères de brevetabilité).

Aux États-Unis, certains prétendent même que la protection par brevet et par droit d'auteur peut coexister[13] : voir le brevet 4,308,582

11. Voir également *Re Tanner* 294 U.S.P.Q. 678 ; *Re Abele* 214 U.S.P.Q. 682 ; *Re Pardo* 214 U.S.P.Q. 673 et *Re Mayer* 215 U.S.P.Q. 193.
12. Ce test est connu comme étant le test en deux étapes *Abele* ou le test *Freeman* tel que modifié par *Walter*. Dans l'affaire *Abele* mentionnée ci-dessus, la CCPA avait proné l'analyse mise de l'avant dans *In Re Freeman* 573 F (2nd) 1236 (CCPA) (1978) telle que modifiée dans *In Re Walter* 618 F. (2nd) 758 (CCPA 1980).
13. « The Versatility of Software Patent Protection : from Subroutines to Look and Feel », par John P. Summer and Steven W. Lundberg dans *The Computer Lawyer*, vol. 3 no 6, Juin 1986, p. 1-10, aux pages 4 et 5.

accordé à IBM, lequel dévoile et réclame un système de menus pour un programme de traitement de textes et le brevet 4,555,755 cédé à AT&T Bell Laboratories pour des systèmes de fenêtres. Par ailleurs, il semble que la protection par brevet est également disponible aux États-Unis pour protéger les aspects internes d'un logiciel, telles les routines des vérifications d'épellation (brevet 4,355,371 attribué à IBM), les techniques de compilation (brevet 4,309,756 accordé à Beckler), les méthodes de traduction de langues informatiques (brevet 4,374,408 cédé à Burroughs, lequel dévoile et réclame une méthode pour traduire le RPG en cobol) et les techniques des systèmes d'exploitation (brevet 3,618,045 alloué à Honeywell Inc.).

Dans le domaine financier, l'arrêt le plus largement diffusé est *Paine, Webber, Jackson & Curtis, Inc.* c. *Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith Inc.*[14]. Il faut également souligner le brevet cédé à la Banque Royale du Canada (brevet 4,736,214) pour une méthode de traitement de l'information pour la gestion du financement de véhicules. Une demande de brevet pour l'équivalent de ce brevet est présentement en instance au Canada. S'il est émis, il ouvrira une nouvelle avenue sur la brevetabilité des programmes d'ordinateur relatifs à des méthodes de faire affaires comme ce fut le cas avec le brevet Merrill Lynch aux États-Unis. Cette dernière entreprise avait déjà fait une demande de brevets au Canada mais elle semble avoir été abandonnée depuis.

Le Canada s'oriente, donc, de plus en plus vers une libéralisation de la brevetabilité des programmes d'ordinateur. Ainsi, le 11 janvier 1984, dans la demande *Dialog Systems Inc.* (voir note 9), le Bureau d'appel des brevets, après avoir fait référence à plusieurs décisions américaines, conclut que la jurisprudence américaine ne divergeait pas en principe de l'interprétation donnée à l'article 2 de la *Loi sur les brevets* du Canada dans *Schlumberger*. Depuis cet arrêt, le seul commentaire d'un tribunal supérieur sur ces questions est un *obiter* par l'honorable juge Reed dans *Apple* c. *Mackintosh Computers Ltd.* (voir note 1(20)):

> Pour ce qui est du second argument, après lecture de la doctrine et de la jurisprudence citées par l'avocat, je conclus que les programmes informatiques ne sont pas brevetables en soi mais qu'un appareil ou un procédé qui répond aux normes de nouveauté et de non-évidence prévues par la *Loi sur les brevets*, S.R.C. 1970, chap. P-4, ne sera pas exclu de la protection des brevets du simple fait qu'un ordinateur est employé pour l'exploitation de l'appareil ou l'application du procédé. De plus, je ne pense pas que le chevauchement de différentes lois soit si inhabituel (voir le domaine de la responsabilité délictuelle et contractuelle). Je ne crois pas non plus que les tribunaux soient tenus de rendre des décisions qui permettent d'éviter de tels chevauchements. (pages 200-201)

14. *Paine, Webber, Jackson & Curtis, Inc.* c. *Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc. et al.*, (1983) 218 U.S.P.Q. 212 (District Court of Delaware) et 1988 R.P.C. 1.

On pourrait donc déduire de ce passage le renversement d'un enseignement traditionnel, à l'effet que les brevets ne s'appliqueraient pas pour protéger les oeuvres protégées par le droit d'auteur[15]. Cette interprétation du droit canadien rapprocherait celui-ci encore davantage du droit américain.

1.4 Autres formes de protection

Il existe d'autres formes de protection des programmes d'ordinateur, qu'elles soient directes ou indirectes. Ainsi, dans certains cas, le programme d'ordinateur peut constituer un secret commercial et, donc, être protégé en vertu du droit civil de la province de Québec ou du droit de *common law* des autres provinces canadiennes en matière de secrets commerciaux. En outre, on peut aussi recourir au *Code criminel* ou à la *Loi sur les marques de commerce* pour protéger directement ou indirectement les programmes d'ordinateur ou certains de leurs aspects. Enfin, il y a toujours les recours civils en matières de concurrence déloyale.

2. OBJET DE LA PROTECTION (PAR LE DROIT D'AUTEUR)

2.1 Les programmes d'ordinateur entièrement créés par un humain

La protection par droit d'auteur offerte par la Loi de 1988, et auparavant par la jurisprudence, s'applique en tout premier lieu au programme d'ordinateur entièrement créé par des humains, que ces programmes aient été écrits dans un langage d'assemblage ou dans un langage de troisième génération tel que Cobol, Pascal, etc.

2.2 Les programmes créés à l'aide d'un autre programme

La protection des programmes qui sont créés à l'aide d'autres programmes soulève des questions d'intérêt plutôt théorique que pratique. La recommandation 56 de la *Charte des droits des créateurs et créatrices* dispose que :

15. Harold G. FOX, *The Canadian Practice Relating to Letters Patent for Invention*, 4e édition, 1969, p. 22.

> Quand l'oeuvre créée à l'aide d'un ordinateur est une oeuvre originale, le droit d'auteur dont elle fait l'objet devrait être détenu par la personne physique ou morale qui est responsable de la réalisation de l'oeuvre et non par le titulaire du droit d'auteur sur le programme original.

Cette recommandation a reçu l'aval du gouvernement fédéral dans sa réponse de février 1986 au rapport du sous-comité sur la révision du droit d'auteur. Toutefois, la Loi de 1988 est silencieuse à cet égard. Peut-être faudra-t-il attendre la deuxième étape de la réforme du droit d'auteur pour avoir un éclaircissement sur ce point. Cette proposition 56 du sous-comité ne visait toutefois pas uniquement les programmes informatiques mais toute oeuvre créée à l'aide d'un ordinateur, qu'il s'agisse d'oeuvres littéraires, graphiques, cinématographiques, etc.

2.3 Les systèmes experts

Le problème que suscitent les systèmes experts est de déterminer à quelle catégorie d'oeuvres ils appartiennent. Ces systèmes se composent, d'une part, d'une base de connaissances rassemblant un certain savoir ou une certaine expérience et, d'autre part, d'un logiciel qui permet l'interrogation et l'exploitation de ces connaissances, souvent appelé le « moteur d'inférence ».

À notre avis, l'ensemble d'un système expert ne peut être assimilé en soi à aucune catégorie d'oeuvre individuelle. Tout d'abord, les logiciels qui assurent l'interrogation et l'exploitation des connaissances, consistent principalement en un moteur d'inférence, qui peut être également assisté d'un éditeur de connaissances et, parfois, d'un moyen d'explication, sont, selon nous, assimilables à tout programme d'ordinateur et devraient être traités et protégés comme tel.

La base de connaissances doit cependant être considérée différemment. Si elle est formée d'oeuvres préexistantes dont l'expression est préservée dans le système expert, cette reproduction d'oeuvres doit être considérée comme une reproduction, une adaptation ou une traduction de l'oeuvre de base et l'autorisation de l'ayant droit est nécessaire. Si, par ailleurs, on ne s'approprie que les idées et les connaissances, sans reproduire leur expression, aucune autorisation ne serait requise. Quant à la compilation de ces connaissances, elle est protégée à titre de « recueil » *(collective work)* en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*. Lorsqu'il y a un éditeur responsable de colliger la compilation, il est l'auteur de la compilation mais non des oeuvres individuelles qui la composent, à moins qu'il n'y ait contribué. Une nouvelle édition de la compilation est protégée

comme une oeuvre séparée et distincte de celle qui existe dans l'ouvrage original. En pratique, il est très difficile de déterminer si un ou plusieurs individus exercent suffisamment de contrôle sur les diverses contributions pour se qualifier d'éditeur. Même si le degré de contrôle requis est éclairci, il n'est pas toujours aisé d'identifier quel individu l'exerce. Dans certaines situations, il est également ardu d'établir s'il y a suffisamment de changements par rapport à une édition antérieure.

Dans le cas d'un système expert, la base de connaissances pourra être considérée comme originale à cause de la sélection des données, de l'ordre dans lequel elles sont présentées et également des valeurs attribuées aux différentes données, puisque ces valeurs déterminent la probabilité qu'une certaine règle s'applique à une certaine situation.

La recommandation 57 de la *Charte des droits des créateurs et créatrices* prévoyait ce qui suit :

> La propriété du droit d'auteur sur les compilations produites au moyen de systèmes de mise en mémoire et de récupération de l'information devrait être attribuée à la personne physique ou morale qui est principalement responsable des mesures prises en vue de la réalisation de la compilation.

Dans sa réponse de février 1986, le gouvernement du Canada a donné son aval à cette recommandation. Néanmoins, la Loi de 1988 ne contient aucun énoncé dans ce sens.

2.4 Le micro-code

Par opposition à ce qui s'est passé aux États-Unis, cette question n'a donné lieu, au Canada, à aucune discussion particulière ni décision judiciaire. Rappelons aux États-Unis la décision du juge William P. Gray du 7 février 1989 dans *NEC Corporation* c. *Intel Corporation*. Une opinion antérieure du juge Ingram (645 F.S.U.P.P. 590 (N.D. Cal. 1986)) fut retirée lorsque le juge Ingram se récusa du dossier qui fut alors remis au juge Gray. Celui-ci refusa d'adopter les motifs du juge Ingram et décida de réentendre la cause au complet. Cette décision est très importante pour les trois raisons suivantes :

1) elle confirme que le droit d'auteur américain protège le micro-code en tant que programme d'ordinateur ;

2) elle examine les conséquences de l'omission de l'avis du droit d'auteur lorsque les ouvrages sont distribués au public et quelle mesure devrait être prise en vertu de l'article 405 de la législation américaine sur le droit d'auteur pour empêcher que l'oeuvre ne

tombe dans le domaine public (depuis l'adhésion des États-Unis à la Convention de Berne le 1er mars 1989, cette question présente moins d'intérêt cependant) ; et

3) elle examine en détail l'analyse qui devrait être faite par un tribunal pour déterminer si deux programmes d'ordinateur sont substantiellement similaires et semblent valider l'utilisation des techniques dites de « clean room » pour développer un programme d'ordinateur compatible mais qui ne contrefait pas le programme d'origine.

Précisons qu'un micro-code consiste en une série d'instructions qui commandent à un microprocesseur lequel, parmi des milliers de transistors, il doit mettre en action pour accomplir les tâches requises par les macro-instructions. Les programmes de micro-code sont des programmes très élémentaires dans lesquels un petit nombre d'énoncés différents sont utilisés en longue séquence et qui sont fixés sur la partie mémoire du microprocesseur.

Dans la mesure où le micro-programme est suffisamment original, c'est-à-dire s'il existe plusieurs moyens d'exprimer l'idée pertinente du micro-programme, il devrait être protégé comme programme d'ordinateur. Dans la mesure où certaines micro-routines très simples font l'objet d'une capacité d'expression très limitée, compte tenu des restrictions techniques, elles devraient être protégées si nous pouvons les exprimer différemment. Cependant, il n'y aura de violation du droit d'auteur dans ces micro-routines que lorsque la copie sera virtuellement identique, selon les critères adoptés aux États-Unis dans l'arrêt *Frybarger* c. *International Business Machines Inc.*[16]. Il est intéressant de noter que, bien que la question n'ait jamais été discutée au Canada dans le contexte de la protection du droit d'auteur, la micro-programmation fut abordée dans la demande de brevet de *Honeywell Information Systems Inc.* (voir note 9). Dans cette affaire, Honeywell indiquait que le caractère unique de l'invention résidait dans un moyen de contrôle pour éviter les impasses causant la panne d'un ordinateur et que le caractère unique fourni par la mémoire de commande était dû à la micro-programmation « qui est sous forme de quincaillerie ». L'appelante semble être allée plus loin comme le rapporte l'arrêt :

> (Honeywell) indicates the uniqueness provided by the control store is due to the microprogramming which he argues is in the form of hardware. To illustrate hardware is present, he refers to a book, « Microprogramming : Principles and Practices » by Samir S. Husson. From the book, applicant illustrates why he believes firmware and microprogramming as referred to in his application *is not equivalent to software and software programming*, in particular stressing the microprogrammer deals with the structure of the computer, for example, gates, registers and structural aspects of information flow. (page 465 ; les italiques sont de l'auteur).

16. 812 F. (2d) 525, 530 (9th Cir. 1986). Voir aussi *Worth* c. *Selchow & Righter Co.*,

Ce passage pourrait sans doute être opposé, à tout le moins, à Honeywell Information Systems Inc. dans une cause où cette dernière tenterait de faire valoir que le micro-code en question dans ce dossier est un programme d'ordinateur protégeable par un droit d'auteur. En attendant les débats sur cette question, nous sommes d'opinion que le micro-code est probablement protégeable en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur* à titre de programme d'ordinateur.

2.5 L'architecture du programme

Il nous semble clair que divers travaux préliminaires effectués dans la création d'un programme d'ordinateur se qualifient comme oeuvres littéraires. À cet égard, les organigrammes et les diagrammes logiques qui reprennent la structure du programme et l'agencement de ces étapes, de même que les spécifications écrites pour le programme, exprimés par écrit nous apparaissent protégeables comme oeuvres littéraires même si, à proprement parler, ils ne constituent pas des programmes d'ordinateur au sens de la Loi de 1988 car ils ne sont pas destinés à être utilisés directement ou indirectement dans un ordinateur.

Avant l'adoption de la Loi de 1988, les tribunaux s'étaient déjà prononcés sur cette question, dans l'arrêt *F & I Retail Systems Ltd.* (voir note 1(11)), bien que cela n'est pas perceptible dans la décision rapportée. En effet, dans cette affaire, F & I cherchait à obtenir une injonction interlocutoire contre la reproduction des écrans de ses programmes d'ordinateur relatifs à l'administration d'une concession-automobile. Thermo Guard, la défenderesse, avait été le distributeur des programmes de F & I et avait obtenu une copie du code source du programme et l'avait étudiée. Elle avait également étudié le format des écrans, c'est-à-dire l'information apparaissant aux écrans et la séquence dans laquelle cette information était présentée. À partir de cette étude, Thermo Guard avait écrit son propre code source dans un langage différent de celui utilisé par F & I mais dans le même format des écrans. F & I plaida que l'organigramme, c'est-à-dire la séquence des étapes et de la présentation des renseignements de F & I, avait été reproduite dans les programmes du défendeur. Même si ces éléments ne sont pas

mentionnés dans la décision, ils semblent avoir reçu faveur de la Cour puisque que celle-ci ordonna l'injonction. Cette situation ressemble étrangement à celle de *Whelan* aux États-Unis.

L'arrêt *Gemologists* (voir note 1(19)) est également pertinent. Gemologists était une entreprise d'évaluation de bijoux et pierres précieuses. Elle utilisait en particulier des logiciels d'évaluation appelés Gem-Star I et Gem-Star II. L'entreprise n'avait que cinq employés dont quatre faisaient l'évaluation et avaient les contacts avec les clients. Ces quatre personnes remirent leur démission sans préavis et commencèrent immédiatement à concurrencer leur ancien employeur sous le nom de Gem-Scan International Inc. Alors qu'ils étaient encore à l'emploi de Gemologists, ils s'étaient entendus pour former leur propre entreprise. Ils avaient, en conséquence, incorporé Gem-Scan, acheté de l'équipement, loué un espace, acheté un programme d'ordinateur appelé Hyper-Cross, permettant de convertir le programme d'ordinateur de Gemologists pour utilisation sur un autre appareil, et même consulté un avocat sur l'emploi des programmes Gem-Star I et II de Gemologists. Ce dernier leur conseilla par ailleurs de ne pas utiliser ces programmes car ils appartenaient à Gemologists. Après avoir reçu cet avis et alors qu'ils étaient toujours chez Gemologists, ils embauchèrent deux programmeurs pour écrire un nouveau programme.

Le juge Montgomery de la Cour suprême de l'Ontario conclut que ces quatre personnes avaient violé le droit d'auteur de Gemologists dans les programmes Gem-Star I et Gem-Star II et dans les manuels de ces programmes en copiant la structure logique globale de ces programmes, en copiant, de manière substantielle, la séquence des menus et les options des menus du programme et en utilisant l'organigramme de Gemologists. Le juge était aussi d'avis que le programme d'ordinateur préparé pour les défendeurs avait été créé largement par l'utilisation des programmes de Gemologists et leurs modifications pour utilisation par Gem-Scan. En conséquence, il prononça une injonction enjoignant au défendeur de ne pas copier, utiliser ou modifier le programme d'ordinateur de Gemologists et ordonnant la remise de tous les programmes d'ordinateur, disques de données, documents de travail, codes source, notes et autres documentations relatifs aux programmes de Gemologists et les programmes créés pour Gem-Scan.

Sur la foi de ces arrêts, nous sommes d'avis que l'architecture d'un programme d'ordinateur est protégeable. Dans la plupart des cas, elle le sera à titre d'oeuvre littéraire traditionnelle et, parfois, de partie d'un programme d'ordinateur.

2.6 L'interface usager du programme

L'interface usager du programme se compose principalement des menus, des commandes, de la présentation graphique, etc., et de l'agencement de ses composantes. À notre avis, il peut être protégé soit comme partie composante du programme d'ordinateur, soit également comme oeuvre distincte. Dans ce cas, comme l'interface usager du programme ne constitue pas à proprement parler « un ensemble d'instructions ou d'énoncés destiné ... à être utilisé directement ou indirectement dans un ordinateur en vue d'un résultat particulier », il se peut qu'il doive être qualifié non pas comme programme d'ordinateur mais plutôt comme oeuvre littéraire traditionnelle ou comme oeuvre artistique. À cet égard, nous vous référons aux arrêts *F & I* et *Gemologists* commentés au paragraphe 2.5 ci-dessus.

2.7 Toute autre forme de « look and feel » du programme

Il appert donc que toute autre forme de « look and feel » d'un programme puisse être protégée si elle satisfait aux critères ordinaires de protection d'une oeuvre par le droit d'auteur. Nous devons toutefois souligner que la technologie plus complexe de l'informatique ne devrait pas faire oublier, en retour, les principes fondamentaux du droit d'auteur. Il serait donc parfois utile de procéder par analogie entre certains aspects des programmes d'ordinateur et les aspects correspondants des oeuvres littéraires.

2.8 Les logiciels sur puce

En vertu de la définition de programme d'ordinateur, le programme est protégé quelle que soit la façon dont les instructions ou énoncés qu'il comporte, « sont exprimés, fixés, incorporés ou emmagasinés ». En conséquence, les logiciels, qu'ils soient fixés, incorporés ou emmagasinés sur une puce ou sur tout autre support informatique, sont protégés. Le législateur n'a fait que codifier les arrêts *IBM* c. *Spirales* et *Apple Computer* c. *Mackintosh* (voir note 1).

En effet, dans *IBM* c. *Spirales*, madame le juge Reed avait décidé qu'un programme d'ordinateur de type BIOS fixé dans la mémoire permanente de l'ordinateur (ROM) était protégeable. D'après elle, le programme BIOS fixé dans le ROM rencontrait le critère énoncé dans l'arrêt *Canadian Admiral Ltd.* c. *Rediffusion Inc.*[17] et que l'oeuvre était exprimée sous une forme matérielle quelconque. À notre avis,

17. (1954) 20 C.P.R. 75, p. 86 (Cour de l'Échiquier).

le fait que l'oeuvre ne pouvait être lue par un humain n'était pas pertinent. Le juge Reed reprit d'ailleurs cet argument et l'approfondit dans l'arrêt *Apple* c. *Mackintosh* où elle décida qu'un programme d'ordinateur, qui commence par un texte écrit, continue d'être couvert par le droit d'auteur puisqu'il est converti dans un code électrique ou lorsqu'il est incorporé dans un appareil destiné à reproduire ce code électrique. Elle jugea tout d'abord que la conversion du programme du langage d'assembleur au code hexadécimal était une traduction du programme et non une oeuvre littéraire différente, puis que le droit d'auteur subsistait même si le programme d'ordinateur était incorporé dans une puce ROM parce que le programme, dans ce cas, ne constituait pas une fusion de l'idée et de l'expression; il y avait multiplicité de formes d'expression possibles dans lesquelles le programme pouvait être écrit. Madame le juge Reed opina de plus que, pour qu'une oeuvre soit protégeable par droit d'auteur, il n'était pas nécessaire que la reproduction de l'oeuvre soit sous une forme qui puisse être lue par un être humain. Elle rejeta enfin les arguments à l'effet que les programmes ne pouvaient pas être protégés par le droit d'auteur parce qu'ils n'étaient pas destinés à une communication humaine, que l'application du droit d'auteur à de telles oeuvres constituerait un monopole sur un article de commerce et que cette extension du droit d'auteur résulterait en un chevauchement du droit d'auteur et du droit des brevets sur le même objet.

2.9 Les topographies

À la suite de l'adoption par les États-Unis du *Semiconductor Chip Protection Act of 1984*, le Canada se vit contraint, comme les autres pays industrialisés d'ailleurs, d'adopter une législation similaire à celle américaine afin de jouir des dispositions de réciprocité prévues par la loi américaine. Dans l'intervalle, les topographies créées au Canada sont protégées en vertu des mesures transitoires américaines.

Dans sa recommandation 62, la *Charte des droits des créateurs et créatrices* recommandait que les arrangements de masques fixés sur une micro-plaquette soient protégés par une nouvelle loi distincte de la *Loi sur le droit d'auteur*. Pour des motifs d'ordre constitutionnel probablement, le gouvernement fédéral a eu quelques hésitations à faire adopter une telle législation spécifique, de crainte qu'elle ne soit attaquée par les provinces comme étant exorbitante du pouvoir de législation fédéral. C'est pourquoi, dans sa réponse de février 1986 à la recommandation 62, le gouvernement donnait l'assurance que les arrangements de masques fixés sur une micro-plaquette seraient

protégés mais qu'ils le seraient dans la *Loi sur le droit d'auteur*, à titre d'oeuvre distincte des oeuvres traditionnelles. Quoi qu'il en soit, le gouvernement fédéral a préparé un projet de loi distinct qui a été déposé le 18 décembre 1989 à la Chambre des communes (projet de loi C-57).

3. ÉTENDUE DE LA PROTECTION

3.1 Droits économiques

Le paragraphe 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* stipule:

> Pour l'application de la présente loi, «droit d'auteur» s'entend du droit exclusif de produire ou de reproduire une oeuvre, ou une partie importante de celle-ci, sous une forme matérielle quelconque, d'exécuter ou de représenter ou, s'il s'agit d'une conférence, de débiter, en public, et si l'oeuvre n'est pas publiée, de publier l'oeuvre ou une partie importante de celle-ci; ce droit s'entend, en outre, du droit exclusif:
>
> a) de produire, reproduire, représenter ou publier une traduction de l'oeuvre;
>
> (...)
>
> d) s'il s'agit d'une oeuvre littéraire, dramatique ou musicale, de confectionner toute empreinte, tout rouleau perforé, film cinématographique ou autres organes quelconques, à l'aide desquels l'oeuvre pourra être exécutée ou représentée ou débitée mécaniquement;
>
> e) s'il s'agit d'une oeuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique et sous réserve du paragraphe (2), de reproduire, d'adapter et de présenter publiquement l'ouvrage par cinématographie, si l'auteur a donné un caractère original à son ouvrage;
>
> f) de communiquer au public, par télécommunication, une oeuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique;
>
> g) de présenter au public, lors d'une exposition, une oeuvre artistique — autre qu'une carte géographique ou marine, un plan, un graphique ou une production cinématographique jouissant de la protection accordée aux oeuvres photographiques — à des fins autres que la vente ou la location, créée après l'entrée en vigueur du présent alinéa.
>
> Est inclus dans la présente définition, le droit exclusif d'autoriser ces actes

3.1.1 Le droit de reproduction

Pour qu'il y ait reproduction, il n'est pas nécessaire qu'elle soit identique à l'original ; il suffit qu'une partie substantielle de l'oeuvre originale soit prise. Deuxièmement, pour qu'il y ait reproduction, il faut que l'oeuvre originale protégée par le droit d'auteur soit la source de la copie.

La seule question à se poser consiste à déterminer si la reproduction d'un programme d'ordinateur dans le cours normal de l'opération d'un ordinateur doit également être considérée comme une reproduction. La Loi de 1988 est silencieuse à cet égard. Le paragraphe 3(1)a) de la *Loi sur le droit d'auteur* attribue à l'auteur le droit exclusif de reproduire une oeuvre sous une forme matérielle quelconque. Dans le Livre blanc *De Gutenberg à Télidon*, on énonçait que l'introduction non autorisée d'une oeuvre dans la mémoire d'un ordinateur pouvait constituer une violation du droit d'auteur au même titre que toute autre forme de reproduction. Par contre, le statut d'une oeuvre stockée dans un ordinateur serait moins clair.

Le Livre blanc rappelait qu'en vertu de la jurisprudence canadienne l'affichage sur un écran vidéo n'était pas une reproduction car il ne s'agissait pas d'un exemplaire tangible de l'oeuvre. Cela semble un peu confus et c'est pourquoi, dans son rapport, *Une charte des droits des créateurs et créatrices*, le sous-comité sur la révision du droit d'auteur précisa :

> Compte tenu de la confusion fréquemment constatée au cours des audiences, le sous-comité tient à préciser quelque peu ce que vise l'exigence de la fixation. Pour être protégée, une oeuvre doit être fixée d'une manière permanente sur un support matériel quelconque. Toutefois, plusieurs témoins semblaient déduire qu'il doit aussi y avoir fixation dans le cas d'une violation. C'est un malentendu. Il y a fixation quand on copie une oeuvre protégée, mais la production d'une copie fixée d'une oeuvre protégée n'est qu'une des façons dont on peut porter atteinte à la protection s'appliquant à une oeuvre. On songe, par exemple, aux représentations publiques et à la transmission non autorisées. Ni dans l'un, ni dans l'autre cas, il n'y a fixation. Le problème de l'affichage sur écran vidéo d'oeuvres protégées est peut-être la source de cette confusion, les affichages ayant essentiellement un caractère transitoire. Si l'on disposait d'un droit d'affichage, il serait difficile de tenir la preuve de la violation. Ce qui ne veut pas dire pour autant qu'il n'y aurait pas eu violation.

> Cette précision ayant été apportée, il demeure néanmoins une question au sujet des violations par reproduction. Comme nous l'avons dit, dans ces cas, il y a production d'une copie. En matière de technologie informatique, il y a lieu de définir ce qu'est une copie. Sur le plan juridique, la *Loi sur le droit d'auteur* reconnaît aux auteurs le droit exclusif de « reproduire une oeuvre ... sous une forme matérielle quelconque ». Il faut alors se demander ce qu'est une « forme matérielle ». Par exemple, est-ce qu'une copie d'une oeuvre contenue dans la mémoire centrale d'un ordinateur peut être considérée comme une reproduction sous une forme matérielle ?
>
> (...)
>
> Tous les témoins qui ont abordé la question ont convenu qu'il faut définir de façon explicite ce qu'est une forme matérielle dans un contexte informatique. Plusieurs témoins ont dit qu'ils aimeraient que cette notion soit étendue à toutes les autres formes et même à toutes formes pouvant être perçues par un être humain, avec ou sans l'aide d'une machine.
>
> Aux termes de la loi actuelle, une oeuvre n'existe qu'à partir du moment où elle a un certain degré de permanence. Le sous-comité est d'avis qu'il faut appliquer un principe semblable à la définition de « forme matérielle ».

C'est pourquoi le sous-comité proposait que, en ce qui concerne le droit de reproduction, « une forme matérielle doit avoir un certain degré de permanence ». Dans sa réponse de février 1986, le gouvernement exprima son accord de principe avec cette recommandation. Toutefois, la Loi de 1988 est silencieuse à ce propos. La question reste donc encore douteuse eu égard à la formulation de la définition de « programme d'ordinateur ».

Il est également intéressant de noter que, considérant l'ordinateur en tant que support, le sous-comité s'est interrogé sur l'utilisation d'oeuvres préexistantes introduites dans un ordinateur. Il a recommandé, d'une part, que la loi révisée reconnaisse un droit d'entrée de toutes les oeuvres protégées dans un ordinateur ; selon les auteurs du Rapport, il n'y aurait violation de ce droit que lors de la mise en mémoire non autorisée d'une oeuvre dans un système informatique[18]. D'autre part, le sous-comité s'est demandé s'il convenait de reconnaître des droits autres que celui d'entrer des données. Certains témoins avaient, entre autres, souligné que les titulaires du droit d'auteur devraient avoir le droit exclusif d'afficher

18. Page 43.

détenteur du droit d'auteur de communiquer l'oeuvre par télécommunication.

3.1.7 Autres droits économiques

Notant que la location publique d'oeuvres protégées prive le titulaire du droit d'auteur du bénéfice de redevances et, dans la mesure où la location remplace une vente, prive ainsi ce titulaire du produit de la vente auquel il aurait normalement eu droit, le sous-comité sur la révision du droit d'auteur recommandait que la loi révisée intègre un nouveau droit de location s'appliquant à toutes les catégories d'oeuvres protégées[20]. Dans sa réponse de février 1986, le gouvernement canadien reconnut le mérite de l'objectif de compenser les créateurs mais annonça qu'il devait examiner la meilleure façon de mettre en oeuvre cet objectif. En conséquence, la Loi de 1988 est silencieuse sous cet aspect. Finalement, nous devons souligner que les détenteurs de droit d'auteur ne jouissent pas du droit exclusif d'autoriser le prêt public de leurs oeuvres.

Nous souhaitons que ces questions feront l'objet d'un débat en profondeur lors de la phase subséquente de la révision de la Loi.

3.2 Droits moraux

En vertu du paragraphe 12(4) de la *Loi sur le droit d'auteur* (ancien 12(7) avant la Loi de 1988), l'auteur d'une oeuvre avait, indépendamment de ses droits d'auteur, « et même après la cession partielle ou totale de ces droits, ... la faculté de revendiquer la paternité de l'oeuvre, ainsi que le privilège de réprimer toute déformation, mutilation ou autre modification de cette oeuvre, qui serait préjudiciable à son honneur ou à sa réputation ».

Ces droits de paternité et d'intégrité n'ont pas fait l'objet de plusieurs poursuites. La seule cause ayant réussi, à notre connaissance, est celle impliquant un centre d'achats à qui la Cour ordonna de cesser de mettre des rubans décoratifs sur des sculptures à l'occasion de Noël[21]. Mais en vertu de ces dispositions, les auteurs n'avaient droit à aucune compensation monétaire pour violation du droit d'auteur ; ils ne pouvaient obtenir qu'un arrêt de la violation par voie d'injonction. De plus, la destruction complète de l'oeuvre n'était pas protégée. La *Charte des droits des créateurs et créatrices* annonça que les droits moraux étaient aussi importants que les droits économiques et qu'ils devraient être protégés efficacement.

20. Page 84.
21. *Snow* c. *The Eaton Center Ltd.*, (1982) 70 C.P.R. (2nd) 105 (Ontario High Court).

Le paragraphe 12(7) a été abrogé par la Loi de 1988 mais les droits de paternité et d'intégrité de l'oeuvre ont été réintroduits sous une forme différente. Le nouvel article 12.1 précise que l'auteur a le droit, « compte tenu des usages raisonnables, (de) revendiquer, même sous pseudonyme, la création, ainsi que le droit à l'anonymat ». Nous comprenons que, sans la restriction visant « les usages raisonnables », le libellé du droit de paternité aurait pu entraîner des problèmes particuliers d'application dans le cas des programmes d'ordinateur s'il avait permis aux auteurs de voir figurer leur nom sur ou dans les programmes d'ordinateur car un seul programme peut être créé par une multitude d'auteurs. Soulignons que le texte anglais ne fait pas état « des usages raisonnables » mais stipule « lorsque cela est raisonnable dans les circonstances ». Cela pourra sans doute donner lieu à différents débats quant à savoir lequel du texte français ou anglais doit prévaloir.

Le droit à l'intégrité de l'oeuvre est également traité à l'article 12.1 qui reconnaît ce droit « sous réserve de l'article 18.2 ». Dans ce dernier article, le droit à l'intégrité de l'oeuvre est élargi, comparativement au droit antérieur, par l'ajout d'un droit d'aval, de sorte que le droit d'intégrité est violé si l'oeuvre est « d'une manière préjudiciable à l'honneur ou à la réputation de l'auteur », « utilisée en liaison avec un produit, une cause ou un service ou une institution ». Quant aux autres modifications, sauf pour les peintures, sculptures ou gravures, il n'y a aucune présomption de préjudice quant à une « déformation, mutilation ou autre modification » d'une oeuvre. Il faudra donc, en matière de programmes d'ordinateur, que la preuve soit faite du préjudice à l'honneur ou à la réputation de l'auteur. L'article 18.2(3) précise en outre qu'un « changement de lieu, du cadre de son exposition ou de la structure » qui contient une oeuvre ou toute mesure de restauration ou de conservation prise de bonne foi, ne constitue pas nécessairement une déformation, mutilation ou autre modification de l'oeuvre.

Lorsque l'on tente d'examiner l'application des droits moraux aux programmes d'ordinateur, on en vient aux conclusions suivantes :

1) l'auteur d'un programme d'ordinateur peut demander que son nom ou un pseudonyme soit inséré dans le programme d'ordinateur ou omis, à son gré, à moins que cela ne soit contraire aux usages raisonnables ;

2) l'auteur d'un programme d'ordinateur peut empêcher son utilisation conjointement avec un autre programme d'ordinateur, avec un ordinateur, avec un service, une cause ou une institution si cela est préjudiciable à l'honneur ou à la réputation de l'auteur ;

3) il peut également empêcher toute modification, déformation ou mutilation du programme d'ordinateur si elle est préjudiciable à son honneur ou à sa réputation ; et

4) il peut également empêcher toute modification à la structure physique qui contient le programme d'ordinateur si cette modification est préjudiciable à son honneur ou à sa réputation.

4. RECOURS POUR VIOLATION DU DROIT D'AUTEUR (DROITS ÉCONOMIQUES) ET DE DROITS MORAUX

4.1 Recours pour violation des droits moraux

Avant l'adoption de la Loi de 1988, le seul recours ouvert à l'auteur pour violation de ses droits moraux, était une action en injonction. Depuis la Loi de 1988, l'article 20 de la loi a été modifié par l'insertion du paragraphe 1.1 suivant (nouvel article 34(1.1)) :

> Le tribunal, saisi d'un recours en violation de droits moraux, peut accorder à l'auteur telle des réparations qu'il pourrait accorder, par voie d'injonction, de dommages-intérêts, de reddition de compte, de restitution ou autrement, et que la loi prévoit ou peut prévoir pour la violation d'un droit.

Le législateur a évité de référer au recours pour versement des profits faits par le contrefacteur ou à la restitution des exemplaires contrefaits (art. 35(1) et 38). Comme on ne peut établir avec assurance si un exemplaire violant les droit moraux serait interprété comme étant nécessairement un exemplaire contrefait, il n'est pas possible de déterminer avec certitude si ces recours sont possibles lors de violations des droits moraux.

L'action pour une telle violation se prescrit pour trois ans à compter de la violation (art. 41). La jurisprudence a interprété cette disposition comme signifiant trois ans depuis la connaissance de l'acte répréhensible.

Il n'y a aucun recours pénal pour atteinte aux droits moraux.

4.2 Recours pour violation du droit d'auteur (droits économiques)

4.2.1 Recours civils

L'article 34(1) de la loi stipule :

> Lorsque le droit d'auteur sur une oeuvre a été violé, le titulaire du droit d'auteur est admis, sous réserve des autres dispositions de la présente loi, à exercer tous les recours par voie d'injonction, dommages-intérêts, reddition de compte ou autrement, que la loi accorde ou peut accorder pour la violation d'un droit.

En vertu de l'article 37, la Cour fédérale a juridiction concurrente avec les tribunaux provinciaux pour instruire et juger toute action intentée pour infraction à une disposition de la *Loi sur le droit d'auteur* ou pour l'application des recours civils qu'elle prescrit.

En conséquence, les critères d'appréciation des tribunaux provinciaux pour l'émission d'ordonnances intérimaires ou interlocutoires peuvent varier d'une province à l'autre tandis que les critères utilisés par la Cour fédérale sont uniformes à travers le Canada. Nous préférons, quant à nous, intenter tout recours en contrefaçon devant la Cour fédérale. À notre avis, celle-ci possède en la matière une expertise que les tribunaux provinciaux ne possèdent pas généralement. De plus, une ordonnance émise par la Cour fédérale vaut dans toutes les provinces du Canada tandis que celle d'un tribunal provincial n'a d'effet que dans la province pour laquelle ce tribunal a juridiction.

Nous limiterons nos quelques commentaires à la jurisprudence de la Cour fédérale.

4.2.1.1 Recours civils intérimaires

4.2.1.1.1 Injonction interlocutoire

Le recours recherché le plus fréquemment lors d'actions en contrefaçon est l'injonction interlocutoire accordée après débat entre les parties ou, parfois, avec la seule autorisation de la Cour *ex parte* (on la qualifie alors d'injonction « intérimaire »). En règle générale, on exigera, pour l'émission d'une injonction interlocutoire, que soient prouvés qu'existe un droit *prima facie*, que le défaut de délivrer l'ordonnance d'injonction provoquera un tort qui ne pourra être compensé adéquatement par voie de dommages-intérêts et, finalement, que la balance des inconvénients est en faveur de la partie demanderesse.

Lorsqu'il y a violation manifeste du droit d'auteur, la jurisprudence de la Cour fédérale a été d'accorder des injonctions interlocutoires sans avoir à déterminer si le dommage était irréparable et non compensable par des dommages-intérêts, ni à décider de la balance des inconvénients[22]. Dans l'affaire *IBM* c. *Ordinateurs Spirales* (voir note 1(10)), le juge Reed conclut que, lorsque

22. *Jeffrey Rogers Knitwear Productions Ltd.* c. *R.D. International Style Collection Ltd.*, (1984) 6 C.P.R. (3rd) 409, 410-411 et *Universal City Studio Inc.* c. *Zellers Inc.*, (1983) 73 C.P.R. (2nd) 1, 10.

le piratage était flagrant, il était à propos de considérer un critère moins sévère et que, dans ces circonstances, la preuve de dommages irréparables n'était pas exigible. Ce raisonnement fut également adopté par le juge Walsh dans l'arrêt *Apple Computer Inc.* c. *Minitronics of Canada Ltd.* (voir note 1(16)).

4.2.1.1.2 Ordonnances *Anton Piller*

Le but des ordonnances dites *Anton Piller* a été décrit par la Chambre des Lords britannique dans l'arrêt *Rank Films Distributor Ltd* c. *Video Information Center*[23] :

> Elles visent à traiter de situations créées par la violation de brevets, marques de commerce et droits d'auteur, ou plus correctement avec des actes de piratage qui sont devenus une activité répandue et profitable au cours des années récentes. Elles visent à donner un moyen rapide et efficace de recouvrer les articles contrefaits et de découvrir les sources d'où proviennent ces articles et les personnes qui les ont distribués avant que les parties en cause n'aient eu le temps de les détruire ou de les cacher. Leur caractère essentiel est la surprise. Puisqu'elles opèrent de façon radicale et qu'elles sont faites, de nécessité, *ex parte*, ... elles sont contrôlées sévèrement par la Cour... Elles ne sont accordées que sur preuve claire et irrésistible et nombre de mesures de sauvegarde sont adoptées afin de protéger les droits essentiels des parties en cause. (traduction de l'auteur)

Les conditions prescrites dans l'arrêt original *Anton Piller* de 1976 sont les suivantes[24] :

1) une cause *prima facie* extrêmement forte ;
2) un dommage réel ou potentiel très sérieux pour le demandeur ; et
3) une preuve claire que le défendeur a en sa possession des documents ou des articles incriminants et qu'il y a une possibilité réelle qu'il les détruise avant qu'une requête contradictoire ne puisse être faite.

En matière de contrefaçon de programmes d'ordinateur, le premier jugement dans lequel une ordonnance *Anton Piller* fut accordée, a été *Nintendo of America Inc.* c. *Coinex Video Games Inc.* (voir note 1(4)). Au cours des années, la Cour fédérale a adopté une

23. [1981] 2 All E.R. 76, 78.
24. *Anton Piller, K.G.* c. *Manufacturing Processes Ltd.*, [1976] 1 All E.R. 779, 784.

attitude pragmatique dans l'application des critères originaux de l'arrêt *Anton Piller* et, notamment, en ce qui concerne la possibilité de la destruction des articles incriminants. En effet, la Cour fédérale a généralement accepté que la conduite apparemment malhonnête des défendeurs fasse présumer que la destruction ou la disparition des articles incriminants surviendrait si les défendeurs étaient partie au débat.

Les ordonnances *Anton Piller* soulèvent cependant diverses questions car elles peuvent porter atteinte au privilège d'un défendeur contre l'auto-incrimination, compte tenu des dispositions pénales des articles 25 et 26 de la *Loi sur le droit d'auteur* et de la Charte canadienne des droits et libertés. L'honorable juge Addy de la division de première instance de la Cour fédérale a d'ailleurs discuté cette question dans *Chin-Can Communications Corp.* c. *Chinese Video Center Ltd.*[25] où il a refusé l'émission de l'ordonnance *Anton Piller*. De telles ordonnances ont tout de même été émises en quantité depuis cet arrêt de 1983.

4.2.1.2 Recours civils permanents

Le paragraphe 35(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* prévoit que quiconque viole la Loi sur une oeuvre protégée est passible du paiement des dommages-interêts que le titulaire a subis du fait de cette violation et, en sus, « de telle proportion que le tribunal peut juger équitable, des profits que le contrefacteur a réalisés en commettant cette violation ».

Dans l'arrêt *Apple Computer Inc.* c. *Mackintosh Computers Ltd.* (voir note 1(20)), l'honorable juge Reed ordonna le paiement des profits faits à même la vente des ordinateurs et non seulement sur cette partie des profits qui aurait pu être constituée uniquement par le système d'exploitation des ordinateurs. L'honorable juge Reed a indiqué que le montant des profits ne pouvait pas être divisé entre ce qui était attribuable au programme et ce qui pouvait l'être aux autres composantes de l'ordinateur. En outre, elle indiqua qu'il était fort probable que les ordinateurs contrefaits n'auraient pas trouvé preneur n'eût été la présence du système d'exploitation contrefait. Le fait que des dommages sont difficiles à établir n'est pas un motif pour que les tribunaux accordent uniquement des dommages nominaux. Ainsi, lorsqu'une perte spécifique ne peut être prouvée, le montant des dommages n'est pas nécessairement minime[26]. Dans

25. (1983) 70 C.P.R. (2nd) 184.
26. *Webb and Knapp (Canada) Ltd.* c. *Edmonton*, (1970) 63 C.P.R. 21 (Cour suprême du Canada) et *Underwriters' Survey Bureau Ltd.* c. *Massie & Renwick Ltd.*, [1942] Ex. C.R. 1 (Cour de l'Échiquier).

l'affaire *Schauenberg Industries Ltd.* c. *Borowski*, la Cour a accordé des dommages punitifs vu le comportement particulièrement éhonté du défendeur[27].

De plus, l'article 38 prévoit que « tous les exemplaires contrefaits d'une oeuvre protégée, ... de même que toutes les planches qui ont servi ou sont destinées à servir à la confection d'exemplaires contrefaits, sont réputés être la propriété du titulaire du droit d'auteur ». Par conséquent, « celui-ci peut engager toute procédure en recouvrement de possession ou concernant l'usurpation de son droit de propriété ». Il appert cependant que le demandeur ne pourrait obtenir à la fois les profits faits par le contrefacteur et des dommages pour l'usurpation de son droit de propriété[28]. Finalement, le demandeur peut également obtenir une injonction permanente.

4.2.2 Recours pénaux pour violation du droit d'auteur (droits économiques)

À cet égard, il faut distinguer les recours pénaux prévus par la *Loi sur le droit d'auteur* de ceux du Code criminel.

4.2.2.1 Recours pénaux prévus par la Loi sur le droit d'auteur

L'article 22 de la Loi de 1988 dispose que l'inclusion des programmes d'ordinateur sous la catégorie des oeuvres littéraires et que la définition de programmes d'ordinateur « s'appliquent à tout programme d'ordinateur élaboré avant l'entrée en vigueur de ces dispositions », mais également que les actes ayant visé un programme d'ordinateur élaboré avant le 27 mai 1987 (à savoir la date de présentation en première lecture du projet de loi C-60), « n'ont pas pour effet de constituer une violation du droit d'auteur » si le droit d'auteur ne subsiste à l'égard de ce programme que par la seule application des dispositions de la Loi de 1988! Autrement dit, pour un programme créé avant le 27 mai 1987, il n'y aura acte de contrefaçon que si l'on peut convaincre le tribunal qu'un programme était protégé par le droit d'auteur, selon le droit existant avant l'entrée en vigueur de la Loi de 1988.

Avant cette réforme, les amendes pour violation commerciale du droit d'auteur étaient fixées à un maximum de 10,00 $ par exemplaire contrefait avec une limite de 200,00 $ par opération. Cela équivalait à une invitation au piratage. C'est pourquoi divers

27. (1979) 25 O.R. (2d) 737 (Haute Cour de l'Ontario).
28. *Black* c. *Imperial Book Co.*, (1904) 8 O.L.R. 9, 16 (Cour d'appel de l'Ontario) affirmé par la Cour suprême du Canada à (1905) 35 R.C.S. 488, permission d'en appeler au Conseil privé d'Angleterre refusée (1906) 21 T.L.R. 540.

arguments ingénieux furent invoqués pour justifier l'application de certains recours prévus par le Code criminel.

La Loi de 1988 a introduit des pénalités plus sévères, soit une amende maximale de 25 000,00 $ et un emprisonnement maximal de six mois, ou l'une de ces peines, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire ou une amende maximale d'un million de dollars et un emprisonnement maximal de cinq ans, ou l'une de ces peines, sur déclaration de culpabilité par voie de mise en accusation. Les actes de contrefaçon visés sont ceux commerciaux de contrefaçon et non les actes privés. De plus, les mêmes pénalités s'appliquent à « quiconque, sciemment confectionne ou détient en sa possession une planche destinée à la fabrication d'exemplaires contrefaits d'une oeuvre encore protégée » ou à « quiconque sciemment et, dans un but de lucre personnel, fait exécuter ou représenter publiquement une telle oeuvre sans le consentement du titulaire du droit d'auteur ». Avec de telles pénalités, il n'est plus nécessaire de recourir aux différentes dispositions du Code criminel pour dissuader les contrefacteurs.

4.2.2.2 Les recours du Code criminel

4.2.2.2.1 Vol

Les dispositions du Code criminel en matière de vol n'ont jamais été invoquées, à notre connaissance, relativement à un vol de droit d'auteur. Toutefois, l'affaire *Stewart* c. *R.* rendue par la Cour suprême du Canada le 26 mai 1988[29] mérite d'être mentionnée. Dans cet arrêt, la Cour décida à l'unanimité que les renseignements confidentiels ne constituaient pas des « biens » au sens du Code criminel et qu'en conséquence toute divulgation non autorisée d'informations confidentielles n'était pas susceptible d'être punie comme étant un vol. L'accusé Stewart avait été embauché par une tierce partie pour obtenir les noms, adresses et numéros de téléphone des employés d'un hôtel de Toronto afin de pouvoir organiser une campagne de syndicalisation de ces employés. L'accusé fit des démarches auprès d'un garde de sécurité de l'hôtel et lui offrit de lui payer une somme d'argent pour avoir les renseignements nécessaires. Le garde en informa son supérieur et la police et une conversation subséquente entre Stewart et ce garde fut enregistrée. Aucune information confidentielle ne fut jamais dévoilée. Cependant, Stewart fut accusé d'avoir conseillé à l'employé de l'hôtel de commettre un vol. Il fut acquitté puisque les renseignements confidentiels ne constituaient pas un « bien » au sens du Code criminel.

29. [1988] 1 R.C.S. 963.

En 1980, la Cour suprême du Canada avait eu l'occasion de se prononcer sur cette question dans *R.* c. *McLaughlin*[30]. Dans cette affaire, un étudiant à l'Université d'Alberta avait réussi à pénétrer dans l'ordinateur de l'Université par l'un de ses trois cents terminaux, avait pris connaissance des dossiers de certains usagers publics et en avait modifié les comptes. Il fut accusé de vol de services de télécommunication. La Cour suprême acquitta l'étudiant au motif qu'un ordinateur composé d'unités centrales de traitement, de mémoire, d'imprimantes, de terminaux et de ses divers accessoires ne constituait pas un service de télécommunication. La Cour conclut que, si le législateur désirait protéger les ordinateurs, il devait modifier le Code criminel.

4.2.2.2.2 Fraude

Dans un jugement du 1er mai 1987, soit l'affaire *R.* c. *T. Ram* qui n'a malheureusement pas été rapportée à notre connaissance, la Cour du district d'Ontario à Toronto a condamné un individu qui avait copié des logiciels sans autorisation au motif qu'il avait, de cette façon, commis une fraude en privant les titulaires des droits d'auteur des redevances qu'ils auraient autrement perçues. L'accusé avait monté un inventaire de quelque cinq mille logiciels et avait équipé son magasin d'un ordinateur et de logiciels capables de copier tout logiciel ainsi que d'une photocopieuse pour reproduire les manuels. Il fut condamné à cinq mois de prison avec une ordonnance de probation de trois ans. Il est à noter que, depuis l'arrêt *R.* c. *Kirkwood*[31], il n'est plus nécessaire de prouver une relation directe entre la victime et le contrevenant.

4.2.2.2.3 Marques de commerce

La plupart du temps, les fabricants de logiciels reproduisent leurs marques de commerce au début du logiciel et sur le manuel. La reproduction illégale des marques de commerce et leur suppression constituent des infractions prévues par le Code criminel. Dans *R.* c. *Michel Locquet*, la Cour des sessions de la paix de Montréal a trouvé Locquet coupable d'avoir enfreint de telles dispositions et il fut condamné à des travaux communautaires et à une amende de trois mille dollars[32].

30. [1980] 2 R.C.S. 331.
31. (1983) 73 C.P.R. (2nd) 114, 120.
32. C.S.M. no 500-01-13602-849, 24 mai 1985 (condamnation — le prononcé de la sentence eut lieu ultérieurement).

4.2.2.2.4 Les nouveaux crimes informatiques

Le 4 décembre 1985, de nouvelles dispositions furent ajoutées au Code criminel (L.R.C. 1985, ch. C-46), visant principalement les crimes informatiques suivants :

1) l'utilisation non autorisée d'ordinateurs (art. 342.1);

2) les méfaits concernant les données et les programmes d'ordinateur soit l'acte de les détruire, de les modifier, de les dépouiller de leur sens, de les rendre inutiles ou inopérants ou d'empêcher, d'interrompre ou de gêner l'emploi légitime de données ou de programmes d'ordinateur ou d'empêcher, d'interrompre ou de gêner une personne dans l'emploi légitime de données ou de programmes d'ordinateur ou de refuser l'accès à des données au programme d'ordinateur à une personne qui y a droit (art. 430 (1.1)).

L'expression « données » est définie de façon large. À notre avis, elle peut s'interpréter comme comprenant non seulement les données elles-mêmes mais également les programmes d'ordinateur. C'est pourquoi, dans la description des infractions ci-dessus, nous avons fait référence non seulement aux données mais également aux programmes d'ordinateur. D'ailleurs, la définition de « programme d'ordinateur » dans le Code criminel réfère spécifiquement à celle de « données ». Nous en déduisons donc que les programmes d'ordinateur sont touchés par la définition de « données ». Dans les deux cas, les peines maximales qui peuvent être obtenues sont un emprisonnement d'au plus dix ans si le prévenu est trouvé coupable d'un acte criminel. La couronne peut également procéder par voie de mise en accusation par procédure sommaire, la pénalité maximum étant alors moindre.

5. EXCEPTIONS À LA VIOLATION DU DROIT D'AUTEUR ET DES DROITS MORAUX

Il n'existe aucune exception à la violation des droits moraux. Quant aux exceptions à la violation du droit d'auteur, la loi comporte des exceptions particulières aux programmes d'ordinateur, dont nous traiterons sous les paragraphes 5.1 et 5.2, et des exceptions applicables à toutes les catégories d'oeuvres, dont nous traiterons aux paragraphes 5.4 et 5.5.

5.1 Copie de sauvegarde

La Loi de 1988 a introduit par son article 5 la possibilité, pour le propriétaire d'un exemplaire autorisé par le titulaire du droit

d'auteur, de produire une seule copie de sauvegarde de l'exemplaire s'il établit qu'elle est détruite dès qu'il n'est plus propriétaire de l'exemplaire. Donc, il ne suffit pas à l'utilisateur d'être autorisé à utiliser l'exemplaire; il doit aussi en être propriétaire. Comme les dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* ne sont pas, en règle générale, d'ordre public, le titulaire du droit d'auteur peut restreindre, abolir ou élargir ce droit.

5.2 Copie d'adaptation

Ce même article 5 de la Loi de 1988 permet au «propriétaire d'un exemplaire — autorisé par le titulaire du droit d'auteur — d'un programme d'ordinateur, de produire une seule copie de l'exemplaire par adaptation, modification ou conversion, ou par traduction en un autre langage informatique s'il établit que la copie est destinée à assurer la compatibilité du programme avec un ordinateur donné, qu'elle ne sert qu'à son propre usage et qu'elle est détruite dès qu'il n'est plus propriétaire de l'exemplaire».

5.3 Copie privée

Le sous-comité sur la révision du droit d'auteur avait fait en 1985 diverses recommandations favorisant largement l'enregistrement à domicile, que l'on peut qualifier de «copie privée» sous certaines réserves:

93. L'enregistrement à domicile devrait être autorisé en vertu de la loi révisée sous réserve du paiement d'une compensation sous forme d'une redevance perçue sur le support matériel et sur l'appareil utilisés pour reproduire l'oeuvre.

94. Le mécanisme employé pour établir le montant des redevances devrait prendre la forme du dépôt de tarifs par les sociétés de gestion collective en vue de les faire autoriser par la Commission d'appel du droit d'auteur.

95. Les fabricants ou les importateurs devraient verser directement les redevances aux sociétés de gestion collective.

96. Lorsque des oeuvres sont protégées selon le principe de la réciprocité, les titulaires du droit d'auteur sur ces oeuvres devraient participer au régime de compensation selon le même principe.

Dans sa réponse de février 1986, le gouvernement fédéral reconnut le mérite de l'objectif de compenser les créateurs mais il annonça qu'il devrait examiner la meilleure façon de mettre cet objectif en oeuvre. La Loi de 1988 étant silencieuse à ce sujet, la

copie privée demeure un acte non autorisé au Canada, sauf disposition contraire de toute licence d'utilisation. Si le législateur se penche sur cette question, il devra sans doute distinguer entre la copie faite à partir du captage d'une oeuvre par télécommunication ou d'un exemplaire appartenant légitimement à celui qui copie ou encore d'un exemplaire appartenant légitimement à autrui et celle faite à partir d'un exemplaire contrefait.

5.4 Utilisation équitable

En vertu du paragraphe 27(2)a) de la *Loi sur le droit d'auteur*, l'utilisation équitable d'une oeuvre pour des fins d'étude privée, de recherche, de critique, de compte rendu ou en vue d'en préparer un résumé destiné aux journaux, ne constitue pas une violation du droit d'auteur. Précisons tout d'abord que l'utilisation équitable n'est pas une exception en vertu de laquelle l'utilisateur doit obtenir d'avance une autorisation statutaire; celle-ci dépend exclusivement du titulaire du droit d'auteur. Il s'agit plutôt d'une défense que l'on peut invoquer lors d'une poursuite pour violation du droit d'auteur. Ce n'est qu'une fois la violation établie que l'on peut décider si une défense invoquant l'utilisation équitable permettrait d'excuser la violation. La défense ne réussira que si l'utilisation était équitable et que si elle visait l'une des cinq fins énumérées. Notons qu'il est fort douteux que la confection d'une copie intégrale d'un programme d'ordinateur, même pour l'une des cinq fins énumérées, puisse constituer une utilisation équitable car, traditionnellement, cette défense n'a été appliquée qu'à la reproduction d'extraits d'oeuvres protégées.

Dans ses recommandations 82 à 86, le sous-comité sur la révision du droit d'auteur proposait de conserver la nature de la défense d'utilisation équitable. Il suggérait par contre que cette défense ne couvre pas les oeuvres non publiées, que les fins pour lesquelles l'utilisation est équitable comme défense devraient être conservées, mais qu'elles soient révisées de manière à préciser que la recherche doit être privée et que tous les médias soient inclus. Finalement, le sous-comité avançait qu'une liste de facteurs, que les tribunaux devraient prendre en considération, devait être ajoutée à la loi à titre d'exemples et sans ordre de priorité.

Le gouvernement fédéral, dans sa réponse de février 1986, exprima son accord de principe avec ces recommandations mais annonça qu'il examinerait leurs implications sur les pratiques de recherche en général. Quant aux oeuvres non publiées déposées auprès d'institutions d'archives ou de conservation, le gouvernement déclara que la loi accorderait le bénéfice de l'exception de l'utilisation

équitable pour la recherche, qu'elle soit privée ou non. Quoi qu'il en soit, la Loi de 1988 n'a modifié aucune des dispositions de la loi antérieure et il faudra sans doute attendre la deuxième phase de la révision sur le droit d'auteur pour en savoir plus long.

5.5 Autres exceptions

Il existe d'autres exceptions dans la *Loi sur le droit d'auteur* mais aucune d'entre elles, à notre avis, ne s'applique aux programmes d'ordinateur.

CONCLUSION

Comme nous pouvons le constater, le régime de protection des programmes d'ordinateur est en évolution au Canada et, d'ici quelques années, plusieurs des remarques faites ci-dessus devront être modifiées, que ce soit à cause des changements jurisprudentiels ou législatifs.

Création assistée par ordinateur d'oeuvres protégées par le droit d'auteur*

Barry B. Sookman**

1. INTRODUCTION

La succession rapide des innovations technologiques dans le domaine des communications et des technologies numériques et leur utilisation par des créateurs de tous les horizons posent de sérieux et fondamentaux défis juridiques relativement au droit d'auteur. Ces problèmes sont fondamentaux car des concepts de base comme ceux d'« auteur », d'« originalité » ou de « violation du droit d'auteur » sont de plus en plus difficiles à appliquer. Ces défis sont sérieux car la vitalité de ces technologies fait qu'elles se répandent partout justement au moment où les frontières de la propriété intellectuelle deviennent de plus en plus insaisissables et embrouillées.

Les concepts juridiques essentiels d'« auteur » et d'« originalité » sont apparus à une époque dominée par la technologie de l'imprimé, alors que le livre était le principal moyen de diffusion des oeuvres protégées par le droit d'auteur. La notion selon laquelle une « expression » donnée constitue l'oeuvre d'un auteur particulier était, dans une large mesure, dérivée de l'invention de la presse à imprimer. Autrefois, un ouvrage se trouvait délimité de manière statique sous forme d'un imprimé, d'un manuscrit ou d'une autre forme matérielle traditionnelle. Les livres, les dessins, les compositions musicales, les gravures sont des exemples d'oeuvres traditionnelles protégées par le droit d'auteur.

© Barry B. Sookman, 1989. Traduction de l'ALAI Canada.

* Cet article reprend l'allocution prononcée par l'auteur à Québec le 22 septembre 1989 dans le cadre du congrès de l'Association littéraire et artistique internationale (ALAI) sur *L'informatique et le droit d'auteur*.

** Monsieur Sookman est avocat et membre du High Technology Department de l'étude torontoise McCarthy et McCarthy. Il est l'auteur de *Sookman Computer Law : Acquiring and Protecting Information Technology*.