

La protection et l'exploitation de la propriété intellectuelle

Marcel Dubé

Chapitre 4 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

LA PROTECTION ET L'EXPLOITATION DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

On aura pu le constater dans les chapitres précédents, des efforts importants ont été déployés dans les divers États en vue de doter les créateurs de législations visant à reconnaître et à protéger leurs droits de propriété intellectuelle. En dépit de particularismes qui confèrent à chaque législation nationale sa couleur particulière et incitent le plus souvent les tribunaux locaux à refuser d'importer et d'appliquer sans nuance les solutions arrêtées par les tribunaux des pays voisins¹, il faut tout de même reconnaître en ces matières une communauté de régimes législatifs dont le profil a la plupart du temps été prédéfini ou circonscrit dans le cadre de négociations aboutissant à l'adoption de conventions internationales.

Les conventions et organismes de gestion nationaux et internationaux

Les premières conventions internationales furent négociées et signées à la fin du XIX^e siècle. Il s'agit de la Convention de Paris de 1883, en matière de brevet, et la Convention de Berne de 1886, en matière de droit d'auteur. Elles visaient pour l'essentiel l'atteinte de deux grands objectifs :

- définir des normes minimales de protection que les États parties à ces conventions reconnaissent et qu'ils acceptent d'incorporer à leur législation interne;
- consacrer le principe du traitement national au terme duquel chaque État signataire accepte de traiter les ressortissants des autres États signataires aussi favorablement que ses propres ressortissants.

Ces deux conventions ont fait tout au long du XX^e siècle l'objet de diverses révisions et harmonisations². Pendant cette même période plusieurs autres conventions portant sur divers objets

1. Lire à ce propos ce passage très souvent cité dans lequel la Cour suprême du Canada, dans le cadre de l'affaire *Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 R.C.S. 357, rappelle cette règle de prudence judiciaire (p. 367).

La *Copyright Act* des États-Unis présente, actuellement autant qu'autrefois, plusieurs points communs avec la Loi canadienne actuelle de même qu'avec l'ancienne *Copyright Act* impériale. La jurisprudence américaine doit cependant être analysée avec prudence même si elle porte sur des faits semblables car la loi américaine repose sur des conceptions du droit d'auteur fondamentalement différentes des nôtres.

Voir plus récemment les décisions suivantes de la Cour suprême du Canada :

- où des distinctions sont établies entre les législations canadiennes et américaines et même européennes en matière de marque de commerce : *Veuve Clicquot Ponsardin c. Boutiques Cliquot Ltée*, [2006] 1 R.C.S. 824;
 - où l'on peut constater des distinctions d'interprétation pour des législations similaires, en matière de droit des brevets : *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2002] 4 R.C.S. 45.
2. Par exemple la Convention de Rome (1928) en matière de droit d'auteur, l'Acte de Stockholm (1967) en matière de brevet. Voir aussi, plus récemment, les « traités Internet », soit le Traité de l'OMPI sur les droits d'auteur (WCT/TODA) (1996) et le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT/TOIEP) (1996).

plus spécifiques (v.g. répression des indications de provenance fausses ou fallacieuses de produits³, protection des producteurs de phonogrammes contre la reproduction non autorisée de leurs phonogrammes⁴, distribution de signaux porteurs de programmes transmis par satellite⁵, protection du symbole olympique⁶, enregistrement international d'œuvres audiovisuelles⁷, propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés⁸, etc.) ont aussi été signées et ratifiées par divers États intéressés. Par ailleurs, certains instruments internationaux visent à assurer une certaine uniformité dans la classification des biens et services aux fins de leur enregistrement⁹, tandis que d'autres ententes ont établi des mécanismes internationaux d'enregistrement et en ont identifié les autorités compétentes¹⁰.

Néanmoins la convention la plus récente et la plus marquante, si l'on tient compte de la diversité des législations qu'elle encadre et du nombre des pays qui y ont adhéré, est sans contredit l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC)¹¹. Cet accord fut adopté au terme des négociations dites de l'Uruguay Round du GATT (General Agreement on Trade and Tariffs), qui ont culminé en 1994 avec la création de l'OMC (Organisation mondiale du commerce). Au début des années 2010, plus de 150 pays¹² étaient membres de l'OMC et acceptaient de ce fait de se soumettre au cadre juridique général défini dans cet accord en ce qui a trait à la protection des droits de propriété intellectuelle, en adoptant à cet effet des législations conséquentes¹³.

Au moins trois grandes caractéristiques de cet accord méritent d'être signalées :

- la reconnaissance du principe de la nation la plus favorisée (qui s'ajoute à celui du traitement national¹⁴) en vertu duquel les avantages accordés aux ressortissants d'un pays étranger doivent être étendus automatiquement à tous les ressortissants des pays signataires (Partie I – *Dispositions générales et principes fondamentaux*);
- l'obligation faite aux membres d'inscrire dans leur législation locale un régime prédéfini de sanctions civiles, administratives ou pénales visant à assurer une réelle protection des droits de

3. Arrangement de Madrid (1891).

4. Convention de Genève sur les phonogrammes (1971).

5. Convention de Bruxelles (1974).

6. Traité de Nairobi (1981).

7. Traité sur le registre de films (1989).

8. Traité de Washington (1989).

9. Voir à cet effet les Arrangements de Nice (1957 – enregistrement des marques), de Locarno (1968 – dessins et modèles industriels), de Strasbourg (1971 – brevets) et de Vienne (1973 – éléments figuratifs des marques).

10. En ce sens, l'Arrangement de Madrid (1891 précité – marques), l'Arrangement de La Haye (1925 – dessins et modèles industriels), l'Arrangement de Lisbonne (1958 – appellations d'origine), le Traité de coopération en matière de brevets (PCT) (1970), le Traité de Budapest (1977 – dépôt de micro-organismes aux fins de la procédure en matière de brevets).

11. Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (OMC, 1994), que plusieurs connaissent plutôt sous son acronyme anglais TRIPS (*Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*).

12. Selon l'information disponible en juin 2009 sur le site de l'OMC, 153 pays étaient inscrits sur la liste des membres le 23 juillet 2008.

13. Voir le Préambule de l'Accord sur les ADPIC (OMC, 1994).

14. Présenté *supra* page 80.

propriété intellectuelle reconnus par l'Accord (Partie III – *Moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle*).

- la mise en œuvre d'un mécanisme contraignant de règlement des différends destiné à corriger tout désaccord quant à l'application ou la mise en œuvre de l'Accord. Ce mécanisme, intégré à l'OMC, fait en sorte que toute décision rendue par le groupe d'experts commerciaux nommé pour traiter du différend qui met en cause deux ou plusieurs États membres devient exécutoire pour les États concernés et, en cas de non respect par l'un de ceux-ci, rend le membre récalcitrant passible de sanctions commerciales applicables même dans un domaine non relié à la question du différend (Partie V – *Prévention et règlement des différends*).

Mais, compte tenu de la diversité des sujets traités dans ces conventions et des mécanismes mis en place, il ne faut pas croire que tous les pays ratifient nécessairement les accords internationaux que leurs émissaires ont négocié et signé.

Ainsi le Canada, bien qu'il soit partie à la plupart des principales conventions internationales concernant la propriété intellectuelle, n'a incorporé dans sa législation interne que quelques-unes de ces conventions¹⁵. Certaines des mises en œuvre des conventions les plus récentes demeurent encore lettre morte. C'est le cas par exemple en ce qui concerne les traités dits « traités Internet »¹⁶, dont nous rappelons plus bas les tentatives infructueuses de mise en œuvre (voir la section *L'environnement numérique*).

Les États appuient d'ailleurs ordinairement la mise en œuvre de ces législations en mettant en place des structures administratives ayant pour objet, quand le droit du créateur est reconnu à la suite d'un examen, de recevoir les demandes à cet effet et d'en assurer le traitement. On prévoit habituellement aussi la tenue d'un registre où sont enregistrées et rendues publiques les informations relatives aux titulaires de ces droits.

Au Canada, chacune des législations de propriété intellectuelle prévoit en outre la création de bureaux ou autres organismes administratifs placés selon le cas sous la direction d'un commissaire¹⁷, d'un directeur¹⁸, d'un registraire¹⁹, voire même d'un ministre²⁰; la plupart de ces organes administratifs sont à leur tour chapeautés par un organisme connu sous le nom d'Office de la propriété intellectuelle du Canada (OPIC). De son côté, la *Loi sur la protection des obtentions végétales* relève administrativement de l'Agence canadienne d'inspection des aliments. Aux États-Unis, c'est le United States Patent and Trademark Office (USPTO) et le U.S. Copyright Office qui remplissent des fonctions équivalentes.

15. Voir le tableau faisant état des adhésions des divers États aux traités administrés par l'OMPI sur le site web de cet organisme (OMPI, n.d.a). On y constate que, début 2010, le Canada ne s'était engagé à incorporer dans sa législation interne que sept des 24 traités que l'OMPI administre.

16. V.g. le Traité de l'OMPI sur les droits d'auteur (WCT/TODA) (1996) et le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT/TOIEP) (1996).

17. *Loi sur les brevets*, L.R.C. c. P-4, art. 4; *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. c. C-42, art. 47; *Loi sur les topographies de circuits intégrés*, L.R.C. c. I-14.6, art. 7.1.

18. *Loi sur la protection des obtentions végétales*, L.R.C. c. P-14.6, paragr. 56(2).

19. Pour les législations qui prévoient la tenue de formalités d'enregistrement : v.g. *Loi sur le droit d'auteur*, supra note 17, art. 48; *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. c. T-13, art. 63; *Loi sur les topographies de circuits intégrés*, supra note 17, art. 15.

20. *Loi sur les dessins industriels*, L.R.C. c. I-9, art. 3.

Pour ce qui concerne la mise en œuvre des conventions internationales de propriété intellectuelle, un rôle similaire est dévolu à l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI)²¹. À ce titre, elle est responsable de l'administration de 24 traités internationaux sur la propriété intellectuelle, dont 17 concernent la propriété industrielle et sept, le droit d'auteur²². Ces instruments servent tout autant à définir « les normes fondamentales, convenues à l'échelon international, de la protection de la propriété intellectuelle dans chaque pays » qu'à permettre « qu'un seul et même enregistrement ou dépôt international produise ses effets dans plusieurs ou l'ensemble des États parties » à cette convention ou même qu'à établir « des systèmes de classement qui organisent l'information relative aux inventions, aux marques et aux dessins et modèles industriels en structures indexées facilement exploitables pour la recherche »²³.

Toute cette infrastructure de reconnaissance et de protection de la propriété intellectuelle, tant au niveau national qu'international, vise avant tout à optimiser l'exploitation économique des droits exclusifs dévolus au créateur. Or cette exploitation est rarement le fait du créateur lui-même, mais plutôt d'utilisateurs qui entendent profiter des avantages de productions nouvelles ou originales réalisées généralement à leur intention par des intervenants ingénieux ou talentueux. Pour favoriser l'exploitation de cette création, il faut assurer la transmission vers ces utilisateurs des droits exclusifs du créateur ou du moins en autoriser l'utilisation, ce que permettent spécifiquement les contrats de cession ou de licences d'exploitation.

L'exploitation de la propriété intellectuelle

Bien qu'il puisse quelquefois arriver que cette transmission se réalise par le seul effet de la loi²⁴, c'est le plus souvent par voie contractuelle que l'utilisateur d'une production de l'esprit peut exercer les droits de l'inventeur, de l'auteur ou de tout autre créateur dont il espère utiliser ou même exploiter la création. Ce transfert s'opère alors soit par voie de cession, soit par voie de licence.

Cession ou licence

À la différence de la licence, qui n'est en somme qu'une simple autorisation, accordée à un utilisateur par le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle, d'exercer les droits exclusifs qu'il détient, la cession opère un véritable transfert du droit d'exclusivité sur la tête du cessionnaire, conférant à ce dernier le statut de titulaire du droit. En ce sens, on s'entend généralement pour comparer à une vente la cession de droits de propriété intellectuelle en vertu de laquelle le cessionnaire devient, comme l'acheteur, investi des droits de l'ancien propriétaire et peut les exercer comme lui, bénéficiant des mêmes attributs et privilèges exclusifs qui sont rattachés à son statut de « nouveau propriétaire ». La licence est par contre plutôt vue comme une location de droit,

21. À la mi-2009, la Convention instituant l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (1967) avait été signée par 184 pays, selon l'information disponible dans le site de l'organisation (OMPI, n.d.a).

22. Toujours selon les informations disponibles dans le site de l'OMPI.

23. Extraits des définitions des regroupements de traités disponibles dans le site de l'OMPI, section *Traités administrés par l'OMPI*.

24. Tel est par exemple le cas au Canada lorsque le titulaire des droits est introuvable. Voir *Loi sur le droit d'auteur*, *supra* note 17, art. 77.

permettant au nouveau détenteur d'utiliser légalement le droit du créateur, selon les modalités fixées, sans risquer d'être poursuivi en violation ou contrefaçon par ce dernier²⁵.

Certains considèrent par ailleurs à propos de distinguer la licence d'exploitation de la licence d'utilisation. Si la première vise à assurer que la réalisation du créateur sera mise sur le marché et exploitée commercialement par un intermédiaire qui rendra par la suite cette réalisation accessible aux éventuels utilisateurs, la seconde accorde directement à l'utilisateur final (*end user*) l'autorisation nécessaire lui permettant d'utiliser cette création avec l'aval de son créateur. On pense par exemple aux contrats de licence (d'exploitation) que les producteurs de logiciels accordent aux fabricants d'ordinateurs pour qu'ils puissent inclure dans leur appareil un système d'exploitation reconnu et compatible. Ces derniers mettront à leur tour sur le marché leur appareil muni d'un logiciel d'exploitation fonctionnel que les utilisateurs ayant acheté l'appareil pourront utiliser pourvu qu'ils souscrivent à l'autorisation que leur consent le créateur et ce, aux conditions que celui-ci leur impose (licence d'utilisation).

Si ces licences sont accordées à des détenteurs et en des temps différents, il faut reconnaître que cette distinction n'entraîne en soi que bien peu de conséquences juridiques. Ce sont surtout les circonstances liées soit à l'octroi de la licence (*v.g.* absence de véritable négociation de son contenu – contrat d'adhésion, abus de sa position dominante par le concédant, non respect des dispositions impératives de la loi) ou au statut de l'éventuel titulaire de la licence (*v.g.* consommateur) qui pourraient être prises en compte et risquer de rendre inopérantes ou nulles certaines clauses, voire même la licence elle-même en certains cas. Il faudra donc examiner attentivement les termes de ces licences et les circonstances dans lesquelles elles ont été octroyées pour en déterminer la réelle teneur et en anticiper la véritable portée²⁶.

Ajoutons aussi que comme le vendeur peut réclamer un juste prix de son acheteur en raison du transfert de propriété qu'il lui consent et le locateur, un loyer raisonnable de son locataire pour l'usage qu'il lui accorde, le titulaire du droit de propriété intellectuelle qui cède son droit ou qui octroie une licence (d'exploitation ou d'utilisation) réclame généralement en contrepartie une rémunération prenant la forme d'un montant forfaitaire ou encore d'une redevance périodique.

Il convient aussi de préciser que la cession ou la licence peut être totale ou partielle²⁷. En effet, si dans certains cas le titulaire du droit de propriété intellectuelle consent à céder ce droit dans sa totalité à une autre personne pour que celle-ci l'exerce intégralement, sur tous les territoires et pendant toute la durée où ce droit est en vigueur, dans d'autres circonstances, il voudra plutôt limiter la cession ou la licence d'exploitation à certains attributs, pour certains territoires et pour une durée définie. Le contrat étant la loi des parties, celles-ci en auront déterminé les contours au terme d'une négociation susceptible d'assurer le mieux possible la satisfaction de leurs attentes mutuelles.

Par exemple, l'auteur d'un ouvrage scientifique rédigé en français qui désire le faire publier chez un éditeur québécois pourrait céder son droit d'auteur à l'éditeur (c'est ce que les éditeurs recherchent généralement), ce qui accorde à ce dernier le droit de distribuer l'ouvrage dans tous les pays et de le

25. Voilà pourquoi on définit généralement la licence comme une autorisation de faire quelque chose qui serait autrement prohibé, selon la définition désormais célèbre du lord juge Denning, dans l'affaire *Murray v. I.C.I. Ltd.*, [1967] R.P.C. 216 : « *An ordinary licence is a permission to the licensee to do something which would otherwise be unlawful.* »

26. Voir à ce propos l'étude de droit comparé de Fernández-Molina (2004a).

27. *Loi sur le droit d'auteur*, *supra* note 17, paragr. 13(4).

traduire en toute autre langue afin d'en élargir encore la diffusion. Mais le même auteur pourrait plutôt proposer à l'éditeur une simple licence d'exploitation de la version originale en français pour un territoire donné (le Québec et la France, par exemple) et une durée définie (v.g. cinq ans). Toute utilisation de l'œuvre au-delà de cette période ou dans d'autres contextes doit alors faire l'objet d'une disposition particulière qui en précise les nouvelles modalités, ou encore d'une nouvelle licence.

Exigences de forme

Il importe toutefois de prendre note que la loi exige habituellement que cette cession ou licence soit consignée dans un acte écrit, signé par le cédant, le concédant ou son représentant autorisé²⁸. Si des considérations de preuve liées au transfert du droit expliquent en premier lieu cette exigence, certains se sont cependant demandé si le respect de cette règle de forme appelle, pour la validité même de la convention de cession ou de licence, une mention expresse du transfert de droit. Les tribunaux n'imposent pourtant pas cette exigence : ils estiment que tout écrit signé par le titulaire du droit suffit, si l'on peut y dégager l'existence d'un transfert²⁹. En ce qui concerne les licences, une telle preuve ne serait d'ailleurs exigée que pour confirmer le droit du détenteur d'exercer un recours fondé sur l'intérêt qui lui a été consenti par le titulaire³⁰.

Licence exclusive ou non exclusive

C'est évidemment le droit exclusif d'exploitation de sa création dont il est investi que le cédant transmet à son cessionnaire par le contrat de cession. La situation est quelque peu différente en ce qui concerne la licence, qui peut être concédée à titre exclusif ou non. En effet, comme il s'agit d'une autorisation qu'accorde le titulaire d'utiliser l'œuvre ou l'invention protégée, celui-ci a généralement intérêt à rendre sa création disponible au plus grand nombre d'utilisateurs, dont chacun lui versera en retour une redevance. Il en est ainsi par exemple des licences, évidemment non exclusives, d'utilisation du logiciel Windows, qui ont fait la réputation de Microsoft et ont sans contredit contribué aussi à la bonne fortune de son fondateur, Bill Gates³¹. Mais le titulaire peut aussi choisir de ne pas exiger de redevances et diffuser son œuvre sous une licence d'utilisation « libre »,

28. Au Canada, voir par exemple le paragr. 13(4) de la *Loi sur le droit d'auteur*, supra note 17, et les articles 49 et 50 de la *Loi sur les brevets*, supra note 17.

29. Voir en ce sens la décision de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Turgeon c. Michaud*, 2003 CanLII 4735 (QC C.A.). Ainsi, au paragr. 71, le juge Dussault déclare: « À mon avis, pour qu'une cession soit valide, il suffit d'être en présence d'un écrit signé par le titulaire du droit et qu'il en ressorte clairement que la véritable intention de celui-ci était de céder ce droit. »

30. Voir *Loi sur le droit d'auteur*, supra note 17, paragr. 13(4). La Cour suprême du Canada confirmait d'ailleurs, dans sa décision de l'affaire *Robertson c. Thomson Corp.*, [2006] 2 R.C.S. 363, que l'écrit n'est exigé que dans le cas d'une licence exclusive, cf. paragr. 56.

31. À ce propos, mentionnons que « l'acquéreur » d'un logiciel n'est en fait le plus souvent qu'un simple locataire des droits de propriété intellectuelle sur ce produit. Il convient d'ailleurs, pour s'en convaincre, de lire le texte de la licence que l'utilisateur doit accepter avant d'installer un logiciel donné sur son ordinateur. Elle est habituellement formulée à peu près en ces termes :

Cette licence n'est pas une vente du LOGICIEL et vous ne devenez pas le propriétaire du LOGICIEL par son achat, son téléchargement ou son utilisation. XXX conserve tous les droits de propriété du LOGICIEL et de toutes ses copies et conserve tous les droits qui ne vous sont pas expressément accordés sous cet Accord. [...]

(Extrait de la licence de Nikon Corp. à laquelle l'utilisateur adhère lors de l'installation de l'un de ses logiciels sur un ordinateur.)

de type GNU GPL pour les logiciels ou Creative Commons pour les autres types d'œuvres (voir l'annexe 6).

Pourtant, dans certaines circonstances, l'éventuel utilisateur d'un droit de propriété intellectuelle exigera du titulaire que lui soit octroyée une licence exclusive. Il pourra ainsi mieux rentabiliser ses investissements en infrastructure ou en mise en marché. Notons toutefois que, tout comme le titulaire du droit, le détenteur d'une licence exclusive ne peut ni abuser de sa position dominante, ni utiliser des pratiques commerciales restrictives, sans risquer de déroger à la *Loi sur la concurrence*³², auquel cas il s'expose à des poursuites judiciaires de nature civile et même pénale.

En raison de l'exclusivité rattachée à ce type de licence, on peut se demander ce qui le distingue de la cession pour le détenteur. Outre le fait que le détenteur d'une licence exclusive n'est jamais investi du droit de propriété intellectuelle, lequel demeure l'apanage de son titulaire, le détenteur de la licence, sauf convention contraire, ne pourra en principe ni céder son droit d'utilisation à un tiers, ni concéder de sous-licences à d'autres personnes; le droit concédé en est un de jouissance et non de propriété.

Selon la *common law*, le détenteur d'une telle licence détient néanmoins un *proprietary interest*³³, qui lui permet entre autres d'exercer des recours en violation (ou en contrefaçon) à l'encontre de ceux qui enfreignent son droit, pourvu qu'il mette en cause (*i.e.* fasse intervenir dans le litige) le véritable titulaire du droit³⁴. Certains ont dès lors avancé que le statut du détenteur de licence exclusive équivaudrait à celui d'un cessionnaire, ce qui lui permettrait même de poursuivre en violation du droit d'auteur le titulaire concédant.

Cette question a fait l'objet d'un litige soumis en 2007 à l'appréciation de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Euro-Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc.*³⁵ Dans cette affaire, Kraft Canada invoque la licence exclusive que lui ont consentie Kraft Foods Belgique et Kraft Foods Suisse sur l'utilisation de trois logos Côte d'Or et deux logos Toblerone, enregistrés comme œuvres artistiques protégées par le droit d'auteur, pour empêcher Euro-Excellence de mettre sur le marché au Canada des produits arborant les logos ainsi protégés. Par ce moyen, Kraft Canada voudrait empêcher l'importation par Euro-Excellence d'œuvres (et leur contenu) qui auraient constitué une violation du droit d'auteur, selon l'alinéa 27(2)e) de la *Loi sur le droit d'auteur*³⁶, si elles avaient été produites au Canada. La Cour répond ainsi à Kraft Canada :

En tant que titulaires du droit d'auteur canadien sur les logos de Toblerone et de Côte d'Or, les sociétés mères Kraft ne peuvent pas violer leur propre droit d'auteur. Bien que, à titre de titulaire d'une licence exclusive, Kraft Canada ait, dans le droit d'auteur, un intérêt de propriété qui l'habilite à intenter contre des tiers une action pour violation du droit d'auteur, les sociétés mères Kraft conservent, dans ce

32. L.R. 1985, c. C-34, art. 45 et s. Cette question des pratiques anticoncurrentielles liées à l'octroi de contrats de licence appelle une analyse juridique particulière qui dépasse largement le cadre du présent développement. Le lecteur intéressé est invité à lire l'article de Masse (2003).

33. Voir par exemple Gilker (1989) et Vaver (2000, ch. 8, section B. *Assignments and Licenses*).

34. *Loi sur le droit d'auteur*, *supra* note 17, paragr. 36(2).

35. [2007] 3 R.C.S. 21.

36. *Supra* note 17. Cet alinéa se lit comme suit :

Constitue une violation du droit d'auteur [l'importation de] l'exemplaire d'une œuvre [...] alors que la personne qui accomplit l'acte sait [...] que la production de l'exemplaire [...] constituerait une [violation de ce droit] si l'exemplaire avait été produit au Canada par la personne qui l'a produit.

droit, un intérêt de propriété résiduel qui empêche Kraft Canada de les poursuivre pour violation du droit d'auteur³⁷.

Ainsi, le droit du détenteur de licence exclusive ne peut être placé sur le même pied que celui du titulaire concédant, contrairement d'ailleurs à ce que prévoit le droit américain à cet égard³⁸, et il ne peut, ce faisant, être assimilé totalement à un cessionnaire.

La gestion collective des droits

Non seulement la loi reconnaît-elle généralement l'octroi de cessions et de licences au bénéfice économique des titulaires de droit, mais elle en facilite souvent l'exercice en consacrant à leur égard un régime de gestion collective des droits. Grâce à ce régime, les auteurs d'œuvres musicales peuvent par exemple tirer des redevances des formes les plus diverses de diffusion en public de leurs œuvres et ce, peu importe où et quand elles sont exécutées (v.g. radio, télévision, Internet, bar, salle de concert ou de spectacles). Ils doivent à cette fin céder leurs droits à des sociétés de perception, qui consentiront à leur tour des licences d'utilisation spécifiques aux divers diffuseurs ou utilisateurs intéressés, selon des tarifs généraux établis de consentement et homologués ou fixés administrativement par la Commission du droit d'auteur³⁹.

Ce régime de gestion collective trouve aussi une application particulière dans le domaine de l'enseignement, en ce qu'il encadre la reprographie d'œuvres servant à des fins d'enseignement. Des sociétés telles Access Copyright⁴⁰ et Copibec servent d'intermédiaires pour percevoir des droits sur ces reproductions d'œuvres qui, autrement, auraient le plus souvent été réalisées sans contrepartie pour leurs auteurs. Un régime similaire s'applique à la reproduction et à la présentation dans des locaux d'enseignement d'émissions de radio ou de télévision reproduites ou diffusées à des fins pédagogiques⁴¹.

L'environnement numérique

La popularité de l'Internet et la production ou la conversion d'œuvres protégées en format numérique ont non seulement permis un accès plus rapide à ces œuvres, mais grandement favorisé la contrefaçon d'une grande variété de celles-ci. Craignant de voir se fragiliser le régime traditionnel de protection du droit d'auteur et d'en exacerber la violation, un grand nombre d'États ont été amenés à rechercher, sous l'égide de l'OMPI, des moyens concertés de contrer la reproduction illicite d'œuvres protégées sous ce format, ainsi que la diffusion non autorisée de ces œuvres ou d'une prestation de celles-ci sur Internet. Parmi ces moyens, on retrouve des mécanismes de contrôle de l'accès et de l'utilisation des documents et ressources numériques – mieux connus sous l'expression « gestion numérique des droits⁴² ». Tels sont les objets des traités de l'OMPI de 1996 : le Traité de l'OMPI sur les droits d'auteur (WCT/TODA) et le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT/TOIEP).

37. *Supra* note 35, paragr. 49.

38. Comme le souligne d'ailleurs, pour la Cour, le juge Rothstein, *ibid.*, paragr. 47 :

Contrairement à la Loi américaine, qui place les licenciés exclusifs sur un pied d'égalité avec les cessionnaires, la Loi canadienne et celle du Royaume-Uni maintiennent une distinction entre les licenciés exclusifs et les cessionnaires.

39. *Loi sur le droit d'auteur*, *supra* note 17, art. 66 et s.

40. Et sa licence pour éducateurs et étudiants (Access Copyright, n.d.).

41. *Loi sur le droit d'auteur*, *supra* note 17, art. 29.6, 29.7 et 71; voir l'annexe 1.

42. Cette notion fait d'ailleurs l'objet d'un examen plus attentif à l'annexe 5 du présent ouvrage.

Dès 1997, le Canada signait ces conventions internationales et s'engageait, ce faisant, à incorporer dans sa législation interne les mécanismes développés dans ces traités. Plus de douze ans plus tard, néanmoins, rien n'avait encore été fait à ce chapitre et ce, en raison des vicissitudes du régime parlementaire canadien. En effet, désirant donner suite à plusieurs rapports ministériels⁴³, le gouvernement fédéral a déposé à deux reprises (en 2005 et 2008) des projets de loi qui n'ont pu être adoptés, ni même débattus à la Chambre des Communes, puisque celle-ci a dans les deux cas été dissoute en raison du déclenchement d'élections fédérales dans les semaines qui ont suivi le dépôt.

Le premier, le projet de loi C-60 de la première session de la 38^e législature, a été déposé le 20 juin 2005 à la Chambre des communes par le gouvernement libéral d'alors. Tel que le spécifie le résumé législatif préparé à l'époque :

Une bonne partie du projet de loi met en œuvre des éléments des traités de l'OMPI afin de permettre leur ratification par le Canada. Le projet de loi :

- accorde des droits supplémentaires aux artistes-interprètes sur leurs enregistrements sonores, y compris le droit de reproduire l'enregistrement, une modification de la durée de protection et des droits moraux sur leurs prestations;
- prévoit que la mise à disposition sur l'Internet d'une œuvre protégée par le droit d'auteur, où elle peut être téléchargée sur demande par des particuliers est une violation du droit d'auteur;
- accorde aux titulaires de droits d'auteur la capacité de contrôler la première distribution des œuvres sous une forme tangible;
- tente de faire en sorte que les mesures de protection techniques, comme le cryptage ou l'information sur le régime des droits sous forme électronique, ne soient pas contournées.

De plus, le projet de loi établit une série de règles supplémentaires concernant le droit d'auteur des œuvres numériques :

- il crée un régime législatif d'« avis et avis » sous lequel les FSI [fournisseurs de services Internet] auraient l'obligation d'aviser les clients qu'ils violent le droit d'auteur et de tenir des renseignements sur ces clients;
- il crée de nouvelles règles sur la façon dont les bibliothèques et les établissements d'enseignement doivent traiter les versions numériques d'œuvres protégées par le droit d'auteur;
- il abroge les articles de la Loi qui traitaient les photographies différemment des autres œuvres artistiques⁴⁴.

Quant au projet de loi C-61 de juin 2008, déposé en Chambre cette fois par le gouvernement conservateur, il était au moment de son dépôt accompagné du résumé suivant :

Le texte modifie la Loi sur le droit d'auteur pour :

- a) mettre à jour les droits et les mesures de protection dont bénéficient les titulaires du droit d'auteur afin de mieux tenir compte d'Internet, en conformité avec les normes internationales;
- b) clarifier la responsabilité des fournisseurs de services Internet;
- c) permettre certains usages d'Internet et de tout autre réseau numérique à des fins éducatives et de recherche afin de faciliter l'apprentissage au moyen de la technologie, les prêts entre bibliothèques, la transmission de matériel éducatif et l'utilisation de matériel accessible au public sur Internet;
- d) permettre certains usages, à des fins privées, de matériel protégé par le droit d'auteur;
- e) mettre à jour les dispositions de la loi ayant trait aux photographies afin de conférer aux photographes des droits égaux à ceux conférés aux autres créateurs.

43. Sookman (2009, p. 2) fait état d'au moins 12 rapports.

44. Extrait du résumé législatif du projet de loi C-60 (Banks et Kitching, 2005).

Un examen un peu plus attentif du projet de loi C-61 (2008) nous permet de constater de très grandes similitudes avec le défunt projet C-60 (2005), bien qu'il contienne aussi quelques nouveautés, dont celle relative aux usages à des fins privées de matériel protégé par le droit d'auteur⁴⁵. Encore une fois cependant, il faudra attendre le texte d'un prochain projet de loi avant de réellement connaître comment le gouvernement canadien entend moderniser sa législation en la matière et s'acquitter ainsi de ses engagements internationaux.

En effet, depuis la réélection du nouveau gouvernement conservateur à l'automne 2008, rien n'a transpiré à cet égard, si ce n'est que les ministres de qui relèvent cette législation ont plutôt choisi de lancer en juillet 2009 une consultation nationale sur la question de la réforme du droit d'auteur. Dans un communiqué d'Industrie Canada (2009, 20 juillet), on pouvait lire :

Dans le contexte numérique actuel, les lois canadiennes sur le droit d'auteur doivent être mises à jour pour stimuler l'innovation et la croissance économique et donner aux créateurs et aux consommateurs canadiens les outils dont ils ont besoin pour conserver au pays sa position concurrentielle dans le monde.

À ce jour, aucune suite concrète ne paraît avoir découlé de cette vaste mais fort rapide⁴⁶ consultation.

L'information confidentielle

Bien que ne se rattachant pas strictement au droit de la propriété intellectuelle⁴⁷, la gestion de l'information et des renseignements confidentiels soulève des interrogations qui sont le plus souvent très intimement reliées à la réalité de la propriété intellectuelle.

Même si aucune loi ne définit formellement ce qu'on doit comprendre par « information confidentielle » ou « renseignements confidentiels », l'article 39(2) de l'Accord sur les ADPIC peut servir d'assise à une acception généralement reconnue de ce concept, puisque, comme on le sait, plus de 150 pays ont adhéré à l'Organisation mondiale du commerce, qui met en œuvre cet Accord⁴⁸.

On y décrit ainsi les renseignements confidentiels:

[39] 2. Les personnes physiques et morales auront la possibilité d'empêcher que des renseignements licitement sous leur contrôle ne soient divulgués à des tiers ou acquis ou utilisés par eux sans leur consentement et d'une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes, sous réserve que ces renseignements:

- a) soient secrets en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, ils ne sont pas généralement connus de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre de renseignements en question ou ne leur sont pas aisément accessibles;
- b) aient une valeur commerciale parce qu'ils sont secrets; et
- c) aient fait l'objet, de la part de la personne qui en a licitement le contrôle, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrets.

45. Voir le résumé législatif du projet de loi C-61 (Mahabir et Mingarelli, 2008).

46. Cette consultation s'est terminée le 13 septembre 2009.

47. En effet, le droit de propriété intellectuelle accorde des droits exclusifs d'exploitation à la personne qui consent à rendre publique et à diffuser l'information qu'elle détient, tandis que la personne qui veut assurer le caractère confidentiel de cette information entend plutôt la garder privée et en empêcher la diffusion.

48. *Supra* note 13.

Les tribunaux, en vue de déterminer si les renseignements doivent être tenus pour confidentiels, doivent donc s'assurer qu'ils n'étaient pas aisément accessibles, qu'ils ont une valeur commerciale et qu'ils ont ou auraient pu faire l'objet d'une entente de confidentialité. Comme certains auteurs le soulignent par ailleurs, ces renseignements peuvent être connus par un certain nombre de personnes, voire même avoir été publiés, dans la mesure où ils continuent de demeurer un objet de convoitise pour d'éventuels utilisateurs⁴⁹.

Mais quand voudra-t-on donner un caractère confidentiel à une information?

On pourra garder secrètes les informations entourant la réalisation d'un nouveau produit ou d'un nouveau procédé afin de contrôler la mise en marché d'une invention ou d'un savoir-faire spécifique dont on anticipe une courte longévité d'exploitation⁵⁰. On accordera alors, sous le sceau du secret, une licence à cet effet⁵¹ à un ou quelques utilisateurs qui en bénéficieront jusqu'à ce que l'information devienne plus généralement connue. À l'opposé, on pourra choisir de ne pas breveter une invention dont on veut conserver le plus longtemps possible l'exclusivité de l'exploitation en convaincant les utilisateurs éventuels, à qui l'on aura consenti une licence, qu'ils ont tout intérêt à ne pas diffuser l'information privilégiée qu'ils acquièrent, s'ils veulent en tirer avantage le plus longtemps possible⁵². Dans tous ces cas, on l'aura compris, c'est par le biais d'un contrat de confidentialité que cette licence d'utilisation exclusive devient juridiquement possible, et le détenteur de la licence devient passible de payer des dommages à son concédant s'il manque à son obligation de confidentialité.

De même, on peut protéger légalement la confidentialité des données de recherches qui, bien qu'elles constituent le plus souvent des éléments essentiels à l'avancement de travaux générateurs d'éventuelles productions intellectuelles (v.g. nouvelle invention, nouvelle percée scientifique, nouvelle publication, nouvelle œuvre), ne sont pas, comme on l'a vu au chapitre 2, à proprement parler protégeables en tant que propriété intellectuelle. Encore une fois, la voie contractuelle s'avère la plus efficace pour aménager le contrôle de cette information et, en dernière analyse, déterminer le moment et la forme de sa diffusion; à cet effet un contrat comportant une clause de confidentialité sera proposé à la personne qui accède à ces données.

Aussi, il ne faut pas se surprendre que ce genre de disposition contractuelle se retrouve le plus souvent inscrit dans les contrats de travail, assurant par là en cours d'emploi la discrétion des employés concernés et régissant même la non-divulgation des informations protégées une fois le lien d'emploi terminé. Cette disposition sert d'ailleurs bien souvent de support et de complément à l'usuelle clause de non-concurrence que l'on trouve aussi dans ce type de convention. On la retrouve également dans les contrats de recherche et développement conclus entre des entreprises et des universités; on y reviendra dans les chapitres ultérieurs.

Même en l'absence de clause spécifique de confidentialité dans le contrat de travail, le droit civil (comme celui du Québec) supplée en consacrant expressément en faveur de l'employeur une

49. Voir Gervais et Judge (2006, p. 481-483).

50. Situation où, compte tenu de rapides développements technologiques, l'exploitation de l'invention risque d'être terminée souvent même avant que le brevet ne soit octroyé.

51. Quelquefois aussi qualifiée de « contrat de *know-how* ».

52. On mentionne généralement à ce propos l'exemple de Coca-Cola Ltée, qui n'a jamais breveté la recette de son produit, de manière à tirer profit de son exclusivité le plus longtemps possible (soit bien au-delà des 17 ans de vie du brevet, telle qu'il durait à l'époque).

obligation de loyauté et de discrétion à l'égard de l'information confidentielle à laquelle l'employé a accès dans le cadre de son travail. La loi prévoit même que ces obligations survivent « pendant un délai raisonnable » après la cessation du contrat⁵³. Dans les autres provinces canadiennes, la *common law* reconnaît des droits équivalents à l'employeur par le biais d'un devoir de loyauté et de bonne foi – aussi qualifié de « devoir fiduciaire » – dont l'étendue est plus ou moins importante selon le poste que la personne occupe dans l'entreprise et la possibilité qu'elle a de profiter des informations privilégiées auxquelles elle a accès. On reconnaît là aussi que cette obligation subsiste même après que l'employé a quitté son emploi⁵⁴.

En l'absence d'un lien contractuel entre la personne qui détient légalement l'information qu'elle a rendue confidentielle et celle qui l'utilise ou la diffuse sans autorisation, le droit prévoit même que le détenteur légitime peut exercer divers recours en responsabilité civile en vue de faire cesser l'utilisation et empêcher toute diffusion non autorisée⁵⁵. Des dommages pourront en ce sens être accordés pour compenser les pertes subies par le détenteur légitime du fait de la contravention et les gains dont il a été privé. Ainsi, l'article 1612 du Code civil du Québec stipule :

1612. En matière de secret commercial, la perte que subit le propriétaire du secret comprend le coût des investissements faits pour son acquisition, sa mise au point et son exploitation; le gain dont il est privé peut être indemnisé sous forme de redevances.

La *common law* a reconnu également en cette matière l'existence de recours extra-contractuels en injonction et en dommages en se fondant sur des considérations d'*equity*. Dans les provinces canadiennes de *common law* comme en droit fédéral, on prend généralement appui sur la décision de la Cour suprême dans l'affaire *International Corona Resources Ltd. c. LAC Minerals Ltd.*⁵⁶ (en matière d'abus de confiance) pour fonder ces recours. Ce devoir de non-divulgaration s'étendrait même à l'État, en application de l'article 1711 de l'Accord de libre échange nord américain (ALÉNA)⁵⁷.

Le régime des sanctions : mise en œuvre, exceptions et renonciation

Afin d'assurer au créateur de tirer les pleins bénéfices des droits qui lui ont été consentis, il importe que ceux-ci soient scrupuleusement respectés par les éventuels utilisateurs. Les différentes législations assujettissent donc les contrevenants à toute une panoplie de sanctions en cas de violation. Celles-ci vont de l'indemnisation des pertes subies par le titulaire du droit, principalement par voie de recours civil en dommages ou en reddition de comptes⁵⁸, jusqu'à des peines

53. C.c.Q. art. 2088.

54. Voir en ce sens l'arrêt *Barton Insurance Brokers Ltd. v. Irwin* (1999) BCCA 73, qui s'appuie sur la décision de principe de la Cour suprême du Canada en matière de « devoir fiduciaire », l'arrêt *Canadian Aero Services c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592. Pour une étude plus exhaustive de cette question en ce qui a trait à la *common law*, voir Gervais et Judge (2006, p. 486-495).

55. Voir par exemple le texte de l'article 1472 C.c.Q., qui reconnaît implicitement l'existence d'une telle obligation pour la personne qui a divulgué un secret commercial; ce texte prévoit en effet la possibilité pour cette personne de s'exonérer en justifiant qu'elle a agi ainsi dans l'intérêt public.

56. [1989] 2 R.C.S. 574.

57. Voir le texte de l'Accord Affaires étrangères et Commerce international Canada, (n.d.), partie VI (chap. 17), art. 1711; voir au même effet l'article 39 de l'Accord sur les ADPIC, *supra* note 13; voir aussi Gervais et Judge (2006, p. 497-502).

58. À titre d'exemples, en droit d'auteur au Canada, voir *supra* note 17, art. 34 et s.; en matière de brevets, voir *supra* note 17, art. 54 et s.

d'emprisonnement en cas d'infractions pénales spécifiquement reconnues et définies par les textes législatifs⁵⁹, en passant par des ordonnances d'injonction en vue de faire cesser la contrefaçon et de décourager toute récidive. On pourra aussi recourir à des mesures de saisie, de détention, voire de destruction des œuvres contrefaites et même en certains cas de l'équipement ayant servi à la contrefaçon⁶⁰.

Il importe toutefois de noter que ce ne sont pas toutes les violations qui donnent ouverture aux recours mentionnés. Outre le fait qu'il faille rencontrer spécifiquement la description de l'infraction pénale reprochée pour être condamné à une amende ou à une peine d'emprisonnement, en matière civile toute contravention ne donne pas automatiquement ouverture à un recours en dommages contre le contrevenant. Par exemple, en matière de droit d'auteur, le recours en dommages ne sera ouvert en faveur du titulaire que lorsque le contrevenant a reproduit ou diffusé en public sans y être autorisé l'œuvre complète ou une partie importante d'une œuvre. Par ailleurs, la *Loi sur le droit d'auteur* prévoit aussi que la partie poursuivie peut invoquer diverses utilisations acceptables, qualifiées aussi d'utilisations licites ou équitables. Enfin, on peut s'interroger si, en certaines circonstances, le comportement du titulaire peut constituer une licence implicite ou une renonciation tacite à son droit en faveur d'un utilisateur, rendant dès lors caduc tout recours.

La notion de partie importante d'une œuvre

La *Loi sur le droit d'auteur* prévoit en effet que le droit d'auteur « comporte le droit exclusif de produire ou reproduire [...], exécuter ou représenter en public une œuvre [...] ou d'en publier la totalité ou une partie importante⁶¹ ». On ne peut donc utiliser impunément l'œuvre d'autrui ou une partie importante de celle-ci sans y être autorisé par le titulaire du droit. Pour déterminer quand il y aura lieu d'obtenir pareille autorisation, il conviendra d'établir si l'utilisateur compte utiliser l'œuvre complète ou simplement une portion de celle-ci.

Pour ce faire, précise le juge Linden de la Cour d'appel fédérale, dans l'affaire *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*⁶² :

Il faut plutôt établir si l'œuvre en question peut exister en dehors du contexte dans lequel elle est publiée, communiquée, exposée, exécutée ou autrement diffusée. La production qui est distinctive et peut raisonnablement exister en tant que telle peut être considérée comme une œuvre en soi plutôt qu'une partie d'une autre œuvre. Mais la production qui dépend tellement des éléments qui l'entourent qu'elle perd tout son sens sans eux, ou dont l'utilité disparaît en grande partie lorsqu'elle est séparée du contexte dans lequel elle est diffusée ne sera en revanche qu'une simple partie d'une œuvre.⁶³

Dès que l'on aura établi que la portion utilisée ne peut être considérée comme une œuvre complète, se pose alors la question de savoir si la partie empruntée constitue une « partie importante » de l'œuvre. Dans l'affaire *CCH Canadienne Ltée* précitée⁶⁴, le juge Sharlow de la Cour d'appel fédérale rappelle pour sa part :

59. En matière de droit d'auteur, *ibid.*, art. 42 et s; en matière de brevets, *ibid.*, art. 75 et s.

60. Voir, par exemple, les articles 38 ou 44 et s. de la *Loi sur le droit d'auteur*, *ibid.*

61. Paragr. 3(1).

62. 2002 C.A.F. 187.

63. *Ibid.*, paragr. 66.

64. *Ibid.*, paragr. 237.

Ce qui constitue une reproduction d'une partie importante d'une œuvre ne dépend pas d'une analyse purement quantitative. En fait, le caractère important peut être évalué dans une perspective quantitative ou qualitative. Dans la décision *U & R Tax Services Ltd. c. H & R Block Canada Inc.* [(1995), 62 C.P.R. (3d) 257 (C.F. 1^{ère} inst.)], le juge Richard (tel était alors son titre) a ainsi résumé le droit en matière de caractère important, à la page 268 :

[...] ce qui constitue une « partie importante » est une question de fait et, à cet égard, les tribunaux ont accordé plus d'importance à la qualité des parties qu'à leur quantité. Dans la jurisprudence antérieure, les tribunaux ont retenu, entre autres, les facteurs suivants:

- a) la qualité et la quantité des parties plagiées;
- b) la gravité de l'atteinte que l'utilisation du défendeur a portée aux activités du demandeur et la mesure dans laquelle la valeur du droit d'auteur s'en trouve diminuée;
- c) la question de savoir si le document plagié est protégé à bon droit par un droit d'auteur;
- d) la question de savoir si le défendeur s'est intentionnellement emparé de l'œuvre du demandeur pour épargner du temps et des efforts;
- e) la question de savoir si le défendeur utilise le document plagié d'une façon identique ou similaire au demandeur.

Cette analyse nous conduit en somme à rechercher si la partie utilisée méritait en soi d'être protégée. En ce sens, toujours dans l'affaire *CCH Canadienne Ltée* précitée⁶⁵, le juge Linden déclare :

De façon générale, toutefois, je me refuse à préciser quel pourcentage particulier d'une œuvre distingue ce qui est important de ce qui est insignifiant [...]. Dans certaines circonstances, un petit nombre de pages très importantes peut être important, alors que dans d'autres, un grand nombre de pages peu importantes peut être insignifiant. Une telle détermination ne peut être faite que dans le contexte d'une reproduction donnée.

Une fois établi que la partie empruntée méritait d'être protégée, et qu'elle a été utilisée sans autorisation préalable, il convient alors de vérifier si la partie utilisée l'a été « de façon équitable », auquel cas l'utilisateur poursuivi par le titulaire du droit d'auteur pourra invoquer les exceptions prévues par la Loi.

L'exception de l'utilisation équitable (fair dealing) et le fair use américain

Selon la *Loi sur le droit d'auteur*⁶⁶ en effet, même en l'absence d'autorisation, il n'y a pas violation du droit d'auteur sur une œuvre protégée lorsque celle-ci a été utilisée équitablement à des fins d'étude privée ou de recherche ou encore à des fins de critique, de compte rendu ou de communication de nouvelles. Dans les trois dernières circonstances énumérées, l'utilisateur devra toutefois identifier sa source et, si le renseignement apparaît dans la source, mentionner le nom du premier titulaire légal du droit d'auteur⁶⁷. Mais quand l'utilisation d'une œuvre protégée par le droit d'auteur peut-elle être considérée équitable?

Jusqu'à tout récemment, même si l'on comparait souvent le *fair dealing* canadien ou anglais au *fair use* américain, dont les critères servant à apprécier l'usage équitable aux États-Unis sont énumérés

65. Voir *supra* note 62, paragr. 97.

66. Voir *supra* note 17, art. 29 et s.

67. Selon le cas l'auteur lui-même, l'artiste-interprète, le producteur de l'enregistrement sonore ou le radiodiffuseur du signal de télécommunication utilisé, voir *ibid.*, art. 29.1 et 29.2.

explicitement dans le *Copyright Act* américain⁶⁸, la réponse demeurerait assez nébuleuse. D'ailleurs à ce propos, le lord juge Denning, après avoir examiné successivement tout un ensemble de facteurs dans une affaire anglaise de 1972⁶⁹, terminait ainsi son appréciation : « *But, after all is said and done, it must be a matter of impression.* ».

Au Canada, en mars 2004, la Cour suprême, toujours dans la désormais célèbre affaire *CCH Canadienne Ltée*⁷⁰, devait néanmoins contribuer à rendre cette analyse beaucoup plus objective. À cette fin, elle sanctionnait un cadre général d'appréciation de l'utilisation équitable, en s'appuyant sur les propos du juge Linden, de la Cour d'appel fédérale :

¶ 53. Le juge Linden, de la Cour d'appel, a reconnu l'absence d'un critère établi permettant de dire qu'une utilisation est équitable ou non, mais il a énuméré des facteurs pouvant être pris en compte pour en décider. S'inspirant de Hubbard, précité, ainsi que de la doctrine américaine de l'utilisation équitable [*fair use*], il a énuméré les facteurs suivants : (1) le but de l'utilisation; (2) la nature de l'utilisation; (3) l'ampleur de l'utilisation; (4) les solutions de rechange à l'utilisation; (5) la nature de l'œuvre; (6) l'effet de l'utilisation sur l'œuvre. Bien que ces facteurs ne soient pas pertinents dans tous les cas, ils offrent un cadre d'analyse utile pour statuer sur le caractère équitable d'une utilisation dans des affaires ultérieures. [Les notes infrapaginales ont été omises.]

En application de ces critères, la Cour suprême confirma que le Barreau de l'Ontario, en offrant aux juristes intéressés un service de photocopie des décisions judiciaires et autres publications juridiques de sa collection, avait utilisé équitablement les œuvres sur lesquelles les éditeurs détenaient des droits d'auteur. En effet, déclarait alors Madame la juge en chef McLachlin, « le service de photocopie du Barreau contribue simplement à faire en sorte que les juristes de l'Ontario aient accès aux ouvrages nécessaires à la recherche que demande l'exercice du droit. »⁷¹. Elle invoquait les arguments suivants à l'appui du caractère équitable de l'utilisation :

68. La version française de l'article 107 de la Loi américaine (*Copyright Act*) se lit comme suit :

Nonobstant les dispositions des articles 106 et 106A, l'usage loyal d'une œuvre protégée, y compris par reproduction sous forme d'exemplaires ou de phonogrammes ou par tous autres moyens prévus aux termes de ces dispositions, à des fins telles que de critique, de commentaire, de compte rendu d'actualité, d'enseignement (y compris la reproduction en de multiples exemplaires pour l'utilisation en classe), de formation ou de recherche, ne constitue pas une atteinte au droit d'auteur. Afin de déterminer si l'usage d'une œuvre dans un cas déterminé est loyal, les facteurs suivants doivent notamment être pris en considération :

- 1) le but et le caractère de l'usage, et notamment la nature commerciale ou non de celui-ci ou sa destination à des fins éducatives et non lucratives;
- 2) la nature de l'œuvre protégée;
- 3) le volume et l'importance de la partie utilisée par rapport à l'ensemble de l'œuvre protégée; et
- 4) l'incidence de l'usage sur le marché potentiel de l'œuvre protégée ou sur sa valeur.

Le fait qu'une œuvre ne soit pas publiée n'interdit pas en soi de conclure à un usage loyal si cette conclusion repose sur la prise en compte de tous les facteurs susmentionnés.

[Traduction de l'anglais tirée de la *Base de données de l'OMPI sur les textes législatifs de propriété intellectuelle* (www.wipo.int/clea/docs_new/pdf/fr/us/us001fr.pdf), Code des États-Unis d'Amérique, Titre 17 – Droit d'auteur.]

69. *Hubbard et al. v. Vosper et al.*, (1972) 1 All E.R. 1023 (C.A.), p. 1027.

70. [2004] 1 R.C.S. 339, paragr. 53.

71. *Ibid.*, paragr. 64.

- Par le biais d’une Politique d’accès explicite, un contrôle est exercé auprès des usagers afin de s’assurer que l’œuvre reproduite rencontrera réellement la fin de recherche déclarée (*but de l’utilisation*)⁷².
- Le Barreau fournit aux usagers une seule copie des documents aux fins expressément autorisées par la Loi (*nature de l’utilisation*)⁷³.
- La bibliothèque « veille à ce que l’ampleur de l’utilisation des œuvres protégées par le droit d’auteur demeure raisonnable » (v.g. une seule copie d’une décision, d’un article ou un court extrait d’un texte de loi) (*ampleur de l’utilisation*)⁷⁴.
- Les ouvrages ne peuvent être empruntés, alors que 20 % des demandeurs habitent en dehors de la région de Toronto, de sorte que contraindre les chercheurs à effectuer toutes leurs recherches à la Grande bibliothèque « ne paraît pas raisonnable, compte tenu de l’ampleur de la recherche que requièrent souvent les sujets juridiques complexes » (*solutions de rechange à l’utilisation*)⁷⁵.
- Les œuvres reproduites étaient des « décisions judiciaires et autres œuvres essentielles à la recherche juridique » qui, selon les propos du juge Linden, ne devraient pas, dans l’intérêt du public, voir leur accès limité sans justification (*nature de l’œuvre*)⁷⁶.
- Les éditeurs n’ont soumis aucune preuve montrant que le service de photocopie du Barreau avait pu nuire au marché de leurs œuvres (*effet de l’utilisation sur l’œuvre*)⁷⁷.

Aussi, concluait-elle :

Considérés globalement, les facteurs susmentionnés incitent à conclure que l’utilisation des œuvres des éditeurs par le Barreau, dans le cadre de son service de photocopie, était axée sur la recherche et équitable. La Politique d’accès circonscrit adéquatement le service de photocopie offert. Elle précise que toutes les demandes ne seront pas acceptées. Lorsque la fin poursuivie ne semblera pas être la recherche, la critique, le compte rendu ou l’étude privée, la demande sera refusée. En cas de doute quant à la légitimité de la fin poursuivie, il appartiendra aux bibliothécaires de référence de trancher. La Politique d’accès limite l’ampleur de l’extrait pouvant être reproduit, et les bibliothécaires de référence décideront d’accepter ou non une demande dont la portée excède ce qui est habituellement jugé raisonnable. Ces faits m’amènent donc à conclure que l’utilisation des œuvres des éditeurs par le Barreau bénéficie de l’exception relative à l’utilisation équitable et que le Barreau ne viole pas le droit d’auteur.⁷⁸

Ce ne sont d’ailleurs pas les seules situations où certains utilisateurs pourront invoquer la légitimité de leurs utilisations non autorisées. Il en est ainsi de diverses reproductions ou diffusions d’œuvres faites dans les locaux d’enseignement ou de formation, réalisées sans but lucratif et à des fins pédagogiques par des établissements d’enseignement ou des personnes agissant sous leur autorité⁷⁹. Il en est de même de certaines reproductions d’œuvres réalisées par des bibliothèques, musées ou

72. *Ibid.*, paragr. 66.

73. *Ibid.*, paragr. 67.

74. *Ibid.*, paragr. 68.

75. *Ibid.*, paragr. 69.

76. *Ibid.*, paragr. 71.

77. *Ibid.*, paragr. 72.

78. *Ibid.*, paragr. 73.

79. *Supra* note 17, art. 29.3 à 29.9.

services d'archives ou par des personnes agissant sous leur autorité⁸⁰. Il en est encore ainsi de quelques autres utilisations que le législateur a choisi spécifiquement de déclarer licites⁸¹.

En raison de l'intérêt que ce régime d'exceptions statutaires ne devrait pas manquer de susciter dans un ouvrage voué à la propriété intellectuelle en milieu universitaire, nous examinerons un peu plus attentivement les exceptions qui concernent les établissements d'enseignement sans but lucratif⁸² et les bibliothèques, musées et services d'archives⁸³.

Rappelons au départ que ces exceptions visent avant tout à permettre la reproduction de certaines œuvres ou autres objets du droit d'auteur (v.g. prestation de l'artiste-interprète, enregistrement sonore, signal de communication⁸⁴) à des fins pédagogiques ou à des fins d'étude privée ou de recherche, bien qu'accessoirement, dans les mêmes lieux et aux mêmes fins, elles autorisent aussi certaines exécutions publiques ou communications au public par télécommunication de certains types d'œuvres ou autres objets du droit d'auteur (i.e. émissions ou de commentaires d'actualités).

Ces exceptions sont cependant fort limitatives et sont assujetties à une panoplie de règles et de conditions assez tatillonnes qui rendent leur application bien illusoire. Les tableaux présentés à l'annexe 1 donnent une idée de l'ampleur et de la complexité de ces exigences ainsi que de l'extrême lourdeur administrative de ce régime, ce qui donne à penser que dans le domaine de l'enseignement, le juste équilibre entre la protection du droit des auteurs et l'accès aux œuvres par les utilisateurs est loin d'être atteint. Compte tenu de l'interprétation de la notion d'« utilisation équitable » donnée par la Cour suprême dans sa décision de l'affaire *CCH Canadienne Ltée* précitée⁸⁵, il est vraisemblable que les utilisateurs du milieu de l'enseignement supérieur qui n'auront pas entièrement respecté toutes et chacune des règles imposées par le régime statutaire pourront encore se prévaloir du caractère équitable d'une utilisation sans but lucratif faite dans un contexte de formation ou de recherche, pour éviter les sanctions.

On doit noter enfin que jusqu'à maintenant, ce régime d'exception semble exclure la plupart des reproductions d'œuvres placées sur support numérique. La loi ne permettrait donc tout au plus la communication au public de ces œuvres, prestations ou enregistrements sonores par télécommunication, qu'à la condition que soit reconnue comme licite la reproduction transitoire de cette œuvre nécessaire pour en assurer sa diffusion. Nous verrons au chapitre 8 quelles difficultés ces limitations présentent dans un contexte d'enseignement médiatisé.

80. *Ibid.*, art. 30.1 à 30.5.

81. Telles, par exemple, les reproductions pour fins d'archivage par les Archives nationales du Canada d'enregistrements sonores ou d'œuvres ou autres communications au public par télécommunication (*ibid.*, art. 30.5); les copies d'adaptation ou de sauvegarde de programmes d'ordinateur (*ibid.*, art. 30.6); les enregistrements éphémères (*ibid.*, art. 30.8); les copies privées d'œuvres musicales (*ibid.*, art. 79 et s.).

82. La définition d'« établissement d'enseignement » que l'on retrouve à l'article 2 de la *Loi sur le droit d'auteur*, *ibid.*, fait ressortir très nettement ce caractère. Quant à l'article 29.3 de cette loi, il mentionne quels sont les actes considérés « à but non lucratif » au sens de ces dispositions, ce sont ceux « accomplis sans intention de faire un gain », il est précisé par ailleurs au paragraphe suivant que n'est pas réputé accompli « avec l'intention de faire un gain » le fait de « recouvrer les coûts y afférents, frais généraux compris ».

83. Y inclus bien entendu celles qui font partie d'un établissement d'enseignement, *ibid.*, art. 30.4.

84. Voir la définition de « droit d'auteur » à l'article 2 de la Loi précitée, *ibid.*

85. *Supra* note 70. Voir aussi notre développement de cette question dans les paragraphes précédents.

En dépit des apparences, il existe néanmoins plusieurs avenues juridiques susceptibles de permettre aux utilisateurs de profiter des productions novatrices des créateurs. En toutes circonstances, il faut noter que le droit peut se porter au secours de ces derniers lorsque l'exploitation de leur création par les utilisateurs s'avère non autorisée ou à tout le moins non équitable pour le créateur, pourvu cependant qu'il n'y ait pas par ailleurs autrement renoncé. Il s'agit là indéniablement d'une autre manifestation du fait que les lois de propriété intellectuelle ont été conçues en vue de favoriser un juste équilibre entre le droit du créateur de profiter des bénéfices économiques de sa création et le droit des utilisateurs de tirer avantage de l'activité innovante de celui-ci.

C'est ce que la Cour suprême du Canada rappelait dans des décisions récentes :

La Loi est généralement présentée comme établissant un équilibre entre, d'une part, la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles et, d'autre part, l'obtention d'une juste récompense pour le créateur.

On atteint le juste équilibre entre les objectifs de politique générale, dont ceux qui précèdent, non seulement en reconnaissant les droits du créateur, mais aussi en accordant l'importance qu'il convient à la nature limitée de ces droits⁸⁶.

Mais, comme on le constatera dans le prochain chapitre, cette quête de l'équilibre entre les intérêts souvent antagonistes des créateurs et ceux des utilisateurs a fait l'objet d'un parcours long et souvent périlleux; le monde universitaire n'y a d'ailleurs pas échappé.

86. *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, *ibid.*, paragr. 10, extrait des propos de Madame la juge en chef MacLachlin, reprenant pour l'essentiel ceux de M. le juge Binnie, dans l'affaire *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336, paragr. 30 et 31.