

Les formes de la propriété intellectuelle et leurs domaines d'application

Marcel Dubé

Chapitre 2 de l'ouvrage

*Propriété intellectuelle et université
Entre la privatisation des idées et la libre circulation des savoirs*

publié en 2010 aux Presses de l'Université du Québec

Ce document est disponible dans Archipel (UQAM) :
<http://archipel.uqam.ca/3460>

Informations sur la version papier, dans le site des PUQ :
<http://puq.ca/catalogue/collections/propriete-intellectuelle-universite-3699.html>

29 octobre 2010

LES FORMES DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET LEURS DOMAINES D'APPLICATION

Comme elle a pour missions de stimuler l'exploitation économique des œuvres du créateur et d'assurer la reconnaissance de son génie créatif, tout en favorisant le plus largement possible leur diffusion, la propriété intellectuelle revêt un caractère protéiforme. En effet, puisque par sa nature même l'expression créatrice est à ce point diversifiée et originale, on serait porté à croire qu'elle résiste à toute catégorisation quelque peu structurée et hermétique. Cela n'a pas empêché pour autant le droit français de proposer une double classification. Selon que l'œuvre relève de la création littéraire ou artistique ou du génie industriel, il distingue la propriété littéraire et artistique qu'il oppose à la propriété industrielle.

Pour les fins du présent chapitre, nous retiendrons cette classification et nous présenterons successivement les législations qui régissent l'une et l'autre catégories, avant de jeter un regard sur le régime législatif applicable à la propriété de la création scientifique. On constatera alors que toutes ces législations ont pour objet soit de favoriser la production créatrice, soit d'en faciliter la diffusion; certaines même poursuivent ces deux finalités.

La propriété industrielle

Le régime de la propriété dite industrielle vise à favoriser l'innovation, laquelle soit constitue la raison d'être de l'entreprise qui l'a produite, soit lui accorde un avantage concurrentiel. Il s'est développé au fil des temps diverses législations ayant cette vocation de favoriser l'activité innovante et son exploitation en entreprise. Certaines de ces législations ont pour objet premier de récompenser la production créatrice, d'autres favorisent plutôt la mise en marché des produits de cette création. Dans la première catégorie, on peut ranger la *Loi sur les brevets*¹, la *Loi sur la protection des obtentions végétales*² et la *Loi sur les topographies de circuits intégrés*³. Par ailleurs, la *Loi sur les dessins industriels*⁴ et la *Loi sur les marques de commerce*⁵ relèvent plutôt de la seconde catégorie. Nous présenterons sommairement ci-après ces législations en précisant brièvement leur objet, les conditions de leur mise en œuvre ainsi que la durée des droits qu'elles octroient à leurs titulaires.

Les brevets d'invention

La *Loi sur les brevets d'invention* s'avère la première en date à avoir été adoptée en vue de favoriser la production créatrice dans l'entreprise⁶. Elle est aussi la mieux connue et sans doute la plus souvent

-
1. L.R.C. c. P-4.
 2. L.C. 1990, c. 20, devenue L.R.C. 1985, c. P-14.6.
 3. L.C. 1990, c. 37, devenue L.R.C. 1985, c. I-14.6.
 4. L.R.C. 1985, c. I-9.
 5. L.R.C. 1985, c. T-13.
 6. Voir le chapitre 5.

utilisée dans ce contexte. Comme on l'a vu au chapitre précédent, cette loi vise essentiellement à accorder à la personne qui a réalisé une invention un monopole temporaire et territorial d'exploitation de son invention. Il importe dans un premier temps de définir ce qu'on entend par « invention » au sens de la *Loi sur les brevets* avant de préciser à quelles conditions un monopole d'exploitation sera octroyé à la personne qui a réalisé une telle invention.

Au sens de la *Loi canadienne sur les brevets*⁷, l'« invention » est définie comme :

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.

Sans procéder à une analyse de chacun des termes qui explicitent cette définition⁸, on notera qu'elle entend mettre en exergue la nécessité d'une intervention créatrice humaine qui justifie et conditionne l'octroi du monopole. Comme la Cour suprême du Canada le rappelait dans une décision rendue en décembre 2002 :

Dans l'esprit des gens, monopole rime avec hausse de prix. La population ne devrait pas être appelée à payer un prix élevé pour des spéculations, pour l'énoncé « de simples principes scientifiques ou conceptions théoriques » (par. 27(3) [de la *Loi sur les brevets*]) ou encore pour la « découverte » de choses évidentes ou déjà existantes. Le monopole conféré par un brevet ne devrait s'acquérir qu'au prix de divulgations nouvelles, ingénieuses, utiles et non évidentes⁹.

Cette remarque du plus haut tribunal canadien nous rappelle que toute production nouvelle ne fait pas nécessairement l'objet d'un brevet. Au delà de la règle législative formulée au paragraphe 27(8) de la Loi¹⁰, qui exclut de la brevetabilité « de simples principes scientifiques ou conceptions théoriques », les tribunaux canadiens¹¹ ont refusé que soient brevetés les découvertes de réalités préexistantes, les méthodes de travail (habiletés professionnelles, traitements médicaux), les programmes d'ordinateur (en tant que tels et non comme partie d'un système) et les formes de vie supérieures¹².

Par ailleurs, non seulement la Loi impose une intervention humaine créatrice mais, tel que le précise le texte de la définition législative, elle prescrit que cette intervention soit nouvelle et utile¹³. Elle doit aussi être marquée du sceau de l'ingéniosité; en ce sens, elle ne doit pas être « évidente » pour la personne versée dans le domaine de l'invention¹⁴. Nous examinerons un peu plus attentivement ces divers caractères dans les paragraphes qui suivent.

Pour les fins de la délivrance d'un brevet, une invention est considérée nouvelle lorsqu'elle n'a pas été rendue accessible au public (*i.e.* communiquée) au Canada ou ailleurs avant le dépôt d'une

7. *Supra* note 1, art. 2.

8. On trouvera une telle analyse dans Fox (1969, p. 60-61) et Vaver (1997, p. 119-143).

9. *Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.*, [2002] 4 R.C.S. 153, paragr. 37.

10. *Supra* note 1.

11. À la différence des tribunaux américains, qui ont largement étendu au cours des dernières décennies la portée de ce qui peut être breveté (voir le chapitre 5).

12. Lire à ce propos le commentaire que formulait Madame la juge Louise Arbour (alors juge à la Cour suprême du Canada) dans l'affaire *Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser*, [2004] 1 R.C.S. 902, paragr. 132 et 133. Voir aussi, pour une analyse plus complète de la question, Gervais et Judge (2006, p. 346-377).

13. *Supra* note 1, définition de « invention ».

14. *Ibid.*, art. 28.3. « L'objet qui définit la revendication d'une demande de brevet ne doit pas, à la date de la revendication, être évident pour une personne versée dans l'art ou la science dont relève l'objet, [...] ».

demande de brevet¹⁵. En ce sens, est considérée avoir été communiquée toute divulgation « qui permet à une personne versée dans le domaine de réaliser l'objet de la revendication » (Jodoin, 2000, p. 681). On entend par divulgation la communication de toute information pertinente relative à l'invention, que ce soit sous forme de manuscrits ou d'imprimés (v.g. livres ou articles), d'exposés oraux (v.g. conférences), de mise en marché (v.g. ventes ou usages publics de l'invention), de photographies ou même d'autres brevets préexistants¹⁶. Par ailleurs, la communication sera considérée accessible au public, lorsque la personne à qui elle est faite « est libre en droit et en équité d'utiliser l'information comme elle l'entend »¹⁷. Selon cet auteur, on fait référence ici à la personne qui n'est restreinte ni de façon expresse ni de façon implicite à utiliser librement l'information qui lui est transmise en raison de quelque lien de fidélité, de loyauté ou de confidentialité¹⁸.

De même pour être brevetable, l'invention doit être utile. La pertinence de ce caractère a été fort bien expliquée par la Cour suprême du Canada dans sa décision rendue dans l'affaire *Apotex* précitée¹⁹ :

Comme on l'a dit à maintes reprises, le brevet n'est pas une distinction ou une récompense civique accordée pour l'ingéniosité. C'est un moyen d'encourager les gens à rendre publiques les solutions ingénieuses apportées à des problèmes concrets, en promettant de leur accorder un monopole limité d'une durée limitée. La divulgation est le prix à payer pour obtenir le précieux droit de propriété exclusif qui est une pure création de la *Loi sur les brevets*.

En règle générale, la reconnaissance de ce caractère d'utilité vise à confirmer que l'invention est réellement fonctionnelle et que les revendications qui la déterminent peuvent faire l'objet d'une exploitation économique. En ce sens, lorsque l'octroi d'un brevet est – totalement ou en partie – remis en cause devant les tribunaux en invoquant le manque d'utilité de l'invention, ces derniers s'appuieront très souvent sur le succès commercial de l'invention pour confirmer son utilité. L'utilité de l'invention peut également servir à établir l'existence d'une activité inventive.

L'invention doit encore présenter le caractère de l'ingéniosité (certains parlent plutôt d'activité inventive). Il s'agit ici de confirmer que l'inventeur a fait montre d'au moins une étincelle de créativité justifiant l'octroi du monopole. C'est en ce sens que la Loi souligne que l'invention ne doit pas être évidente pour la personne versée dans le domaine²⁰.

Mais quand et comment déterminer si l'invention est ou non évidente? Les tribunaux ont développé à cet effet un test comportant un certain nombre de paramètres. Ce test peut se résumer ainsi :

Le test de l'évidence consiste principalement à déterminer si un technicien peu imaginatif ayant des connaissances générales ordinaires pourrait, en consultant l'état de la technique, aboutir directement et sans difficulté à l'invention couverte par la revendication, c-à-d. la matière définie par celle-ci²¹.

15. *Ibid.*, art. 28.2. On notera qu'aux termes de l'alinéa 1 de cette disposition, il est accordé un délai de grâce d'une année avant le dépôt de la demande de brevet, si la communication faite au public émane de l'inventeur lui-même. Pour une analyse plus détaillée du caractère de nouveauté, le lecteur aura avantage à lire le développement de M^e N. Jodoin (2000, p. 681-692).

16. *Ibid.*, p. 679.

17. *Ibid.*, p. 669 et 680.

18. *Ibid.*, p. 669 et 670.

19. Voir *supra* note 9, paragr. 37.

20. *Supra* note 1, art. 28.3.

21. Extrait du paragraphe 15.01.02 du *Recueil des règles des pratiques du Bureau des brevets*, cité dans N. Jodoin (2000, p. 690-691).

Comme le prévoit l'article 28.3 de la Loi canadienne, c'est normalement à la date du dépôt de la demande de brevet (qualifiée de « date de la revendication » dans la Loi) que s'analyse cet état de la technique, que certains dénomment « l'art antérieur ».

Ajoutons enfin que, dans la procédure administrative qui conduit à l'octroi ou au refus d'un brevet d'invention, ces caractères font l'objet d'un contrôle attentif de la part du commissaire aux brevets (et de ses examinateurs)²².

On se rappellera que l'octroi d'un brevet par le commissaire aux brevets fait suite à une demande déposée par l'inventeur ou son représentant légal²³. Pour les tribunaux, l'inventeur est celui qui a concrétisé l'invention et non simplement celui qui l'a conçue sans la réaliser ou encore celui qui l'a réalisée mais sans l'avoir divulguée²⁴. Aussi, lorsque plus d'une personne revendique avoir réalisé une même invention, le brevet sera octroyé au premier qui aura déposé la demande, même si dans les faits sa réalisation est postérieure à celle des autres²⁵. Le droit américain retient jusqu'à présent la solution contraire²⁶.

Une fois octroyé par l'organisme territorial compétent²⁷, le brevet accorde à son titulaire sur ce seul territoire un droit exclusif d'une durée de 20 ans qui se calcule à compter de la date du dépôt de la demande du brevet²⁸. Ce droit exclusif ne sera cependant maintenu en vigueur que si le titulaire paie régulièrement au commissaire la taxe réglementaire qui assure le maintien en état sur ce territoire des droits conférés par le brevet²⁹.

Sans doute est-il utile aussi de rappeler que le Canada, en signant le Traité de coopération en matière de brevets (PCT) en 1990, a également facilité à ses ressortissants le dépôt de demandes de brevet dans au moins 136 autres pays. En vertu de cette convention en effet, le déposant d'une demande de brevets peut présenter une demande internationale de brevet, ce qui lui permet :

[...] de demander la protection d'un brevet pour une invention simultanément dans un grand nombre de pays en déposant une demande « internationale » de brevet. Une telle demande peut être déposée par toute personne qui a la nationalité d'un État contractant ou est domiciliée dans un tel État. Elle peut en général être déposée auprès de l'office national des brevets de l'État contractant dont le déposant a

22. *Loi sur les brevets*, *supra* note 1, art. 35 et *Règles sur les brevets*, DORS/96-423, art. 28 et s.

23. *Supra* note 1, art. 27(1).

24. Voir l'arrêt *Wire Tying Machine Co. Ltd v. Cary Manufacturing Co.*, [1926] R.C. de l'É. 170.

25. *Ibid.*, p. 180-182. Des extraits pertinents de cette décision relatifs à cette question sont reproduits – et traduits – dans Gervais et Judge (2006, p. 404-405).

26. Doctrine américaine du *first to invent* (voir 35 USC § 135). Cette doctrine s'oppose à celle du *first inventor to file*, laquelle fut retenue par la plupart des autres pays. Le Congrès américain tente depuis 2005 de passer du système du premier inventeur à celui du premier déposant. À trois reprises des tentatives ont été faites en ce sens, mais elles n'ont pas encore abouti jusqu'à maintenant. Voir *Patent Act of 2005* (H.R. 2795) (travaux de la 109^e session); *Patent Reform Act of 2007* (H.R. 1908, S. 1145) (travaux de la 110^e session); *Patent Reform Act of 2009* (S. 515/S. 610, H.R. 1260) (travaux de la 111^e session).

27. Au Canada, le Bureau des brevets administrativement rattaché à l'Office de la propriété intellectuelle du Canada (OPIC), relevant du ministère canadien de l'Industrie. Voir *Loi sur les brevets*, *supra* note 1, art. 3.

28. *Ibid.*, art. 44. Cette règle ne s'applique toutefois qu'aux demandes déposées après le 1^{er} octobre 1989; les demandes antérieures étaient assujetties à une durée de 17 ans qui se comptait plutôt à compter de la date de délivrance du brevet. *Ibid.*, art. 45.

29. Voir les articles 45 et 46 de la Loi, *ibid.* et les *Règles* précitées, *supra* note 22, art. 182 ainsi que l'article 32 de l'annexe II de ces Règles.

la nationalité ou dans lequel il est domicilié ou, si le déposant le préfère, auprès du Bureau international de l'OMPI à Genève.

La demande internationale fait ensuite l'objet d'une « recherche internationale ». Cette recherche est effectuée par l'un des principaux offices de brevets nommés par l'Assemblée de l'Union du PCT en qualité d'administration chargée de la recherche internationale. Le résultat de cette recherche est un « rapport de recherche internationale », c'est-à-dire une énumération des références des documents publiés qui pourraient affecter la brevetabilité de l'invention revendiquée dans la demande internationale. Dans le même temps, l'administration chargée de la recherche établit une opinion écrite sur la brevetabilité de l'invention.

Le rapport de recherche internationale et l'opinion écrite sont communiqués au déposant, qui peut décider de retirer sa demande, notamment si ce rapport rend improbable la délivrance de brevets.

Si la demande internationale n'est pas retirée, elle est publiée par le Bureau international, avec le rapport de recherche internationale. L'opinion écrite n'est pas publiée³⁰

D'ailleurs au Canada, cette demande de brevet internationale peut être adressée à l'Office de la propriété intellectuelle (OPIC)³¹ Comme il est précisé sur le site web de l'Office : « Une demande déposée au Canada en vertu du Traité est automatiquement considérée comme un dépôt ordinaire en vue de l'obtention d'un brevet canadien »³².

On comprendra aussi que toute cette démarche qui va de la recherche de l'art antérieur jusqu'à l'octroi du brevet et à son maintien en vigueur peut entraîner des coûts très importants, se chiffrant facilement à des dizaines de milliers de dollars, auxquels peuvent s'ajouter les frais liés à l'obtention et au maintien d'autant de brevets octroyés dans d'autres pays pour la même invention. À ces frais pourront s'ajouter, le cas échéant, les frais juridiques liés aux procédures de défense de son droit exclusif partout où celui-ci fait l'objet d'une contestation ou ceux découlant d'une poursuite en contrefaçon.

La protection des obtentions végétales

Dans la lignée des législations de propriété industrielle régissant la production créatrice, on retrouve depuis quelques années ce type de législation fortement inspiré des législations sur les brevets d'invention et touchant plus spécifiquement les inventions relatives à la production horticole ou même agricole.

Un bref rappel historique nous permet de constater que c'est en raison de la réticence des bureaux de brevets nationaux à octroyer des brevets pour la création de nouvelles plantes qu'est né ce type de législation. En effet, on avait pris l'habitude de s'objecter à l'octroi de brevets du fait que le produit végétal est plus le résultat de l'action de la nature que celui de l'intervention humaine. De plus, ce type d'invention se heurtait le plus souvent à un vice majeur, celui de sa reproductibilité. En effet, une invention au sens de la législation en matière de brevets doit en principe être décrite de façon telle, dans le mémoire descriptif de l'invention, que la personne versée dans le domaine concerné

30. Extrait des notes de présentation de ce traité sur le site web de l'OMPI (n.d.b).

31. Cette démarche est décrite dans le *Guide des brevets* (OPIC 2008, partie III, section « Demande de brevet à l'étranger »).

32. *Ibid.*, section « Traité de coopération en matière de brevets ». Voir également en ce sens les *Règles sur les brevets*, *supra* note 22, telles que modifiées en particulier par DORS/2003-208.

puisse, à sa lecture, être en mesure de reproduire telle quelle et sans difficulté l'invention pour en réaliser l'exploitation industrielle et commerciale³³.

Devant ces objections, divers États se concertèrent pour adopter en 1961 une convention internationale³⁴ dont la vocation était de favoriser la réalisation de nouvelles productions végétales, en octroyant à leurs artisans un droit d'exploitation exclusif et temporaire. L'UPOV (Union internationale pour la protection des obtentions végétales) mettait ainsi en place une mécanique favorisant la création de nouvelles variétés de plantes, dans la mesure où celles-ci étaient suffisamment nouvelles, homogènes et stables, en octroyant à leurs obtenteurs un droit exclusif d'exploitation de leur nouvelle production, pour une durée comparable à celle résultant de l'octroi d'un brevet d'invention. Le Canada adhéra à cette Convention en 1989 et mit en vigueur l'année suivante sa propre *Loi sur la protection des obtentions végétales*³⁵, fortement inspirée, dans ses principes comme dans sa forme, de la Convention de 1961.

Bien que nous ne croyons pas approprié d'élaborer en ces pages une longue présentation de cette législation, nous en rappellerons tout de même succinctement les principales caractéristiques en empruntant à cette fin à la décision du juge Muldoon de la Cour fédérale, dans l'affaire *University of Saskatchewan c. Canada (Directrice du Bureau de la protection des obtentions végétales)*³⁶, ce passage fort à propos :

¶ 47 La *Loi sur la protection des obtentions végétales* permet aux sélectionneurs de protéger de nouvelles variétés de végétaux. Les variétés peuvent être protégées en vertu du texte législatif pour une période pouvant atteindre 18 ans. Toutes les espèces de végétaux, sauf les algues, les bactéries et les champignons, peuvent être protégées. Le propriétaire d'une nouvelle variété qui obtient un certificat possède des droits exclusifs à l'égard de l'utilisation de la variété et peut protéger celle-ci contre l'exploitation par des tiers. La *Loi sur la protection des obtentions végétales* vise à stimuler les activités de sélection végétale au Canada, à assurer aux producteurs canadiens un meilleur accès à des variétés étrangères et à mieux protéger les variétés canadiennes dans les autres pays.

L'article 6 de la *Loi*³⁷ confirme que le certificat confère à son titulaire un droit exclusif d'exploitation de son obtention pour une période maximale de 18 ans à compter du jour de la remise du certificat, à la condition que le titulaire ait versé au directeur la taxe réglementaire annuelle de maintien en vigueur.

Les topographies de circuits intégrés

Cette autre législation³⁸ vise aussi la protection de productions intellectuelles à finalité industrielle. Elle couvre à cet effet la réalisation de configurations techniques intégrées dans des circuits électroniques ainsi que les montages topographiques de ces circuits³⁹.

33. Voir l'aliéna 27(3)b) de la *Loi sur les brevets*, *supra* note 1.

34. Cette convention (Convention de l'UPOV) est entrée en vigueur en 1968. Elle a fait par la suite l'objet de révisions successives en 1972, 1978 et 1991.

35. Voir *supra* note 2.

36. [2001] 3 C.F. 247, p. 270.

37. Voir *supra* note 2.

38. *Loi sur les topographies de circuits intégrés*, voir *supra* note 3.

39. Voici comment l'Office de la propriété intellectuelle du Canada, dans son *Guide des topographies de circuits intégrés* (2006), présente ces créations :

Comme c'est le cas de toute législation de propriété intellectuelle, un droit d'exploitation exclusif est accordé au créateur de ces configurations pour qu'il tire des bénéfices pécuniaires de sa création. Aussi, personne ne peut reproduire, fabriquer, importer ou mettre sur le marché ces productions, sans l'autorisation de leur auteur.

Plus précisément, tel que l'énonce le paragraphe 3(2) de cette Loi :

- 2) Le titre de protection sur une topographie enregistrée ou sur toute partie importante de celle-ci confère à son titulaire le droit exclusif de :
 - a) la reproduire;
 - b) l'incorporer à la fabrication d'un circuit intégré;
 - c) l'exploiter commercialement ou l'importer, de même que tout circuit intégré dans lequel elle est incorporée.

Le paragraphe 4(1) de la Loi⁴⁰ spécifie par ailleurs que ce ne sont pas toutes les productions de ce type qui font l'objet d'une protection en vertu de cette Loi; seules les productions enregistrées auprès du registraire des topographies procurent ce bénéfice exclusif à leur titulaire. Par ailleurs, ne peuvent être enregistrées que les productions considérées « originales » au sens du paragraphe 4(2) de la Loi (v.g. celles qui n'ont pas été copiées de topographies antérieures et qui manifestent un effort intellectuel de la part de leur créateur)⁴¹.

De son côté, l'article 5 de la Loi⁴² fixe à 10 années de calendrier à compter du dépôt de la demande d'enregistrement ou de la première exploitation commerciale de la topographie, si celle-ci est antérieure, la durée de l'exclusivité conférée par cette Loi⁴³.

Les dessins industriels

Cette autre législation⁴⁴, que l'on rattache aussi au secteur de la propriété industrielle, se caractérise par la protection de créations destinées non pas tant à la production industrielle qu'à sa diffusion ou plus spécifiquement à sa mise en marché. Il s'agit ici de protéger les caractéristiques visuelles (v.g.

Les circuits intégrés à semi-conducteurs sont au cœur des technologies modernes de l'information, des communications, du spectacle, de l'industrie manufacturière, de la médecine et de l'espace, et on les retrouve de plus en plus dans des appareils aussi courants que les électroménagers. La Loi et le Règlement désignent les « microplaquettes » qui comportent de tels circuits par le terme « circuits intégrés ».

Les circuits intégrés modernes consistent en une série complexe de couches de semi-conducteurs, de métaux, de diélectriques (d'isolants) et d'autres matériaux appliqués sur un substrat. La Loi et le Règlement désignent la configuration tridimensionnelle ces couches par l'expression « topographies de circuits intégrés ». [...]

Certains circuits intégrés, comme les mémoires vives (RAM) et les mémoires mortes (ROM), servent à enregistrer des jeux d'instructions pour les processeurs électroniques.

40. *Supra* note 3.

41. Ce caractère d'originalité rapproche beaucoup ce type de création de celles qui sont protégées par le droit d'auteur. Nous reviendrons plus loin sur cette condition d'originalité dans le développement relatif à la protection par le droit d'auteur. Voir plus loin la section *La propriété littéraire et artistique – Les conditions de protection*.

42. *Supra* note 3.

43. Gervais et Judge (2006, p. 512) mentionnent qu'en raison des modifications apportées à la conception actuelle des puces électroniques, cette législation est devenue pratiquement désuète.

44. *Loi sur les dessins industriels*, voir *supra* note 4.

configuration, motifs et éléments décoratifs)⁴⁵ des objets issus de la production industrielle d'objets utilitaires, de manière à les rendre plus attrayants pour la clientèle. On a qu'à penser aux efforts consacrés à chaque année par les entreprises de l'industrie automobile – pour ne mentionner que celles-là – en vue d'offrir des véhicules nouveaux, attrayants et surtout différents de ceux de leurs concurrents, pour prendre conscience de la finalité de cette législation et se convaincre de la pertinence économique d'une telle protection.

Ici encore, un droit exclusif d'exploitation est accordé au créateur⁴⁶, en l'occurrence la personne qui a réalisé le nouveau dessin des caractéristiques visuelles de l'objet industriel ou celle qui l'a commandé contre rémunération⁴⁷. Pendant une période maximale de dix ans à compter de l'enregistrement de son droit⁴⁸, le titulaire de ce droit pourra empêcher la fabrication, l'importation, l'exposition commerciale et la mise en marché d'objets présentant une forme identique ou trop confusément semblable à celle de son dessin enregistré⁴⁹.

Pour assurer la protection de ce dessin, l'éventuel titulaire doit l'enregistrer dans l'année qui suit sa publication⁵⁰ et, à cette fin, soumettre une demande au Ministre chargé de l'application de la Loi; il doit de même répondre aux exigences administratives qui en découlent⁵¹.

Les marques de commerce

Cette législation⁵², que l'on peut rattacher aussi à la propriété industrielle, accorde également un droit exclusif d'exploitation à son titulaire, visant plutôt cette fois la protection de son image commerciale.

On comprendra aisément qu'une entreprise ne puisse fonder sa mise en marché uniquement sur les qualités intrinsèques des produits ou services qu'elle offre à sa clientèle. Compte tenu de la diversité des intervenants et de la quantité innombrable des biens et services qui se retrouvent sur le marché, une part non négligeable du pôle d'attraction d'une entreprise – sa part du marché – est établie grâce aux liens de qualité, de crédibilité et de confiance qu'elle a pu nouer et maintenir avec ses clients

45. *Ibid.*, art. 2, définition de « dessin ». Cette définition exclut d'ailleurs la protection de tout dessin visant les aspects purement utilitaires de l'objet, tels par exemple le fait pour un silencieux d'automobile de présenter habituellement une forme oblongue et cylindrique.

46. *Ibid.*, art. 9 et 11.

47. *Ibid.*, art. 12.

48. *Ibid.*, art. 10.

49. *Ibid.*, art. 11.

50. *Ibid.*, paragr. 6(3). On reconnaît habituellement que le terme « publication » signifie « rendre le dessin accessible au public ». Dans une décision de 1984, rendue dans l'affaire *Algonquin Mercantile Corp. v. Dart Industries Canada Ltd.*, (1984) 1 C.P.R. (3d) 75 (C.A.F.), la Cour d'appel fédérale précisait le sens qu'il faut donner au terme « public » dans cette législation :

“Public” has many meanings but for purposes of the definition must be taken to include those who are, in fact, or are considered by the design owner as apt to be interested in taking up the offer of the design or advantage of its availability. Disclosure of the design, for the purpose of obtaining orders for an article to be made according to the design, is a publication of the design.

51. *Ibid.*, art. 3 à 7.

52. *Loi sur les marques de commerce*, voir *supra* note 5.

actuels et potentiels⁵³. Tel est l'un des principaux attributs de la marque de commerce et tel est le fondement économique du droit exclusif dévolu au titulaire de la marque qu'il entend utiliser en rapport avec les biens et services qu'il offre sur le marché.

Au plan juridique, les législations concernant les marques de commerce accordent en effet au titulaire un droit exclusif d'utilisation de sa marque en l'associant à un ou des biens donnés⁵⁴. Ceci lui permettra d'empêcher tout concurrent de créer de la confusion dans l'esprit du public du fait de l'adoption ou de l'emploi par ce concurrent d'une marque jugée trop semblable à celle du titulaire⁵⁵, voire, même en certains cas, entraînant une diminution de la valeur de son achalandage⁵⁶.

Si nous reprenons notre démarche antérieure, trois questions retiendront ici notre attention⁵⁷. Qu'est-ce qu'une marque au sens de cette Loi? À quelles conditions est-elle protégeable? Quelle est la durée du droit exclusif accordé au titulaire?

On entend généralement par « marque de commerce » toute marque⁵⁸ ou tout signe⁵⁹ employé par une personne (physique ou morale) afin de distinguer les biens ou services qu'elle fabrique ou met sur le marché de ceux fabriqués ou mis sur le marché par d'autres. Cette notion comprend aussi les marques de certification, qui consacrent une norme d'origine (v.g. « vins de Champagne », « produit

53. Voilà pourquoi on avance volontiers que l'objet premier d'une marque est d'informer le consommateur quant à la source des produits ou services qu'il se procure. Ainsi, la marque relie dans l'esprit de celui-ci le bien ou le service à l'entreprise d'où il origine et l'éclaire ou le conforte alors dans son choix. Comme l'indique le j. Linden de la Cour d'appel fédérale, dans *Pink Panther Beauty Corp. c. United Artists Corp.*, [1998] 3 C.F. 534 (C.A.) : « C'est l'association d'une marque de commerce à une source précise qui constitue l'élément décisif permettant de comprendre les droits que la Loi protège ».

54. *Supra* note 5, art. 19.

55. Certains lecteurs pourront objecter avec raison que la *Loi sur les marques de commerce* n'est pas la seule à sanctionner cette forme de concurrence déloyale par laquelle un concurrent appelle l'attention du public sur ses produits, ses services ou son entreprise en les faisant confusément passer pour ceux d'un autre. Des législations qui régissent la création des entreprises ou même la détermination de leur nom d'affaires, telles la *Loi sur les compagnies* du Québec (L.R.Q. c. C-38), la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (L.R.C. c. C-44) ou la *Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales* (L.R.Q. c. P-45), comportent des dispositions qui visent aussi à contrer de tels comportements déloyaux. De même, le régime de la responsabilité civile du *Code civil du Québec* donne ouverture à des recours en dommages contre le contrevenant (délit de commercialisation trompeuse), tout comme la *common law* le sanctionne par le biais du *tort of passing off*.

56. *Supra* note 5, art. 22.

57. Il s'agit, on l'aura compris, d'une présentation fort sommaire de cette législation; pour une analyse plus complète, nous référons à nouveau le lecteur à Gervais et Judge (2006, p. 167-335).

58. Tels un logo, un slogan, un personnage ou un nom d'affaires qui caractérisent nettement l'entreprise qui l'emploie. Voir *supra* note 5, la définition de « marque de commerce » à l'article 2. Mais la marque peut-elle aussi être auditive ou même olfactive? Il semble bien que non, les tribunaux exigeant plutôt une représentation qui s'adresse au sens de la vue. Voir à ce sujet Gervais et Judge (2006, p. 188-190).

59. Le même article 2, *ibid.*, définit ainsi un « signe distinctif »:

Selon le cas :

a) façonnement de marchandises ou de leurs contenants;

b) mode d'envelopper ou emballer des marchandises,

dont la présentation est employée par une personne afin de distinguer, ou de façon à distinguer, les marchandises fabriquées, vendues, données à bail ou louées ou les services loués ou exécutés, par elle, des marchandises fabriquées, vendues, données à bail ou louées ou des services loués ou exécutés, par d'autres.

du Québec »), de qualité (ex. « Pure laine vierge », « norme ISO ») ou d'appartenance à un groupe (i.e. « Étiquette syndicale »).

Essentiellement, pour bénéficier de la protection de la Loi, la marque ou le signe doit être distinctif, et sous l'égide de la Loi, l'enregistrement est alors la condition *sine qua non* pour que son titulaire puisse bénéficier de l'exclusivité de sa marque de commerce⁶⁰. Ce caractère distinctif peut faire l'objet d'un contrôle tant lors de la demande d'enregistrement de la marque de commerce auprès du registraire des marques⁶¹ que lorsque le titulaire enregistré invoque une violation de sa marque par un concurrent qui emploie une marque qui porte à confusion⁶². Il en est de même lorsque la marque enregistrée est employée par un utilisateur d'une manière susceptible de créer une diminution de la valeur de l'achalandage de son titulaire⁶³.

Une autre condition imposée au titulaire des droits sur sa marque de commerce enregistrée pour préserver son exclusivité est d'en faire usage. En effet, même si l'inscription d'une marque au registre vaut pour une durée de quinze ans et est renouvelable indéfiniment pour la même durée sur paiement des droits prescrits⁶⁴, une marque non employée à l'égard de l'ensemble ou de l'une ou l'autre marchandise ou service spécifié dans l'enregistrement peut toujours faire, après trois ans de non-usage, l'objet d'une radiation totale ou partielle à la demande de toute personne intéressée⁶⁵.

Les diverses législations dont nous venons de présenter les principaux caractères visent soit à assurer au titulaire du droit l'exclusivité d'exploitation de créations industrielles (brevets d'invention, obtentions végétales, circuits intégrés), soit à lui en faciliter la mise en marché (dessins industriels et marques de commerce). C'est en ce sens qu'elles sont qualifiées de lois de propriété industrielle.

Nous aborderons maintenant un autre modèle législatif applicable à des productions à caractère d'abord culturel; le droit français lui consacre le qualificatif de « propriété littéraire et artistique », alors que les régimes juridiques de tradition anglo-américaine parlent plutôt de « *copyright* ». Malgré leur appellation distincte, ces modèles recouvrent substantiellement la même réalité juridique, et la mécanique législative mise en place est assez similaire.

La propriété littéraire et artistique

Contrairement au régime applicable à la propriété industrielle, où tout un faisceau de lois a pour fonction d'assurer l'atteinte de la double finalité de la propriété intellectuelle, ici, une seule législation vise la mise en œuvre de cette double mission.

60. Voir l'article 19 de la Loi, *ibid.*

61. *Ibid.*, art. 30 et s., en particulier les art. 37 et 9 à 15.

62. L'article 6 de la Loi, *ibid.*, précise les manières et les circonstances qui donnent lieu à de la confusion au sens de cette Loi. Sommairement, et en empruntant aux termes législatifs, on peut avancer qu'une marque de commerce ou un nom commercial crée de la confusion avec une autre marque de commerce ou un autre nom commercial lorsque l'emploi des deux dans la même région ou sur le même territoire serait susceptible de faire conclure que les marchandises liées à cette marque ou à ce nom ou que les services liés à cette marque ou à ce nom utilisés par l'entreprise A et ceux liés à l'entreprise B ont été fabriqués, vendus, loués ou exécutés par la même personne. Exemple classique : l'utilisation du patronyme MacDonald par l'entreprise B dans le domaine de la restauration rapide, pour laisser croire au public qu'elle est rattachée à McDonald's Canada.

63. *Ibid.*, art. 22.

64. *Ibid.*, art. 46.

65. *Ibid.*, art. 45.

S'il est définitivement plus facile d'identifier le type d'œuvres qui fait l'objet de protection sous un régime dit de « propriété littéraire et artistique » que sous celui plutôt équivoque du *copyright* – droit de copie – développé par le droit anglo-américain, cette formulation un peu plus descriptive ne parvient toutefois pas à laisser deviner toutes les catégories d'œuvres que l'on entend protéger sous la coupe de ce modèle juridique (œuvres littéraires, dramatiques, musicales et artistiques). De son côté, le terme « *copyright* » ne laisse en rien transparaître la double nature des droits accordés au créateur de ces types d'œuvres : droits pécuniaires et droits moraux, pas plus qu'il n'exprime la double vocation de ce régime : favoriser à la fois la production et la diffusion de ces œuvres.

Dans le but de bien circonscrire le domaine d'application de ce régime particulier de propriété intellectuelle, soulignons tout d'abord que la législation qui la concrétise s'emploie, dans un premier temps, à réprimer toute reproduction non autorisée de l'œuvre du créateur littéraire, dramatique, musical ou artistique « ou d'une partie importante de celle-ci », précise le texte législatif⁶⁶.

Une autre fonction majeure lui a par ailleurs été assignée. Il s'agit de faire en sorte que le créateur puisse tirer un bénéfice économique de l'exécution en public de son œuvre. Cette exécution peut revêtir les formes les plus diverses, qu'il s'agisse de la présentation de l'œuvre directement au public sur une scène, dans une salle de spectacle, un bar, voire même en classe ou dans tout autre lieu de diffusion, ou que l'exécution de l'œuvre utilise des supports mécaniques ou électroniques qui permettent de communiquer celle-ci à un public donné (v.g. radio, télévision, Internet). Il suffit qu'en toute circonstance ces présentations permettent de rejoindre le public visé par le créateur.

Dans tous les cas néanmoins, pour que la loi s'applique, il faudra d'abord que l'œuvre réalisée par l'auteur satisfasse à deux conditions : elle doit être originale et avoir été fixée sur un support matériel qui en atteste l'existence. Nous examinerons successivement ces conditions de protection, avant de préciser brièvement ce que recouvre chacune des catégories d'œuvres.

Les conditions de protection

De la même manière que pour être brevetable l'invention doit être nouvelle, utile et ingénieuse, seule l'œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique *originale* est protégée par le droit d'auteur. C'est ce que confirme le paragraphe 5(1) de la Loi canadienne⁶⁷, condition que l'on retrouve d'ailleurs sous d'autres juridictions dans leurs législations vouées à la protection de la propriété littéraire et artistique.

Quant à l'exigence de *fixation* de l'œuvre sur un support matériel, on la retrouve inscrite au premier alinéa du paragraphe 3(1) de cette même Loi⁶⁸.

La condition d'originalité.– Si l'exigence de l'originalité est indéniable pour qu'une œuvre fasse l'objet d'une protection par le droit d'auteur, le sens qu'il faut donner à ce terme a varié considérablement d'une époque à l'autre, tout autant qu'il diffère d'un régime législatif à l'autre. Si, à une certaine époque, on a pu avancer péremptoirement que l'œuvre était originale du simple fait qu'elle tirait son origine de l'auteur qui l'a réalisée (v.g. que celui-ci pouvait démontrer qu'il ne l'avait pas copiée)⁶⁹, en d'autres temps et sous d'autres juridictions, on exige que l'œuvre soit le

66. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985. c. C-42, paragr. 3(1).

67. *Ibid.*, art. 5.

68. *Ibid.*, art. 3.

69. *University of London Press Ltd. v. University Tutorial Press Ltd.*, [1916] 2 Ch. 611.

résultat d'une activité créatrice (*i.e.* qu'elle soit la manifestation du jugement ou du talent de son créateur). En ce sens, les tribunaux de *common law* ont longuement hésité avant d'arrêter une position claire à cet égard, si bien que certains pouvaient simplement se satisfaire de ce que l'œuvre soit l'expression d'un effort, d'un labeur de la part de son auteur (doctrine du *sweat of the brow*; voir le chapitre 5), pendant que d'autres exigeaient de celui-ci l'expression manifeste d'une activité créatrice (doctrine de la *creativity*)⁷⁰.

Confronté à ces tensions contradictoires qui se manifestaient depuis plusieurs décennies, le droit de *copyright* ne parvenait pas à venir à bout de ces tiraillements, aussi les tribunaux suprêmes des États-Unis, puis du Canada, furent-ils mis à contribution. En 1991, la Cour suprême des États-Unis⁷¹ statua que l'on ne pouvait prétendre à des droits d'auteur sur une compilation d'informations sans d'abord établir que cette production témoignait d'un certain degré de créativité. Ainsi, le simple fait d'inscrire dans un annuaire téléphonique, le nom, l'adresse et le numéro de téléphone de ses abonnés et de classer ces informations selon l'ordre alphabétique des noms de ces derniers ne constituait pas en soi une activité suffisamment originale pour accorder au compilateur la protection du droit d'auteur.

Comme la Cour suprême américaine le note dans cette affaire :

*As a constitutional matter, copyright protects only those constituent elements of a work that possess more than a de minimis quantum of creativity. [...] Given that some works must fail, we cannot imagine a more likely candidate*⁷².

Dans sa déclaration finale le tribunal prend d'ailleurs le soin de préciser :

*This decision should not be construed as demeaning Rural's [l'entreprise demanderesse] efforts in compiling its directory, but rather as making clear that copyright rewards originality, not effort*⁷³.

Confrontée à son tour à une question d'organisation de données factuelles, la Cour suprême du Canada allait circonscrire, au printemps 2004, ce qui devrait constituer le critère de l'originalité d'une œuvre protégée par le droit d'auteur au Canada. Il s'agissait dans cette affaire de déterminer si les décisions judiciaires publiées par les éditeurs juridiques constituaient des œuvres originales. Ces œuvres contiennent, outre la reproduction de la décision elle-même, un sommaire factuel, un résumé jurisprudentiel ainsi qu'un index analytique de la décision.

Rappelant les tensions qui opposent les tenants du *sweat of the brow* et ceux pour qui il ne saurait y avoir originalité sans réelle créativité, Madame la juge en chef McLachlin choisit de mettre fin au débat qui perdurait devant les tribunaux inférieurs depuis une bonne quinzaine d'années, en tranchant ainsi :

J'arrive à la conclusion que la juste interprétation se situe entre ces deux extrêmes. Pour être « originale » au sens de la *Loi sur le droit d'auteur*, une œuvre doit être davantage qu'une copie d'une

70. Drassinower (2003-2004) a même proposé qu'il faille explorer une troisième voie doctrinale, celle de l'« autorat » (*authorship*) selon laquelle la créativité attendue de l'auteur et qui sert à définir l'originalité de son œuvre se mesure dans le rapport intellectuel que celui-ci établit avec sa création et non dans celle, plus instrumentaire, selon laquelle l'œuvre est apte à répondre aux attentes du public. Serait-ce la voie qu'a empruntée la Cour suprême du Canada en 2004 pour définir le modèle canadien, en exigeant que l'œuvre manifeste l'exercice du talent et du jugement de son auteur? Au-delà du libellé utilisé par la Cour, Drassinower semble y croire (voir sa dernière note infrapaginale).

71. *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc.*, 499 US 340 (1991).

72. *Ibid.*, p. 363-364, opinion du j. O'Connor.

73. *Ibid.*, p. 364.

autre œuvre. Point n'est besoin toutefois qu'elle soit créative, c'est-à-dire novatrice ou unique. L'élément essentiel à la protection de l'expression d'une idée par le droit d'auteur est l'exercice du talent et du jugement. J'entends par talent le recours aux connaissances personnelles, à une aptitude acquise ou à une compétence issue de l'expérience pour produire l'œuvre. J'entends par jugement la faculté de discernement ou la capacité de se faire une opinion ou de procéder à une évaluation en comparant différentes options possibles pour produire l'œuvre. Cet exercice du talent et du jugement implique nécessairement un effort intellectuel. L'exercice du talent et du jugement que requiert la production de l'œuvre ne doit pas être négligeable au point de pouvoir être assimilé à une entreprise purement mécanique. Par exemple, tout talent ou jugement que pourrait requérir la seule modification de la police de caractères d'une œuvre pour en créer une « autre » serait trop négligeable pour justifier la protection que le droit d'auteur accorde à une œuvre « originale »⁷⁴.

Certains estimeront sans doute que la Cour suprême, en excluant la créativité de l'exigence d'originalité, a fixé bien bas le seuil de l'originalité. La Cour répond ainsi à cette objection:

Je tire cette conclusion en tenant compte : (1) du sens ordinaire du mot « originale »; (2) de l'historique du droit d'auteur; (3) de la jurisprudence récente; (4) de l'objet de la *Loi sur le droit d'auteur* et (5) du caractère à la fois fonctionnel et équitable de ce critère⁷⁵.

Les deux extraits suivants, dont l'un rappelle les finalités de la *Loi sur le droit d'auteur* et l'autre met l'emphase sur le caractère fonctionnel et équitable du critère de l'exercice du talent et du jugement, explicitent cette position.

Tel qu'il est mentionné précédemment, dans *Théberge*, précité⁷⁶, notre Cour a dit que l'objet de la *Loi sur le droit d'auteur* était d'établir un juste équilibre entre la promotion, dans l'intérêt public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles, d'une part, et l'obtention d'une juste récompense pour le créateur, d'autre part. Lorsque le tribunal retient un critère d'originalité qui exige seulement que l'œuvre soit davantage qu'une simple copie ou qu'elle résulte d'un labeur pour bénéficier de la protection du droit d'auteur, il favorise les droits de l'auteur ou du créateur au détriment de l'intérêt qu'a la société à conserver un domaine public solide susceptible de favoriser l'innovation créative à l'avenir. [...] À l'opposé, un critère d'originalité fondé sur l'exercice du talent et du jugement garantit que l'auteur ne touchera pas une rétribution excessive pour son œuvre. Ce critère est en outre propice à l'épanouissement du domaine public, d'autres personnes étant alors en mesure de créer de nouvelles œuvres à partir des idées et de l'information contenues dans les œuvres existantes⁷⁷. [Références doctrinales non reproduites.]

Le critère selon lequel une œuvre originale doit résulter de l'exercice du talent et du jugement est à la fois fonctionnel et équitable. Le critère fondé sur « l'effort » n'est pas assez strict. Il favorise indûment les droits du titulaire et ne protège pas l'intérêt du public dans la production et la diffusion optimales des œuvres intellectuelles. Par contre, le critère d'originalité fondé sur la créativité est trop rigoureux. La créativité implique qu'une chose doit être nouvelle et non évidente – des notions que l'on associe à plus juste titre au brevet qu'au droit d'auteur. En comparaison, la norme exigeant l'exercice du talent et du jugement dans la production d'une œuvre contourne ces difficultés et offre, pour l'octroi de la protection du droit d'auteur, un critère fonctionnel et approprié qui est compatible avec les objectifs de politique générale de la *Loi sur le droit d'auteur*⁷⁸.

74. *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, paragr. 16.

75. *Ibid.*, paragr. 17.

76. NDR, voir *infra* note 79.

77. *Supra* note 74, paragr. 23.

78. *Ibid.*, paragr. 24.

La condition de fixation matérielle.— À cette exigence d'originalité, qui fonde les droits exclusifs de l'auteur à l'exploitation de son œuvre aussi bien que la reconnaissance de son statut d'auteur, s'ajoute une autre plus formelle, celle de la fixation de l'œuvre sur un support matériel.

Mais quelle est la véritable portée juridique de cette exigence? À nouveau deux thèses s'affrontent ici, du moins si l'on se fie au débat qu'a soulevé cette question devant la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Théberge c. Galerie d'art du Petit Champlain inc.*⁷⁹ Il s'agissait pour la plus haute Cour canadienne de déterminer si l'opération technique de transfert d'encre (souvent qualifiée d'entoilage) d'une reproduction d'une peinture sur papier vers un nouveau support (la toile) constituait la reproduction non autorisée d'une œuvre.

À la position minoritaire, exprimée par le juge Gonthier, selon laquelle « [l]a fixation à un support matériel constitue une condition sine qua non de la production d'une œuvre »⁸⁰, d'où il découle qu'un changement de support entraîne une nouvelle fixation et confirme dès lors la production d'une nouvelle œuvre, puisque « [r]eproduire une œuvre consiste [...] essentiellement en la fixation matérielle ultérieure et non originale d'une première fixation matérielle originale »⁸¹, le juge Binnie pour la majorité, rétorque :

La « fixation » a un sens relativement bien établi plutôt différent en matière de droit d'auteur. Cette notion sert à distinguer les œuvres susceptibles d'être protégées par le droit d'auteur des idées générales qui sont la « propriété » intellectuelle de tous⁸².

Et, citant Laddie, Prescott, Vitoria, Speck et Lane (2000), il ajoute : « Un droit d'auteur prend donc naissance dès que l'œuvre est écrite ou autrement attestée sous une forme raisonnablement permanente ("fixée"). »

Selon cette position majoritaire de la Cour suprême, la fixation de l'œuvre à un support d'une certaine permanence servirait avant tout à en démontrer la matérialisation; elle aurait essentiellement pour fonction de fournir la preuve tangible de son existence. Envisagée sous cet angle, la fixation ne précède pas nécessairement le droit, elle ne fait que l'attester, en fournir la preuve concrète. C'est ce que confirme d'ailleurs le paragraphe 3(1.1) de la *Loi canadienne sur le droit d'auteur*⁸³ qui statue que le droit de communication au public d'une œuvre par télécommunication existe même si l'œuvre n'est fixée à un support matériel qu'au moment de sa communication.

Selon toute vraisemblance cette approche permet aussi la protection des exécutions ou prestations (*performances*) des artistes interprètes, même si elles ne sont fixées qu'au moment de leur présentation en public. Il en est ainsi par exemple des improvisations, quelle que soit la catégorie d'œuvres à laquelle elles se rattachent (*v.g.* qu'elles soient dramatiques, musicales ou artistiques⁸⁴).

Les catégories d'œuvres

Outre les conditions d'originalité et de fixation que doit respecter l'œuvre pour être protégée, celle-ci doit encore s'inscrire dans l'une ou l'autre catégorie que la Loi énumère. En effet, l'article 5 de la

79. 2002 CSC 34.

80. *Ibid.*, paragr. 145.

81. *Ibid.*, paragr. 147.

82. *Ibid.*, paragr. 25.

83. *Supra* note 66.

84. *Ibid.*, art. 15 et art. 2 sous la définition du terme « prestation ».

Loi canadienne précise clairement que « [l]e droit d'auteur existe au Canada [...] sur toute œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique originale » (nous soulignons).

Il convient toutefois de prendre note qu'en droit canadien, ces catégories servent beaucoup plus à expliciter la diversité des domaines de création bénéficiant de la protection législative qu'à en circonscrire véritablement l'étendue. L'article 2 de la Loi⁸⁵ dispose en effet que l'expression « toute œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique originale » que l'on retrouve à l'article 5 « [s]'entend de toute production originale du domaine littéraire, scientifique ou artistique quels qu'en soit le mode ou la forme d'expression », ce qui ne laisse aucun doute sur le rôle essentiellement didactique dévolu à ces catégories. C'est en gardant en mémoire cette règle que nous présentons brièvement ci-après ces diverses catégories.

Les œuvres littéraires.— Bien que de prime abord l'on soit porté à croire que cette forme de production créatrice ne concerne que les productions littéraires, (v.g. celles qui se rattachent à la littérature au sens large), dans les faits les législations de droit d'auteur protègent toute production écrite peu importe qu'elle soit manuscrite, imprimée ou même numérisée, ce qui comprend tout autant le feuillet publicitaire, la fiche d'instructions ou le livret d'utilisation d'un produit, que le dernier roman à la mode ou l'ouvrage scientifique le plus spécialisé diffusé sur papier ou sur tout autre support.

D'ailleurs, c'est en se fondant sur le sens étymologique du terme « littéraire » (de *litteris* : « écrit ») que l'on a d'abord accepté de protéger les programmes d'ordinateur, y inclus ceux rédigés en langage machine qui ne s'adressent pas à la compréhension humaine. Pour la Cour d'appel fédérale du Canada⁸⁶, il ne faisait aucun doute que ces œuvres sont protégeables :

Rien dans la Loi n'exige expressément qu'une reproduction prenne une forme lisible par l'homme pour être protégée par un droit d'auteur ou pour porter atteinte à un droit d'auteur⁸⁷.

Cette position devait être entérinée par le législateur qui, dans sa réforme de 1988⁸⁸ rangea expressément les « programmes d'ordinateur » dans la catégorie des œuvres littéraires⁸⁹, à côté des tableaux (*tables*) et des compilations d'œuvres littéraires.

Les œuvres dramatiques.— Font partie de cette autre catégorie, nous rappelle le texte législatif⁹⁰, les œuvres « dont l'arrangement scénique ou la mise en scène est fixé par écrit ou autrement », ce qui inclut les pièces pouvant être récitées, les œuvres chorégraphiques⁹¹, les pantomimes, les œuvres cinématographiques⁹². Sont donc de l'essence de ce type d'œuvres, leur destination scénique entendue largement, les œuvres télévisuelles.

85. *Ibid.*

86. *Apple Computer Inc. c. Macintosh Computer Ltd.*, [1988] 1 C.F. 673 (C.A.), décision confirmée par la Cour suprême [1990] 2 R.C.S. 209.

87. *Ibid.*, p. 686.

88. *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur et apportant des modifications connexes et corrélatives*, L.C. 1988, c. 15, devenue L.R.C. 1985, c. 10 (4^e suppl.).

89. Voir *supra* note 66, art. 2, sous « œuvre littéraire ».

90. *Ibid.*, art. 2, sous « œuvre dramatique ».

91. *Ibid.*, voir définition de cette expression, art. 2.

92. *Ibid.*, voir définition de cette expression, art. 2.

Les œuvres musicales.— Bien que cette catégorie réfère aux œuvres issues de la création musicale, cette classification ne va pas toujours de soi et les dérogations que plusieurs y apportent mettent souvent en cause les fondements de cette activité créatrice. Outre les discussions qu'a pu susciter la définition même de l'œuvre musicale, entre autres en ce qui a trait à la place qu'occupent dans la musique la mélodie, l'harmonie et le rythme⁹³, la question de la propriété des sons eux-mêmes est souvent aussi au cœur de cette analyse⁹⁴. Il en est ainsi par exemple lorsque, par la technique maintenant bien connue de l'échantillonnage (*sampling*), l'on emprunte à l'œuvre d'un compositeur ou même à la prestation d'un interprète reconnu. Les droits de propriété intellectuelle portent-ils sur le substrat musical lui-même, le son ou sur l'expression originale de son agencement? Telle est spécifiquement la teneur du débat que cette question soulève.

Les œuvres artistiques.— Si la catégorie précédente se caractérisait par son manque de précision — on se rappellera que la Loi définit « œuvre musicale » par « œuvre ou composition musicale⁹⁵ » —, la présente paraît plutôt se confondre dans un luxe de nomenclature. L'œuvre artistique y est en effet ainsi définie :

« œuvre artistique ». Sont compris parmi les œuvres artistiques les peintures, dessins, sculptures, œuvres architecturales, gravures ou photographies, les œuvres artistiques dues à des artisans ainsi que les graphiques, cartes, plans et compilations d'œuvres artistiques⁹⁶.

La lecture de cette énumération nous permet de constater que ces œuvres ont pour dénominateur commun leur caractère visuel. Certains ont pourtant avancé que cette dernière catégorie serait résiduaire et pourrait donc s'étendre à toute autre création originale non autrement rattachée à une autre catégorie⁹⁷. Ils s'appuient sans doute sur le fait que le texte de la définition, en indiquant que « sont compris parmi les œuvres artistiques [...] », signifie que l'énumération ne se veut en rien exhaustive.

De l'ensemble des propos qui précèdent, il devient plus facile d'identifier ce qui relève du domaine de la propriété littéraire et artistique. Est susceptible de protection par le droit d'auteur tout ce qui ne vise pas comme telle l'exploitation économique d'une production industrielle, mais qui, étant par ailleurs le résultat d'une activité spécifique de son auteur, témoigne de son talent et de son jugement et justifie qu'on lui octroie un droit exclusif d'exploitation économique. Font partie à n'en pas douter de ce domaine bon nombre de productions issues de l'activité scientifique, ce qui intéresse au premier chef le monde universitaire.

93. Voir la définition de l'« œuvre musicale » dans la loi canadienne antérieure à 1993 (*Loi sur le droit d'auteur*, S.R. c. C-30) et comparer avec la définition actuelle à l'article 2 de la Loi précitée, *ibid.*, qui « précise » que l'œuvre musicale est « [t]oute œuvre ou toute composition musicale – avec ou sans paroles – et toute compilation de celles-ci. »

94. Lire à ce propos Wolfensohn (2004).

95. *Supra* note 66, art. 2.

96. Si l'on tient compte qu'un bon nombre de ces éléments de l'énumération font à leur tour l'objet de leur propre définition (v.g. gravure, œuvre architecturale, photographie, sculpture), *ibid.*, art. 2, on comprendra pourquoi il convient de parler ici d'un luxe de nomenclature!

97. Pour le Canada, voir le rapport du Comité permanent des communications et de la culture (1985).

La « propriété scientifique »

Bien qu'il n'existe pas de législations de propriété intellectuelle spécialement voués à la protection de la production scientifique, on conçoit facilement que les législations de propriété industrielle ou celles qui concernent la propriété littéraire ou artistique puissent juridiquement, les unes comme les autres, régir cette réalité. En ce sens, la définition de l'expression « toute œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique originale » inscrite à l'article 2 de la *Loi canadienne sur le droit d'auteur*⁹⁸ confirme au moins en partie ce rattachement :

« toute œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique originale ». S'entend de toute production originale du domaine littéraire, scientifique ou artistique quels qu'en soient le mode ou la forme d'expression, tels les compilations, livres, brochures et autres écrits, les conférences, les œuvres dramatiques ou dramatico-musicales, les œuvres musicales, les traductions, les illustrations, les croquis et les ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture ou aux sciences.
[Nous soulignons.]

La question se pose plutôt de savoir ce qui, au sens de la Loi, relève du domaine scientifique. Nous examinerons par la suite si le régime juridique actuel de la propriété intellectuelle peut répondre adéquatement à cette double réalité.

Mais on le sait, définir ce qui appartient à la réalité scientifique ne s'avère pas une entreprise facile. Si la première acception du terme « science » réfère habituellement au concept universel de connaissances⁹⁹ et est fort peu éclairante lorsqu'il s'agit de circonscrire les frontières du domaine scientifique, une autre, plus contemporaine, oppose généralement l'activité scientifique¹⁰⁰ à la production littéraire et artistique. La première (l'activité scientifique) se caractérise alors essentiellement par l'objectivité de son approche méthodologique, tandis que la seconde (la production littéraire et artistique) est souvent présentée comme le domaine de prédilection de la subjectivité. Fondée sur de telles prémisses antagonistes, on se rend bien compte que cette nouvelle grille d'analyse risque de n'être guère plus instructive.

Une approche intermédiaire consistera plutôt à délimiter le domaine scientifique en utilisant comme paramètres les activités que l'on attribue en propre aux créateurs de ce domaine, soit la recherche et la diffusion des connaissances scientifiques. On constate aussitôt que ces activités concordent assez bien avec celles qui ont justifié l'adoption des législations dites de propriété industrielle et celles qui régissent la propriété littéraire ou artistique.

La « propriété » des données et les compilations

En premier lieu, lorsqu'une recherche est de type expérimental ou empirique, le chercheur génère ou collecte des données qui vont servir de base à ses résultats et ses conclusions ou les étayer. Il voudra donc s'assurer que ces données lui appartiennent et qu'elles ne peuvent être impunément utilisées et encore moins altérées par quiconque y a accès ou les utilise. Au plan juridique, il faut dès lors déterminer si et, le cas échéant, quand et comment ces données sont protégeables. À ce chapitre, la *Loi sur le droit d'auteur* vient à la rescousse du chercheur.

98. *Supra* note 66.

99. *Le Petit Robert* définit étymologiquement ainsi le mot « science » : « du lat. *scientia*, de *scire* (« savoir »). Connaissance exacte et approfondie. Ensemble de connaissances, d'expériences. »

100. « Ensemble de connaissances, d'études d'une valeur universelle, caractérisées par un objet (domaine) et une méthode déterminés, et fondées sur des relations objectives vérifiables », *id.*

Comme on l'a vu au chapitre précédent, les faits sont du domaine public et les idées ne se protègent pas. La réponse à la question posée plus haut peut donc paraître très simple et du même coup quelque peu décevante : les données sont exclues du champ de protection du droit d'auteur. Or, dans les faits, une simple analyse nous amène à constater que, en règle générale¹⁰¹, ce n'est pas tant les faits eux-mêmes que le chercheur désire protéger que le résultat du travail de traitement et d'organisation qu'il a fait subir à cette information qu'il entend faire reconnaître. Tel est précisément ce que la Loi consacre lorsqu'elle définit à son article 2 l'expression¹⁰² :

« toute œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique originale » S'entend de toute production originale du domaine littéraire, scientifique ou artistique quels qu'en soient le mode ou la forme d'expression, *tels les compilations* [...] [nous soulignons].

Une lecture de la définition du terme « compilation »¹⁰³ nous convainc d'ailleurs de cette avancée. Pour le législateur canadien, la compilation est définie comme une œuvre « résultant du choix ou de l'arrangement de tout ou partie d'œuvres littéraires, dramatiques, musicales ou artistiques ou de données ». C'est donc l'activité de choix ou d'arrangement des données que le législateur entend protéger, dans la mesure où cette démarche est suffisamment originale, c'est-à-dire, comme l'a précisé la Cour suprême du Canada dans l'affaire *CCH Canadienne Ltée*¹⁰⁴, que la compilation « doit témoigner dans son expression d'un effort intellectuel manifestant l'exercice du talent et du jugement¹⁰⁵ de son auteur ». C'est donc bien à la forme d'expression, domaine de prédilection du droit d'auteur, que l'on fait référence ici.

Soulignons d'ailleurs que dans cette affaire *CCH Canadienne Ltée*¹⁰⁶, la Cour suprême acceptait d'entériner la décision rendue par la Cour d'appel fédérale, qui avait déterminé que l'activité éditoriale des éditeurs de rapports judiciaires, consistant pour l'essentiel à résumer la décision rendue, à l'indexer à partir de rubriques ou de mots-clés, à l'agencer par la suite dans une publication particulière constitue une activité originale autonome présentant « sous une forme différente des éléments existants »¹⁰⁷. Comme l'écrit Madame la juge en chef McLachlin :

36. Pour résumer, les sommaires, le résumé jurisprudentiel, l'index analytique et la compilation de décisions judiciaires publiées sont tous des œuvres émanant de leur auteur et ne sont pas de simples copies. Ils sont le produit de l'exercice non négligeable du talent et du jugement. De ce fait, il s'agit d'œuvres « originales » conférant un droit d'auteur.¹⁰⁸

Cette décision précise aussi, dans le même contexte de l'édition judiciaire, quelles activités d'édition seraient jugées trop mécaniques. Empruntons ici encore à l'exposé magistral de Madame la juge McLachlan :

101. Nous verrons au chapitre 4 que dans certains contextes, les données de recherche peuvent être considérées comme des « informations confidentielles » relevant du secret industriel ou commercial et, à ce titre, susceptibles d'être protégées en vertu d'autres régimes juridiques.

102. Ce texte doit être lu en conjonction avec celui du paragraphe 5(1) qui établit ce que la Loi a pour objet :

5. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le droit d'auteur existe au Canada, pendant la durée mentionnée ci-après, sur toute œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique originale [...].

103. Tirée du même article 2 de la *Loi sur le droit d'auteur*, *supra* note 66.

104. Voir *supra* note 74.

105. Voir l'extrait associé à *supra* note 74 pour la définition des notions de talent et de jugement.

106. Voir *supra* note 74.

107. *Ibid.*, paragr. 33.

108. *Ibid.*

35. Cela dit, les motifs de la décision en eux-mêmes, sans les sommaires, ne constituent pas des œuvres originales sur lesquelles les éditeurs peuvent revendiquer un droit d'auteur. Les modifications apportées aux motifs de la décision sont relativement mineures; les éditeurs ne font qu'ajouter des données factuelles de base comme la date du jugement, le nom de la Cour et du ou des juges qui ont entendu l'affaire, le nom des avocats des parties, les décisions, lois, règlements et règles cités, ainsi que les références parallèles. Les éditeurs corrigent également les erreurs grammaticales mineures et les fautes d'orthographe. Le talent et le jugement susceptibles d'être mis à contribution pour apporter ces modifications et ces ajouts mineurs sont trop banals pour justifier la protection du droit d'auteur. Il est plus juste d'y voir une simple opération mécanique.¹⁰⁹

En dépit de règles qui apparaissent de prime abord plus élaborées, il appert que la solution retenue au Canada s'applique de manière comparable aussi bien aux États-Unis qu'en Europe, du moins en ce qui à trait à la protection de l'arrangement des données pour le chercheur ou le créateur.

Pour ce qui est des données elles-mêmes, il convient de mentionner la directive européenne sur la protection juridique des bases de données¹¹⁰ qui, comme le souligne le juriste belge Alain Strowel¹¹¹ :

[...] repose sur deux droits distincts : le droit d'auteur [...] dont l'objectif est de rémunérer et d'encourager la créativité des auteurs de base de données et un nouveau droit intellectuel [...] dont l'objectif est de protéger et encourager l'investissement du producteur de la base de données.

Au delà de la protection accordée à l'auteur de la compilation, la directive européenne aura créé un nouveau droit – droit qu'elle qualifie d'ailleurs de droit *sui generis* – pour l'exclure de la zone traditionnelle réservée au droit d'auteur. Ce droit protège en outre le producteur de la base de données qui y aura consenti un investissement substantiel au plan « financier, matériel ou humain », spécifie la loi homologue française, et il vise à « empêcher l'extraction et/ou la réutilisation non autorisées de la totalité ou d'une partie substantielle du contenu de la base de données »¹¹². Ce faisant, en dépit de l'affirmation incluse dans la directive selon laquelle ce nouveau droit « ne constitue aucunement une extension de la protection du droit d'auteur aux simples faits ou aux données »¹¹³, on accorde un droit qui s'exerce sur le contenu de la base de données elle-même, ce qui constitue un sérieux accroc au principe sacro-saint selon lequel les données elles-mêmes ne peuvent pas comme telles faire l'objet de protection.

C'est sans doute pour ce motif que malgré diverses tentatives et un lobby très puissant des producteurs de bases de données, les États-Unis n'ont toujours pas donné suite, plus de dix ans après leur dépôt, à deux projets législatifs¹¹⁴ qui visaient la même finalité que la directive européenne précitée¹¹⁵. Le *Copyright Act* américain se limite donc jusqu'à maintenant à protéger les créateurs de bases de données qui ont aménagé leurs informations selon le régime applicable aux compilations,

109. *Id.*

110. Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données, *JOCE* n° L.-077/20 du 27 mars 1996.

111. Strowel (2000, p. 202-203).

112. Voir *supra* note 110, paragr. 41.

113. *Ibid.*, paragr. 49.

114. Il s'agit des projets H.R. 2652 (1998) et H.R. 354 (1999), *Collections of Information Antipiracy Act*.

115. Voir Fernández-Molina (2004b).

c'est-à-dire qu'ils les ont arrangées en conformité avec la définition de compilation et ne détiennent des droits que sur ces arrangements.

Les publications scientifiques

Par ailleurs, les travaux de tous les chercheurs – qu'ils soient qualifiés ou non de scientifiques – génèrent aussi soit de nouvelles connaissances à diffuser à la collectivité, soit des résultats innovants à partager avec d'autres membres de leur communauté. Pour ce faire, ils auront recours à divers moyens de diffusion de leurs œuvres, moyens plus ou moins spécialisés et adaptés aux personnes à qui ces informations sont destinées, que ce soit par exemple sous forme de textes (*i.e.* articles de revue ou ouvrages), de tableaux, de dessins ou autres présentations graphiques, plastiques ou électroniques ou encore par voie de conférences ou autres formes d'exposés. En pareils cas, le régime du droit d'auteur leur permettra d'assurer le contrôle de la reproduction ou de l'exécution publique de leurs œuvres. Dans bien des cas, ces diffusions pourront même constituer une source économique non négligeable, sinon pour l'auteur lui-même, du moins pour son diffuseur, qui obtiendra de l'auteur une cession de droits ou une licence d'exploitation des droits qu'il entend exploiter à son propre bénéfice.

De même, le régime du droit d'auteur, en reconnaissant à ce dernier des droits moraux de paternité (attribution) et d'intégrité sur son œuvre, assure la protection de la notoriété et de la réputation de l'auteur du domaine scientifique qui pourrait voir sa compétence menacée par des diffusions sur lesquelles il ne peut plus exercer de contrôle. Tel serait le cas du professeur qui constaterait que ses notes de cours ou une portion importante de celles-ci sont depuis son départ utilisées et au besoin modifiées par l'établissement où il enseignait auparavant. Celui-ci pourrait dès lors réclamer le respect de l'intégrité de son œuvre s'il estime qu'elle a été « déformée, mutilée ou autrement modifiée, d'une manière préjudiciable à son honneur ou à sa réputation », pour reprendre les termes qu'utilise le législateur à l'article 28.2 de la Loi¹¹⁶.

Les inventions

Finalement, dans plusieurs domaines, les activités de recherche scientifique pourront amener le chercheur à proposer un nouveau produit ou procédé, ou à mettre en marché une amélioration à un produit ou à un procédé existant. Ces innovations présentent parfois un potentiel économique non négligeable, tant pour les chercheurs que pour les établissements où ils effectuent leurs travaux. Les législations de propriété industrielle serviront alors d'assise à l'octroi de droits exclusifs d'exploitation de ces nouvelles créations.

Qu'il soit question de compilations de données, d'œuvres littéraires (ce qui comprend les programmes d'ordinateur) ou d'inventions, les productions de ces créateurs du domaine scientifique constituent indéniablement des réalisations intellectuelles protégeables par les législations de propriété intellectuelle afférentes. Elles donnent ouverture dès lors à des droits exclusifs d'exploitation, dans la mesure où ces productions satisfont aux conditions arrêtées pour leur mise en œuvre. Certains voudront sans doute mettre en question la pertinence de ces législations eu égard à la mission de diffusion des connaissances dévolue au monde universitaire. En effet, on peut se demander si, bien souvent, l'exclusivité des droits accordés au créateur universitaire ne risque pas plutôt de freiner la diffusion des connaissances que de la favoriser.

116. *Supra* note 66.

En dépit de l'apparent paradoxe que soulève cette question dans ce contexte particulier de la production et de la diffusion des œuvres dans le milieu de l'éducation supérieure, il convient de rappeler le caractère avant tout fonctionnel de ces législations. À cet effet, nous voulons reprendre les propos de Madame la juge en chef McLachlin, de la Cour suprême du Canada, qui, après avoir examiné les diverses considérations morales et économiques justifiant l'actuel régime de la propriété intellectuelle, formulait cette constatation¹¹⁷ :

The strongest economic argument is that, without the protection of copyright and patent, research and creative thought would not be financed by the groups – business firms, manufacturers and publishers – who traditionally finance such enterprises.

Cette considération est incontestablement présente dans le monde universitaire. En fait, comme on le verra dans les derniers chapitres de cet ouvrage, elle y constitue, du moins selon une certaine perspective, un stimulant majeur sinon essentiel aux activités de production créatrice et de diffusion. Se pose dès lors une question fondamentale : qui peut revendiquer la titularité de cette propriété intellectuelle?

117. McLachlin (1993, p. 395).