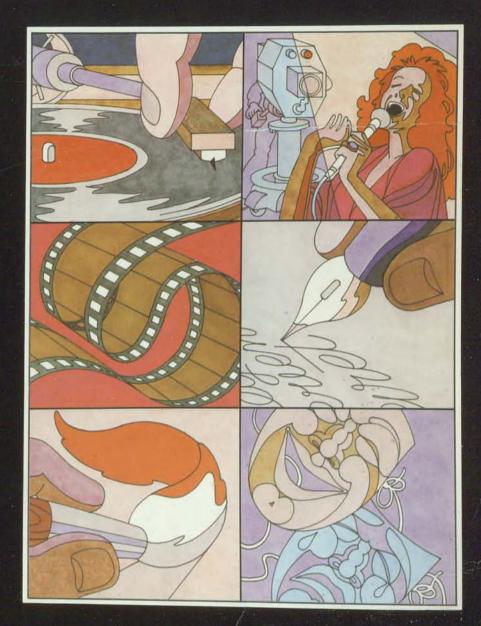
# La propriété du droit d'auteur au Canada

Barry Torno



de la révision de la Loi sur le droit d'auteur

In English:

Ownership of Copyright in Canada

Available from:

Communications Service

Consumer and Corporate Affairs Canada

Ottawa (Ontario) KlA 0C9

Industry Canada Library Queen

SEP 1 6 1998

Industrie Canada Bibliothèque Queen

LA PROPRIÉTÉ DU DROIT D'AUTEUR AU CANADA

Barry Torno Ministère de la Justice



Étude en vue de la révision de la Loi sur le droit d'auteur Direction de la recherche et des affaires internationales Bureau des corporations Consommation et Corporations Canada

L'analyse et les conclusions contenues dans ce rapport ne représentent pas nécessairement le point de vue du ministère.

Études en vue de la révision de la Loi sur le droit d'auteur Direction de la recherche et des affaires internationales Bureau des corporations

Publiées

Paiement de droits d'auteur pour la câblodiffusion : le pour et le contre, par S.J. Liebowitz, 1980.

La reproduction mécanique des oeuvres musicales au Canada, par Mike Berthiaume et Jim Keon, 1980.

Une analyse du droit d'exécution sur les enregistrements sonores, par Jim Keon, 1980.

Durée de la protection en matière de droit d'auteur au Canada : situation actuelle et propositions de réforme, par Barry Torno, 1981.

Une analyse économique du droit d'artiste-interprête, par Steven Globerman et Mitchell P. Rothman, 1981.

Le droit d'auteur de la Couronne au Canada : un héritage embrouillé, par Barry Torno, 1981.

Droit d'auteur, concurrence et culture au Canada : la Loi sur le droit d'auteur et les importations dans le domaine de l'édition et de l'enregistrement sonore, par Ake G. Blomqvist et Chin Lim, 1981.

L'incidence de la reprographie sur le régime de droit

La propriété du droit d'auteur au Canada, par Barry Torno,

Disponibles dans les deux langues officielles au :

Service des Communications
Consommation et Consommation et

A venir

Les relations internationales du Canada en rapport avec le droit d'auteur : la Convention de Berne et la Convention universelle sur le droit d'auteur, par Barry Torno.

La révision de la Loi sur le droit d'auteur et la nécessité de clarifier la notion d'"utilisation équitable", par Barry Torno.

L'incidence de l'enregistrement à domicile d'oeuvres audiovisuelles sur le droit d'auteur, par Jim Keon.

Les exceptions à la protection du droit d'auteur au Canada, par D. Magnusson et V. Nabhan.

Le droit d'auteur et les ordinateurs, par J. Palmer et R. Resendes.

Les recours et l'application de la Loi sur le droit d'auteur, par A.M. Butler.

© Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1981

N° de cat. RG44-1/9F ISBN 0-662-91059-1

Le présent rapport fait partie d'une série d'études sur les différents aspects de la Loi sur le droit d'auteur. série a été entreprise afin que soient mieux comprises certaines questions importantes qui entrent en jeu dans la révision Dans sa forme de la loi canadienne sur le droit d'auteur. actuelle, la loi est en vigueur depuis maintenant plus de cin-Les nombreux progrès enregistrés dans les domaiquante ans. nes juridique, économique et technologique depuis la promulgation de la loi soulignent la pertinence de la révision en cours. La production et la diffusion de l'information jouent un rôle de plus en plus important dans la société contemporai-En outre, la contribution de la collectivité intéressée par le droit d'auteur, à savoir les auteurs, les éditeurs, l'industrie du cinéma et du vidéo, les sociétés de télédiffusion et de radiodiffusion, l'industrie du disque, les éducateurs, les bibliothécaires et les usagers, représente des centaines de millions de dollars pour l'économie du pays. C'est pourquoi la Direction de la recherche et des affaires internationales du Bureau des corporations a jugé nécessaire d'entreprendre des études économiques et juridiques appronfondies sur les conséquences culturelles, économiques et juridiques des questions les plus importantes dans le domaine du droit d'auteur.

La place qu'on doit accorder aux études économiques effectuées pour mener à bien la réforme de la Loi sur le droit d'auteur est mise en relief par le passage suivant, tiré d'une étude faite en 1971 par le Conseil économique du Canada et intitulée Rapport sur la propriété intellectuelle et industrielle:

On laisse entendre parfois que, lorsque d'importants objectifs culturels sont en cause, l'analyse économique, avec ses considérations terre à terre, devrait céder le pas. C'est là une très fausse conception du rôle propre et Il est possible utile de l'analyse économique. qu'en dernière analyse, l'économique soit bien plus préoccupée des moyens que de la fin et que les grands "objectifs de réalisation" d'un pays soient sinon complètement, du moins en grande partie, de caractère non économique. D'autre part, il ne faut pas oublier qu'en pratique, les influence considérable, exercent une bonne ou mauvaise, sur la réalisation des fins et que, de ce fait, une analyse systématique des disponibilités économiques est indispensable tant pour la fixation des objectifs sociaux du

pays que pour le choix des mesures à prendre pour les réaliser. Notamment, dans le cas d'objectifs culturels, l'analyse économique peut être d'une grande utilité, d'abord en aidant à les préciser et, ensuite, en aidant à trouver les moyens de les atteindre le plus rapidement possible, par les voies les moins coûteuses et celles qui incitent le plus à la persévérance.

Il ne faudrait surtout pas que, dans l'élaboration des politiques, l'importance des objectifs culturels serve d'excuse pour ne pas examiner les intérêts matériels et les conflits entre l'intérêt privé et l'intérêt de la société. Dans une société de plus en plus orientée vers les services et exigeant de plus en plus de connaissances, les questions culturelles, dans le sens le plus large du mot, sont dans une mesure croissante de l'essence même de la vie économique. Il faut qu'elles soient étudiées sous leur aspect économique tout autant que sous tout autre aspect. (p. 148)

C'est dans cet esprit qu'ont été entreprises et effectuées les études économiques commanditées par la Direction.

Outre les recherches internes qu'elle a effectuées, la Direction a eu recours aux services d'universitaires canadiens qui portent un intérêt particulier au droit d'auteur. L'apport de chercheurs de l'extérieur ouvre un nouvel horizon à la Direction et lui permet d'avoir les points de vue d'universitaires parmi les plus compétents au Canada sur les nombreuses questions complexes qui se posent au moment de la révision de la Loi sur le droit d'auteur. Ces recherches stimulent l'intérêt et encouragent la participation d'autres universitaires au débat sur ces grandes questions de politique. Une telle participation ne peut qu'améliorer la compréhension et le processus d'élaboration des politiques en matière de droit d'auteur.

La présente étude, effectuée par Barry Torno, du ministère de la Justice, constitue à ce jour l'exploration la plus approfondie des multiples facettes de la propriété du droit d'auteur au Canada. Cette étude offre au lecteur une analyse exhaustive de la combinaison des différents facteurs qui sont à l'origine des recommandations relatives à la propriété initiale du droit d'auteur, aux dispositions volontaires (c'estadire aux cessions et licences) et aux dispositions involontaires (licences obligatoires). Ces facteurs mettent en jeu de vieux principes du droit anglo-américain relatif au droit

d'auteur, les obligations qui découlent de l'adhésion Canada à deux importantes conventions internationales sur le droit d'auteur, les incidences des nouvelles technologies de reproduction et enfin, des questions d'ordre pratique et d'équité.

Les résultats et les recommandations contenus cette étude sont ceux de l'auteur et n'ont pas nécessairement été approuvés par Consommation et Corporations Canada. Nous croyons ainsi donner une plus grande latitude aux chercheurs tant au niveau de la création qu'à celui de la présentation de leurs opinions.

Fenton Hay

Directeur de la recherche

et des affaires internationales

#### SOMMAIRE

La présente étude se divise en quatre grandes parties et se termine par un rappel des recommandations proposées.

# Obligations internationales

Le premier chapitre porte sur les obligations législatives qui découlent de l'adhésion du Canada à la Convention de Berne et à la Convention universelle sur le droit d'auteur.

Aux termes du texte de la Convention de Berne signé à Rome en 1928 et auquel le Canada adhère, la propriété initiale du droit d'auteur relatif à une oeuvre donnée revient nécessairement et dans tous les cas à l'auteur de l'oeuvre en question. En outre, chaque État membre est libre de définir le terme "auteur" en fonction de ses propres besoins.

Quoique la Convention universelle sur le droit d'auteur ne soit pas aussi précise à ce sujet, l'étude indique qu'elle désigne également l'auteur, quel que soit le sens qu'on donne à ce terme, comme premier titulaire du droit d'auteur.

# Propriété initiale

Le deuxième chapitre de l'étude débute par un exposé du principe selon lequel l'auteur est le premier titulaire du droit d'auteur. Le principe est examiné dans le cadre de l'évolution des lois anglo-américaines et des conventions internationales relatives au droit d'auteur.

L'auteur se penche sur les questions de propriété relatives à certains types d'oeuvres dont l'existence est inextricablement liée à des technologies spécifiques, telles les photographies, les enregistrements sonores et les oeuvres cinématographiques. On suggère de ne plus attribuer la qualité d'auteur au propriétaire du négatif, mais plutôt à la personne qui a réalisé le cliché.

Les problèmes soulevés par le traitement accordé aux enregistrements sonores par la <u>Loi sur le droit d'auteur</u> sont ensuite examinés. L'auteur recommande que la protection actuelle relative aux enregistrements sonores fondée

sur leur assimilation aux oeuvres musicales, littéraires ou dramatiques soit abolie et que les enregistrements sonores soient protégés en tant que catégorie distincte d'oeuvres originales. Il recommande également que les enregistrements sonores ne soient plus l'oeuvre de "fabricants" mais plutôt d'"auteurs", lesquels ne devraient plus être identifiés en fonction de la personne à qui appartenait la matrice dont a été tiré le support de l'enregistrement sonore. L'auteur invite l'industrie de l'enregistrement à commenter sa recommandation voulant que le titre d'auteur soit attribué à la personne principalement responsable des arrangements pris pour la création de l'enregistrement.

L'étude aborde une série de problèmes particuliers relatifs aux dispositions de la <u>Loi sur le droit d'auteur</u> portant sur les oeuvres cinématographiques et notamment la question de savoir si les productions enregistrées sur magnétoscope sont protégées par la loi. Il est proposé que les termes "cinématographie" ou "procédé analogue à la cinématographie" soient définis de façon à inclure : a) tous les procédés par lesquels il est possible de produire l'effet de mouvement du cinéma, sans tenir compte du procédé technique utilisé (par exemple le magnétoscope, le disque vidéo), et b) toute bande sonore accompagnant le film.

L'étude recommande l'abolition du double classement que la loi applique actuellement aux films, selon lequel certains films sont protégés par assimilation à une série de photographies tandis que d'autres le sont du fait de leur assimilation à des oeuvres dramatiques.

Enfin, l'industrie cinématographique est invitée à commenter la proposition voulant que l'auteur d'une oeuvre cinématographique soit défini comme étant le producteur responsable des arrangements nécessaires à la réalisation de l'oeuvre.

L'étude examine ensuite les deux exceptions selon lesquelles l'auteur n'est pas le premier titulaire du droit d'auteur : les oeuvres des employés et les oeuvres faites sur commande. En général, l'employeur est le premier titulaire du droit d'auteur d'une oeuvre créée par un employé. L'étude examine les avantages et les désavantages de cette situation et recommande que la loi modifiée ne déroge pas au principe général selon lequel l'auteur devrait être le premier titulaire du droit d'auteur sur son oeuvre. La loi devrait se borner à reconnaître à l'auteur (qui pourrait être un préposé) le droit de céder partiellement ou entièrement son futur droit d'auteur à autrui (y compris à son employeur) par contrat (incluant la convention conclue avec l'employeur).

L'étude propose également que les dispositions qui accordent la propriété initiale du droit d'auteur sur certaines oeuvres artistiques faites sur commande à la personne qui a fait la commande, plutôt qu'au créateur des oeuvres, soient abrogées.

En ce qui concerne les oeuvres créées en collaboration, l'auteur propose de s'écarter de manière significative de la définition qu'en donne la loi, soit : "... oeuvre exécutée par la collaboration de deux ou plusieurs auteurs, et dans laquelle la part créée par l'un n'est pas distincte de celle créée par l'autre ou les autres". Afin de corriger plusieurs anomalies imputables à cette définition, surtout dans le cas des oeuvres musicales, il est proposé que la définition couvre toutes les contributions inséparables et interdépendantes. En ce qui concerne les droits et les responsabilités de chaque cotitulaire par rapport à l'autre ou aux autres coauteurs et par rapport aux tiers, une des plus importantes propositions de l'étude est à l'effet que tout cotitulaire devrait être habilité à céder, à exploiter ou à licencier sa portion indivise sans l'autorisation des autres.

L'auteur affirme que le régime législatif actuellement applicable aux recueils laisse à désirer pour différentes raisons : la protection est accordée uniquement aux oeuvres écrites et non pas, par exemple, aux recueils d'enregistrements sonores ou de films; les oeuvres ou les parties d'oeuvres doivent être de différents auteurs pour constituer un recueil. Il est donc recommandé que la définition du recueil garantisse un droit d'auteur relativement à de telles oeuvres, et ne tienne pas compte, par conséquent, de la catégorie des oeuvres qui composent le recueil. Il est également proposé que la définition du recueil soit modifiée de façon à supprimer l'exigence voulant que les oeuvres ou les parties d'une oeuvre comprises dans un recueil soient réalisées par des auteurs différents.

Le dernier sujet abordé dans cette partie porte sur les droits moraux, c'est-à-dire la faculté d'un auteur de revendiquer la paternité de l'oeuvre, ainsi que le privilège de réprimer toute déformation, mutilation ou autre modification de ladite oeuvre, qui serait préjudiciable à son honneur ou à sa réputation. Actuellement, la loi ne précise pas si les droits moraux sont accordés lorsque l'auteur n'est pas une personne physique, comme c'est souvent le cas pour les films. En outre, la loi ne prévoit rien en ce qui concerne la cession ou la licence des droits moraux. L'auteur présente des recommandations précises à ce sujet.

## Les dispositions volontaires

Deux importants attributs du droit d'auteur sont mis en lumière au début de cette partie. A moins d'une convention contraire, le transfert du droit d'auteur relatif à une oeuvre n'inclut pas le transfert du support matériel de l'oeuvre. L'inverse est également vrai : la vente d'une peinture n'entraîne pas nécessairement la transmission du droit d'auteur.

L'étude recommande que la loi abolisse le système actuel de cessions ainsi que les trois différents types de licences: licence à laquelle est jointe la cession d'un intérêt, licences contractuelles et licences simples. Elle propose le remplacement de celle-ci par le principe d'une "transmission de droit de titulaire" (c'est-à-dire une cession, un privilège, une licence exclusive ou tout autre transfert, aliénation, ou inscription hypothécaire d'un droit d'auteur, qu'il soit ou non limité dans le temps, quant au secteur géographique ou encore du point de vue de leur effet, mais ne comprenant pas la licence non exclusive).

L'étude recommande en outre de conserver le principe général que prévoit actuellement la loi, à savoir que le titulaire d'un droit d'auteur peut transférer des droits exclusifs compris dans le droit d'auteur, avec des restrictions quant au temps, à l'espace et aux droits eux-mêmes (y compris toute subdivision d'un droit; par exemple, concernant le droit de publication, le transfert du droit de publier en édition de poche ou en édition commerciale).

L'auteur examine aussi la question de la transmission de la possession des originaux des oeuvres (par exemple les peintures et les manuscrits). Il recommande que, lorsqu'une personne obtient par legs l'original d'une oeuvre non publiée avant le décès du testateur, le legs doit s'interpréter comme comprenant le droit d'auteur sur l'oeuvre dans la mesure où le testateur en était le titulaire immédiatement avant son décès, sauf indication contraire dans le testament.

Il est également recommandé d'inclure une disposition qui permettrait la cession juridique d'un droit d'auteur futur.

#### Les dispositions involontaires

En vertu de la loi actuelle, il y a trois principaux articles qui restreignent statutairement, de différentes façons et à divers degrés, les droits exclusifs des titulaires de droits d'auteur. Les articles 7 et 13 de la loi portent sur les licences obligatoires concernant la reproduction ou l'exécution publique de certaines catégories d'oeuvres, compte tenu des conditions précisées dans lesdits articles. En bref, la loi stipule qu'une personne qui respecte les conditions établies peut reproduire ou présenter une oeuvre sans obtenir au préalable l'assentiment du titulaire du droit d'auteur.

L'auteur se penche sur les objectifs politiques servis par les dispositions en question ainsi que sur nombre d'importantes lacunes inhérentes à ces dispositions. Il recommande de remplacer les deux licences distinctes par une seule licence obligatoire plus équitable et plus pratique.

L'article 19 de la Loi stipule que lorsque le titulaire du droit d'auteur sur une oeuvre musicale, littéraire ou dramatique consent à ce que son oeuvre soit enregistrée, toute autre partie peut subséquemment enregistrer l'oeuvre, conformément à la disposition dudit article sur le régime de licences obligatoires. Ce régime a fait l'objet d'un autre rapport dans le cadre de la série d'études en vue de la Loi sur le droit d'auteur, "La reproduction mécanique des oeuvres musicales au Canada". L'auteur propose d'adopter intégralement les recommandations de cette étude.

Plusieurs articles de la Loi sur le droit d'auteur comportent certaines dispositions couramment appelées "les clauses d'impression" ou "les licences d'impression". clauses veulent que la pleine protection du droit d'auteur pour certaines oeuvres soit, dans une certaine mesure, liée Ces dispositions ont à l'impression de l'oeuvre au Canada. été adoptées pour correspondre à des dispositions portant sur la "fabrication" contenues dans la loi américaine sur le droit d'auteur de 1909 et qui ont été abrogées depuis, à l'endroit du Canada, en vertu de l'adhésion des États-Unis à la Convention universelle sur le droit d'auteur et de l'adoption, en 1976, de la loi américaine sur le droit d'au-En outre, les modifications susmentionnées de la loi canadienne creent un conflit entre la loi et les obligations internationales du Canada découlant de la Convention de L'abrogation des clauses d'impression recommandée.

La dernière partie de l'étude est consacrée à la disposition de la loi sur la réversibilité du droit d'auteur qui prévoit que, dans certaines circonstances, celui qui a acquis l'un ou plusieurs des droits compris dans le droit d'auteur qui protège une oeuvre cesse d'être le titulaire de ce ou de ces droits à la fin des vingt-cinq années suivant le décès de l'auteur de l'oeuvre, même si ces droits lui ont été octroyés pour la durée entière de la protection. souligne qu'une multitude de conditions restreint l'application de la disposition de réversibilité et que, même lorsqu'elle peut être appliquée, elle semble d'une utilité limitée. Qui plus est, cette disposition constitue une entrave injustifiée à la capacité des parties de s'entendre sur les conditions d'extinction de leurs choix, sans restrictions artificielles. Par conséquent, l'abrogation des dispositions de réversibilité est recommandée.

# TABLE DES MATIÈRES

	Pages
CHAPITRE I - INTRODUCTION	
LA PROPRIÉTÉ DU DROIT D'AUTEURLLA PROPRIÉTÉ	1
DU DROIT D'AUTEUR	2
La Convention de BerneLa Convention universelle sur le droit d'auteur.	2 4
CHAPITRE II - LA PROPRIÉTÉ INITIALE	
LE PRINCIPE SELON LEQUEL L'AUTEUR EST LE PREMIER	
TITULAIRELE RAPPORT ENTRE LE DROIT D'AUTEUR ET LA TECHNIQUE.	9 11
Les photographies	11
Les enregistrements sonores	18
Les oeuvres cinématographiques	28
LES EXCEPTIONS AU PRINCIPE SELON LEQUEL L'AUTEUR EST PREMIER TITULAIRE	45
Les oeuvres des employés	45
Les oeuvres faites sur commande	57
LES OEUVRES CRÉÉES EN COLLABORATION	65
LES RECUEILS	77 80
LES DROITS MORAUX Les droits moraux et les corporations	81
Les droits moraux et l'aliénabilité	81
CHAPITRE III - LES DISPOSITIONS VOLONTAIRES	
L'OBJET DES CONTRATS RELATIFS AU DROIT D'AUTEUR	89
LES CESSATIONS ET LES LICENCES	92
LA DIVISIBILITÉ DU DROIT D'AUTEUR	98
La divisibilité du point de vue des droits La divisibilité dans le temps	98 99
La divisibilité territoriale	99
L'EXIGENCE DE L'ÉCRIT	105
LA TRANSMISSION DE LA POSSESSION DES ORIGINAUX DES	
OEUVRES	105
תוחסות הואנות בוותווס	106

	<u>Pages</u>
CHAPITRE IV - LES DISPOSITIONS INVOLONTAIRES	
LES LICENCES OBLIGATOIRES Les licences de reproduction, de représentation	109
ou d'exécution publique	110
Les licences d'impression	122
La licence de reproduction mécanique	125
LA REVERSABILITÉ DU DROIT D'AUTEUR	127
CHAPITRE V - RÉSUMÉ DES RECOMMANDATIONS	133
BIBLIOGRAPHIE	139

#### CHAPITRE I

#### INTRODUCTION

# La propriété du droit d'auteur

L'article 3(1) de la Loi sur le droit d'auteur assimile le droit d'auteur à un ensemble de droits exclusifs conférés par la loi, relatifs à l'exploitation d'oeuvres originales littéraires, dramatiques, musicales et artistiques1. La question de l'exploitation de ces droits s'inscrit dans le cadre fondamental de la définition des titulaires desdits droits, à savoir de leur propriété. Le problème fondamental qui consiste à établir les critères en vue de déterminer les personnes aptes à exercer ces droits, c'està-dire leurs titulaires, est étroitement relié à toute question concernant leur exploitation. La présente étude traite des dispositions de la loi relatives à ces droits de propriété ainsi que des questions qu'elles soulèvent. contient en outre des propositions d'amendement. On étudiera d'abord les obligations qui lient le Canada depuis qu'il a adhere à deux importantes conventions internationales sur le droit d'auteur : la Convention de Berne et la Convention universelle sur le droit d'auteur. On traitera ensuite de certaines questions relatives à la propriété initiale du droit d'auteur. Suivra une analyse des nombreuses questions se rapportant à la disposition des droits, tant volontaire qu'involontaire. Enfin, on terminera par une récapitulation sommaire des recommandations qui découlent des constatations faites dans le corps de l'étude.

l. L'article 45 de la Loi sur le droit d'auteur stipule qu'il n'existe, relativement aux oeuvres littéraires, dramatiques, musicales et artistiques, aucun droit d'auteur ni aucun droit analogue en dehors de ceux que la loi prévoit; voir aussi Canadian Admiral Corporation Ltd. v. Rediffusion Inc. et al. (1954) Ex. C.R. 382, p. 390; 20 C.P.R. 75; 14 Fox Pat. C. 114, p. 122.

# Les obligations internationales et la propriété du droit d'auteur

Vu l'adhésion du Canada à certaines conventions internationales, son droit interne doit être conforme aux obligations prévues par ces conventions et en respecter tant l'esprit que la lettre.

La Convention de Berne. Le Canada a adhéré au texte de la Convention de Berne signé à Rome en 1928 mais non aux dispositions ultérieures adoptées à Bruxelles en 1948, à Stockholm en 1967 et à Paris en 1971. C'est donc le texte de Rome qui détermine les obligations imposées au Canada par la Convention de Berne. Les instruments antérieurs et postérieurs au texte de Rome demeurent très utiles pour interpréter ce dernier et pour comprendre l'évolution du droit international en matière de droit d'auteur.

Aucun article du texte de Rome ne stipule expressément qui doit être considéré comme le premier titulaire du droit d'auteur. On peut néanmoins déduire de l'ensemble de la Convention qu'il s'agit de l'auteur lui-même, sous réserve de toute transaction conclue par celui-ci<sup>2</sup>. Les observations qui suivent viennent étayer cette thèse. Aucune des

# Voici quelques exemples à l'appui :

Article	ler:	" droits des auteurs sur leurs oeu- vres littéraires et artistiques."
Article	2(2):	" droits de l'auteur de l'oeuvre originale"
Article	2(bis)(2):	" l'auteur seul aura le droit"
Article	4(1):	"Les auteurs jouissent des droits
Article	4(2):	"L'auteur ses droits"
Article	5 et 6(1) :	"Les auteurs jouissent des mêmes droits
Article	6(3):	"les droits qu'un auteur aura acquis"
Article	6(bis)(l) :	" droits patrimoniaux d'auteur, et même" après la cession desdits droits"
Article	7(bis) :	" droit d'auteur appartenant en com- mun aux collaborateurs d'une oeuvre"
Article	8:	"Les auteurs jouissent du droit exclusif"

dispositions du texte de Rome n'attribue la propriété initiale du droit d'auteur à qui que ce soit d'autre qu'à l'auteur. Cette observation est encore renforcée par la mention qui est faite à l'article 6(bis)(l) des "droits patrimoniaux d'auteur" et de leur cessibilité. La Convention ne définit néanmoins pas le terme auteur. Le Guide de la Convention de Berne peut aider à comprendre le sens que la Convention attribue à ce terme; ce guide, tout en ne prétendant pas être une interprétation officielle de la Convention, donne néanmoins de précieuses indications sur la nature, les objets et la portée de cette dernière<sup>3</sup>. Il traite spécifiquement du texte signé à Paris en 1971 et du texte de Rome en ses dispositions qui n'ont pas été modifiées ultérieure-En ce qui concerne l'absence de définition du mot auteur dans les deux textes, on peut y lire l'explication suivante:

> ...sur ce point aussi la divergence des législations nationales est grande, certaines ne reconnaissant comme auteurs<sup>4</sup> que les personnes

Article ll(bis)(l): "Les auteurs... jouissent du droit exclusif... Article ll(bis)(2): "... au droit moral de l'auteur..." Article 13: "Les auteurs... ont le droit exclusif..." Article 14(1): "Les auteurs... ont le droit exclusif..." Article 14(3) : "les droits de l'auteur..." "... les droits appartenant à l'au-Article 15: teur..." "... droits des auteurs" Article 22:

- 3. Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, Guide de la Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques (Acte de Rome, 1971), Genève, 1978, p. 4.
- 4. Il est à remarquer qu'on trouve dans la traduction anglaise de ce passage les expressions "auteur" et "titulaire d'un droit d'auteur" dans la même phrase, ce qui peut laisser croire que ces deux expressions sont synonymes. Ce n'est bien sûr pas nécessairement le cas. Le droit d'auteur est cessible. "Titulaire d'un droit d'auteur" est donc plus large que "auteur" car la première expression se rapporte non seulement aux personnes qui doivent leur droit de propriété au fait qu'elles sont les auteurs, mais aussi à

physiques, d'autres y ajoutant les personnes morales, certaines n'attribuant la qualité d'auteur que dans des conditions que d'autres n'admettent pas $^5$ .

Cette absence de définition du terme auteur a pour but de permettre aux membres de la Convention de le définir eux-mêmes en tenant compte de la réalité sociale, culturelle, économique et juridique de chaque pays (incluant le concept du statut d'auteur). Comme le dit le Guide, définir ce qu'est l'auteur "sous forme d'un principe conventionnel opposable à tous serait trop difficile ou guère possible" 6.

En résumé, du fait que le texte de Rome ne parle du droit d'auteur et de ses éléments constitutifs qu'en fonction de l'auteur, il faut conclure que la propriété initiale du droit d'auteur relatif à une oeuvre donnée revient nécessairement et dans tous les cas à l'auteur de l'oeuvre en question, quel que soit le sens donné au mot auteur. Étant donné que la Convention ne définit pas ce terme, il demeure loisible à chaque État membre de le faire, en fonction de ses besoins propres.

La Convention universelle sur le droit d'auteur. Le Canada a également adhéré à la Convention universelle sur le droit d'auteur de 1952, mais non au texte révisé en 1971 à Paris.

celles qui en sont titulaires pour en avoir fait l'acquisition. Ce passage serait donc peut-être plus correct s'il était rédigé de la façon suivante "... certaines ne reconnaissant comme auteurs, donc comme premiers titulaires du droit d'auteur, que les personnes physiques, d'autres y ajoutant certaines personnes morales (sociétés et autres sujets de droits) comme les auteurs, et par conséquent les premiers titulaires du droit d'auteur, ou comme les premiers titulaires du droit d'auteur, qu'ils soient auteurs ou non."

<sup>5. &</sup>lt;u>Id.</u>, p. 11.

<sup>6.</sup> Ibid.

Pas plus que la Convention de Berne, la Convention universelle sur le droit d'auteur ne désigne expressément le premier titulaire du droit d'auteur. Elle diffère toutefois de la Convention de Berne en ce qu'elle ne comporte pas les nombreuses clauses minima relatives aux oeuvres que contient cette dernière et fait donc beaucoup moins fréquemment allusion à la propriété du droit d'auteur. Voici le texte des trois seules dispositions où se retrouve cette notion:

- Article I : "Chaque État contractant s'engage à prendre toutes dispositions nécessaires pour assurer une protection suffisante et efficace des droits des auteurs et de tous autres titulaires de ces droits."
- Article III l.: "Tous les exemplaires de l'oeuvre publiée avec l'autorisation de l'auteur ou de tout autre titulaire de ces droits."
- Article V l.: "Le droit d'auteur comprend le droit exclusif de faire, de publier et d'autoriser à faire et à publier la traduction des oeuvres protégées aux termes de la présente Convention."

Il semble, d'après ces extraits, que la Convention universelle protège également "l'auteur et les autres titulaires de ces droits", sauf pour le droit de traduction, qui appartient exclusivement à l'auteur lui-même. Une autre similitude avec la Convention de Berne est que le terme auteur n'y est pas défini, non plus que l'expression "auteurs et autres titulaires de ces droits". On semble donc s'en remettre ici encore aux États membres de la Convention universelle. Il est cependant significatif que celle-ci emploie l'expression "auteurs et autres titulaires de ces droits" plutôt que simplement "auteurs".

<sup>7.</sup> Voir p. 3, note 2.

Arpad Bogsch, directeur général de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, analyse le sens de l'expression "auteurs et autres titulaires de ces droits"8. Il propose deux raisons pour lesquelles celle-ci aurait été adoptée par les rédacteurs de la Convention universelle; ses explications nous éclairent sur le sens à lui donner.

La première raison en est que le mot "auteur" n'a pas le même sens dans les différentes lois sur le droit d'auteur que l'on trouve dans le monde. Certaines législations ne donnent le titre d'auteur qu'aux personnes physiques, alors que d'autres l'étendent aux personnes morales<sup>9</sup>. S'agissant d'oeuvres créées par un préposé dans l'exercice de ses fonctions, dans tel pays c'est le préposé lui-même qui en sera considéré comme l'auteur, dans une autre ce sera l'employeur. La question de savoir qui est l'auteur ou qui sont les auteurs d'une photographie ou d'un film est l'une des questions les plus controversées du domaine du droit d'auteur et la réponse varie beaucoup d'un pays à l'autre. En ce qui concerne l'article ler, ces différences sont sans importan-En effet, cet article prévoit la protection des droits du titulaire du droit d'auteur, que celui-ci soit "l'auteur" (aux différents sens que lui attribuent les diverses législations) ou le "propriétaire du droit d'auteur", c'est-à-dire une personne distincte de celle que l'on désignerait sous le nom d'auteur dans le vocabulaire du domaine du droit d'auteur dans certains pays.

<sup>8.</sup> A. Bogsch, The Law of Copyright under the Universal Convention, 3e ed., R.R. Bowker Co., New York, 1972.

<sup>9.</sup> Il n'est pas étonnant que cette raison soit la même que celle qui avait été proposée pour expliquer l'absence d'une définition du mot "auteur" dans la Convention de Berne, mentionnée plus haut.

L'autre raison pour laquelle le texte ajoute "et autres titulaires de ces droits" au mot "auteur" est probablement le fait que l'on a tenu à souligner l'égalité de statut de l'auteur et des personnes qui en ont acquis les droits. La protection de la Convention s'étend donc aux ayants droit par transmission entre vifs, tels les cessionnaires, et à cause de mort, tels les héritiers ou les légataires 10.

On peut regretter que l'analyse de Bogsch passe sous silence la question de la première propriété du droit d'auteur. Bien que cela ne soit pas aussi clair que dans le cas de la Convention de Berne, Bogsch laisse entendre qu'en vertu de la Convention universelle sur le droit d'auteur, l'auteur, de quelque façon qu'on le définisse, est le premier titulaire du droit d'auteur et les "autres titulaires de ces droits" ne peuvent tenir leur droit de propriété que de l'auteur.

<sup>10.</sup> A. Bogsch, op. cit., voir pp. 19 et suivantes. Bogsch fait état des difficultés que pose la question de déterminer l'auteur lorsqu'il s'agit des oeuvres de préposés ou de sociétés, et dans le cas de films, de photographies, etc. Comme le fait remarquer l'auteur, la Convention ne tranche pas la question mais laisse plutôt à chaque État membre le loisir d'identifier l'auteur conformément à sa propre législation.

#### CHAPITRE II

#### LA PROPRIÉTÉ INITIALE

L'article 12 de la Loi sur le droit d'auteur, intitulé "Possession du droit d'auteur", traite essentiellement de la propriété initiale du droit d'auteur dès la création de l'oeuvre, à l'exception de son alinéa (6), qui concerne la possession dans les cas de cession partielle. Parmi les autres dispositions qui ont un effet sur la propriété initiale, citons l'article 9, relatif aux photographies; l'article 10, qui a trait aux "empreintes" et aux rouleaux perforés; et l'article 11 sur le droit d'auteur de la Couronnel.

## Le principe selon lequel l'auteur est le premier titulaire

L'article 12(1) dispose succintement que l'auteur d'une oeuvre est le premier titulaire du droit d'auteur, sous réserve des dispositions de la loi. D'aucuns trouveront la chose plutôt évidente, mais on ne doit pas oublier qu'il a fallu attendre le Statute of Anne (8 Ave, ch. 19, 1709) pour que ce principe soit consacré par la loi. Avant cette date, le droit de reproduire un ouvrage, qui constituait l'essentiel du droit d'auteur selon la conception qu'on en avait à cette époque, revenait dans la plupart des cas, en premier lieu, à l'imprimeur et, en second lieu, au libraire.

Le <u>Statute of Anne</u>, considéré comme l'ancêtre de la législation anglo-américaine du droit d'auteur - incluant la loi canadienne sur le droit d'auteur - a modifié sensiblement cette situation en attribuant le droit de première reproduction à l'auteur lui-même. Le but du législateur, inscrit dans le préambule, était d'encourager "... les hommes instruits à écrire des ouvrages valables". La plupart des lois qui se sont inspirées du <u>Statute of Anne</u> ont repris ce principe; il existe toutefois des exceptions dont la présente étude traitera également.

<sup>1.</sup> La question du droit d'auteur de la Couronne a récemment fait l'objet d'une étude approfondie de la part de l'auteur. B.D. Torno : Le droit d'auteur de la Couronne au Canada : un héritage embrouillé, Ottawa, Consommation et Corporations Canada, 1981.

En attribuant la première propriété du droit d'auteur à l'auteur, l'article 12(1) de la loi demeure fidèle à l'esprit du texte de Rome (1928) de la Convention de Berne et du texte de Genève (1952) de la Convention universelle sur le droit d'auteur tels qu'interprétés plus haut. Cet article s'inspire manifestement du <u>Statute of Anne</u> et s'inscrit en tous points dans le cadre des obligations internationales du Canada en matière de propriété initiale du droit d'auteur.

Il faut cependant tempérer cette affirmation, car les premiers mots de l'article 12(1): "Sous réserve de la présente loi...", indiquent que d'autres dispositions de la loi peuvent faire échec à ce principe. En voici deux exemples.

Le premier est celui où la loi fait état de considérations contractuelles.

- 1. 12(2) Lorsqu'il s'agit d'une gravure, d'une photographie ou d'un portrait et que la planche ou autre production originale a été commandée par une tierce personne et confectionnée contre rémunération en vertu de cette commande, celui qui a donné la commande est, à moins de stipulation contraire, le premier titulaire du droit d'auteur.
- 2. 12(3) Lorsque l'auteur est employé par une autre personne en vertu d'un contrat de louage de services ou d'apprentissage, et que l'oeuvre est exécutée dans l'exercice de cet emploi, l'employeur est, à moins de stipulation contraire, le premier titulaire du droit d'auteur.

Il faut remarquer que ces deux dispositions se situent dans le contexte d'un contrat exécuté contre rémunération, qu'elles prévoient l'existence ou l'absence d'une "convention contraire". La seconde suppose un rapport juridique de commettant à préposé. La première disposition ne contient pas le mot auteur et passe sous silence la notion de statut de réviseur, l'article 12(3) lui, fait au contraire état de l'existence d'un auteur, mais retire à ce dernier la propriété du droit d'auteur relatif à son oeuvre pour la donner à quelqu'un d'autre. Cette apparente entorse aux principes de la Convention de Berne sera analysée plus loin.

Le second cas donne au terme auteur des définitions spéciales dans le cas de certaines oeuvres qui ont pour caractéristique commune le fait d'être réalisées au moyen de techniques spéciales, il s'agit des photographies, des enregistrements sonores et des films. Plutôt que d'apporter de véritables exceptions au principe, la loi donne du mot auteur des définitions qui s'écartent de son sens ordinaire de créateur, palliant ainsi les difficultés qu'il y aurait à identifier l'auteur. Étant donné que c'est la personne qui reçoit le titre d'auteur qui est considérée comme le premier propriétaire du droit d'auteur, ces définitions spéciales revêtent une très grande importance chaque fois qu'il est question de la propriété initiale. L'usage de ces définitions pour identifier le premier titulaire du droit de propriété est conforme à la Convention de Berne et à la Convention universelle sur le droit d'auteur, vu la latitude que celles-ci ont laissée aux États membres à ce sujet.

En résumé, le principe selon lequel la propriété initiale du droit d'auteur revient à l'auteur lui-même existe de façon implicite en droit anglo-américain depuis le <u>Statute of Anne</u>, tout comme il était sous-entendu dans la première version de la Convention de Berne. Il est donc normal qu'il s'impose dans la législation canadienne sur le droit d'auteur.

# Le rapport entre le droit d'auteur et la technique

Les photographies. Depuis que les photographies se sont ajoutées aux oeuvres protégées par le droit d'auteur, l'attribution des droits aux différents intéressés, soit (a) l'auteur de la photographie et (b) le propriétaire du droit d'auteur, s'est révélée pleine d'embûches. En effet, le vocabulaire classique du droit d'auteur, forgé surtout dans un contexte littéraire, a dû s'adapter aux nouvelles formes d'expression qui devaient être protégées par le droit d'auteur. Cette adaptation continuelle requiert l'adoption d'une définition souple du terme "auteur".

Comme on l'a vu, le principe de base a longtemps été que le créateur d'une oeuvre était le premier titulaire du droit d'auteur. Il demeure donc nécessaire, en photographie, d'identifier l'auteur. La Fine Arts Copyright Act

(loi sur le droit d'auteur dans les beaux-arts - 25 et 26 Victoria, c. 68, s. 1) de 1862 est la première loi qui a appliqué le droit d'auteur à la photographie; elle ne précisait toutefois pas qui devait être considéré comme auteur. Il s'ensuivit une série de décisions jurisprudentielles dont la première fut Nottage v. Jackson<sup>2</sup> en 1883.

Dans cette affaire, le tribunal reconnut que l'auteur n'était pas défini dans la <u>Fine Arts Copyright Act</u> de 1862 mais décida que l'auteur d'une photographie était celui qui avait effectué ou dirigé la composition devant être reproduite par le cliché et à qui l'on devait en quelque sorte l'oeuvre en question dans sa forme finale. En vertu de ce critère, c'est au photographe que revient dans la plupart des cas le titre d'auteur.

En 1888, dans <u>Pollard v. The Photographic Co.<sup>3</sup></u>, il fut décidé que, peu importe qui est l'auteur de la photographie, c'était à la personne qui avait posé pour le portrait et qui en avait payé le prix qu'appartenait le droit d'auteur. Cette décision reposait sur l'existence d'une convention tacite par laquelle le photographe aurait cédé (contre rémunération) ses droits à son client<sup>4</sup>.

Deux autres causes vinrent s'ajouter à celles-ci en 1895. Dans <u>Ellis v. Marshall & Son</u><sup>5</sup>, un photographe demande à une personne la permission de la photographier. La personne accepte et accorde au photographe le droit de vendre des copies du cliché. Le tribunal a jugé que le photographe était à la fois auteur de la photographie et titulaire du droit d'auteur, car il ne considérait pas la permission reçue par le photographe comme une cause pouvant, à l'instar

<sup>2. (1883) 11</sup> Q.B.P. 627.

<sup>3. (1888) 40</sup> Ch. D. 345.

<sup>4.</sup> On trouvera plus loin dans ce chapitre l'étude des questions auxquelles donne lieu cette notion de convention tacite, relativement aux oeuvres créées dans le cadre d'un contrat de louage de services et aux oeuvres faites sur commande.

<sup>5. (1895) 64</sup> L.J.Q.B. 757.

d'une somme d'argent, laisser croire à une convention tacite contraire. Dans Melville v. The Mirror of Life Company<sup>6</sup>, on a reconnu que le photographe comme l'auteur de la photographie et, de ce fait, le titulaire du droit d'auteur. Le tribunal a jugé que le manipulateur de l'appareil n'était pas vraiment le photographe s'il ne faisait qu'exécuter les instructions d'une autre personne. Pour expliquer l'attribution du statut d'auteur au photographe, le tribunal a précisé les deux faits qui l'avaient influencé : d'abord, les personnes en cause avaient exprimé l'intention de remettre la propriété des négatifs au photographe, et, d'autre part, le client avait autorisé le photographe à vendre des copies de l'épreuve. Le premier de ces deux faits allait prendre une importance juridique capitale en droit anglais relativement à la propriété du droit d'auteur.

En 1903, le jugement rendu dans l'affaire Boucas v. Cooke vint quelque peu compliquer la question. Le tribunal a désapprouvé la décision rendue dans l'affaire Melville en posant que cette dernière établissait des critères erronés pour déterminer le titulaire du droit d'auteur relatif à une photographie, soit que l'intention des parties quant à l'attribution du négatif était déterminante à cet égard. Il fut donc décidé dans Boucas que, même si le photographe conservait la propriété du négatif, si un portrait était exécuté de la façon ordinaire à la demande du client, sur promesse de paiement expresse ou tacite, le droit d'auteur appartenait au client.

La situation s'aggrava encore avec le jugement rendu dans Stackemann v. Paton<sup>8</sup>, où l'affaire Boucas fut évoquée, mais distinguée quant aux faits. Il fut jugé que l'auteur des photographies était celui qui les avait prises lui-même, en dépit du fait qu'il avait été conseillé ou dirigé par quelqu'un d'autre pendant l'opération.

<sup>6. (1895) 2</sup> Ch. 531.

<sup>7. (1903) 2</sup> K.B. 227.

<sup>8. (1906) 1</sup> Ch. 774.

Dans ce contexte de controverse, le Royaume-Uni a modifié, en 1911, sa loi sur le droit d'auteur. C'est dans son article 21, sur lequel l'article 9 de la loi canadienne sur le droit d'auteur a été calqué, que la nouvelle loi cherche à régler le problème de la propriété du droit d'auteur relatif aux photographies. Elle reprend le raisonnement de l'arrêt Melville en stipulant que l'auteur de la photographie est la personne à qui appartient le négatif au moment de son exécution.

En assimilant pour ainsi dire la propriété du droit d'auteur à celle du négatif, le législateur tentait de résoudre un problème des plus complexes. Il réalisait les difficultés éprouvées jusqu'alors par les tribunaux pour établir un critère à la fois précis et général, pour déterminer l'auteur de la photographie. Jusqu'à la découverte de la photographie et son entrée dans le domaine du droit d'auteur, il s'était toujours agi d'une pure question de faits que les diverses doctrines juridiques n'étaient pas encore venues embrouiller.

La jurisprudence postérieure à Nottage v. Jackson indique la difficulté qu'ont eue les tribunaux à fixer un critère sûr pour déterminer l'auteur d'une photographie. C'est la raison pour laquelle le parlement a attribué, dans la Copyright Act de 1911, le titre d'auteur au propriétaire du négatif. En faisant de la qualité d'auteur une question de droit, on croyait mettre fin à l'incertitude. Cependant, le critère choisi s'est avéré simpliste et dans plusieurs cas insuffisant. En outre, la solution de l'article 21 négligeait totalement le principe fondamental du droit d'auteur, exprimé dans l'arrêt Nottage, selon lequel l'auteur de la photographie est la personne qui a choisi et arrangé le sujet du cliché et qui a donc véritablement conçu ce der-Il est vrai que cette personne peut fort bien être également le propriétaire du négatif, mais le critère de la loi ne tient nullement compte des cas où il en va autre-Ce critère équivaudrait, en peinture, à faire de la personne à qui appartient la toile, au moment où le tableau a été peint, l'auteur de l'oeuvre. L'insuffisance du critère est ici évidente. Son seul mérite est d'avoir tenté de mettre fin à l'incertitude. Toutefois, malgré son but fort louable, l'article 21 tend à contredire le principe qui attribue la première propriété à l'auteur.

En dépit de ses lacunes, cette disposition fut dûment reprise par l'article 9 de la loi canadienne sur le droit d'auteur. La première cause qui s'y rapporte est celle de Dobran v. Bier , en 1958. Le jugement attribue la qualité d'auteur à la personne qui a fait la photographie et qui détient le négatif. Ce jugement rappelle l'arrêt Nottage et indique un souci de nuancer les dispositions de l'article 9.

Cette même tendance se retrouve dans la cause plus récente de Global Upholstery Co. Ltd. v. Galaxy Office Furniture  $^{10}$ . Le tribunal déclare :

L'auteur de la photographie est le photographe. Sous réserve des dispositions de la loi, le photographe est le premier titulaire du droit d'auteur en cause<sup>11</sup>. (p. 157)

Il est difficile de déterminer, à partir de cette citation, ainsi que du reste de l'arrêt, dans quelle mesure le tribunal a tenu compte de l'article 9. Ce qui ressort par contre de façon très claire, c'est que, comme dans l'arrêt Dobran, le tribunal a attaché beaucoup d'importance à l'acte artistique lui-même pour déterminer l'auteur et, par conséquent, le premier titulaire du droit.

Ce bref historique de la notion d'auteur en matière de photographie révèle l'insuffisance, voire l'inexactitude, du critère établi par l'article 9. D'autre part, l'incorporation de l'article 21 de la loi anglaise de 1911 sur le

<sup>9. (1958) 15</sup> D.L.R. (2d) 595; 29 C.P.R. 150.

<sup>10. (1977) 29</sup> C.P.R. (2d) 145.

<sup>11.</sup> Il existe un arrêt plus ancien sur la question, rendu avant l'adoption de la première loi canadienne (période où c'était la loi anglaise qui s'appliquait): Tremblay c. La Compagnie d'Imprimerie de Québec (1900) 6 Rev. de droit 312. Il fut décidé dans cette affaire que l'auteur était le photographe; même si celui-ci n'était que le mandataire d'une autre personne, cette dernière ne pouvait être considérée comme l'auteur principal. C'est donc au photographe que revenait le droit d'auteur initial.

droit d'auteur dans la loi canadienne du droit d'auteur a eu pour effet de perpétuer l'erreur du législateur anglais. Si l'on veut respecter le principe fondamental selon lequel l'auteur d'une oeuvre est le premier titulaire du droit d'auteur qui s'y rattache, il est manifeste que la propriété du support matériel de l'oeuvre est un critère tout à fait insuffisant pour déterminer, à lui seul, l'identité de l'auteur. Il est sûrement plus correct de se reporter à des considérations telles que le fait d'avoir véritablement produit l'oeuvre, ou du moins d'avoir pris les décisions importantes quant à la composition, la mise au point, etc., du cliché. Le juge Hand, dans une cause américaine en matière de droit d'auteur, abonde dans ce sens:

Toutes les photographies, même les plus simples, reflètent la personnalité de leur auteur [...] 12

Melville Nimmer, dans son excellent traité sur le droit d'auteur<sup>13</sup>, montre que cette opinion du juge Hand s'est imposée aux États-Unis de sorte que toute photographie

[...] présente l'originalité nécessaire pour faire l'objet d'un droit d'auteur du simple fait que le photographe en a choisi le sujet, l'angle et l'éclairage, et qu'il a décidé du moment exact où la photographie devait être prise<sup>14</sup>.

Par conséquent, si la question du droit d'auteur sur une photographie dépend de l'originalité de cette dernière et si l'originalité dépend des décisions du photographe, qui d'autre que ce dernier a le droit d'être considéré comme l'auteur de la photographie? Certainement pas le propriétaire du négatif, qui peut fort bien n'avoir nullement participé à la réalisation de l'oeuvre.

<sup>12.</sup> Jewelers' Circular Publishing Co. v. Keystone Publishing Co., 274 Fed. 932, 934 (S.D.N.Y., 1921), confirme par 281 Fed. 83 (2e Cir. 1922).

<sup>13.</sup> M.B. Nimmer, Nimmer on Copyright, Mattew Bender & Co., New York, 1979.

<sup>14. &</sup>lt;u>Ibid.</u>, vol. 1, p. 2-111.

Le rapport Keyes-Brunet<sup>15</sup> s'est penché sur la question de l'auteur en matière de photographie. Le rapport reconnaît que "celui qui prend la photographie n'est pas nécessairement le propriétaire du droit d'auteur"<sup>16</sup>, mais il n'étudie pas la question plus avant. Les auteurs recommandent d'attribuer la propriété du droit d'auteur à la personne à qui appartient le matériel avec lequel le cliché a été pris, palliant ainsi le problème des procédés photographiques sans négatif<sup>17</sup> (par exemple le procédé polaroïd). Vu les commentaires qui précèdent et l'histoire du droit d'auteur sur les photographies, il est manifeste que la proposition du rapport Keyes-Brunet laisse à désirer.

Huit mémoires reçus en réponse au rapport Keyes-Brunet ont déclaré ne pas approuver cette recommandation. Notons en particulier la réaction de l'Union des écrivains du Canada, pour laquelle c'est la personne qui réalise la photographie (c'est-à-dire le photographe) qui en est le créateur et à qui la loi devrait reconnaître la qualité d'auteur. L'Union s'appuie sur le rapport Whitford, 18 qui a étudié la question de l'identité de l'auteur et du propriétaire de la photographie et conclut que l'auteur devrait être "la personne à qui l'on doit la réalisation de la photographie". (p. 154)

Aujourd'hui, les photographes doivent souvent travailler avec du matériel qui ne leur appartient pas, car certains clients insistent pour fournir le matériel. Il n'y a en principe rien qui s'oppose à ce que l'auteur d'une photographie soit défini comme étant la personne

<sup>15.</sup> A.A. Keyes et C. Brunet, <u>Le droit d'auteur au Canada: propositions pour la révision de la loi</u>, Ottawa, Consommation et Corporations Canada, avril 1977.

<sup>16. &</sup>lt;u>Id.</u>, p. 75.

<sup>17. &</sup>lt;u>Id.</u>, pp. 52 et 75.

<sup>18.</sup> Rapport Whitford (Report of the Committee to consider the Law on Copyright and Designs), mars 1977, Cmnd 6732, Her Majesty Stationery Office, London, 1977.

responsable de sa composition. Cette définition n'est pas aussi précise que celle qui se rapporte actuellement à la propriété du droit d'auteur sur les photographies, mais elle satisfait les photographes professionnels et nous en recommandons l'adoption 19.

pour conclure, nous croyons qu'il faut se conformer au principe général selon lequel l'auteur d'une oeuvre en est le créateur, et donc corriger ce que nous considérons comme l'erreur de l'article 9 de la loi. Ce n'est pas au propriétaire du matériel photographique que devrait obligatoirement revenir la qualité d'auteur, mais plutôt à la personne qui a réalisé le cliché. De cette façon, sera considérée comme auteur la personne à qui l'on doit véritablement l'oeuvre quel que soit le propriétaire du matériel, de sorte que, conformément au principe fondamental énoncé à l'article 12(1) de la Loi sur le droit d'auteur, le réalisateur de la photographie en sera l'auteur et, automatiquement le premier titulaire du droit d'auteur.

Les enregistrements sonores. La découverte de la photographie a sans nul doute posé de nombreuses difficultés en matière de droit d'auteur, et on peut en dire autant des enregistrements sonores. Ceux-ci peuvent être incorporés à différents genres de supports, tels que les disques, les bandes magnétiques, les cassettes, les boîtes à musique, L'invention du disque, survenue à peine quelques etc. années après l'adoption de la Convention de Berne en 1886, a compliqué singulièrement le problème de l'adaptation du mot auteur et autres termes de droit d'auteur aux nouveaux procédés de reproduction du son. Il existait bien sûr à cette époque différents dispositifs capables de reproduire des mélodies automatiquement mais, contrairement aux boîtes à musique et aux rouleaux de piano mécanique, qui dictaient à l'instrument l'air qu'il devait jouer, le disque et le cylindre étaient vraiment révolutionnaires; qu'ils permettaient l'enregistrement ainsi que la reproduction de sons véritables. Il faut noter que l'expression "enregistrement sonore" désigne l'ensemble des sons incorporés à un support quelconque, à l'exclusion des bandes sonores des films. raisons de cette exception seront expliquées ultérieurement. Il faut en outre noter que, si les disques, les bandes magnétiques, les cassettes et autres mécanismes reproduction sonore, sont le support des enregistrements sonores, cette dernière expression est appliquée de plus en

<sup>19.</sup> Id., p. 148.

plus aux supports eux-mêmes (à l'exception toujours de la bande sonore de film). Cependant, elle ne s'appliquera ici qu'aux sons enregistrés et non à leurs supports. À l'époque où ce type de droit fut institué par la Loi sur le droit d'auteur, la terminologie n'était pas suffisamment précise pour permettre la distinction entre l'enregistrement et son support. L'article 4(3) emploie donc le mot "organe" pour désigner non pas, comme une interprétation littérale pourrait le faire croire, le support des sons, mais plutôt l'ensemble de ces derniers incorporés au support.

Aux termes de la loi, comme on l'a fait remarquer, la reconnaissance de la qualité d'auteur d'une oeuvre constitue le facteur de base servant à déterminer le premier titulaire du droit d'auteur relativement à cette oeuvre. Cela s'applique tout autant aux enregistrements sonores qu'aux autres genres d'oeuvres protégées par la loi.

Cette question de reconnaissance de la qualité d'auteur d'un enregistrement sonore se pose différemment de celle d'une oeuvre littéraire, dramatique ou musicale. Cela résulte de la façon dont la loi protège l'auteur des enregistrements sonores et des procédés par lesquels ceux-ci sont réalisés. Bien que les enregistrements sonores soient, au Canada, protégés par la Loi sur le droit d'auteur, ils ne sont pas mentionnés ou protégés en tant que catégorie d'oeuvres distinctes mais "... comme si ces organes constituaient des oeuvres musicales, littéraires ou dramatiques "20.

Non seulement une telle assimilation ne contribue pas à clarifier la question du mécanisme de protection applicable aux enregistrements sonores, mais elle soulève une autre question, celle de savoir pourquoi ces derniers ne sont pas traités comme des oeuvres à part entière comme le sont les oeuvres littéraires, musicales et dramatiques. La réponse tient peut être du fait qu'au début de l'industrie de l'enregistrement, on pensait qu'il ne fallait pas considérer les enregistrements sonores comme des oeuvres originales,

<sup>20.</sup> Loi sur le droit d'auteur, art. 4(3).

comparables à un roman ou à un tableau<sup>21</sup>. Cette conception s'expliquerait à son tour par le fait que, si l'on considérait les enregistrements comme le fruit d'un certain esprit créateur, il s'agirait, dans l'optique de l'époque, d'une création d'un ordre différent de celle qui permettait la réalisation d'un roman ou d'un tableau. À cet égard, les commentaires de la Commission Ilsley sont intéressants:

Ainsi que le signale le comité Gregory, même si un enregistrement sonore "requiert pour sa production un certain apport artistique, suppose toujours pour sa fabrication une large mesure de contribution purement technique et industrielle". Bien que notre loi sur le droit d'auteur décrète que la protection du droit d'auteur s'étend à ces produits tout comme s'ils étaient des oeuvres musicales, littéraires ou dramatiques, nulle part dans la loi sont-ils décrits comme des oeuvres originales, et nous estimons souhaitable de ne pas les désigner comme des oeuvres dans notre nouvelle législation. Nous estimons, toutefois, que les enregistrements sonores devraient faire l'objet d'une certaine protection par voie du droit d'auteur...<sup>22</sup>

Cette façon de voir semble avoir subsisté, sous des formes diverses, dans les États du Commonwealth. La légis-lation du Royaume-Uni et de l'Australie assimilaient, comme la loi canadienne actuelle, les enregistrements sonores aux oeuvres musicales. Ces deux pays ont récemment modifié leur loi sur le droit d'auteur et la protection s'applique maintenant aux enregistrements en tant que tels. Ce changement de conception n'est toutefois pas complet; en Australie, les enregistrements ne sont pas considérés comme des oeuvres originales mais plutôt comme "des objets autres que des

<sup>21.</sup> En effet, la protection du droit d'auteur doit-elle s'appliquer à l'enregistrement sonore comme s'il s'agissait d'une oeuvre musicale, d'une oeuvre littéraire ou d'une oeuvre dramatique, ou encore d'un genre de réalisation tenant de ces trois arts?

<sup>22.</sup> Commission Ilsley, Commission royale sur les Brevets, le Droit d'auteur, les Marques de Commerce et les Dessins industriels. Rapport sur le droit d'auteur, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1958, p. 85.

Oeuvres". Ouand les États-Unis ont étendu la protection aux auteurs d'enregistrements sonores en 1976, ils n'étaient liés par aucun précédent en la matière et n'ont donc fait aucune distinction entre les enregistrements sonores et les autres genres d'oeuvres. Lors de l'étude de la question, la Chambre des représentants, dans son rapport de 1971, a confirmé que cette mesure n'avait que trop tardé<sup>23</sup>. argument valable ne s'opposait à ce qu'ils soient considérés comme un genre distinct d'oeuvres originales. La loi américaine en a donc fait une catégorie d'oeuvres protégées, distinctes des autres, mais égales<sup>24</sup>. De la même façon qu'il n'a jamais été dit que les enregistrements sonores ne devraient pas être couverts par la loi canadienne sur le droit d'auteur, il ne semble pas exister non plus de raisons valables de ne pas les traiter comme les autres catégories d'oeuvres. Il est temps que le Canada se débarrasse de ses conceptions dépassées et prévoie la protection des enregistrements sonores comme une autre catégorie distincte d'oeuvres protégées.

La question de l'auteur de l'enregistrement sonore pose aussi des difficultés de par la façon même dont ce produit est fabriqué, comme le montre Nimmer dans son traité:

Seules les personnes qui ont contribué de façon originale à l'élaboration de l'oeuvre peuvent être considérées comme des auteurs et elles seules, ou leurs mandataires, peuvent revendiquer la propriété du droit d'auteur. La question de savoir qui a véritablement participé à l'élaboration d'un film ou d'un enregistrement sonore est beaucoup plus complexe que dans le cas d'une oeuvre littéraire. En effet, s'il s'agit d'une oeuvre à laquelle plusieurs personnes ont collaboré, l'apport de chacune d'elles est de même nature, même s'il en diffère beaucoup en quantité et en qualité. Par conséquent, dans ce cas, il suffit de

<sup>23.</sup> Report of the American House of Representatives on Copyright, rapport no 92-487, 1971, p. 6. Voir aussi Nimmer, op. cit., supra, note 13, chap. II, annexe 18, p. 6.

<sup>24. &</sup>lt;u>The Copyright Act</u> 1976, Public Law 94-553, art. 102(a).

dire que l'auteur ou son mandataire est le propriétaire du droit d'auteur. Dans le cas des films et des enregistrements sonores, il est souvent malaisé d'en distinguer les véritables auteurs, car ces oeuvres sont presque toujours le produit du travail commun de plusieurs personnes chargées de fonctions fort différentes 25.

Cependant, si toutes les personnes ayant collaboré de façon originale à l'élaboration d'un enregistrement sonore étaient considérées comme les coauteurs, il serait extrêmement difficile, sinon impossible, de commercialiser l'oeuvre sans un ensemble fort complexe de cessions et de mandats multiples destinés à concilier les intentions et les intérêts de tous.

Afin de tenir compte des particularités de l'enregistrement sonore, l'article 10 de la loi prévoit, entre autres, que c'est la personne à qui appartenait, au moment de sa fabrication, la matrice dont est tiré le support de l'enregistrement sonore qui doit être considérée comme l'auteur et, par conséquent, comme le premier titulaire du droit d'auteur en vertu de l'article 12(1). Tout comme pour les oeuvres photographiques, la loi a recours, dans un but de simplification, au critère de la propriété de l'objet dont on tire des copies. Par ce procédé, on a voulu simplifier la commercialisation de l'oeuvre en désignant un auteur unique sans tenir compte de l'apport créateur de plusieurs autres personnes. Il est manifeste qu'avec ce critère, a), il n'importe nullement que l'auteur ait collaboré à la conception artistique de l'oeuvre; b) l'identité de l'auteur n'est plus une question de fait mais de droit; c) on laisse dans l'ombre les créateurs de l'oeuvre pour ne tenir compte que du propriétaire de la matrice.

Le problème de l'auteur d'une oeuvre créée au moyen des techniques modernes, en l'occurrence la photographie, s'est posé pour la première fois dans l'affaire Nottage v. Jackson. Selon ce jugement, c'est le véritable créateur de

<sup>25.</sup> Nimmer, op. cit., supra, note 13, chap. II, vol. I, pp. 2-149.

l'oeuvre qui en est l'auteur. Il est pour ainsi dire la cause efficiente de l'oeuvre réalisée. Cause efficiente est synonyme de cause effective et a été définie comme référant à "l'agent qui met en branle un processus purement intermédiaire aboutissant au résultat voulu" 26.

Pour revenir aux enregistrements sonores, la question qui se pose est de savoir dans quelle mesure ce critère, même s'il désigne avec "certitude" qui est l'auteur, tient véritablement compte de l'activité créatrice de ce dernier. Pour répondre à cette question, il est utile de se reporter à certaines études faites sur le titre d'auteur et la propriété du droit d'auteur en matière d'enregistrements sonores.

La Commission Ilsley s'est penchée sur le problème<sup>27</sup>. Elle constate que ni le texte de Rome ni la Convention de Berne, non plus que la Convention universelle sur le droit d'auteur, ne prévoient la protection du droit d'auteur relativement aux disques<sup>28</sup>. Au contraire, la loi britannique de 1911 prévoit la protection des auteurs d'enregistrements sonores, ces enregistrements étant toutefois considérés comme des oeuvres musicales non originales. Le mode de protection de la loi britannique a été repris à l'article 4(3) de la loi canadienne sur le droit d'auteur. Souhaitant que la législation du droit d'auteur continue à s'appliquer aux enregistrements sonores, sans toutefois considérer ces derniers comme oeuvres<sup>29</sup>, la Commission recommande d'attribuer la propriété initiale du droit d'auteur au fabricant

<sup>26.</sup> Bole v. Pittsburgh Athletic Club, CCA, 205 F. 468, p. 471.

<sup>27.</sup> Commission Ilsley, op. cit., supra, note 22, chap. II, p. 85.

<sup>28.</sup> Il faut toutefois bien remarquer que la position prise par ces accords internationaux relativement aux disques n'est pas la seule source des obligations des États membres en matière d'enregistrements sonores. Si un État donné protège les droits des auteurs d'enregistrements sonores, il est tenu, aux termes des clauses de ces traités garantissant le "traitement national", de traiter les ressortissants des autres États membres de la même façon que les siens.

<sup>29.</sup> Voir infra, pp. 20-21.

(compte tenu de certaines nuances sans intérêt direct ici), sauf dans le cas où les enregistrements sont faits sur commande 30. La Commission n'a pas étudié les termes auteur et fabricant, très probablement parce qu'elle ne considérait pas le premier comme adéquat en matière d'enregistrements sonores et qu'elle était d'avis que le second se passait de définition. Toutefois, la définition qu'elle donne au terme fabricant d'oeuvres cinématographiques peut s'appliquer au fabricant d'enregistrements sonores (c'est-à-dire à la personne qui a fait les arrangements nécessaires pour faire le film).

Le récent rapport Keyes-Brunet traite également des enregistrements sonores. Il remarque que le fait d'assimiler ceux-ci aux oeuvres littéraires, dramatiques et musicales pose "les mêmes difficultés d'application (que celles) que nous avons rencontrées au sujet des films"31. recommande, contrairement au rapport de la Commission Ilsley, de traiter les enregistrements sonores comme des oeuvres d'une catégorie distincte afin de pallier ces difficultés. Les auteurs du rapport souhaitent voir attribuer la propriété du droit d'auteur relatif à un enregistrement sonore à son fabricant<sup>32</sup>, ce dernier étant défini comme "la personne ou l'entité juridique qui organise la fabrication de l'enregistrement".

Le rapport Whitford, publié en Grande-Bretagne un mois avant le rapport Keyes-Brunet, attribue également le droit d'auteur au fabricant<sup>33</sup>. Il donne toutefois une définition différente du fabricant, se rapprochant en cela de la définition de l'auteur d'un enregistrement sonore que l'on retrouve actuellement dans la loi canadienne, soit la personne à qui appartient le disque au moment de sa fabrication.

<sup>30.</sup> Les oeuvres faites sur commande sont examinées plus loin dans ce chapitre.

<sup>31.</sup> Rapport Keyes-Brunet, op. cit., supra, note 15, chap. II, p. 91.

<sup>32.</sup> À l'exception des enregistrements faits sur commande, où le droit d'auteur appartient, sauf convention contraire, à la personne qui les a commandés.

<sup>33.</sup> Rapport Whitford, op. cit., supra, note 18, chap. II, p. 147.

Les rapports Ilsley, Keyes-Brunet et Whitford font grand usage du terme fabricant, de préférence ou pour éviter le terme auteur. Néanmoins, cette préférence terminologique n'est pas explicite et l'on ne sait pas pourquoi les enregistrements sonores devraient leur existence à un fabricant plutôt qu'à un auteur, comme les autres oeuvres protégées par la Loi sur le droit d'auteur. Le fait est que cette loi utilise le terme auteur en matière d'enregistrements sonores, depuis son adoption, en 1924.

On a peut-être cru que le terme auteur avait atteint la limite de ses facultés d'adaptation ou encore qu'il serait difficile d'identifier les personnes qui ont apporté à l'oeuvre commune, selon les mots, déjà cités, du Comité Gregory, "une collaboration d'ordre artistique" par opposition à des éléments d'ordre "technique et industriel". Peut-être a-t-on considéré que, les enregistrements sonores ne faisant pas l'objet d'une protection propre en tant qu'oeuvres, on ne pouvait référer à leurs créateurs d'une manière identique à celle qui est utilisée pour désigner les créateurs d'oeuvres littéraires ou artistiques. Il est également possible que le terme fabricant ait été préféré à cause du fait que les créateurs sont souvent, ici, des personnes morales. Pour chacun de ces arguments, il existe des arguments contraires, plus valables.

Les enregistrements sonores ont depuis longtemps leur place dans la loi canadienne sur le droit d'auteur et le mot "auteur" s'applique à toutes les formes d'expression pouvant faire l'objet d'un droit d'auteur, y compris les enregistrements sonores, pour désigner la personne à qui l'on doit ces Oeuvres et qui bénéficie de la protection de la loi. terme a toujours été utilisé dans son sens large pour s'appliquer tant au peintre, au sculpteur, au compositeur et au photographe qu'à l'écrivain. Le simple fait que l'enregistrement sonore soit le produit d'une technique spéciale et doive souvent, mais non toujours, son existence à une personne morale ne peut suffire à justifier l'arrêt de cette évolution constante du terme auteur dans la Loi sur le droit Bien que l'on considère souvent les personnes morales telles que les sociétés comme dépourvues des qualités humaines nécessaires pour y associer les notions afférentes au concept d'auteur, par exemple des droits d'ordre moral, il n'en demeure pas moins que dans un grand nombre de domaines de l'organisation sociale, la loi leur accorde des prérogatives analogues à celles des personnes physiques, dont le droit de propriété, le droit de contracter et la

responsabilité juridique de leurs actes. De fait, les sociétés et les autres personnes morales possèdent actuellement le statut d'auteurs et les droits pécuniaires et même moraux qui se rattachent, entre autres oeuvres, aux enregistrements sonores<sup>34</sup>. L'emploi du mot auteur en rapport avec ces derniers est parfaitement approprié, même dans le cas d'une personne morale.

La définition que la loi donne du terme auteur, en rapport avec les enregistrements sonores, paraît toutefois incorrecte. En effet, dans l'état actuel des choses, l'auteur est le propriétaire de la matrice dont est tiré l'enregistrement. Comme on l'a déjà constaté, le critère de l'arrêt Nottage v. Jackson<sup>35</sup> en matière de photographies s'applique parfaitement aux autres oeuvres techniques telles que les enregistrements sonores; ce critère met l'accent sur la détermination de la personne qui est la cause efficiente de la création de l'oeuvre. Le fait de connaître le propriétaire de la matrice peut dans certains cas servir à déterminer l'identité du créateur, mais, dans d'autres cas, ce critère peut se révéler insuffisant.

Il peut être fort utile de consulter la loi américaine de 1976 sur le droit d'auteur. Celle-ci protège les auteurs de toutes les oeuvres originales et vise expressément les enregistrements sonores, qui forment une catégorie d'oeuvres. Cette loi attribue le droit d'auteur initial à l'auteur ou aux auteurs<sup>36</sup>, sans toutefois préciser, dans le cas des enregistrements sonores, de qui il s'agit. Nimmer attribue le titre d'auteur à la personne dont la contribution à la création de l'enregistrement sonore a été suffisamment originale pour justifier l'octroi d'un droit d'au-

<sup>34.</sup> En vertu de la Loi d'interprétation, S.R.C., "personne" comprend les sociétés. L'article 10 de la Loi sur le droit d'auteur prévoit l'éventualité qu'une société soit propriétaire de la matrice d'un enregistrement sonore, auquel cas elle sera réputée en être "l'auteur". Cela est également vrai, aux termes du même article, en photographie pour ce qui est des négatifs originaux, ainsi que dans le cas des oeuvres cinématographiques, lesquelles font l'objet de la même protection que les photographies en vertu de l'article 3(1)e).

<sup>35.</sup> Voir infra, 12.

<sup>36.</sup> Copyright Act, 1976, Public Law 94-553, art. 102(a).

teur. Il suggère deux sources éventuelles d'originalité : le travail artistique qui donne naissance aux sons enregistrés et le producteur du disque dont les préposés participent aux séances d'enregistrement<sup>37</sup>. Il poursuit :

S'il n'y a ni lien de subordination, ni cession expresse du droit d'auteur des artistes au producteur, le droit d'auteur appartiendra exclusivement à ces artistes, ou (s'il y a eu apport original des techniciens du son, du montage, etc., au service du producteur), conjointement à ces artistes et au producteur du disque<sup>38</sup>.

Le droit américain a établi des critères permettant d'identifier l'auteur ou les auteurs comme celui ou ceux qui, ayant fait preuve de suffisamment d'originalité, méritent d'être protégés par le droit d'auteur. Il peut donc accorder la propriété du droit d'auteur tant aux personnes qui constituent la cause immédiate de la réalisation de l'enregistrement (les artistes) qu'à celles qui en sont la cause plus lointaine (la société d'enregistrement ou le pro-Dans l'industrie du disque, le droit d'auteur ducteur). revient, dans la grande majorité des cas, aux sociétés d'enregistrement en vertu de leurs relations contractuelles avec les artistes. D'autre part, l'artiste qui réalise un enregistrement sans la participation d'une société d'enregistrement est à la fois la cause immédiate et la cause efficiente, du fait de son travail d'organisation. tous les cas, il semble que le critère de l'acte créateur, immédiat ou effectif, se rapproche plus du principe du jugement de l'affaire Nottage que le critère de la propriété de biens mobiliers.

En conclusion, nous recommandons que, dans la mesure où la personne qui est principalement responsable des arrangements effectués en vue de l'enregistrement peut en être considérée comme la cause efficiente, cette personne soit définie comme l'auteur. Du point de vue de la preuve, il ne

<sup>37.</sup> Nimmer, <u>op. cit.</u>, <u>supra</u>, note 13, chap. II, pp. 2-144.

<sup>38.</sup> Id., 2-150.

devrait y avoir aucun problème pour établir l'identité de cette personne. Conformément au principe fondamental de l'article 12(1) de la loi, la propriété initiale du droit d'auteur sera donc dévolue à cette personne. De cette façon, si ce sont les artistes qui ont effectué les arrangements en vue de l'enregistrement, ils en seront les auteurs ainsi que les premiers titulaires du droit d'auteur. Si par contre l'on doit la réalisation à la société d'enregistrement ou au producteur, c'est à eux que reviendront la qualité d'auteur et la propriété initiale du droit d'auteur relatif à l'enregistrement.

Les oeuvres cinématographiques. La façon dont la loi canadienne sur le droit d'auteur traite les oeuvres cinématographiques pose plusieurs problèmes, notamment celui de l'identité du premier titulaire du droit d'auteur. Plusieurs de ces problèmes viennent de ce qu'on pourrait appeler la double nature des oeuvres cinématographiques, lesquelles peuvent faire l'objet de la protection de la loi à la fois à titre d'oeuvres dramatiques et à titre d'oeuvres artistiques. Cette équivoque a fait de la cinématographie l'un des domaines, au Canada, où le problème du droit d'auteur est le plus confus.

Voici quelques dispositions de la Loi sur le droit d'auteur qui se rapportent à la cinématographie :

- Article 3(1)e): "... le "droit d'auteur" ... comprend le droit exclusif ... (,) s'il s'agit d'une oeuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique, de reproduire, d'adapter et de présenter publiquement l'ouvrage par cinématographie, si l'auteur a donné un caractère original à son ouvrage. Si ce caractère original fait défaut, la production cinématographique jouit de la protection accordée aux oeuvres photographiques";
- Article 2: ""oeuvre cinématographique" comprend toute oeuvre exécutée par un procédé analogue à la cinématographie";
- Article 2: ""oeuvre dramatique" comprend ... toute production cinématographique lorsque les dispositifs de la mise en scène ou les combinaisons des incidents représentés donnent à l'oeuvre un caractère original";
- Article 2: "oeuvre artistique" comprend... les... photographies";

Le fait d'inclure dans les oeuvres cinématographiques "toute oeuvre exécutée par un procédé analogue à la cinématographie" crée une certaine ambiguïté puisque le terme oeuvre cinématographique n'est pas défini. Il se peut que les rédacteurs aient considéré que l'expression se passait de C'est ainsi qu'un spécialiste du droit d'auteur définition. a pu dire que les oeuvres cinématographiques étaient "l'art et le processus de réalisation de films consistant à prendre des photographies au moyen d'une caméra de cinéma"39. définition du terme photographie dans la Loi sur le droit d'auteur inclut "toute oeuvre produite à l'aide de tout procédé analogue à la photographie". À quelques variantes près, les dictionnaires définissent essentiellement la photographie comme l'art et le procédé de captation de la lumière réfléchie par la matière, réalisée en impressionnant des surfaces traitées à cette fin, au moyen de la lumière ou d'autres formes d'énergie rayonnante. En reprenant la définition précédente de l'oeuvre cinématographique, on peut dire que sa réalisation tient jusqu'à un certain point de la photographie, bien qu'elle donne en plus l'impression du Alors qu'une photographie fige le mouvement en mouvement. n'enregistrant qu'une seule image à la fois, les oeuvres cinématographiques consistent dans une suite d'images destinées à montrer l'évolution de la scène et à reproduire ainsi le mouvement<sup>40</sup>.

L'équivoque dont il est fait mention plus haut provient aussi du fait qu'on peut se demander si des procédés technologiques autres que photographiques, tels que ceux qui sont utilisés pour les bandes magnétoscopiques ou les disques vidéo lesquels produisent également une impression de mouvement, peuvent aussi être considérés selon la loi comme des oeuvres cinématographiques et donc faire l'objet de la même protection. Certains affirment qu'il faut répondre à cette question par la négative étant donné que le procédé de la vidéoscopie diffère de celui du film en ce que le premier

<sup>39.</sup> R.M. Perry, "Copyright in Motion Pictures and Other Mechanical Contrivances", C.P.R., 2<sup>e</sup> série, Vol. 5, Canada Law Book, 1972, p. 256.

<sup>40.</sup> S. Ladas, The International Protection of Literary and Artistic Property, Vol. I, MacMillan Co., 1938, p. 441.

met en oeuvre des techniques électroniques semblables à celles de la télévision et que le second s'appuie sur les techniques photochimiques de la photographie<sup>41</sup>. Cette thèse s'appuie manifestement sur une interprétation stricte de la définition d'oeuvre cinématographique, selon laquelle cette oeuvre doit être le produit d'un procédé analogue à la cinématographie.

D'autres préfèrent répondre à cette question par l'affirmative, se fondant sur d'autres considérations. Cette définition des oeuvres cinématographiques semble en effet avoir emprunté le vocabulaire de l'article 14(4) du texte de Berlin (1908) et de celui de Rome (1928) de la Convention de Berne :

On remarquera que la valeur de cet argument dépend en premier lieu de la validité de l'affirmation n° 2. Il est vrai que la cinématographie est la création d'une série de photographies et donc de négatifs, mais on peut se demander si tout "procédé analogue à la cinématographie" doit nécessairement comporter des clichés et des négatifs.

<sup>41.</sup> Perry, op. cit., 226-227. Cette opinion s'appuie sur l'interprétation d'une partie de la décision rendue par le juge Cameron dans l'affaire Canadian Admiral Corp. Ltd. v. Rediffusion Inc. ital., op. cit., supra, note 1, chap. I. Elle se résume ainsi:

il n'y a pas de négatif pour les bandes magnétoscopiques;

<sup>2)</sup> la cinématographie comporte la production d'une série de photographies et donc de négatifs;

<sup>3)</sup> le juge Cameron a décrété que, pour qu'une image puisse faire l'objet d'une protection en tant que photographie, il fallait qu'elle soit permanente et visible, que l'on puisse la manipuler et que sa création ait mis en jeu un négatif;

<sup>4)</sup> par conséquent, "les bandes magnétoscopiques ne sont probablement pas protégées comme des oeuvres cinématographiques car elles ne se composent pas de photographies".

Les dispositions qui précèdent<sup>42</sup> s'appliquent à la reproduction ou à la production obtenue par tout autre procédé analogue à la cinématographie.

Stephen Ladas, commentant l'article 14(4) du texte de Rome, a exprimé l'avis que :

Le dernier alinéa (de l'article 14) se tourne vers l'avenir. Il est possible, grâce aux progrès de la science, qu'un nouveau procédé analogue à celui de la cinématographie intervienne dans le domaine de la réalisation ou de la reproduction des oeuvres littéraires ou artistiques, ou dans la création originale de nouvelles oeuvres. La Convention prévoit que, dans cette éventualité, les dispositions qui précèdent s'appliqueraient 43.

La formulation du texte de Rome diffère légèrement de celle de notre loi. La mesure dans laquelle cette différence est significative reste indéterminée, mais ce qui est certain, c'est que cette incertitude ne clarifie en rien le statut des bandes magnétoscopiques. On a tenté de résoudre ce problème en modifiant, par le texte de Stockholm (1967), la Convention de Berne. Les oeuvres cinématographiques furent définies comme incluant "les oeuvres exprimées par un procédé analogue à la cinématographie" pour montrer que le procédé était moins important que l'expression de l'oeuvre. Le texte de Stockholm prévoyait donc une protection expresse pour toutes les bandes magnétoscopiques, les disques vidéo

<sup>42.</sup> C'est-à-dire les dispositions qui se rapportent à la cinématographie.

<sup>43.</sup> Ladas op. cit., supra, note 40, chap. II, p. 445. Notons que cette remarque visait le prédécesseur de l'article 14(4) du texte de Rome, soit celui du texte de Berlin de 1908, qui était identique.

<sup>44.</sup> Convention de Berne, art. 2(1), texte de Stockholm, 1967.

ou autres, en tant que moyens encore inexplorés de donner une représentation audio-visuelle de la réalité, en les assimilant à des oeuvres cinématographiques sans tenir compte de la nature du procédé employé 45. Le Guide de la Convention de Berne confirme cette optique:

... l'apparition de nouveaux moyens techniques de communication avec le public a donné naissance à certaines catégories d'oeuvres qui, à certains égards, s'apparentent aux oeuvres cinématographiques et qui constituent le domaine de la télévision et de l'audio-visuel.

Ce ne sont pas tant les procédés utilisés qui sont analogues, que les effets sonores et visuels $^{46}$ .

Il faut enfin prendre bonne note du passage suivant, de Nimmer, sur la question connexe de la protection des bandes magnétoscopiques en tant qu'oeuvres cinématographiques en vertu de la loi américaine de 1909 sur le droit d'auteur:

Les supports matériels des films et des autres oeuvres audio-visuelles - bandes, disques, etc.

- 1) La loi actuelle sur le droit d'auteur. Les films et autres oeuvres audio-visuelles sont souvent sur pellicule. On sait toutefois maintenant que cela n'est pas obligatoire. Il s'agit tout autant d'une oeuvre audio-visuelle lorsque les images se trouvent sur une bande magnétoscopique, un disque vidéo.
- 2) La loi de 1909. La conclusion ci-dessus est claire pour ce qui est des oeuvres réalisées après le ler janvier 1978, date de l'entrée en vigueur de la loi actuelle. Mais qu'en est-il des oeuvres réalisées avant cette date? S'il s'agit d'une bande magnétoscopique ou d'un disque vidéo, le droit d'auteur est-il protégé par la loi de 1909?

<sup>45.</sup> Keyes et Brunet, op. cit., supra, note 15, chap. II, p. 88.

<sup>46.</sup> Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, op. cit., supra, note 3, chap. II, p. 16.

La question demeure pertinente parce que, l'oeuvre en question serait tombée dans le domaine public dès sa publication et ne pourrait donc plus être protégée par la loi actuelle. Elle a également son importance dans l'interprétation de toute clause accordant des "droits cinématographiques", conclue avant l'entrée en viqueur de la loi actuelle.

Le seul jugement sur la question (Trophy Products Inc. v. Telebrity Inc., 185 U.S. P.Q. 830, N.Y. Sup. Ct. 1975) definit l'oeuvre cinématographique comme le fait la loi actuel-Le tribunal a décrété : "... il semble indubitable (qu'en protégeant les films au moyen de la loi de 1909 modifiée en 1912, le Congrès ...) envisageait toute espèce de dispositif permettant la reproduction du mouvement, et non uniquement une pellicule transparente faite de celluloïde ou d'un matériau analogue...". On a donc décidé d'étendre la protection des oeuvres cinématographiques aux bandes magnétoscopiques. Cette attidude a été adoptée dans les règlements de l'Office du droit d'auteur adoptés en vertu de la loi de 1909 et elle se retrouve dans les Rapports du Comité du Sénat et de la Chambre sur la modification de 1971 des dispositions relatives enregistrements sonores, od la magnétoscopique a été carrément assimilée à une oeuvre cinématographique au sens de la loi de 1909, pouvant donc faire l'objet d'une protection des droits d'auteur. Nous croyons qu'il s'agit là du véritable statut de la bande magnétoscopique en vertu de la loi de 190947

La loi devrait donc définir "procédé analogue à la cinématographie" ou "oeuvre cinématographique" de manière à les rendre applicables à tous les procédés par lesquels il est Possible d'obtenir l'effet de mouvement du cinéma, quel que soit le procédé employé. De cette façon, les bandes

<sup>47.</sup> Nimmer, op. cit., supra, note 13, chap. II, pp. 2-129 à 2-131.

magnétoscopiques et les oeuvres exécutées au moyen des autres procédés produisant le même effet que les films seraient assimilés à des oeuvres cinématographiques et les droits de leur auteur seraient protégés.

La définition des oeuvres cinématographiques pèche également par le fait qu'elle ne tient aucunement compte de la bande sonore qui fait partie intégrante de tous les films projetés en salle et de beaucoup d'autres films. Cela s'explique par le fait qu'elle fut conçue à l'époque où la technique des films parlants était tout à fait embryonnaire. Lorsque celle-ci fut au point, les dispositions larges de l'article 4(3) sur les enregistrements sonores (c'est-à-dire les dispositifs par lesquels les sons peuvent être reproduits) englobèrent automatiquement la bande sonore; celle-ci recut toutefois une protection distincte, ce qui semble être encore le cas de nos jours<sup>48</sup>. Le statut actuel de la bande sonore est encore incertain sur le plan de la protection en tant qu'oeuvre cinématographique. J. Lahore, en commentant la loi anglaise de 1911, comparable à la loi canadienne, se contente d'affirmer, en accord avec R.N. Perry que : "la bande sonore d'un film était, aux termes de l'article 19(1) de la loi anglaise de 1911, "un organe au moyen duquel des sons peuvent être reproduits mécaniquement 49. part, dans des jugements anglais<sup>50</sup> et australiens<sup>51</sup> portant sur le sens à donner aux expressions "cinematograph films" cinématographiques) et "cinematograph (droits cinématographiques) telles qu'elles apparaissaient dans des contrats où ces droits étaient concédés, le tribunal a décidé qu'elles comprenaient les films parlants. Enfin, le droit américain sur la question, bien qu'il ne fasse pas autorité, peut certainement s'avérer utile. On a soutenu que la loi de 1909 (adoptée quinze ans avant la loi canadienne, soit à une époque où les films parlants n'existaient pas du tout) ne couvrait pas les enregistrements sonores et que, la protection limitée qui est assurée aux

<sup>48.</sup> Perry, op. cit., supra, note 39, chap. II, pp. 265-266.

<sup>49.</sup> Voir <u>infra</u>, 84.

<sup>50.</sup> Pathé Pictures Ltd. v. Bancroft (1933), Macg. Cop. Cas (1928-35) 403.

<sup>51.</sup> Williamson Ltd. v. M.G.M. Theatres, Ltd. (1937) 56 C.L.R. 567.

auteurs d'enregistrements sonores par les amendements de 1971 ne s'appliquant pas aux "sons enregistrés sur la pellicule", la bande sonore n'était par conséquent pas couverte par la loi de 1909. Nimmer fait remarquer:

cette thèse a été rejetée par l'Office du droit d'auteur qui a adopté les règlements afférents à la loi de 1909 en vertu desquels la bande sonore "fait partie intégrante du film". La jurisprudence peu abondante sur la question a également décrété que la bande sonore pouvait faire l'objet d'une protection légale car elle pouvait être assimilée à un film. Cette conception est sûrement préférable. Elle reconnaît officiellement que "les films parlants" sont aussi des films 52.

En autant que la bande sonore fait partie intégrante de l'oeuvre cinématographique au même titre que l'image, tant sur le plan physique que commercial, l'expression oeuvre cinématographique devrait être définie de manière à comprendre la bande sonore intégrée à la pellicule. De cette façon, elle ferait l'objet d'un droit d'auteur dans le seul cadre du régime applicable à la cinématographie et, par conséquent, l'expression "bande sonore" ne désignerait que l'ensemble des sons enregistrés sur un support capable de fixer les sons.

L'un des principaux problèmes relatifs aux oeuvres cinématographiques dans la loi actuelle provient indubitablement du double classement. En effet, les oeuvres cinématographiques jouissent de la protection du droit d'auteur non seulement en tant qu'oeuvres dramatiques, si elles possèdent un "caractère original", mais également en tant qu'oeuvres artistiques consistant dans une série de photographies, si elles n'ont pas ce caractère original. Dans le premier cas, la loi ne précise pas l'auteur, alors que, dans le second, elle décrète qu'il s'agit de la personne qui était propriétaire du négatif au moment où celui-ci a été

<sup>52.</sup> Nimmer, op. cit., supra, note 13, chap. II, p. 2-136.

fait. Il existe donc deux sortes d'auteurs de productions cinématographiques<sup>53</sup>. Le principe de l'article 12(1) s'applique toutefois dans tous les cas et l'auteur (quel qu'il soit) sera le premier titulaire du droit d'auteur.

La présence ou l'absence de caractère original est primordial dans l'aménagement du droit d'auteur relatif aux oeuvres cinématographiques en vertu de la loi canadienne. Qu'est-ce donc que le caractère original? Est-ce la même chose que l'originalité, qui est la condition sine qua non de la reconnaissance d'un droit d'auteur sur toute catégorie d'oeuvre? Voici comment un jugement canadien a défini l'originalité:

<sup>53.</sup> Cette distinction entre les films considérés comme des oeuvres dramatiques et ceux qui sont assimilés à des oeuvres artistiques (photographiques) n'est pas restreinte à la question de l'auteur. Voici les autres différences :

<sup>1)</sup> Les droits des auteurs d'oeuvres dramatiques sont protégés pendant toute la durée de leur vie augmentée de 50 ans, alors que, pour les photographies, ils ne sont protégés que pendant 50 ans après la réalisation du négatif original (voir B. Torno, Durée de la protection en matière de droit d'auteur au Canada : situation actuelle et propositions de réforme, Ottawa, Consommation et Corporations Canada, 1981, p. 25.

<sup>2)</sup> Vu l'absence de droit de présentation en public des oeuvres artistiques en vertu de la loi et vu le fait qu'une telle présentation ne constituerait pas une "représentation" au sens de l'article 2, le propriétaire d'un "droit d'auteur d'oeuvre artistique" n'aurait apparemment aucun recours si son film était présenté en public sans avoir été reproduit.

<sup>3)</sup> La licence obligatoire de l'article 13 s'applique entre autres aux oeuvres dramatiques qui ont été publiées ou présentées en public. Ces dispositions ne s'appliquent pas aux oeuvres artistiques.

Le sens de ce mot a été analysé par le juge Peterson dans la cause <u>University of London</u> <u>Press Ltd. v. University Tutorial Press Ltd.</u> (1916), 2Ch. 601 et cette interprétation a souvent été reprise par la suite : "Le mot "original" ne veut pas dire que l'oeuvre doit être l'expression d'une pensée originale ou créatrice. Les lois sur le droit d'auteur ne se préoccupent pas de l'originalité des idées mais de l'expression de la pensée... L'originalité exigée se rapporte à l'expression de la La loi n'exige toutefois pas que cette expression se fasse sous une forme originale ou inédite mais que l'oeuvre ne soit pas un plagiat, c'est-à-dire qu'elle soit bien de l'auteur". L'oeuvre "originale" est donc celle qui est bien de l'auteur; elle doit être le produit de son travail et de son talent ainsi que l'expression de sa pensée<sup>54</sup>.

L'expression "caractère original" n'est pas d'un abord faci-Elle provient de l'article 14 du texte de Berlin (1908) de la Convention de Berne et se retrouve dans la version modifiée de l'article 14(2) du texte de Rome (1928). Partie de la définition d'"oeuvre dramatique" de l'article 2 de la loi, qui comprend "toute production cinématographique lorsque les dispositifs de la mise en scène ou les combinaisons des séquences représentées donnent à l'oeuvre un caractère original", et celle de l'article 3(1)e), qui prévoit la Protection du droit d'auteur relatif à une "production cinématographique (jouissant) de la protection accordée aux oeuvres cinématographiques... si ce caractère original fait défaut" représentent l'ensemble des obligations qu'impose au Canada l'article 14(2) du texte de Rome. Cependant, la référence qui est faite, dans l'article 2 de la loi, aux dispositifs de la mise en scène ou aux combinaisons des séquences représentées conférant à l'oeuvre un caractère original et qui nous donne une idée du sens à attribuer à cette expression ne se retrouve pas dans le texte de Rome. Il s'agit en fait d'une adaptation des dispositions du texte de Berlin, auquel le Canada était précédemment assujetti. L'article 14 du texte de Berlin prévoyait ce qui suit :

<sup>54. &</sup>lt;u>Canadian Admiral Corp. Ltd. v. Rediffusion Inc.</u> et al., op. cit., supra, note 1, chap. I.

Les productions cinématographiques sont protégées comme oeuvres littéraires ou artistiques 55 lorsque, par les dispositifs de la mise en scène ou les combinaisons des séquences représentées, l'auteur aura donné à l'oeuvre un caractère personnel et original.

Les remarques de Ladas sur ce passage donnent ce qui semble être l'explication la plus juste du sens de l'expression "caractère personnel et original".

Les oeuvres cinématographiques étaient considérées comme oeuvres littéraires ou artistiques si elles étaient le fruit d'un travail pouvant être qualifié d'intellectuel et d'oriqinal d'après l'un ou l'autre de ces deux éléments : le dispositif de la mise en scène ou la combinaison des séquences représentées. premier se rapporte non seulement au sujet (lequel peut être du domaine public, par exemple la vie d'Henri VIII) mais aussi à la présentation de celui-ci par les procédés choisis par l'auteur. Le second a trait au déroulement de l'intrique, au choix des personnages, des acteurs, etc. C'est la forme artistique de l'oeuvre, et non les idées traitées, qui lui donne son caractère personnel et original<sup>56</sup>.

<sup>55.</sup> L'expression "oeuvres littéraires ou artistiques" de la Convention n'est bien sûr pas synonyme de "oeuvres littéraires" et "oeuvres artistiques" telles qu'elles sont définies par la loi. Cette expression a, dans la Convention, un sens beaucoup plus large. Elle signifie toute espèce de productions littéraires artistiques et scientifiques quel que soit le mode ou la forme de leur production, ce qui comprend largement les oeuvres des quatre catégories mentionnées dans la loi canadienne, c'est-à-dire littéraires, musicales, dramatiques et "artistiques".

<sup>56.</sup> Ladas, op. cit., supra, note 40, chap. II, p. 236.

Ladas a également étudié l'évolution de la notion de caractère personnel et original au cours de la période qui sépare le texte de Berlin de celui de Rome et, ce faisant, s'est penché sur le lien qui existe entre le caractère personnel et original et l'originalité. Selon lui, la définition des Oeuvres cinématographiques du texte de Berlin ne pouvait être satisfaisante pour les producteurs de films parce que :

- a) elle ne comprenait pas les films montrant des scènes extérieures ou réelles;
- b) elle exigeait que l'oeuvre présente un "caractère personnel", ce que la Convention ne prévoyait pas pour les autres genres d'oeuvre.

Ladas remarque qu'à la conférence de Rome, en 1928, le secrétariat de l'organisme qui a précédé l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI):

laissait entendre que ce serait aller trop loin que de protéger une oeuvre cinématographique qui ne présente aucun caractère original et qu'un film qui ne montrerait que des scènes de la rue sans décors ni arrangements devrait être ni plus ni moins protégé qu'une photographie. Afin de montrer, toutefois, que seule l'originalité était exigée pour oeuvres cinématographiques (comme pour toutes les autres oeuvres), le Bureau proposa de supprimer le mot "personnel" et d'ajouter : "si ce caractère fait défaut, la production cinématographique jouit de la protection des oeuvres photographiques". Cette proposition fut approuvée à la conférence mais les mots "par les dispositifs de la mise en scène ou la combinaison des séquences représentées" furent également supprimés57.

Il résulta de ces modifications l'article 14(2) actuel du texte de Rome cité plus haut.

<sup>57.</sup> Ladas, <u>op. cit.</u>, 237.

Si la notion de caractère personnel et original a pu constituer une exigence supplémentaire par rapport à l'originalité pour la protection de certaines oeuvres cinématographiques, cette exigence avait trait à l'élément personnel. La modification de la notion de caractère original servait uniquement à indiquer où il fallait chercher l'originalité fondamentale, commune à toutes les oeuvres. La clause supplémentaire prévoyant la possibilité d'assimiler l'oeuvre cinématographique à une photographie manifestait la reconnaissance du fait que le produit et le travail nécessaires pour conférer à l'oeuvre son caractère original peuvent varier selon la nature de l'oeuvre cinématographique ou photographique.

Cette interprétation est reprise par Skone James dans ses commentaires relatifs à la loi anglaise de 1911 : "l'effet de la définition (... en autres, du caractère original) est indubitablement de montrer en quoi réside le caractère original d'une production cinématographique"58. La Cour de l'Échiquier du Canada a approuvé ce passage dans Canadian Admiral Corp. v. Rediffusion Inc.<sup>59</sup>. Lorsque le texte de Rome de 1928 de la Convention de Berne fut révisé à Bruxelles en 1948, on abandonna la protection par assimilation et la protection indirecte (à titre d'oeuvres littéraires, artistiques ou photographiques). Les oeuvres cinématographiques formèrent alors une catégorie distincte d'oeuvres originales<sup>60</sup>. Le texte de Stockholm (1967) et celui de Paris (1971) maintinrent cette situation.

Le texte 1952 de la Convention universelle sur le droit d'auteur regroupe les oeuvres cinématographiques en une catégorie distincte d'oeuvres originales<sup>61</sup>. D'une part,

<sup>58.</sup> E.P. Skone James, Copinger and Skone James on the Law of Copyright, 11<sup>e</sup> ed., Sweet & Maxwell, Londres, 1971, p. 221.

<sup>59.</sup> Op. cit., supra, note 1, chap. I.

<sup>60.</sup> Convention de Berne, Texte de Bruxelles, art. 14(2).

<sup>61.</sup> Convention universelle sur le droit d'auteur, Texte de Genève de 1952, art. I. Voir également l'analyse de l'expression "oeuvres cinématographiques" de A. Bogsch, dans The Law of Copyright Under the Universal Copyright Convention, op. cit., supra, note 8, chap. I.

il semble que l'expression "caractère original" du texte de Rome ne justifie pas le double régime que la loi réserve aux D'autre part, cette démarche a pour effet de protéger différemment<sup>62</sup> des oeuvres qui se ressemblent suffisamment pour être soumises à un même régime. Qu'il s'agisse de films "muets ou sonores, quel que soit leur genre, (films en direct, films en studio, dessins animés, etc.) ou quelle que soit la technique employée (films sur pellicule, ... magnétoscope, etc.), ou encore quelle que soit leur destination (projection dans les salles de cinéma, transmission par télévision, etc.) et enfin quel que soit leur réalisateur (firmes de production commerciale, organismes de télévision simples amateurs) "63, nous recommandons de regrouper toutes les oeuvres cinématographiques en une seule catégorie d'oeuvres originales pour lesquelles les exigences en matière de droit d'auteur seraient les mêmes que pour toutes les autres oeuvres.

Après avoir analysé le régime des films dont le support est autre qu'une pellicule de celluloïd, le cas de la bande sonore et le rapport que l'on peut établir entre la dualité du régime des oeuvres cinématographiques dans la loi et les dispositions du texte de Rome sur le caractère original, il faut enfin passer à la question de la propriété initiale du droit d'auteur. En autant que la loi est muette sur cette question, le principe selon lequel la propriété initiale revient à l'auteur s'applique.

Cependant, comme on l'a vu, la loi applique un double régime aux films, ce qui entraîne la dualité de la notion d'auteur. La loi stipule expressément que l'auteur d'une photographie (et donc le premier titulaire du droit d'auteur) est le propriétaire du négatif au moment où le cliché est fait. Il s'ensuit que le propriétaire du négatif du film, considéré comme une série de photographies, sera le premier titulaire du droit d'auteur qui s'y rattache.

L'auteur d'une oeuvre cinématographique considérée comme une oeuvre dramatique n'est pas désigné de façon aussi précise par la loi, ce qui soulève le problème de la détermination de l'auteur pour la plupart des films.

<sup>62.</sup> Voir infra, 36, note 53.

<sup>63.</sup> Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, Op. cit., supra, note 3, chap. I, p. 15.

## H.G. Fox écrit :

Dans le cas d'une oeuvre dramatique, on hésitera évidemment entre l'auteur et le scénariste d'une part et le metteur en scène ou le producteur d'autre part. Il semble que ce soit le producteur qu'il faille considérer comme l'auteur d'une oeuvre cinématographique considérée comme une oeuvre dramatique 64.

Si cette opinion est juste, les jugements cités à l'appui sont d'une valeur douteuse car le premier, l'affaire Canadian Admiral, ne semble pas traiter spécifiquement de cette question et le second se fonde sur une analogie entre la propriété du négatif des films et de celui des photographies  $^{65}$ .

Le raisonnement de Skone James semble plus valable :

Il peut s'avérer difficile de déterminer le titulaire du droit d'auteur relativement à une production cinématographique considérée comme une oeuvre dramatique. Fréquemment, le scénariste et le producteur qui déterminent les scènes à films sont deux personnes différentes. Il semblerait que la propriété du droit d'auteur doive revenir à ce dernier car c'est lui qui fait les arrangements nécessaires 66.

A. Dietz<sup>67</sup> dans Copyright Law in the European Community affirme que la question de l'auteur et du droit d'auteur dans le domaine cinématographique est parmi les plus épineux problèmes en matière de droit d'auteur, et que les solutions adoptées par les neuf membres de la CEE divergent

<sup>64.</sup> H.G. Fox, Canadian Law of Copyright and Industrial Design, 2e Ed., Carswell, Toronto, 1967, p. 176.

<sup>65.</sup> Nordisk Films v. Onda (1922) Macq. Cop. Cas., p. 337.

<sup>66.</sup> Skone James, op. cit., supra, note 58, chap. II, p. 22.

<sup>67.</sup> A. Dietz, Copyright Law in the European Community, Netherlands, Sijthoff & Noordhoff, 1978.

considérablement<sup>68</sup>. La principale raison donnée par Dietz est la même que celle qui a été invoquée plus haut, à savoir le grand nombre et la diversité des personnes qui ont collaboré au film.

Dietz distingue deux catégories principales. Dans la première se trouvent les pays qui attribuent le droit d'auteur au producteur (le Royaume-Uni, l'Irlande, le Luxembourg et les Pays-Bas)<sup>69</sup>. Le second regroupe les pays qui considèrent comme auteurs conjoints toutes les personnes physiques qui ont participé à la réalisation du film (la Belgique, le Danemark, la République fédérale d'Allemagne, la France et l'Italie). Toutefois:

la plupart de ces pays ... exigent que le résultat soit financièrement acceptable pour le producteur, soit par le moyen de la notion de cessio legis, soit par une présomption très large de cession de droits au producteur 70.

Dans les deux régimes, directement dans le premier et indirectement dans le deuxième (où la question du rapport entre la technique et le droit d'auteur surgit une fois de plus), on a tendance à attribuer la propriété du droit d'auteur aux personnes qui sont la cause effective de l'oeuvre. Pour plusieurs raisons, il serait préférable d'atteindre ce résultat directement (à savoir la généralisation du principe selon lequel la qualité d'auteur devrait revenir à la personne qui a effectivement créé l'oeuvre) plutôt qu'indirectement (au moyen d'une cession légalement présumée ou d'une concession du groupe de collaborateurs).

D'abord, il est très difficile de définir les "créateurs intellectuels" d'un film, car les lois des différents pays ne concordent pas sur la question de savoir si telle ou telle activité dans le cadre de la réalisation d'un film

<sup>68. &</sup>lt;u>Id.</u>, 50.

<sup>69.</sup> Dietz affirme que, dans le cas des Pays-Bas, cela résulte de la jurisprudence, appuyée par les règlements sur les compilations, en dépit du fait que cette thèse soit théoriquement rejetée. <u>Id.</u>, p. 51.

<sup>70.</sup> Ibid.

permet de donner le titre de collaborateur à la personne qui s'y est livrée. Le producteur peut être empêché de se retourner contre un contrevenant si sa seule qualité est celle de cessionnaire des auteurs conjoints sans qu'aucun de ceux-ci ne lui ait cédé ses droits. Par ailleurs, les acteurs et les musiciens remplissent une fonction importante l'élaboration d'un film, fonction dont cette théorie ne tient pas compte. Enfin, le fait d'attribuer le droit d'auteur initial "collaborateurs intellectuels" suscite plusieurs problèmes : l'incertitude sur la question de la durée du droit d'auteur, le fait que les auteurs sont de nationalités différentes, la question de savoir s'ils étaient légalement habilités à consentir à la cession du droit d'auteur au producteur, etc.

Pour toutes ces raisons, la thèse qui attribue le droit d'auteur au producteur par analogie aux autres oeuvres collectives, telles que les dictionnaires, paraît plus valable. Le producteur désigne les personnes qui collaborent à la réalisation de l'oeuvre, il coordonne leur travail et veille à ce que le film soit mené à bien, lequel est le résultat final de leurs efforts conjugués. C'est lui qui harmonise les activités de tous les collabora-Selon cette thèse, ceux-ci détiennent, teurs. comme les auteurs d'oeuvres collectives, un droit d'auteur sur leur contribution à condition qu'ils n'en aient pas fait cession au producteur; ils détiennent les droits moraux sur cette contribution. Cependant, le film est plus que la somme de toutes ces activités créatrices. C'est davantage le résultat des efforts conjugués de tous, tels qu'organisés, supervisés et intégrés par le producteur, lequel est donc considéré comme l'auteur du  $film^{71}$ .

<sup>71.</sup> Ladas, op. cit., supra, note 40, chap. II, p. 461.

Par conséquent, nous recommandons de modifier la Loi pour qu'elle attribue la qualité d'auteur d'une oeuvre cinématographique à son producteur, c'est-à-dire à la personne qui a veillé à la réalisation de l'oeuvre<sup>72</sup>.

## Les exceptions au principe selon lequel l'auteur est premier titulaire

Les oeuvres des employés. Comme il a déjà été dit, des éléments d'ordre contractuel peuvent apporter des exceptions au principe selon lequel l'auteur d'une oeuvre est le premier propriétaire du droit d'auteur. La première catégorie d'exceptions de ce genre est celle des "oeuvres réalisées (par un préposé) dans l'exercice de ses fonctions". Elle est prévue à l'article 12(3) de la loi:

Lorsque l'auteur est employé par une autre personne en vertu d'un contrat de louage de services ou d'apprentissage, et que l'oeuvre est exécutée dans l'exercice de cet emploi, l'employeur est, à moins de stipulation contraire, le premier titulaire du droit d'auteur; mais lorsque l'oeuvre est un article ou une autre contribution, à un journal, à une revue ou à un périodique du même genre, l'auteur, en l'absence de convention contraire, est censé posséder le droit d'interdire la publication de cette oeuvre ailleurs que dans un journal, une revue ou un périodique semblable.

<sup>72.</sup> Vu la diversité et la complexité des conventions de production et de distribution que l'on retrouve dans l'industrie cinématographique, la définition de "auteur" proposée peut susciter certains problèmes. L'auteur du présent rapport aimerait donc recevoir des suggestions de personnes Oeuvrant dans ce secteur de l'économie canadienne afin de nuancer cette définition de l'"auteur-producteur".

Dans la mesure où les mêmes problèmes peuvent surgir dans le cadre de la proposition visant à déterminer l'auteur d'un enregistrement sonore, les membres de l'industrie canadienne sont invitées à exprimer leur avis sur ce sujet.

La première partie de l'article 12(3) stipule essentiellement que c'est l'employeur, et non l'auteur, qui est le premier titulaire du droit d'auteur sur l'oeuvre créée par un préposé en vertu d'un contrat de louage de services ou d'apprentissage. La seconde partie institue une catégorie spéciale de préposés-auteurs, à savoir les collaborateurs aux journaux, aux revues et autres périodiques, qui sont habilités à empêcher la publication de leurs oeuvres sous d'autres formes que celles initialement prévues.

L'article 12(3) est calqué sur l'article 5(1)b) de la loi anglaise de 1911. Les articles 4(2) et 4(4) de la loi anglaise de 1956 répètent les dispositions de la loi de 1911. La loi australienne de 1968-1976 reprend également les mêmes principes dans ses articles 35(4) et 35(6).

En vertu de la nouvelle loi américaine de 1976, non seulement les oeuvres réalisées par les préposés dans l'exercice de leurs fonctions sont considérées comme "works made for hire" (oeuvres faites dans le cadre du louage de services), mais certaines oeuvres faites sur commande sont soumises au même régime 73. Bien que la loi américaine ne fasse pas expressément allusion à des oeuvres faites en vertu d'un "contrat de louage de services" comme les lois canadienne, anglaise et australienne, le fait que expressions "préposé" et "(dans l') exercice de (son) emploi" n'y sont pas définies nous oblige à étudier chaque cas en nous demandant, selon les critères incertains de la common law, si le créateur de l'oeuvre était lié par un "contrat de louage de services" (dans les pays du Commonwealth) ou si la personne était un "préposé" dans "l'exercice de ses fonctions" (aux États-Unis).

Les critères jurisprudentiels sont sensiblement les mêmes dans les deux systèmes et présentent donc les mêmes avantages et les mêmes inconvénients. J. Lahore déclare que les dispositions de la loi australienne :

tiennent compte de la distinction que fait la common law entre le contrat de louage de services et le contrat d'entreprise, autrement dit entre, d'une part, une relation de commettant à préposé, et, d'autre part, de maître à entrepreneur. Le critère servant traditionnellement à distinguer le premier du second

<sup>73. 17</sup> U.S.C., art. 101.

est celui qui consiste à déterminer si, dans les faits, la personne en cause est subordonnée à l'employeur dans sa façon de faire son travail ou si ses services ont été retenus au moyen d'un contrat prévoyant qu'elle conserverait toute latitude pour décider de la façon dont elle fournirait ces derniers. Dans le premier cas, la personne est considérée comme un préposé et dans le second cas, comme un entrepreneur indépendant. On considère que tout dépend du degré de subordination 74.

Le critère traditionnel de la subordination actuelle ou éventuelle s'est avéré difficile à appliquer, non seulement pour le profane mais pour les tribunaux eux-mêmes. Toute tentative de le préciser ou de le nuancer a malheureusement eu pour effet de le rendre encore plus embrouillé. Comme le fait très justement remarquer Lahore:

Dans la plupart des cas où il faut analyser le contrat de travail pour savoir qui est le titulaire du droit d'auteur, le critère traditionnel de la subordination est inapplicable. En effet, plus l'oeuvre a exigé de talent et d'esprit créateur, plus il est difficile d'imaginer l'employeur donnant à son subalterne des instructions sur la façon d'exécuter le travail. Ce problème n'est bien sûr, pas exclusif au domaine du droit d'auteur, mais la nature même du travail de l'écrivain, de l'artiste, du musicien et de l'artisan pose sans contredit d'assez grandes difficultés 75.

J. Lahore, Intellectual Property in Australia: Copyright, Sydney, Butterworth, 1977, p. 136. Voir Simmons v. Health Laundry Co. (1910) 1 K.B. 543, University of London Press Ltd. v. University Tutorial Press Ltd. (1916) 2 Ch. 601, Massie & Renwick v. Underwriters Survey Bureau Ltd. et al (1940) 1 D.L.R. 625. On trouve, dans M.B. Nimmer, Nimmer on Copyright, l'affirmation suivante sur le droit américain: "Tout tourne autour de la question de savoir si le prétendu employeur peut donner au rédacteur des directives sur la façon de faire son travail". Op. cit., supra, note 13, chap. II, p. 5-12.

<sup>75.</sup> Lahore, op. cit., 819.

C'est ce qui a fait dire à lord Denning que "la nature de cette différence est presque impossible à cerner clairement. Il est souvent facile de reconnaître un contrat de louage de services, mais pourtant, fort malaisé de dire en quoi il diffère des autres" 76.

Vu les difficultés que pose la notion de subordination, les tribunaux ont élaboré une série de critères où se mêlent des éléments relatifs à la subordination et d'autres se rapportant à l'organisation. Cela n'a toutefois nullement amélioré la situation. Dans l'affaire Beloff v. Pressdram Ltd., en 1973, le juge Ungoed-Thomas écrit:

Il semble que, plus le travail du préposé exige de compétence, moins la notion de subordination est utile pour montrer qu'on est en présence d'un contrat de louage de services, et, en toute déférence pour les tenants de la thèse contraire, c'est également mon avis. La subordination n'est que l'un des nombreux facteurs dont l'influence varie selon les circonstances. Le critère qui se dégage de la jurisprudence me semble être, comme l'a dit lord Denning, le fait que le travail du préposé s'inscrit dans l'activité de l'entreprise ou au contraire, qu'il n'en fait pas partie intégrante, voire que le préposé a réalisé son oeuvre pour son propre compte 77.

C'est à cause de ces problèmes que les auteurs du rapport Whitford ont recommandé :

d'éviter, dans les lois futures, les expressions comme "contrat de louage de services", qui, si elles ne sont pas complètement incompréhensibles, n'ont cependant de sens que pour les avocats, alors que l'identité du titulaire du droit d'auteur devrait être claire dès le départ. Les droits des préposés sur leurs oeuvres ne devraient être fixés que par rapport aux oeuvres exécutées dans l'exercice de

<sup>76.</sup> Stevenson Jordan & Harrison Ltd. v. MacDonald & Evans (1952) 1 T.L.R. 101, p. 111.

<sup>77. &</sup>lt;u>Beloff v. Pressdram Ltd.</u> (1973) 1 All E.R. 241, p. 25.

leurs fonctions et toute allusion aux "contrats de louage de services" et à "l'apprentissage" supprimé 78.

Au regard de l'expérience américaine et de celle des Pays du Commonwealth, la proposition du rapport Whitford présente, en dépit de son but fort louable, de graves lacu-La législation américaine ne vise pour le moment que "les oeuvres faites par des préposés dans l'exercice de leurs fonctions" et les tribunaux ont dans chaque cas beaucoup de difficultés à répondre aux questions suivantes : Quand l'auteur est-il un préposé? et quand une oeuvre estelle créée par un préposé dans l'exercice de ses fonctions? Comme on l'a vu, les tribunaux américains ont élaboré, pour répondre à ces questions, les mêmes critères obscurs que ceux qui ont cours dans les pays du Commonwealth relativement aux contrats de louage de services et aux contrats d'entreprise ce qui, paradoxalement a poussé le comité Whitford à faire sa recommandation. L'adoption de cette dernière n'améliorerait pas vraiment la situation.

En 1957, la Commission Ilsley a étudié les dispositions d'exception de l'article 12(3) relatives aux oeuvres faites par des préposés dans l'exercice de leurs fonctions et a sommairement approuvé le principe selon lequel le droit d'auteur sur pareilles oeuvres devait revenir initialement à l'employeur quand il n'y a aucune convention contraire :

Nous sommes d'avis que le principe général selon lequel le droit d'auteur dans une oeuvre créée, au cours de l'emploi de l'auteur par une autre personne, devrait être dévolu à cette dernière, sauf convention contraire, est un principe équitable 79...

Parallèlement à cela, la Commission ne préconisait pas le maintien de l'exception actuelle en faveur des préposés qui collaborent à des revues, etc., laquelle consiste dans le droit susmentionné d'empêcher la publication de leurs oeuvres sous d'autres formes que celles initialement prévues. En effet, on a jugé qu'il était injustement discriminatoire d'accorder ce privilège aux préposés d'un seul secteur (les périodiques). L'aménagement de ce privilège a en outre paru

<sup>78.</sup> Rapport Whitford, op. cit., supra, note 18, Chap. II, Pp. 143-145.

<sup>79.</sup> Commission Ilsley, op. cit., supra, note 22, chap. II, p. 51.

impossible en pratique, et on a exprimé l'avis que ce serait imposer un fardeau trop lourd aux employeurs que d'étendre ce privilège à tous les préposés.

La Commission n'a pas voulu étudier l'opportunité d'autres formules que celle qui consiste à attribuer le droit d'auteur entier à l'employeur. Elle ne s'est pas penchée sur des notions plus fondamentales ni sur les arguments qui préconisent la protection simultanée des préposés et des employeurs. C'est pourquoi elle ne s'est pas demandée s'il existait des systèmes permettant, en premier lieu, de respecter les obligations prévues à la Convention, en second lieu, de régler avec suffisamment de précision la question de la propriété du droit d'auteur et, en troisième lieu, de protéger équitablement les droits des préposés et des employeurs.

Une étude récente effectuée par Jeremy Phillips<sup>80</sup> vient admirablement combler cette lacune du rapport Ilsley, ce que le rapport Keyes-Brunet n'avait nullement fait<sup>81</sup>. Selon Phillips, il s'agit d'un domaine où les diverses lois nationales s'appuient sur des hypothèses complètement différentes, ce qui expliquerait que ni la Convention de Berne, ni la Convention universelle sur le droit d'auteur ne comportent de disposition à ce sujet. Il ajoute que la question est compliquée par le fait qu'elle se trouve à l'intersection de trois grands domaines juridiques, soit a) le droit d'auteur, qui protège les intérêts des auteurs; b) le droit du travail, qui cherche à faciliter les rapports entre employeurs et préposés; c) le droit des contrats, qui donne effet à la volonté individuelle des parties contractantes.

<sup>80.</sup> Jeremy Phillips, "The Employee as Author and Owner of Literary Copyright - Some Theoretical Reflections", European Intellectual Property Review, oct. 1979, p. 273.

<sup>81.</sup> Le rapport Keyes-Brunet recommande de conserver le principe attribuant la propriété initiale du droit d'auteur à l'employeur en se fondant sur l'unique argument selon lequel "l'absence d'une présomption légale... (inexplicable commentaire sur l'article 12(3) de la loi actuelle, qui ne prévoit aucune "présomption")... en faveur des employeurs et de ceux qui commandent une oeuvre aurait pour résultat une avalanche de contrats et de conventions collectives, comportant des clauses à l'effet contraire." Rapport Keyes-Brunet, op. cit., supra, note 15, chap. II, p. 76.

Il poursuit en résumant de façon très condensée les problèmes et les controverses auxquels donne lieu la rencontre de ces trois domaines juridiques.

Ne perdons pas de vue la nature du problème juridique qui se pose : lorsqu'une personne en rémunère une autre pour que celle-ci produise quelque chose, en l'occurrence une oeuvre donnant lieu à un droit d'auteur, et que cette chose possède les attributs d'un bien au sens juridique du terme, tant l'auteur que l'employeur ont alors des droits sur cette chose. Le droit de l'employeur vient de ce qu'il a payé pour que la chose soit créée, alors que celui de l'auteur repose sur le travail de création qu'il a effectué. Lorsqu'un salarié produit une res concrète, par exemple un pain ou une poterie, les systèmes juridiques civilisés attribuent en général la propriété de cette res à l'employeur, qui en a financé la production et qui aura seul le droit de l'exploiter en en disposant comme il lui plaira; la nature même de la res veut qu'elle ne puisse être convenablement exploitée que par l'une Si l'employeur ou l'autre de ces personnes. vend la poterie, le préposé ne peut la vendre; si l'employeur mange le pain, le préposé ne peut le manger. Mais lorsque le préposé réalise une oeuvre donnant lieu à un droit d'auteur, il crée deux genres de biens : (i) la res concrète, à savoir les mots ou les images qui se trouvent sur papier (ii) le droit d'auteur sur ces mots ou ces images, c'est-à-dire le droit d'exploiter leur forme, peu importe à quoi l'on destine leur contenu concret. sieurs personnes peuvent jouir en même temps des mots inscrits sur le papier, ce qui n'est pas vrai de leur support; un droit d'auteur ne peut être consommé comme un pain ni comme une poterie, mais il cessera un jour d'être un "bien", contrairement à la porcelai-Enfin, le fait que le préposé peut dévane. luer complètement les services qu'il rend à son employeur, ou avoir un effet moins néfaste ou encore n'influer en rien sur l'entreprise de son employeur. Voilà l'étendue du problè $me^{82}$ .

<sup>82.</sup> Phillips, op. cit., pp. 273-274.

Phillips reprend les arguments présentés par Dietz. Ce dernier écrit :

> Quant aux auteurs qui produisent des oeuvres qui peuvent être protégées par un droit d'auteur dans l'exercice de leurs fonctions, il faut s'assurer d'une façon ou d'une autre que l'employeur ne sera pas inutilement gêné dans l'exploitation de l'oeuvre en question. peut résoudre le problème en considérant soit que, conformément au principe général, le droit d'auteur revient au créateur de l'oeuvre, même s'il s'aqit d'un préposé, et se trouve ainsi contractuellement... transmis à l'employeur, soit que ce dernier est considéré, de par une fiction juridique, comme le titulaire du droit d'auteur. Dans ce cas, il est indispensable de recourir à une règle spéciale, alors que dans le premier cas il suffit en principe de se reporter aux règles générales relatives à la cession du droit d'auteur[...] le Royaume-Uni, l'Irlande et les Pays-Bas ont opté[...] pour la seconde solu-En général, les autres pays ne reconnaissent pas, comme principe général, l'acquisition du droit d'auteur initial par l'employeur...83.

Malgré ces différences, Dietz fait remarquer que, dans tous les pays de la CEE, les droits d'exploitation nécessaires appartiennent en pratique à l'employeur, que ce soit en vertu d'une convention ou de la loi. Cependant, Phillips note que Dietz critique les lois du Royaume-Uni, de l'Irlande et des Pays-Bas parce qu'ils "se fondent sur un principe faux".

C'est parce que le professeur Dietz adhère au principe fondamental de la Convention de Berne selon lequel l'auteur devrait dans tous les cas être considéré comme l'auteur de son oeuvre et être par conséquent le seul titulaire du droit d'auteur initial<sup>84</sup>.

<sup>83.</sup> Dietz, op. cit., supra, note 67, chap. II, pp. 62-63.

<sup>84.</sup> Phillips, op. cit., supra, note 80, chap. II, p. 273.

La nature des critiques de Dietz amène Phillips à se poser trois importantes questions : a) Le principe en vertu duquel les trois systèmes sont critiqués est-il juste? b) Le droit interne enfreint-il vraiment le principe dans ces trois pays? c) Si le droit enfreint effectivement le principe, cela a-t-il vraiment de l'importance étant donné que les pays qui appliquent les principes "faux" obtiennent les mêmes résultats que ceux qui s'inspirent des principes "justes"?

Grosso modo, Phillips répond affirmativement aux trois questions.

Il admet que les employeurs qui commandent des oeuvres de nature à jouir de la protection du droit d'auteur et paient pour les avoir ont un rôle important et méritoire que la loi devrait reconnaître et encourager en n'accordant pas aux préposés-auteurs plus de droits qu'aux employeurs. Il soutient néanmoins que cet argument ne tient pas lorsqu'on compare la contribution respective des employeurs et celle des préposés.

L'auteur est la <u>causa sine qua non</u> de la création de l'oeuvre (la cause sans laquelle celle-ci n'aurait pas pu exister), alors que l'employeur n'en est jamais que la <u>causa causans</u> (la cause immédiate)<sup>85</sup>, et parfois moins encore86.

Quant à la seconde question, Phillips partage l'opinion de Dietz selon laquelle les lois anglaise et irlandaise, en attribuant le droit d'auteur initial aux employeurs, s'éloignent du principe fondamental de la Convention de Berne en dépit des obligations que celle-ci impose aux États membres. Il en va de même de la loi canadienne actuelle.

Il est assez amusant de lire les commentaires du Comité Whitford sur cette question quand on connaît les remarques virulentes que MM. Dietz et Phillips devaient faire par la suite dans leurs ouvrages.

<sup>85.</sup> Il eût mieux valu qualifier le rôle de l'employeur de "causa proxima" (la cause qui entraîne nécessairement les autres causes) plutôt que de "causa causans".

<sup>86.</sup> Phillips, op. cit., supra, note 80, chap. II, p. 273.

Certains membres du Comité considèrent qu'il est malaisé de concilier une disposition attribuant le droit d'auteur initial à d'autres personnes que les auteurs (comme par exemple dans le cas d'oeuvres faites sur commande ou d'oeuvres de préposés) avec les obligations que nous impose la Convention. La législation de certains États membres ne comporte pas cette disposition. Dans d'autres États membres toutefois, il existe des dispositions analogues à celles des lois de 1911 et de 1956 et personne n'a jamais vu dans ces dispositions une contravention aux obligations imposées par la Convention<sup>87</sup>.

C'est à Phillips que revient le dernier mot au sujet de la loi anglaise (et donc canadienne) et des obligations prévues par la Convention :

Il y a seulement deux ans et demi, le Comité Whitford affirmait (entre autres) que personne n'avait jamais vu dans le fait que la loi anglaise attribue le droit d'auteur à l'employeur une contravention aux obligations imposées par la Convention. C'est maintenant chose faite, par les soins de Dietz, dans le cadre d'un travail d'uniformisation juridique internationale, contexte dans lequel les gouvernements britannique et irlandais auront bien du mal à éviter de se conformer à la règle générale<sup>88</sup>.

<sup>87.</sup> Rapport Whitford, op. cit., supra, note 18, chap. II, p. 138. Cependant, on trouve, à peine six pages plus loin, l'affirmation que voici:

Nous croyons...qu'en abrogeant certaines dispositions relatives au droit d'auteur initial sur les oeuvres de préposés et les oeuvres faites sur commande... on demeure incontestablement fidèle aux prescriptions de la Convention. (p. 144)

<sup>88.</sup> Phillips, op. cit., supra, note 80, chap. II, p. 277.

La troisième question, sans avoir l'importance des deux premières, est un argument de plus, selon Phillips, en faveur de l'attribution du droit d'auteur aux préposés. Ce point de vue repose sur deux principes distincts. D'abord, et c'est le plus important, le principe selon lequel la loi s'avère en général satisfaisante quand on l'applique à des cas particuliers ne doit pas faire oublier les cas où son application n'est pas satisfaisante, surtout lorsque l'insuffisance du résultat s'explique par le choix de principes incorrects. Phillips fait remarquer à cet égard, au sujet des dispositions actuelles des lois anglaise et canadienne :

tous les genres d'employeurs ont leurs intérêts propres à défendre, et certains ont davantage besoin de protection, mais la protection donnée est toujours la même. employeurs dont l'activité consiste à publier l'oeuvre des autres (par exemple les sociétés qui publient des journaux), ceux qui ne diffusent pas nécessairement des textes faisant l'objet d'un droit d'auteur mais qui les préparent pour que d'autres les publient (par exemple les agences de publicité), ceux qui préparent des documents qui font accidentellement l'objet d'un droit d'auteur sans qu'on les destine la plupart du temps à une diffusion quelconque (par exemple les comptables, les avocats) et ceux qui, comme les universités, ont à leur service des chercheurs, des enseignants et des administrateurs, et qu'il est difficile de ranger dans l'une des catégories précédentes, tous ont leurs problèmes et leurs besoins propres. Certains demandent le maximum de protection que prévoit la loi sur le droit d'auteur, d'autres peuvent s'en trouver gênés. Or, seules les entreprises qui publient des journaux font l'objet d'un traitement special. S'il est vrai que la loi actuelle présente certaines qualités de précision et qu'il serait impossible au législateur de prévoir toutes les situations possibles et imaginables, on peut justement se demander à quel point la précision est préférable à l'équité pour le plus grand nombre de justi-ciables 89.

<sup>89.</sup> Phillips, op. cit., 276.

La seconde idée est qu'une loi qui stipule expressément ses objectifs et qui précise les principes sur lesquels elle se fonde est plus facile à interpréter qu'une loi qui ne le fait pas.

Tous ces arguments prouvent qu'il n'y a pas lieu, même dans le cas des auteurs qui sont des préposés, de déroger au principe général selon lequel l'auteur devrait être le premier titulaire du droit d'auteur sur son oeuvre. Premièrement, le problème est d'établir des critères permettant de déterminer que l'auteur était un employé ou travaillait en vertu d'un contrat de louage de services plutôt qu'il n'était régi par un "contrat d'entreprise". Deuxièmement, il faut nécessairement tenir compte de l'ensemble des obligations prévues par la Convention de Berne, peut-être, par la Convention universelle sur le droit d'au-On devrait en troisième lieu définir équitablement les droits du préposé et de l'employeur, l'équilibre révélant être en faveur des préposés. Quatrièmement, convient de définir avec le plus de précision possible les droits des préposés et des employeurs. Cet impératif de précision a motivé le rejet de certaines solutions, notamment celle qu'évoque et que finit par écarter la Commission Whitford, à savoir, l'attribution à l'employeur du seul élément du droit d'auteur dont il a besoin pour son entrepri $se^{90}$ .

La précision serait également importante dans les cas où les parties elles-mêmes auraient à aborder la question du droit d'auteur pour attribuer celui-ci selon des modalités différentes de celles que fixe la loi. La "précision" et un élément supplémentaire d'"équité" favoriserait les préposés :

<sup>90.</sup> Il subsisterait toujours en effet une zone grise souvent importante dans les cas où employeur et préposé ne s'entendraient pas sur l'étendue de la partie du droit d'auteur dont "l'employeur a besoin pour son entreprise". Pareille divergence vues pourrait causer des retards et des dépenses considérables lorsqu'il s'agirait, par exemple, de décider qui doit intenter une action en contrefaçon. C'est là une question qu'il vaut mieux laisser à l'initiative des parties, qui pourront s'entendre par convention.

Etant donné que l'attribution du droit d'auteur peut être prévue au contrat qui lie l'employeur et le préposé, dans la plupart des cas la question de savoir qui serait le titulaire initial du droit d'auteur en l'absence de contrat ne se pose pas. On peut toutefois considérer que l'obligation de contracter, c'està-dire de s'écarter conventionnellement de la règle de droit, devrait revenir à la personne qui est le plus en mesure de le faire. Il s'agit, dans la plupart des cas de l'employeur, qui est en meilleure position pour négocier et qui peut recourir plus facilement aux services de conseillers juridiques 91.

Pour toutes ces raisons, prises isolément ou ensemble, la Loi sur le droit d'auteur ne devrait comporter aucune disposition spécifique relative aux oeuvres faites par des préposés, mais une disposition reconnaissant à l'auteur (qui pourrait être un préposé) le droit de céder partiellement ou entièrement son futur droit d'auteur à autrui (y compris à son employeur) par contrat (notamment par contrat de travail).

Les oeuvres faites sur commande. La seconde exception importante au principe fondamental selon lequel l'auteur est le premier titulaire du droit d'auteur est relative aux oeuvres dites "faites sur commande", bien qu'en fait l'exception ne s'applique qu'à trois genres d'oeuvres précis, les gravures, les photographies et les portraits, faits sur commandes contre rémunération<sup>92</sup>. Elle se trouve à l'article 12(2) de la Loi sur le droit d'auteur, dont voici le texte:

Lorsqu'il s'agit d'une gravure, d'une photographie ou d'un portrait et que la planche ou autre production originale a été commandée par une tierce personne et confectionnée contre rémunération en vertu de cette commande, celui qui a donné la commande est, à moins de stipulation contraire, le premier titulaire du droit d'auteur.

<sup>91.</sup> Borge Varmer, "Works Made for Hire and On Commission", Studies on Copyright, Arthur Fisher Memorial Edition, New Jersey, Rothman Co. & Bobbs Merill Co., 1963, p. 732.

<sup>92.</sup> Chaque fois que l'expression "fait sur commande" sera employée ici, il faudra comprendre : contre rémunération.

Cette disposition présente plusieurs caractéristiques importantes. D'abord, comme on l'a déjà noté, son application se limite aux gravures, aux photographies et aux por-Donc, à moins d'autres exceptions légales (par exemple les enregistrements sonores) ou de dispositions contractuelles, le titulaire du droit d'auteur sur tous les genres d'oeuvres faites sur commande auteur. Gravure et photographie sont définies à l'article 2 de la loi, mais le portrait ne l'est pas. D'après le dictionnaire Webster, portrait signifie "représentation d'une personne réelle, spécialement de son visage, par le dessin, peinture, la gravure", ainsi que la "photographie". L'article 12(2) s'applique donc non seulement à toutes les gravures et photographies faites sur commande, mais aussi à toute oeuvre artistique qui est un "portrait". Les "portraits" ont joué un rôle important dans l'évolution qui a mené à l'adoption de l'article 12(2). Deuxièmement, l'article 12(2) introduit dans la loi plusieurs notions propres au domaine des contrats d'entreprise. C'est ainsi qu'on y trouve les expressions "commandée", "contre rémunération" et "stipulation contraire". Ces éléments, on le verra, ont considérablement influé sur l'histoire de cet article. Troisièmement, et c'est peut-être le point le plus important, l'article 12(2) s'éloigne du principe posé à l'article 12(1), selon lequel l'auteur est le premier titulaire du droit d'auteur, car il attribue ce droit à la personne qui a commandé la gravure, la photographie ou le portrait (c'està-dire que "celui qui a donné la commande" est le premier titulaire du droit d'auteur).

L'historique de cette disposition permet de mieux comprendre sa raison d'être et de voir s'il convient de la conserver. Le <u>Statute of Anne</u> attribuait le droit d'auteur à l'auteur. Il ne le prévoyait pas en toutes lettres mais par élimination, en ce sens que personne ne pouvait détenir le droit d'auteur sans l'avoir reçu du premier titulaire. Ce principe fut consacré dans l'affaire <u>Storace v. Longman en 1878</u>, où il fut décrété que seule une <u>mesure législative pouvait attribuer ce droit à quelqu'un d'autre.</u>

Le Statute of Anne de 1709 ne s'appliquait qu'aux Oeuvres littéraires. Les autres formes d'oeuvres d'art ne firent l'objet d'une protection légale au Royaume-Uni qu'en avec l'adoption de la Engraving Copyright Act93. Celui-ci ne visait toutefois que les gravures. Dans les années qui suivirent, d'autres oeuvres artistiques firent l'objet de lois sur le droit d'auteur. Les peintures, les dessins et les photographies furent couverts les derniers, victimes de l'indifférence du législateur jusqu'à l'adoption de la Fine Arts Copyright Act en 1862. C'est l'article ler de cette loi qui est l'ancêtre de l'article 12(2) de la loi canadienne. Il prévoyait entre autres que, si une peinture, un dessin ou une photographie avait été "exécuté pour le compte de quelqu'un contre rémunération", son auteur ne pouvait être le premier titulaire du droit d'auteur s'y attachant que si la personne qui avait commandé l'ouvrage le lui avait laissé dans un écrit signé. En l'absence de pareille convention écrite, le droit d'auteur passait donc de ce dernier à la personne qui avait commande l'ouvrage 94.

Deux éléments retiennent notre attention. D'abord, et surtout, cette disposition instituant un régime spécial pour les peintures, les dessins et les photographies 95 exécutés sur commande ne dépouillait pas l'auteur de son droit mais prévoyait la transmission automatique de ce droit d'auteur à la personne qui avait passé la commande, si aucune convention ne le laissait à l'auteur. Cette subtile différence entre l'article 12(2) de la loi canadienne et l'article ler de la Fine Arts Copyright Act n'est pas sans importance si l'on considère les obligations que la Convention de Berne impose au Canada<sup>96</sup>. Deuxièmement, le travail de la Commission royale formée seulement treize ans après l'adoption de cette loi anglaise pour faire enquête sur l'application des nombreuses lois relatives au droit d'auteur du

<sup>93. 8</sup> Geo. 2, c. 13.

<sup>94.</sup> J.M. Easton, The Law of Copyright, 5e ed., p. 113.

<sup>95.</sup> Remarquer que l'article ler de la <u>Fine Arts Copyright Act</u> ne visait ni les portraits ni les gravures, contrairement à l'article 12(2) de la loi canadienne sur le droit d'auteur.

<sup>96.</sup> Voir infra, pp. 2-5.

Royaume-Uni, incluant celle-ci, s'est trouvé gêné par de nombreuses dissensions sur la question des oeuvres "faites sur commande" et du droit d'auteur y afférent:

[Les commissaires] ont étudié l'opportunité de faire une distinction entre les peintures faites sur commande et les autres. Cette notion de travail fait sur commande leur a causé des difficultés et... [ils en sont] venus à la conclusion qu'aucune distinction ne pouvait être faite en pratique<sup>97</sup>.

Les commissaires se demandèrent également si les photographies pouvaient être soumises au même régime que les peintures :

Lorsque les photographies sont destinées à une large diffusion, il est en pratique impossible que le droit d'auteur... passe à chaque acheteur... et il doit donc être laissé au photographe ou disparaître. Par contre, il est pour les mêmes raisons préférable d'attribuer le droit d'auteur d'un portrait à la personne qui l'a acheté ou commandé, comme dans le cas d'une peinture.

De fait, étant donné la facilité avec laquelle des copies peuvent être faites et l'habitude qu'ont les photographes d'exposer dans leur vitrine des photos de personnages connus, il est encore plus impérieux que dans le cas de la peinture de donner aux personnes dont le portrait est ainsi utilisé le pouvoir d'en contrôler la diffusion. On en vient donc à se demander s'il ne serait pas nécessaire de faire la distinction entre les photographies qui sont des portraits et celles qui n'en sont pas, et entre celles qui sont faites sur commande et les autres, distinctions que nous n'avons pas retenues dans le cas des peintures 98.

<sup>97.</sup> W.A. Copinger, The Law of Copyright, 2e ed., Stevens and Haynes, Londres, 1881, p. 390.

<sup>98. &</sup>lt;u>Id.</u>, 408.

Selon les commissaires, le droit d'auteur sur une photographie qui n'a pas été faite sur commande revient au photographe99. Dans le cas des photographies commandées, il devrait être interdit d'en vendre ou d'en exposer des copies sans l'autorisation de l'auteur de la commande100 de manière à ce que soit respectée la vie privée des "célébrités", dont le portrait risque de faire l'objet d'une exploitation. Les commissaires étaient également d'avis que les gravures, les lithographies et autres oeuvres semblables posaient le même problème et recommandèrent donc de les traiter de la même façon que les photographies du point de vue de la cession du droit d'auteur sur les oeuvres faites sur commande.

Il a fallu attendre 1911 pour que les recommandations des commissaires soient prises en considération. C'était à l'occasion de l'adoption d'une loi sur le droit d'auteur consolidant les quelque 20 lois déjà existantes. l'année où l'Imperial Copyright Act<sup>101</sup> entra en vigueur. Elle reglait, par son article 5(1)a), la question de la pro-Priété du droit d'auteur dans le cas de certaines oeuvres commandées. Conformément aux recommandations de la Commission, cette disposition soumettait les gravures et les photographies au même régime mais y ajoutait les portraits pour donner suite à l'opinion des commissaires sur ce sujet. Contrairement à la Fine Arts Copyright Act, qui attribuait le droit d'auteur à la personne qui faisait la commande au moyen d'une cession légale des droits de l'auteur, l'article 5(1)a) de l'Imperial Copyright Act stipulait que cette personne était titulaire du droit d'auteur ab initio. Non seulement ceci paraît contraire aux principes reconnus à l'époque selon lesquels l'auteur était le premier titulaire du droit d'auteur, mais cette mesure paraît reposer sur une interprétation fausse des recommandations des commissaires. Cela n'empêcha toutefois pas à l'essentiel de l'article 5(1)a) de l'Imperial Copyright Act de 1911 d'être repris à l'article 12(2) de la loi canadienne sur le droit d'auteur, entrée en viqueur en 1924.

<sup>99.</sup> Ibid.

<sup>100.</sup> Id., 407.

<sup>101. 1</sup> et 2 Geo. V., c. 46.

En 1957, la Commission Ilsley étudia les dispositions de l'article 12(2) sur les photographies, les gravures et les portraits faits sur commande et exprima l'avis que la principale raison d'être de cette exception au profit de la personne qui a passé la commande avait trait au respect de la vie privée<sup>102</sup>. Il faut rappeler néanmoins que l'objet premier du droit d'auteur n'est pas la protection de la vie privée; cet aspect de la question semble donc en l'occurrence avoir pris une importance exagérée dans le cadre de la La Commission vit une seconde raison pour appuyer cette exception, soit d'atténuer toute différence d'importance entre l'effet du contrat d'entreprise (conclu à l'occasion de la commande) et celui du contrat de louage de services (contrat de travail) $^{103}$ . Bien que l'analogie entre le régime des contrats de travail et celui des commandes ne soit pas d'une importance capitale, c'est une question qui n'est pas dénuée d'intérêt.

Le rapport Keyes-Brunet étudia également l'article 12(2) et examina certains points de vue exprimés par des personnes intéressées selon lesquelles le droit d'auteur devrait dans tous les cas revenir d'abord au créateur, quitte à ce que la personne qui fait la commande s'assure par contrat l'acquisition de tous les droits qu'elle désire. Le rapport ajoute que la conséquence logique de cette thèse, à savoir la suppression de l'exception faite en faveur des personnes qui passent la commande, présente "un attrait d'une logique simpliste". Les auteurs y ont vu un seul inconvénient, soit la prolifération des contrats et des conventions collectives prévoyant la cession du droit d'auteur teur<sup>104</sup>. Ces contrats auraient un effet positif car ils fixeraient avec précision la propriété du droit d'auteur et traduiraient fidèlement la volonté des parties.

<sup>102.</sup> Commission Ilsley, op. cit., supra, note 22, Chap. II, p. 52; voir aussi A. Gray, "Joint Ownership of Copyrights", Studies on Copyright, Arthur Fisher Memorial Edition, Rothman Co. & Bobbs-Merrill Co., 1963, p. 734, où l'on exprime une opinion analogue.

<sup>103.</sup> Commission Ilsley, id., 53.

<sup>104.</sup> À partir de ce seul raisonnement, et abstraction faite des obligations stipulées par la Convention de Berne, le rapport Keyes-Brunet a recommandé que la personne qui fait la commande soit dans tous les cas titulaire du droit d'auteur, sauf convention contraire : op. cit., supra, note 15, chap. II, p. 76.

Le Comité Whitford, au Royaume-Uni, a également analysé cette question des travaux faits sur commande et a exprimé l'opinion suivante :

... à première vue, il peut paraître tentant d'abroger les dispositions particulières relatives au droit d'auteur initial sur les oeuvres de préposés et sur les travaux faits sur commande, ce qui serait au surplus conforme aux prescriptions de la Convention... cela ne fixerait pas les droits des intéressés avec toute la précision et toute l'équité qui est souhaitable 105.

Après avoir adopté cette position, les membres du Comité ne sont pas parvenus à s'entendre sur les mesures qui permettraient le mieux d'atteindre leurs objectifs de précision et d'équité. Cinq d'entre eux ont exprimé l'avis que :

<sup>105.</sup> Rapport Whitford, op. cit., supra, note 18, chap. II, P. 144. On trouvera une évaluation plus complète du raisonnement du Comité sur la contradiction qui existe entre les Obligations du Royaume-Uni en vertu de la Convention de Berne et les recommandations du Comité sur les oeuvres des Préposés et sur les travaux faits sur commande à la p. 72. Le Comité s'est dit d'avis que ces objectifs de précision et d'équité ne seraient pas atteints parce que très souvent les auteurs et les personnes faisant la commande ne passeraient Pas de convention expresse sur la propriété du droit d'auteur et il y aurait un risque que les tribunaux prêtent foi aux allégations de licence tacite ou d'intérêt véritable ("beneficial interest") dans le droit d'auteur. Cet argument paraît fort peu convaincant. Si la loi accorde clairement le droit d'auteur à l'auteur en l'absence de convention écrite contraire, il reste peu de place, sinon aucune, à une interpretation jurisprudentielle qui serait contraire à l'esprit et la lettre d'une telle disposition.

le droit d'auteur sur toutes les oeuvres faites sur commande devrait revenir à l'auteur (ou à l'employeur) sous réserve de deux importantes conditions : (1) que les personnes qui font la commande détiennent une licence universelle exclusive dont on puisse raisonnablement dire qu'elle a été voulue par les parties au moment où la commande a été faite; (2) que la personne qui passe la commande puisse empêcher que l'oeuvre ne soit exploitée dans un but auquel elle pourrait raisonnablement s'opposer 106.

Par ailleurs, quatre autres membres du Comité se sont dits en faveur d'un système dans lequel lorsque le seul but de la commande est la création d'une oeuvre pouvant faire l'objet d'un droit d'auteur, en l'absence de convention contraire, le droit d'auteur appartient à la personne qui effectue la commande, sauf le droit de la personne qui exécute la commande de percevoir une indemnité si son client exploite l'oeuvre d'une façon qui n'était pas raisonnablement prévisible au moment de l'exécution de l'oeuvre. En revanche, lorsque la création de pareille oeuvre est seulement accessoire à l'objet de la commande, (comme dans le cas où le créateur est un comptable, un avocat ou un architecte), les commissaires souhaiteraient que le droit d'auteur revienne, sauf convention contraire, à la personne qui a reçu la commande.

Ce système, on en conviendra aisément, causerait plus de problèmes qu'il n'en résoudrait.

Ni l'une ni l'autre de ces recommandations n'est pratique ou satisfaisante. La première, bien qu'elle soit compatible avec la Convention de Berne, comporte un mécanisme de licence restreinte qui pose plusieurs difficultés graves dont le Comité lui-même était conscient : il faut notamment élaborer un critère subjectif pour découvrir l'intention des parties à la date de la commande; d'autre part, l'étendue des droits de rétention de l'auteur de la commande est

<sup>106.</sup> Rapport Whitford, op. cit., p. 144. Il semble se dégager du rapport que a) même au sein de ce groupe de commissaires, il existait un certain désaccord, ou que b) vu les deux tempéraments intégrés à la recommandation, l'identité du titulaire du droit d'auteur n'a pas été considérée comme importante. Ces deux éventualités sont aussi déconcertantes l'une que l'autre.

incertaine. La seconde solution proposée, outre le vice grave de ne pas respecter les obligations de la Convention de Berne, est susceptible d'engendrer de nombreux problèmes d'mprécision se rapportant a) aux modes d'exploitation raisonnement prévisibles de l'oeuvre par les parties; b) au dédommagement proposé; c) au but de la commande.

Notons enfin, en rapport avec la proposition Keyes-Brunet selon laquelle, en l'absence de convention contraire, le droit d'auteur sur des oeuvres commandées devrait revenir à la personne qui a commandé, que plus de la moitié des mémoires présentés en réponse au rapport se sont opposés à cette thèse et exprimaient l'avis que le droit d'auteur initial devrait toujours, sous réserve d'une convention contraire, revenir à l'auteur, même dans le cas des oeuvres faites sur commande.

En conclusion, nous recommandons l'abrogation de l'article 12(2) de la <u>Loi sur le droit d'auteur</u> et l'insertion dans la loi d'une disposition attribuant la propriété initiale du droit d'auteur à l'auteur, même dans le cas où l'oeuvre a été faite sur commande, <u>sous réserve toutefois de Convention contraire</u>.

## Les oeuvres créées en collaboration

Le principe selon lequel l'auteur d'une oeuvre est le premier titulaire du droit d'auteur sur cette oeuvre soulève certains problèmes dans le cas des oeuvres exécutées par plus d'un auteur, telles les "oeuvres créées en collaboration" et les "recueils". Ces deux types d'oeuvres collectives seront étudiés, le premier dans la présente section et le second dans la suivante.

L'article 2 de la <u>Loi sur le droit d'auteur</u> définit l'"oeuvre créée en collaboration" de la façon suivante :

... oeuvre exécutée par la collaboration de deux ou plusieurs auteurs, et dans laquelle la part créée par l'un n'est pas distincte de celle créée par l'autre ou les autres.

Il peut s'avérer utile de comparer ce type d'oeuvre aux recueils. Ceux-ci sont également définis à l'article 2 :

- a) les encyclopédies, dictionnaires, annuaires ou oeuvres analogues,
- b) les journaux, revues, magazines ou autres publications périodiques, et
- c) toute oeuvre composée, en parties distinctes, par différents auteurs ou dans laquelle sont incorporées des oeuvres ou parties d'oeuvres d'auteurs différents.

Cette définition, comme celle des "oeuvres créées en collaboration", vient de la loi impériale sur le droit d'auteur de  $1911^{107}$ .

Il se dégage de la comparaison des deux définitions, sauf en ce qui concerne les oeuvres énumérées aux paragraphes a) et b) ci-dessus, que la différence essentielle qui existe entre une "oeuvre créée en collaboration" et un "recueil" est que la première se compose d'éléments qui ne sont pas distincts les uns des autres alors que le second se présente "en parties distinctes" 108. Notons en second lieu la notion de collaboration inhérente à la première expression. Cet élément n'est toutefois pas entièrement déterminant dans ce cas, pour deux raisons. D'abord, l'oeuvre qui est le fruit de la collaboration de deux ou de plusieurs auteurs et qui se présente en tranches distinctes n'est pas une "oeuvre créée en collaboration", mais bien un "recueil"109. D'autre part, le terme "en collaboration" manque de précision pour n'avoir été ni étudié à fond par la jurisprudence ni défini par les lois anglaise ou canadienne.

La notion de création en collaboration que nous connaissons aujourd'hui a été définie pour la première fois en common law dans la cause Levy v. Rutley $^{110}$ . On trouvait à l'article  $^{1er}$  de la Dramatic Copyright Act de 1833 une référence aux auteurs d'une oeuvre. En interprétant cet article

<sup>107.</sup> l et 2 Geo. 5, c. 46, articles 35(1) et 16(3).

<sup>108.</sup> M. Nimmer, op. cit., supra, note 13, chap. II, pp. 17-61; voir aussi Skone James, op. cit., supra, note 58, chap. II, par. 663.

<sup>109.</sup> Skones James, Copinger and Skone James on the Law of Copyright, 8e Ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1948, p. 203.

<sup>110. (1871)</sup> L.R. 6 C.P. 523.

dans l'affaire Levy v. Rutley, le tribunal a reconnu qu'il était dans certains cas possible que la preuve révêle l'existence de deux ou de plusieurs auteurs d'une même oeu-C'était le cas dans cette affaire et le tribunal exprima l'avis que chacun des auteurs avait droit à une partie du droit d'auteur. La Cour a décrété que "bien qu'il ne soit pas nécessaire que l'apport de chaque (auteur) soit égal à celui des autres, il devait y avoir effort conjoint dans un dessein commun". Les deux éléments de l'oeuvre créée en collaboration semblent donc être la collaboration et le dessein commun. Cependant, cette notion de dessein commun n'a été véritablement développée qu'aux États-Unis. Elle y a été définie, non comme une collaboration matérielle<sup>111</sup>, mais par rapport à l'intention des auteurs. La collaboration et le dessein commun ont été appliqués dans la loi américaine récente aux oeuvres "élaborées par deux ou Plusieurs auteurs désirant que l'apport de chacun d'eux se fonde dans l'ensemble". Le premier élément de cette définition (soit l'intention des parties) se dégage de plusieurs importants jugements américains et fera l'objet d'un bref commentaire ici; le second (soit la fusion parfaite de toutes les parties de l'oeuvre) sera vu ultérieurement.

La première des causes à mentionner est Edward B. Marks Music Corp. v. Jerry Vogel Music Co., 112 où il fut décidé qu'il y avait possibilité de création en collaboration même si les auteurs n'avaient pas oeuvré ensemble dans leur dessein commun ni en même temps, voire même si l'un d'entre eux ne connaissait pas les autres. Selon le tribunal, il suffisait que chaque auteur ait eu, au moment de son apport, l'intention de collaborer à l'ensemble en sachant qu'il existait d'autres collaborateurs.

Ce raisonnement fut raffiné par la suite dans l'affaire Shapiro, Bernstein & Co. v. Jerry Vogel Music Co. 113, surnommée la cause "Melancholy Baby" d'après le titre de la chanson faisant l'objet du litige. Dans cette cause, l'un des auteurs s'attendait à ce que son collaborateur fût une autre personne que celle qui, inconnue de lui, collabora à

<sup>111.</sup> Nimmer, op. cit., supra, note 13, chap. II, pp. 6-6.

<sup>112. 140</sup> F. 2d 226 (2d Cir. 1944).

<sup>113. 161</sup> F. 2d 406 (2d Cir. 1946).

l'oeuvre. Le tribunal a jugé qu'il s'agissait bien d'une oeuvre créée en collaboration et que l'inconnu devait aussi être considéré comme coauteur. Le principe semble être ici que le fait que l'auteur ait accepté que son apport soit complété par quelqu'un d'autre dans l'élaboration d'une oeuvre commune suffit pour qu'il y ait création en collaboration. Le fait que les collaborateurs ne se connaissent pas ou qu'ils contribuent à l'oeuvre à des moments différents n'influe donc nullement sur la nature de l'oeuvre ainsi créée.

Dans leur analyse des expressions "en collaboration" et "dessein commun", les tribunaux américains ont beaucoup insisté sur l'intention qu'avaient les auteurs au moment de leur contribution respective. Cette interprétation large des deux termes paraît des plus valables. La définition des oeuvres créées en collaboration devrait être repensée en fonction de cette interprétation. Notamment, la définition de l'expression joint work de la loi américaine, où il est question de "l'intention des parties" devrait être incorporée dans la loi canadienne. Bien que cette proposition laisse place à une impression et soit susceptible de soulever des problèmes que seuls les tribunaux pourront trancher, la notion de dessein commun est intimement liée à l'intention de l'auteur et la loi devrait consacrer cet état de choses.

La loi américaine a fait une distinction valable à propos de l'intention de l'auteur en rejetant le principe du jugement de l'affaire "12th Street Rag", selon lequel l'intention en question ne devrait pas nécessairement être celle de l'auteur mais pourrait aussi être celle du cessionnaire de celui-ci. Il fut jugé qu'il n'était pas nécessaire que les auteurs aient eu l'intention de collaborer au moment de la création et qu'il suffisait que cette intention de l'auteur ou de son cessionnaire ait existé par la suite pour qu'on obtienne une oeuvre commune en rassemblant les travaux individuels. Il semble que ce soit pour éviter d'élargir exagérément la notion de création en collaboration l'14 que la

<sup>114.</sup> On exige avant tout que l'auteur ait eu l'intention, au moment où il créait son oeuvre, de voir fondre en un tout les différentes parties de l'oeuvre globale... Report of the American House of Representatives on Copyright, op. cit., supra, note 23, chap. II, p. 120.

loi américaine n'a pas repris les deux propositions qui se dégageaient de l'affaire 12th Street Rag qui écartaient l'exigence du dessein commun et celle de la collaboration active  $^{11}$ 5.

La seconde caractéristique des oeuvres créées en collaboration est que l'apport de chaque auteur ne peut être distingué. Ce critère provient de l'article 16(3) de la loi impériale de 1911. Melville Nimmer écrit que la "création en collaboration" peut avoir deux fondements différents, qui se retrouvent dans la définition de joint work de la nouvelle loi américaine. La définition des lois anglaise et canadienne ne tient compte que d'un seul de ces deux éléments, celui selon lequel il est impossible de séparer ou de distinguer la contribution des auteurs. Nimmer poursuit :

Lorsque les différents apports sont inséparables en ce sens qu'il est impossible de les distinguer les uns des autres, la seule solution possible consiste à considérer chaque auteur comme le cotitulaire d'un droit indivis sur l'oeuvre entière. Il s'agira par exemple d'une pièce de théâtre dont le texte, écrit par deux dramaturges, ne permet absolument pas de distinguer l'apport de l'un de celui de l'autrell6.

# Il ajoute:

La "création en collaboration" peut avoir pour second fondement l'interdépendance des apports. Dans ce cas, bien que chacun d'eux demeure parfaitement reconnaissable, une convention tacite (sinon expresse) veut qu'ils soient joints les uns aux autres de façon indivisible. Par exemple, dans le cas des paroles et de la mélodie d'une chanson, il est

<sup>115.</sup> G. D. Cary, "Joint Ownership of Copyrights", p. 92, in <u>Studies on Copyright</u>, Arthur Fisher Memorial Edition, Rothman & Co. and Bobbs-Merrill Co., 1963, p. 712.

<sup>116.</sup> Nimmer, op. cit., supra, note 13, chap. II, pp. 6-5.

evidemment possible de distinguer l'oeuvre du parolier de celle du compositeur mais on peut présumer, en l'absence de convention contraire, qu'en acceptant de faire ensemble la chanson, les deux artistes ont voulu que chacun ait un droit indivis dans le fruit de leur travail commun<sup>117</sup>.

Au Canada, la définition des oeuvres musicales dans la Loi sur le droit d'auteur comprend uniquement la musique et non les paroles; une chanson dont les paroles ont été écrites par un auteur différent de celui de la musique sera considérée comme un recueil, alors qu'elle constituerait une oeuvre commune aux États-Unis. Au Canada, le parolier détiendrait le droit d'auteur sur les paroles, le compositeur sur la musique et la personne qui se serait chargée de faire la synthèse des deux oeuvres faisant ensemble une détiendrait le droit d'auteur sur cette dernière. n'existait pas une tierce personne pour opérer la synthèse des deux parties de l'oeuvre, autrement dit si cette opération incombait exclusivement au parolier et au compositeur en sus de leur travail individuel, chacun d'eux détiendrait, outre son droit d'auteur personnel et conjointement avec l'autre, un second droit d'auteur sur le fruit de la synthèse. Le recueil serait donc également une oeuvre commune.

Des précisions supplémentaires s'imposent. Jusqu'à maintenant les expressions oeuvre créée en collaboration et oeuvre commune ont été employées, dans le présent rapport, comme si elles étaient synonymes. Or, la loi emploie seulement "oeuvre créée en collaboration". Dans la langue courante, on parle plutôt d'oeuvre commune et c'est ainsi qu'il faut l'entendre dans le présent texte. Cependant, comme Nimmer le fait remarquer très justement:

L'oeuvre commune est une réalité plus vaste que la "création en collaboration" car, si l'oeuvre créée en collaboration est toujours une oeuvre commune, il peut par contre y avoir oeuvre commune sans création en collaboration. Il vaudrait donc mieux voir dans l'oeuvre commune celle sur laquelle le droit d'auteur appartient de manière indivise à deux ou à plusieurs personnes 118.

<sup>117.</sup> Ibid.

<sup>118.</sup> La différence qui existe entre l'"oeuvre commune" américaine et l'"oeuvre créée en collaboration" canadienne est sans importance ici. Id., 6-5.

C'est en ce sens qu'un recueil peut parfois être, au Canada, une oeuvre commune (<u>sans</u> être une création en collaboration), c'est le cas quand le droit d'auteur sur le recueil appartient indivisément aux personnes dont les travaux distincts constituent le recueil<sup>119</sup>.

Pour passer d'un extrême à l'autre, dans des circonstances légèrement différentes, certaines chansons peuvent ne Pas du tout avoir la nature d'un recueil, encore moins d'un recueil se doublant d'une oeuvre commune. Il est clair qu'au Canada, en vertu de la loi actuelle, aucune chanson ne peut être une "oeuvre créée en collaboration" parce que les parties qui la composent ne se confondent pas. Pour être un recueil, la chanson doit, en vertu de la loi, se composer de parties signées par différents auteurs. Par conséquent, si une même personne écrit la musique et les paroles, elle détient deux droits d'auteur et il n'existe pas de droit d'auteur sur le fruit de la synthèse des deux éléments. complexité de la question et son effet sur le secteur de la musique et de l'enregistrement suffisent à justifier l'étude de différentes formules de modification des définitions d'oeuvre créée en collaboration et de recueil. ajoute à cela l'argument particulièrement convaincant selon lequel il serait préférable de traiter comme une oeuvre créée en collaboration des éléments interdépendants qui sont faits pour former un tout, la nécessité de modifications devient encore plus évidente.

Nous recommandons donc d'intégrer à la loi canadienne la seconde partie de la définition d'oeuvre commune et de la loi américaine, qui parle des "parties inséparables et interdépendantes d'un tout".

Après avoir examiné les critères de la création en Collaboration, il convient d'étudier les particularités de cette dernière. Il faut en effet préciser quels sont les droits de chaque titulaire du droit d'auteur sur l'oeuvre commune et quelles sont ses obligations d'une part, envers l'autre ou les autres coauteurs et d'autre part, face aux tiers.

<sup>119.</sup> Voir Redwood Music Ltd. v. Francis Day & Hunter et al. (1978) R.P.C. (13 nov.), 15 juin 1978, p. 429, aux pp.  $\overline{452-455}$ . Note: Dans une décision postérieure à la rédaction de ce rapport, la Chambre des Lords a renversé le jugement de la Cour d'appel (qui considérait une chanson comme étant une oeuvre créée en collaboration) et a soutenu que des droits d'auteur distincts pour les paroles et la musique d'une chanson ne peuvent être combinés pour créer le droit

Le principe fondamental de la loi, selon lequel l'auteur est le premier titulaire du droit d'auteur sur son oeuvre, s'applique également aux oeuvres créées en collaboration sous une forme légèrement adaptée à la nature particulière de celles-ci. L'affaire Lauri v. Renad<sup>120</sup> est généralement reconnue comme étant à l'origine du principe selon lequel, sauf convention contraire, le droit d'auteur des coauteurs se répartit également entre les auteurs qui sont ainsi copropriétaires (tenants-in-common). Le tribunal en a ainsi décidé parce qu'il croyait que la question avait déjà été tranchée dans un jugement antérieur, celui de l'affaire Powell v. Head 121, où il avait été jugé que les titulaires conjoints du droit d'auteur l'étaient à titre de copropriétaires. Il convient toutefois d'insister sur deux points D'abord, dans l'affaire Powell, le droit des deux titulaires leur venait de l'auteur, par cession à chacun, de la moitié du droit d'auteur et ne résultait donc pas d'une création en collaboration<sup>122</sup>. On pourrait donc affirmer que ce jugement ne règle pas vraiment la question de la propriété conjointe résultant d'une création en collaboration. dépit de cela, le jugement de <u>Lauri v. Renad</u>, selon lequel la création en collaboration emporte la copropriété en parts égales, est considéré comme correct $^{123}$ . En second lieu, il faut remarquer que le silence de la loi de l'époque ainsi que des législations postérieures anglaise, canadienne et américaine sur la question de la copropriété du droit d'auteur relatif aux oeuvres en collaboration donne toute autorité aux tribunaux pour clarifier ce problème.

Le principe dégagé de <u>Lauri v. Renad</u> selon lequel les cotitulaires du droit d'auteur détiennent ce dernier à titre de copropriétaires, provient du droit relatif à la propriété

d'auteur de la chanson; i.e. que la chanson elle-même ne constitue pas une oeuvre créée en collaboration. (Chappel & Co. Ltd. et al. v. Redwood Music Ltd.; Redwood Music Ltd. v. Francis Day & Hunter Ltd. et al. [1980] 2 All ER 817).

<sup>120. (1892) 3</sup> Ch. D. 402.

<sup>121. (1879) 12</sup> Ch. D. 686.

<sup>122.</sup> Skone James, op. cit., supra, note 58, chap. II, p. 288, note 5.

<sup>123. &</sup>lt;u>Ibid.</u>; voir également Nimmer, <u>op. cit.</u>, <u>supra</u>, note 13, chap. II, pp. 6-21, ainsi que l'article 201(a) de la loi américaine de 1976 sur le droit d'auteur.

immobilière. À moins d'une convention contraire, la relation qui existe entre les cotitulaires est celle qui existe entre les copropriétaires et non entre titulaires d'un droit sur une propriété indivise, (en vertu duquel le dernier survivant bénéficie du gain de survie devenant ainsi seul titulaire du droit). La règle qui prévaut en matière de copropriété est qu'à la mort de l'un des coauteurs, les héritiers ou légataires de ce dernier requièrent la part du droit d'auteur qui appartenait au défunt dans l'oeuvre réalisée en collaboration.

Afin de préciser les droits et les obligations des coauteurs en tant que cotitulaires du droit d'auteur, nous recommandons par conséquent l'incorporation du principe de Lauri v. Renad à la loi de façon à ce que les auteurs conjoints soient tous également premiers titulaires conjoints du droit d'auteur sur toute oeuvre créée en collaboration, à titre de copropriétaires, sans qu'il y ait gain de survie.

Une autre particularité de la copropriété est que chaque partie détient un droit indivis et peut exercer ses droits sur le bien sans l'autorisation des copropriétai-Néanmoins, cette particularité de la copropriété n'a pas été transposée dans le régime du droit d'auteur. Royaume-Uni et au Canada, c'est sur le jugement de l'affaire Cescinsky v. Routledge and Sons Ltd. 125 que s'appuie le principe selon lequel l'auteur ou autre cotitulaire ne peut se passer de l'autorisation des copropriétaires pour exercer ses droits. Ce jugement décrète en outre que, si la jouissance du droit de copier l'oeuvre est divise, son exercice est au contraire indivis. Sur cette base, le tribunal a jugé que la reproduction d'une oeuvre, effectuée par un tiers du consentement de l'un des copropriétaires, constituait une violation du droit d'auteur dans la mesure où les autres copropriétaires n'avaient pas consenti. La concession du droit d'auteur par licence est donc inopposable au copropriétaire qui ne l'aura pas autorisée 126.

<sup>124.</sup> Cary, op. cit., supra, note 115, chap. II, p. 108.

<sup>125. (1916) 2</sup> K.B. 325.

<sup>126.</sup> Skone James, op. cit., supra, note 58, chap. II, p. 288.

Selon la jurisprudence américaine, au contraire, il est en général loisible à l'indivisaire, sauf quelques tempéraments, d'exercer son droit ou de le concéder par licence sans l'autorisation des autres  $^{127}$ .

Les deux conceptions atteignent le but visé en assurant à chaque coauteur ou titulaire conjoint sa part du produit de l'exploitation de l'oeuvre. Cependant, on insiste davantage, au Royaume-Uni et au Canada, sur l'inviolabilité du droit de l'indivisaire en prévoyant que les cotitulaires du droit d'auteur doivent s'entendre sur le mode d'exploitation de l'oeuvre et sur la distribution du produit de celle-ci. Aux États-Unis, on cherche par contre avant tout à faciliter l'exploitation de l'oeuvre, tout en fondant le partage du produit de celle-ci sur la règle de la responsabilité<sup>128</sup>. Il est vrai que, dans le système américain, un seul des cotitulaires peut convenir avec un tiers de l'exploitation de l'oeuvre sans l'autorisation des autres et peut-être à leur détriment. Il est également vrai qu'au Canada, tout indivisaire a au contraire le pouvoir d'empêcher l'exploitation de l'oeuvre, contre le gré des autres. Dans les deux cas, il importe que les cotitulaires définissent par écrit leurs droits et leurs obligations réciproques dans l'exploitation de l'oeuvre.

Le principe du jugement Cescinsky constitue une entrave à la liberté des titulaires conjoints du droit d'auteur, lesquels devraient être dans la même situation que les autres copropriétaires et donc avoir toute latitude d'organiser par voie de contrat l'exploitation de l'oeuvre comme ils l'entendent, sous réserve, comme aux États-Unis, de la règle de la responsabilité. Comme dans ce pays également, la licence accordée par l'un des cotitulaires serait donc opposable aux autres.

<sup>127.</sup> Ibid, et M. Nimmer, op. cit., supra, note 13, chap. II, p. 6-22. Le tempérament le plus important est peut-être la "règle de la responsabilité" selon laquelle l'indivisaire qui exerce ses droits sur l'oeuvre ou les concède par licence sans l'autorisation des copropriétaires "est responsable de son exploitation envers les autres titulaires en ce sens qu'il doit mettre à leur disposition une portion du produit de son exploitation personnelle ... ou ... de la concession qui soit susceptible de distribution".

<sup>128.</sup> Cary, op. cit., 173.

À cela s'ajouteraient des dispositions destinées à clarifier la situation des coauteurs et autres cotitulaires du droit d'auteur. Chacun des cotitulaires devrait être habilité à vendre ou à transférer sa part indivise sans l'autorisation des autres, et le principe selon lequel le créancier bénéficiaire d'un nantissement ou l'acheteur de cette part remplace l'ancien titulaire de celle-ci à tous égards et à l'égard de tous devrait être conservé.

Une autre disposition s'impose. Selon le jugement de Lauri v. Renad, l'un des coauteurs ou cotitulaires peut, indépendamment des autres cotitulaires, intenter des poursuites pour violation du droit d'auteur détenu en commun. Cela pose le problème suivant : le défendeur pourrait se voir assigner dans de nombreuses actions si les titulaires conjoints du droit d'auteur décidaient de le poursuivre, chacun séparément. Afin d'empêcher que le défendeur ne soit victime de harcèlement, il y aurait lieu d'établir que la première procédure bloque l'introduction des autres, tout en laissant aux indivisaires désireux de poursuivre en leur nom le loisir de se joindre à l'action en cours.

L'article 4(1) prévoit que seules les personnes qui remplissent les conditions énoncées pourront se voir reconnaître un droit d'auteur au Canada. La Commission Ilsley s'est dite d'avis que seules les oeuvres communes dont au moins un auteur est "qualifié" devraient faire l'objet d'un droit d'auteur, lequel ne devrait protéger que les "auteurs qualifiés".

Le passage suivant de Skone James expose très clairement cette question des "auteurs qualifiés" d'oeuvres communes, et les articles de la loi anglaise de 1956 auxquels ce passage fait allusion devraient être adoptés au Canada.

Cependant, dans les cas où l'auteur doit être une personne qualifiée pour que le droit d'auteur existe, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit d'une oeuvre inédite ou éditée pour la première fois ailleurs qu'au Royaume-Uni ou que dans un pays auquel la loi de 1956 s'applique, l'oeuvre est considérée comme faisant l'objet d'un droit d'auteur mais seuls ceux de ses auteurs qui sont des personnes qualifiées seront réputées titulaires du droit d'auteur au sens de la loi de 1956.

Supposons que A et B réalisent conjointement une oeuvre alors que A est sujet britannique et B un étranger ne résidant pas au Royaume-Uni au moment où l'oeuvre a été réalisée et qu'il ne soit pas protégé par les dispositions d'application internationale de la loi de 1956. En pareil cas, si B était l'unique auteur, il ne jouirait d'aucune protection avant que l'oeuvre ne soit éditée; par conséquent, A doit être considéré, aux fins de la Loi, comme s'il était le seul auteur.

Le fait que A est considéré comme unique auteur, pour ce qui est de la propriété légale du droit d'auteur en vertu de la loi de 1956, n'entraîne bien sûr nullement que B n'aurait ici aucun droit à faire valoir contre lui. Certes, A est sans aucun doute considéré légalement comme le titulaire du droit d'auteur dans sa totalité et pourrait seul, éventuellement, intenter une action en violation de droit d'auteur; mais il peut fort bien avoir contracté des obligations envers B et, en l'absence de convention contraire, il serait probablement considéré comme le fidéicommissaire du droit d'auteur dont B et lui même détiendraient une part égale.

Mais, apparemment, seul A serait habilité, avant que l'oeuvre ne soit éditée, à concéder des licences s'y rapportant.

Cependant, si l'oeuvre est éditée pour la première fois au Royaume-Uni, tous ses auteurs acquièrent la propriété du droit d'auteur. Qu'arrivera-t-il alors si la personne qui était précédemment considérée comme l'unique auteur avait autorisé l'édition contre le gré de son coauteur? On considère alors que ce dernier pourrait poursuivre l'éditeur en violation de droit d'auteur car la licence est valable vu que l'auteur qui l'avait octroyée était habilité à le faire 129.

<sup>129.</sup> Skone James, op. cit., supra, note 58, chap. II, p. 288.

### Les "recueils"

On se souviendra que l'introduction à notre étude des oeuvres créées en collaboration rappelait la définition que l'article 2 de la <u>Loi sur le droit d'auteur</u> donne des recueils:

- a) les encyclopédies, dictionnaires, annuaires ou les oeuvres analogues,
- b) les journaux, revues, magazines ou autres publications périodiques, et
- c) toute oeuvre composée, en parties distinctes, par différents auteurs ou dans laquelle sont incorporées des oeuvres ou parties d'oeuvres d'auteurs différents.

Par consequent, toute oeuvre appartenant à l'un des genres d'ouvrages mentionnés en a) ou en b) sera automatiquement un recueil, qu'elle réponde ou non aux critères de l'alinéa c). Or, il arrive à l'occasion que ce ne soit effectivement pas le cas. Par consequent, cette disposition devrait être remplacée par une définition énumérant les caractères généraux des recueils suivie d'une liste d'exemples comme ceux des alinéas a) et b). La liste servirait seulement d'exemple car les caractères généraux seraient toujours prédominants.

En ce qui concerne par ailleurs les critères généraux de l'alinéa c), il est évident que :

1) Pour former un recueil, les différentes parties qui le composent doivent être d'auteurs différents. Lorsque les différentes parties sont toutes du même auteur, celui-ci détient, comme on l'a vu précédemment, un droit d'auteur distinct sur chacune des parties qui peut faire l'objet d'une publication séparée, mais il n'y aurait pas d'oeuvre globale, non plus, évidemment, que de droit d'auteur sur la synthèse des parties, c'est-à-dire, sur l'oeuvre globale.

Les recueils n'ont trait qu'aux oeuvres qui se composent de textes (distinguées à ces fins des oeuvres musicales ou artistiques), car les alinéas a) et b) ne mentionnent que des oeuvres littéraires et c) ne réfère qu'aux oeuvres écrites composées en parties distinctes. Comme on l'a vu, les recueils sont considérés comme des "compilations", et sont cités comme exemples d'ouvrages littéraires dans l'article 2 de la loi.

Il faut également bien faire la distinction entre recueil et compilation :

Si un recueil se présente sous forme de tranches distinctes et indépendantes, comme par exemple une anthologie ou une encyclopédie, les compilations sont par contre des documents déjà existants qui ont été rassemblés et arrangés d'une certaine façon (... peu importe que chaque document puisse faire l'objet d'un droit d'auteur<sup>130</sup>) ou des données choisies et ordonnées de manière à former un ensemble ori-C'est le cas par exemple des bottins ginal. et des indicateurs de chemin de fer Kelly v. Morris [1866] LR 1 Eq. 697; H. Blacklock & Co. Ltd. v. Arthur Pearson Ltd. [1915] 2 Ch. Un "recueil" peut être une "compila-Dans le cas d'une compilation qui n'est pas un recueil, le seul droit d'auteur est celui de la personne qui a fait la compilation : A and C Black Ltd. v. Claude Slacey Ltd. [1929] 1 Ch. 177<sup>131</sup>.

Le droit d'auteur sur un recueil ne fait que protéger son titulaire contre le plagiat et autres contrefaçons dont un tiers pourrait se rendre coupable relativement à la compilation ou la présentation particulière des matières du recueil. Il ne peut toutefois rien contre l'utilisation non autorisée d'une ou des parties du recueil.

<sup>130.</sup> Voir la définition de "compilation" dans la loi américaine sur le droit d'auteur, 17 U.S.C., art. 102.

<sup>131.</sup> Lahore, op. cit., supra, note 74, chap. II, p. 45.

Cela s'applique aux droits du titulaire du droit d'auteur vis-à-vis des tiers et non des titulaires des droits d'auteur sur les différents éléments du recueil. Quant à cette question connexe portant sur l'étendue des droits du titulaire sur l'oeuvre globale vis-à-vis des auteurs des oeuvres contenues dans le recueil, il y a relativement peu de jurisprudence dans les pays du Commonwealth et la loi gagnerait à l'insertion d'une disposition expresse à ce sujet, analogue peut-être à celle de l'art. 201(c) de la loi américaine sur le droit d'auteur qui se lit comme suit:

Sauf cession expresse du droit d'auteur ou des droits connexes, le titulaire du droit d'auteur sur le recueil est présumé n'avoir acquis que le droit de faire reproduire et distribuer les parties du recueil en tant que parties de ce recueil particulier, de revoir et de corriger celui-ci et d'en faire paraître des éditions ultérieures.

La limitation actuelle de la loi, qui ne s'applique, dans sa forme actuelle, qu'aux recueils, est discriminatoire et ne se fonde sur aucune politique précise. Qu'il s'agisse d'oeuvres artistiques, musicales ou cinématographiques, etc., leur agencement dans un recueil nécessite les mêmes compétences et les mêmes efforts dans tous les cas. C'est pourquoi nous recommandons d'étendre la protection portant sur les recueils à tous les genres de recueils, sans distinction quant à la catégorie d'oeuvres qui les composent.

Enfin, le fait d'exiger que les oeuvres réunies en un recueil soient d'auteurs différents semble défavoriser l'auteur qui constitue une anthologie de ses propres oeuvres. Il est vrai que celui qui copierait une partie importante de l'une de celles-ci encourrait des poursuites en contrefaçon. Cependant, advenant qu'un tiers reprenne une partie moins importante de chacune des oeuvres pour constituer un résumé du recueil, cela reviendrait à copier une partie importante du recueil en toute impunité vu l'inexistence d'un droit d'auteur sur le recueil des oeuvres d'une seule personne.

La définition du recueil devrait être amendée de manière à supprimer la règle selon laquelle tous les éléments constitutifs du recueil doivent être d'auteurs différents.

### Les droits moraux

L'article 12(7) de la <u>Loi sur le droit d'auteur</u> stipule :

Indépendamment de ses droits d'auteur, et même après la cession partielle ou totale desdits droits, l'auteur conserve la faculté de revendiquer la paternité de l'oeuvre, ainsi que le privilège de réprimer toute déformation, mutilation ou autre modification de ladite oeuvre, qui serait préjudiciable à son honneur ou à sa réputation.

C'est l'article de la loi canadienne qui vise les droits moraux de l'artiste, à savoir le droit de revendiquer la paternité et le droit à la protection de l'honneur (concrétisé par un droit de répression des actes qui y portent atteinte).

Comme il l'a été mentionné dans un rapport antérieur  $^{132}$ , ces dispositions sont remarquablement silencieuses sur de nombreux points; deux de ceux-ci se rapportent à la question de la propriété  $^{133}$ :

- i) Les droits moraux peuvent-ils être reconnus à un auteur qui n'est pas une personne physique? Autrement dit, la définition de l'auteur dans le cas des enregistrements sonores et des photographies entraîne-t-elle la possibilité de reconnaître de tels droits à une corporation? (voir note 38, p. 26)
- ii) Les droits moraux sont-ils susceptibles d'aliénation? Pour être plus précis, l'auteur
  peut-il céder son droit de revendiquer la
  paternité ou l'intégrité de l'oeuvre, de son
  vivant ou par testament ou autre moyen de
  disposition, si la protection dont jouit le
  droit en question s'étend au-delà de la vie de
  l'auteur?

<sup>132.</sup> Torno, op. cit., supra, note 53.

<sup>133.</sup> En outre, la loi néglige de préciser (1) la durée de la protection des droits moraux et (2) les recours dont dispose l'auteur en cas de violation de ses droits moraux.

Les droits moraux et les corporations. Ni les conventions internationales ni la loi canadienne sur le droit d'auteur ne prohibent spécifiquement, pas plus qu'elles ne l'autorisent, la reconnaissance de droits moraux aux auteurs qui ne sont pas des personnes physiques. Les droits moraux actuellement reconnus au Canada sont le droit de revendiquer la paternité de l'oeuvre et le droit de réprimer tout acte préjudiciable à l'honneur ou à la réputation. Les rapports Ilsley, Gregory, Whitford et Keyes et Brunet n'ont pas cru bon de soulever le problème de la reconnaissance des droits moraux aux auteurs qui ne sont pas des personnes physiques. Il suffit toutefois de penser aux sommes énormes que dépensent chaque année les sociétés pour faire accepter leurs produits et leurs services et pour que les consommateurs associent leur nom à l'idée d'une entreprise respectable et soucieuse de l'intérêt de ses clients, et de voir le nombre de poursuites en diffamation intentées chaque année par des corporations, pour réaliser que l'honneur et la réputation ont autant d'importance pour ces dernières que pour les personnes physiques.

Quand une corporation est l'auteur, par exemple d'enregistrements sonores et de films, nous recommandons de leur accorder les mêmes droits moraux qu'à l'auteur qui est une personne physique.

Les droits moraux et l'aliénabilité. C'est pour se conformer aux dispositions du texte de Rome (1928) de la Convention de Berne, en particulier l'article 6 (bis), que le législateur fédéral a inscrit l'article 12(7) dans la loi. Voici le texte des dispositions de la Convention:

- (1) Indépendamment des droits patrimoniaux d'auteur, et même après la cession desdits droits, l'auteur conserve le droit de revendiquer la paternité de l'oeuvre et de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de cette oeuvre ou à toute atteinte à la même oeuvre, préjudiciables à son honneur ou à sa réputation.
- (2) Il est réservé à la législation nationale des pays de l'Union d'établir les conditions d'exercice de ces droits. Les moyens de recours pour les sauvegarder seront réglés par la législation du pays où la protection est réclamée.

La seule modification qu'a subie l'article 6(bis) dans le texte de Paris (1971) est le remplacement de l'expression "droit d'auteur" par "droits pécuniaires". Le <u>Guide de la Convention de Berne</u> fait le commentaire suivant sur les premiers mots de l'article 6(bis)(1), "indépendamment des droits patrimoniaux d'auteur", et "même après la cession des droits".

Cette précision tend à protéger l'auteur contre lui-même, c'est-à-dire à éviter que des contreparties financières fassent que le droit moral devienne immoral. Aussi, certaines législations stipulent-elles expressément que le droit moral est inaliénable et que l'auteur ne peut y renoncer. Toutefois, sur ce point encore, les tribunaux ont une marge d'appréciation 134.

L'inaliénabilité des droits moraux n'est donc pas obligatoire en vertu du texte de Rome. Le second paragraphe de l'article 6(bis) est encore plus clair puisqu'il laisse expressément aux pays membres toute latitude de régir les moyens de recours et les conditions d'exercice des droits moraux.

Nimmer fait la remarque suivante :

On dit parfois que les droits moraux reconnus dans les pays membres de la Convention de Berne sont inaliënables par nature puisqu'ils s'attachent à la personne de l'auteur et ne font donc pas partie de son patrimoine. Cela n'est toutefois pas vrai dans tous les pays qui reconnaissent les droits moraux et la Convention de Berne ne rend pas cette inaliënabilité obligatoire 135.

<sup>134.</sup> Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, op. cit., supra, note 3, chap. I, p. 46.

<sup>135.</sup> Nimmer, op. cit., supra, note 13, chap. II, p. 8-247. On trouvera une analyse plus approfondie de cette question dans Nimmer, "Implications of the Prospective Revisions of the Berne Convention and the United States Copyright Law" 19 Stan. L. Rev. 499, p. 523 (1967) et Ladas, op. cit., supra, note 40, chap. II, p. 600.

Il s'ensuit que le Canada a le choix de rendre les droits moraux prévus à l'article 12(7) alienables ou non.

Dans plusieurs pays européens, les droits moraux sont considérés comme intimement liés à la personne de l'auteur et sont de ce fait inaliénables. La loi française du droit d'auteur, par exemple, prescrit que les droits moraux, attachés à la personne de l'auteur, sont inalienables 136. France, pays qui accorde beaucoup d'importance aux droits moraux, il a pourtant déjà été jugé que l'on pouvait renoncer expressement à un droit moral, mais les tribunaux se refusent en général à présumer une renonciation implici-Ainsi, bien que les droits moraux soient incessibles puisqu'ils ne peuvent être l'objet d'un transfert, ils peuvent néanmoins être alienés, dans les cas notamment où l'auteur s'engage conventionnellement à ne pas les exercer visà-vis de ses cocontractants. En outre, cette prétendue inaliénabilité des droits moraux en France est d'autant plus douteuse que la jurisprudence de ce pays a créé une présomption légale de renonciation au droit de reconnaissance de la paternité et au droit à l'intégrité de l'oeuvre dans le cas des oeuvres collectives (telles que les journaux et les encyclopédies) et des adaptations d'oeuvres à un mode de diffusion different 138. Par consequent, bien que le droit français, à première vue, semble poser le principe de l'inalienabilité des droits moraux, en pratique, il reconnaît que de tels droits peuvent faire l'objet d'une renonciation contractuelle et sont donc alienables.

Il y a même des pays où la loi ne prévoit pas de droits moraux. C'est le cas du Royaume-Uni et de l'Austra-lie, bien que ces deux pays adhèrent aux textes de la Convention de Berne qui, postérieurs à celui de Rome, comportent pourtant des obligations plus lourdes. J. Lahore, commentant la loi australienne sur le droit d'auteur, déclare :

<sup>136.</sup> Loi n° 57-298 sur la propriété littéraire et artistique du l1 mars 1957, article 6.

<sup>137.</sup> William Strauss, "The Moral Right of the Author", Studies on Copyright, Arthur Fisher Memorial Edition, New Jersey, Rothman Co. & Bobbs-Merril Co., 1963, p. 974; voir aussi Bernstein v. Matador and Pathé Cinéma, D.H. 1933-533 D.A. 1933, 104.

<sup>138.</sup> Strauss, op. cit., pp. 141 et 974.

Les seules dispositions de la loi sur le droit d'auteur 1968-1976 qui accordent à l'auteur des droits de cette nature sont les articles 189 à 195 portant sur les fausses attributions de paternité. Ces dispositions ne reconnaissent toutefois à l'auteur qu'un droit limité de revendiquer la paternité et de protéger sa réputation, et ne se conforment donc pas pleinement aux obligations prévues à l'article 6(bis) de la Convention. Aucun autre texte ne traite de cette question 139.

En ce qui concerne la loi du Royaume-Uni, Skone James déclare :

Dans notre pays, la seule disposition législative portant sur (les droits moraux) est l'article 43 de la Loi sur le droit d'auteur de 1956. Bien que cet article prévoie une certaine protection de la réputation, il se limite à cet égard aux oeuvres artistiques. De plus, au lieu d'accorder la paternité à l'auteur, il interdit de l'attribuer à quelqu'un d'autre, d'établir des recours en imposture ainsi qu'en diffamation et "slander of goods". Il ne semble pas que le droit anglais prévoie d'autres formes de protection des droits visés à l'article 6(bis) 140.

Le rapport Ilsley de 1957 n'a pas traité de la question de l'aliénabilité  $^{141}$  et le rapport Keyes-Brunet s'est contenté de reprendre à son compte le principe français de

<sup>139.</sup> Lahore, op. cit., supra, note 74, chap. II, p. 379.

<sup>140.</sup> Skone James, op. cit., supra, note 58, chap. II, p. 455.

<sup>141.</sup> Rapport Ilsley, op. cit., supra, note 22, chap. II, pp. 118-120.

l'inaliénabilité, perçu comme indéniablement bien fondél42. Pour aussi "exact" qu'il soit à première vue, le principe de l'inaliénabilité, adopté tel quel, risquerait de donner lieu à de graves conflits dans les cas où l'auteur chercherait à se servir de ses droits moraux pour empêcher l'exploitation des droits économiques qu'il aurait cédés. La nature et l'importance de ce conflit possible a été étudiée dans la critique de la cause Gilliam v. American Broadcasting Companies (l'affaire Monty Python) 143:

Rapport Keyes-Brunet, op. cit., supra, note 15, chap. Il faut remarquer qu'en droit français les droits moraux de l'auteur ne sont inalienables que du vivant de celui-ci. L'auteur peut en effet les léguer par testament à ses héritiers ou à des tiers. Keyes et Brunet écrivent à ce sujet : "il ne fait pas de doute que ce sont là les principes exacts : des droits moraux qui prennent leurs racines dans l'honneur et la réputation de l'auteur ne doivent être exercés que par ceux qui peuvent juridiquement prétendre représenter la continuation de sa personne". peut donc se poser la question suivante : en quoi une personne qui n'a aucun lien de parenté avec l'auteur prolonget-elle davantage la personne de celui-ci après sa mort que l'étranger à qui l'auteur cède ses droits moraux de son vivant? Ce tiers a dans les deux cas acquis ces droits au moyen d'une forme de cession sans être plus "proche" de l'auteur dans un cas que dans l'autre.

Si, pour Keyes et Brunet, "il ne fait pas de doute que ce sont là des principes exacts", cela n'est toutefois vrai, pour eux, que d'une partie du droit français. Celui-ci prévoit que les droits moraux sont perpétuels. Sans se départir de l'assurance avec laquelle ils affirmaient que le droit français relativement aux droits moraux exprimait une vérité éternelle et absolue, les auteurs nous expliquent qu'en ce qui concerne la perpétuité des droits moraux, les Français semblent, cette fois, s'être écartés des "principes exacts" et "que la nouvelle loi canadienne ne doit pas suivre l'exemple de la France". Ils recommandent plutôt une durée de protection égale à celle des droits pécuniaires.

<sup>143. 538</sup> F. 2d 14 (2d Cir. 1976).

Il serait économiquement malsain que l'auteur et l'éditeur ne puissent prévoir par convention des arrangements concernant la présentation de l'oeuvre. C'est ce qui risquerait d'arriver si l'on octroyait à l'auteur, comme cela a été proposé, le droit inaliénable d'empêcher des modifications inacceptables de ses Il serait en effet peu souhaitable oeuvres. de donner à l'auteur une telle arme juridique, qu'il pourrait brandir au moindre prétexte malgré l'autorisation qu'il aurait donnée par convention à l'éditeur et les dépenses que celui-ci aurait engagées en vertu de ces ententes. Devant pareil risque, il est probable que les producteurs et les éditeurs n'accepteraient d'investir, pour les diffuser, que dans les oeuvres qui sont rentables dans leur version originale. Non seulement cela restreindrait le marché des oeuvres artistiques en général, mais pareille mesure nuirait également aux auteurs qui ne demandent qu'à autoriser les modifications de leurs oeuvres pour permettre leur diffusion. Le grand public se verrait ainsi privé d'un certain nombre d'oeuvres littéraires et artistiques.

La formule qui réalise le mieux l'équilibre entre la protection des droits personnels et pécuniaires de l'artiste d'une part, et la souplesse des opérations économiques dans ce domaine d'autre part, semble donc consister à donner aux auteurs le droit d'autoriser la modification de leurs oeuvres par une convention qui les lie tout en interprétant strictement ce droit dans l'intérêt de l'artiste et en instituant la présomption selon laquelle celui-ci conserve tous les droits qu'il n'a pas cédés expressément 44.

Si donc les droits moraux prévus à l'article 12(7) de la loi devenaient strictement inaliénables comme le propose le rapport Keyes-Brunet, le type de conflit analysé dans ce commentaire de la revue de Harvard serait toujours latent.

<sup>144. &</sup>quot;Protection of Artistic Integrity: Gilliam v. American Broadcasting Companies", Harvard Law Review, (1976), vol. 90, p. 473 à la p. 479.

En conclusion, nous recommandons d'incorporer à la Loi sur le droit d'auteur des dispositions accordant à l'auteur la faculté d'autoriser, de son vivant, par convention, la modification de ses oeuvres (il s'agit donc de la cessibilité des droits moraux au même titre que les droits pécuniaires). À cela s'ajouterait une disposition prévoyant que l'auteur est présumé conserver tous les droits moraux qu'il n'a pas expressément cédés.

		ı

#### CHAPITRE III

#### LES DISPOSITIONS VOLONTAIRES

## L'objet des contrats relatifs au droit d'auteur

Avant de considérer les cessions et les licences en détail, il est d'abord nécessaire, comme un auteur le suggérait judicieusement, de comprendre la nature des intérêts qui font l'objet de ces contrats.

Il faut distinguer le droit d'auteur de la possession du support matériel de l'oeuvre protégée par le droit d'auteur. Le droit d'auteur est différent de l'objet auquel il est relié; c'est un droit incorporel de la nature du privilège ou de la "franchise" et tout à fait indépendant des supports matériels tels qu'un manuscrit ou un cliché d'imprimerie; le propriétaire du droit d'auteur a le droit de disposer (... du droit d'auteur) dans les conditions qui lui semblent appropriées, il peut également refuser d'en disposer à quelque condition que ce soit.

Deux importants attributs du droit d'auteur découlent de l'énoncé qui précède. D'abord, comme les oeuvres protégées par droit d'auteur (par ex. les oeuvres littéraires, les oeuvres artistiques et les enregistrements sonores) sont différentes du papier sur lequel les mots sont écrits, du ruban, du disque, ou du film dans lequel les images ou les sons sont incorporés, ces derniers ne sont pas compris dans la transmission du droit d'auteur à moins que le contrat, expressément ou implicitement, n'en dispose autrement<sup>2</sup>.

<sup>1.</sup> Fox, op. cit., supra, note 64, chap. II, p. 286.

<sup>2.</sup> Le transfert par voie testamentaire d'originaux d'oeuvres non publiées soulève des considérations spéciales dont il est traité en détail à la section suivante.

L'inverse est également vrai. L'artiste qui vend une peinture ne vend que l'objet; il ne vend pas le droit d'auteur<sup>3</sup>. L'énoncé général qui précède est fonction des termes exprès ou implicites du contrat, ainsi que de toutes les dispositions de la Loi sur le droit d'auteur relatives aux oeuvres faites sur commande, aux oeuvres d'employés exécutées par ceux-ci dans le cadre de leur emploi, et aux oeuvres assujetties aux dispositions sur le droit d'auteur de la Couronne.

Les tribunaux peuvent interpréter un contrat de façon à ce que (... dans certains cas) le droit d'auteur soit transmis en même temps que l'objet dans lequel l'expression de l'auteur est incorporée, mais le principe général est clairement que le droit d'auteur réfère au droit de refuser à certaines personnes d'utiliser sans permission l'oeuvre de l'auteur diffusée par divers moyens d'expression, et non à quelque droit d'interdiction d'utilisation du moyen de communication<sup>4</sup>.

Deuxièmement, le droit d'auteur comprend tous les attributs essentiels de la propriété mobilière<sup>5</sup> et on lui a effectivement prêté le caractère d'une catégorie de propriété mobilière<sup>6</sup>. Cependant, si l'on ne réalise pas pleinement la signification : a) du terme propriété et b) du caractère du droit d'auteur en tant que forme de droit de propriété, le

<sup>3.</sup> Massie and Renwick Ltd. v. Underwriter's Survey Bureau Ltd. et al, (1940) S.C.R. 218, p. 229.

<sup>4.</sup> Lahore, op. cit., supra, note 74, chap. II, p. 146. Voir aussi Pacific Film Laboratories Pty. Ltd. v. Commissioner of Taxation of the Commonwealth (1970) 121 C.L.R. 154.

<sup>5.</sup> a) Le droit d'auteur peut être vendu, faire l'objet d'une licence, ou être légué.

b) À la mort du titulaire d'un droit d'auteur, celuici est dévolu aux représentants personnels du titulaire : Novello & Co. v. Hinrichson Edition Ltd. (1951) Ch. 595.

c) Lors de la faillite du propriétaire d'un droit d'auteur sur une oeuvre publiée ou non, le droit d'auteur est dévolu au syndic sans acte de cession écrit (Loi sur la faillite S.R.C. 1952, c. 14, articles 41(5), 52).

<sup>6. &</sup>lt;u>Jeffreys v. Boosey</u> (1855) 24 L.J. Ex. 81, p. 85. Fox, 1967.

fait d'assimiler ce dernier à une propriété mobilière peut entraîner une certaine confusion; le terme propriété mobilière pouvant être très mal compris et souvent mal utilisé.

Les deux passages suivants nous éclairent sur le sens du terme propriété, ce qui peut aider à comprendre les termes propriété mobilière et propriété intellectuelle :

Nous parlons habituellement, dans la conversation de tous les jours, de "propriété" plutôt que de "droits de propriété", mais cette ellipse est trompeuse si elle tend à nous faire penser à la propriété en termes de choses plutôt qu'en termes de droits, ou au droit de propriété complet plutôt que restreint. concepts de propriété et de droit de propriété sont créés, définis, et par le fait même limités par le système juridique d'une société. Lorsque vous possédez une automobile, vous possédez un ensemble de droits légalement définis d'utiliser le véhicule de certaines façons et non d'autres; vous ne pouvez vous en servir par exemple comme d'une arme personnelle, et ne pouvez non plus la laisser sans surveillance à côté d'une prise d'incendie. mi les droits les plus importants que vous ayez, il y a le droit d'empêcher les autres d'utiliser le véhicule, sauf avec votre permission et à vos conditions, et le droit de vous défaire de vos droits de propriété sur le véhicule en le vendant à quelqu'un d'autre. Nous pouvons donc dire que le droit de propriété consiste toujours en (1) un ensemble de droits permettant d'utiliser le bien de certaines manières (et un ensemble de droits négatifs ou d'interdiction, qui en empêchent l'utilisation autrement); (2) un droit d'empêcher les autres d'exercer ces droits, ou d'établir les conditions selon lesquelles les autres peuvent les exercer; et (3) un droit de vendre vos droits de propriété7.

Il existe très peu d'articles portant sur la propriété intellectuelle qui posent le problème de l'utilisation abusive du mot "propriété". Ce mot ne recouvre au fond que la notion

<sup>7.</sup> J.H. Dales, Pollution, Property and Prices, University of Toronto Press, 1969, pp. 58-59.

d'une protection juridique accordée au titulaire d'un droit, lui garantissant l'exclusion de toute autre prétention à ce droit. d'établir l'existence du droit il convient, en droit de la propriété intellectuelle comme dans tous les autres domaines du droit, de vérifier que les conditions de la protection sont remplies. Mais quelle que soit la définition précise du terme "propriété", la question n'est pas d'attribuer la protection d'un droit, du seul fait qu'on est "propriétaire" d'une chose; la propriété découle d'une conclusion d'ordre juridique. Il ne sert à rien, par exemple, de se fonder sur le fait qu'on a des "droits de propriété naturels" sur une chose pour prétendre à une protection juridique. On appelle couramment la terre et les biens meubles des "propriétés", parce que c'est sur eux que le droit reconnaît des droits exclusifs; mais en cas de contestation de l'existence ou de l'étendue d'un droit de propriété, il n'est d'aucun secours de se prétendre le "propriétaire" du bien. Il faut absolument dissiper toutes ces imprécisions pour les prochaines années, au cours desquelles on peut raisonnablement s'attendre à une réforme du droit d'auteur au Canada. sert à rien de s'arracher les cheveux ou de crier à "l'expropriation", à la piraterie, ou au vol, car on n'arrivera jamais ainsi qu'à un raisonnement décousu, non fondé sur une politique concernant l'opportunité d'encourager le créateur, et la forme que cet encouragement doit prendre8.

## Les cessions et les licences

Le paragraphe 12(4) de la <u>Loi sur le droit d'auteur</u> énonce :

<sup>8.</sup> Bruce C. McDonald, Review of Second Edition of H.G. Fox, The Canadian Law of Copyright and Industrial Designs, (1969) XLVII Canadian Bar Review, p. 145.

Le titulaire du droit d'auteur sur une oeuvre peut céder ce droit, en totalité ou en partie, d'une manière générale, ou avec des restrictions territoriales, pour la durée complète ou partielle de la protection; il peut également concéder, par une licence, un intérêt quelconque dans ce droit; mais la cession ou la concession n'est valable que si elle est rédigée par écrit et signée par le titulaire du droit qui en fait l'objet ou par son agent dûment autorisé.

Cette disposition, empruntée à l'article 5(2) de la Loi impériale de 1911 (R.-U.), comprend trois éléments principaux. Premièrement, l'ensemble de droits dont est pourvu le titulaire du droit d'auteur et qui constituent son droit d'auteur peut être cédé soit par cession, soit par licence. Deuxièmement, cet ensemble de droits est divisible dans le temps, dans l'espace, et dans les moyens de reproduction (c'est-à-dire selon les droits). Troisièmement, les cessions, comme les licences, doivent être faites par écrit9. Le premier de ces éléments sera analysé ici, le deuxième et le troisième le seront dans les deux prochaines sections de ce chapitre.

Le paragraphe 12(6) de la loi stipule que, suite à la cession d'une partie seulement de l'ensemble des droits qui constituent le droit d'auteur, (que ce soit la totalité des moyens de reproduction mais avec une limite d'ordre spatial, ou un droit quelconque compris dans le droit d'auteur mais sans restriction d'ordre spatial, et ainsi de suite), le cessionnaire doit être considéré comme le titulaire de la partie cédée, et le cédant, comme le titulaire de la partie non cédée. L'effet de la législation est de rendre possible l'existence, au sens de la loi, de cotitulaires d'un droit d'auteur.

En tant que titulaire d'une partie du droit d'auteur, un cessionnaire "peut, individuellement pour son propre compte, en son propre nom comme partie à une poursuite, action ou procédure, soutenir et faire valoir les droits

<sup>9.</sup> La question de savoir si toutes les formes de licences doivent être rédigées par écrit est discutée plus loin dans ce chapitre.

qu'il détient, et il peut exercer les recours prescrits par la présente loi dans toute l'étendue de son droit, de son titre et de son intérêt"  $^{10}$ .

En plus d'énoncer la possibilité de la cession d'une partie de la totalité du droit d'auteur, le paragraphe 12(4) prévoit aussi que le titulaire d'un droit d'auteur peut concéder "par une licence, un intérêt quelconque dans ce droit". Cependant, la licence dont parle l'article 12(4) ne constitue que l'un des trois types de licences volontaires et les conséquences juridiques afférentes varient considérablement. En plus de la licence dont parle le paragraphe 12(4), c'est-à-dire une licence à laquelle est jointe la concession d'un intérêt dans le droit, il y a les licences contractuelles et les licences simples. James Lahore est d'avis que :

une certaine confusion est apparue à cause de la terminologie utilisée dans les lois successives sur le droit d'auteur, et les droits des parties à une convention sur une licence, ainsi que l'effet d'une licence sur les tierces parties ne sont pas clairs. ll.

La loi australienne sur le droit d'auteur en 1905, la loi sur le droit d'auteur (R.-U.) de 1911 et la loi canadienne parlent toutes de la concession d'un intérêt dans un droit d'auteur. La loi révisée du Royaume-Uni de 1956 et la loi révisée australienne (1968-1976) se sont toutes deux départies de cette terminologie et parlent plutôt de licences exclusives et non exclusives. La loi américaine de 1973 parle de façon similaire de licences exclusives et non exclusives.

La confusion qui découle de l'utilisation du concept de "licence à laquelle est jointe la concession d'un intérêt", a, dans une certaine mesure, amené les tribunaux à assimiler ce concept à une licence exclusive ou même à une cession. Cette confusion nous amène à remplacer ce concept ambigu par un système fondé en partie sur une distinction entre l'exclusif et le non exclusif.

<sup>10.</sup> Loi sur le droit d'auteur, paragraphe 20(5).

<sup>11.</sup> Lahore, op. cit., supra, note 74, chap. II, p. 160.

La licence simple n'est qu'une permission d'accomplir un acte couvert par le droit d'auteur qui serait un acte de violation sans cette permission. Il n'y a pas de contrat . portant sur le droit d'auteur. La licence contractuelle est une licence à laquelle est jointe un contrat, par exemple une convention entre A et B selon laquelle B peut exécuter en public l'oeuvre de A, protégée par le droit d'auteur, pendant un mois, moyennant un paiement en argent comptant à A pour l'acte posé par B et couvert par le droit d'auteur de A. La licence (... contractuelle) devient une licence à laquelle est jointe une concession si le concessionnaire de la licence est aussi le concessionnaire d'un intérêt de titulaire dans le droit d'auteur<sup>12</sup>.

Même si Lahore, dans l'exposé tripartite qui précède, est d'avis que l'expression "concession, par une licence, d'un intérêt utilisée à l'article 12(4) de la loi canadienne signifie la concession d'un intérêt de titulaire, indique, lorsqu'il traite spécifiquement de la question, que la portée de la référence à la concession d'un intérêt dans un droit d'auteur n'est pas claire. À son avis, l'expression désigne une licence à laquelle est jointe la concession d'un intérêt de titulaire dans le droit d'auteur, au sens où le juge Buckley appliqua ce concept dans <u>Hurst v. Picture</u> Theatres Ltd. 13. Dans le premier motif de son jugement, à savoir lorsque le demandeur achète un billet dans le but de voir un film, la licence contractuelle ainsi constituée n'est pas révocable (ce qui est l'essence d'un intérêt de titulaire) et elle crée donc un tel intérêt. Cependant, Lahore le souligne lui-même, cette jurisprudence fut fortement critiquée par la High Court dans <u>Cowell v. Rosehill</u> Racecourse Co. Ltd. 14. Le juge Lush a énoncé dans <u>British</u> Actors Film Company Ltd. v. Glower 15 qu'il fallait donner à l'expression "la concession d'un intérêt dans un droit

<sup>12. &</sup>lt;u>Ibid.</u>

<sup>13. (1915) 1</sup> K.B. 1.

<sup>14. (1937)</sup> C.L.R. 605.

<sup>15. (1918) 1</sup> K.B. 299.

d'auteur", le sens d'un intérêt de titulaire dans le droit particulier qui était l'objet de la convention et qu'un intérêt exclusif dans des droits restreints d'exécution pourrait constituer un tel intérêt. Mais cet énoncé n'était qu'un simple obiter (i.e. des propos incidents, qui ne constituent pas la partie décisionnelle de ce jugement).

Un autre facteur vient encore embrouiller la situation qui découle de la rédaction de l'article 12(5) et de sa disposition soeur de la loi du Royaume-Uni de 1911. En effet, non seulement les tribunaux ont été incapables de traiter d'une façon satisfaisante la question de savoir ce que constitue la concession d'un intérêt dans un droit d'auteur<sup>16</sup>, mais en plus, à cause de la quasi-impossibilité de faire la distinction entre une licence exclusive et une cession partielle d'un ou plusieurs des droits, les tribunaux ont en général interprété la convention exprimée dans la forme d'une licence unique et exclusive comme une cession partielle<sup>17</sup>. La question de savoir si un porteur de licence exclusive peut intenter une action en son nom propre ou doit se joindre à la personne ayant accordé la licence en tant que partie n'est donc pas encore résolue<sup>18</sup>.

Les récentes lois britannique et australienne se sont départies du concept de licences qui concèdent un intérêt, mais elles ont toutes deux instauré d'autres régimes fondés sur des cessions et des licences exclusives et non exclusives. Comme Lahore et Skone James le font remarquer, cette situation n'est pas entièrement satisfaisante.

<sup>16. &</sup>quot;... il n'y a jamais eu de définition qui fasse autorité de ce qu'est un intérêt suffisant lorsque l'intérêt n'en est pas un dans la terre ou dans des droits mobiliers rattachés à la terre." Lahore, op. cit., supra, note 74, chap. II, p. 166.

<sup>17.</sup> Voir, par exemple, <u>Jonathan Cape Ltd. v. Consolidated</u> Press Ltd. (1954) 1 W.L.R. 1313.

<sup>18.</sup> Voir Fox, op. cit., supra, note 64, chap. II, p. 441; Skone James, op. cit., supra, note 58, p. 166.

Comme il est possible de céder un droit d'auteur limité quant au lieu, au temps, et à la catégorie des actes qui peuvent être faits, il est dans plusieurs cas difficile de faire la distinction entre une cession partielle et une licence exclusive, restreinte de façon similaire, qui autorise de façon exclusive le porteur de licence à poser un acte couvert par le droit d'auteur du concédant. Cette distinction est importante, car les droits des parties à une convention sur une licence sont substantiellement différents de ceux des parties à une cession, particulièrement dans le cas des contrats d'édition. À vrai dire, la question dépend de l'interprétation du contrat dans chaque cas; c'est donc une question de faits, et il est difficile, et peut-être pas vraiment utile, d'édicter des règles générales d'interprétation fondées sur la jurispruden $ce^{19}$ .

L'approche adoptée par la nouvelle loi américaine sur le droit d'auteur, en ce qui concerne les cessions et les licences, résout plusieurs des problèmes soulevés dans les pages précédentes et devrait être adoptée au Canada.

L'article 101 de la récente loi américaine crée la "transmission de droit de titulaire d'un droit d'auteur" et la définit comme "une cession, un privilège, une licence exclusive ou tout autre mécanisme de transmission, aliénation, ou hypothèque d'un droit d'auteur, limité ou non dans le temps ou dans l'espace ou encore du point de vue de ses effets, mais ne comprenant pas la licence non exclusive" 20.

<sup>19.</sup> Lahore, op. cit., supra, note 74, chap. II, p. 175.

<sup>20. 17</sup> U.S.C., article 101.

Bien que cette définition fasse toujours la distinction entre une cession et une licence, la question de savoir si un mécanisme de transmission est une cession ou une licence exclusive est sans conséquences. Au niveau des licences non exclusives, les conséquences sont spécifiquement décrites et peuvent être facilement cernées<sup>21</sup>.

## La divisibilité du droit d'auteur

La divisibilité du point de vue des droits. L'article 12(5) de la loi canadienne sur le droit d'auteur permet une cession du droit d'auteur "en totalité ou en partie". Cette disposition permet la division des droits de reproduction, de représentation, d'adaptation à la scène, etc. Il a déjà été soutenu que la seule cession de l'un des droits exclusifs du titulaire du droit d'auteur conférés par la loi, restreinte à une fin particulière, (par exemple, la cession de droits de reproduction en feuilleton) serait une cession de droits de reproduction en feuilleton) serait une cession invalide qui ne prendrait effet qu'en tant que licence<sup>22</sup>. James Lahore est en désaccord avec cette opinion<sup>23</sup> et s'appuie sur l'arrêt Jonathan Cape Ltd. v. Consolidated Press Ltd.<sup>24</sup>.

<sup>21.</sup> a) Le détenteur de licence non exclusive n'a pas comme le porteur de licence exclusive ou le cessionnaire la qualité pour intenter une action en son propre nom.

b) Le détenteur de licence non exclusive n'a pas le droit, sans une disposition contractuelle à cette fin, de revendre ses droits ou d'en accorder une sous-licence, alors que le cessionnaire et le porteur de licence exclusive peuvent le faire si ce n'est pas spécifiquement interdit par le contrat.

c) Une licence non exclusive peut être verbale ou implicite alors qu'une cession ou une licence exclusive doivent être faites par écrit.

<sup>22.</sup> Skone James, op. cit., supra, note 58, chap. II, p. 159.

<sup>23.</sup> Lahore, op. cit., supra, note 74, chap. II, p. 151.

<sup>24.</sup> Op. cit., supra, note 17, chap. 3.

Disons simplement que la loi actuelle n'est pas claire sur ce point et qu'une loi révisée devrait énoncer, comme le font les lois australienne et américaine, que le titulaire du droit d'auteur peut transférer tout droit exclusif compris dans le droit d'auteur, incluant toute subdivision des droits spécifiquement énumérés dans la loi. Comme le souligne le rapport du Comité de la Chambre des États-Unis:

Il est clair, par exemple, qu'une station de radiodiffusion régionale détenant une licence exclusive pour émettre dans un secteur géographique particulier et durant une certaine période pourrait poursuivre en son nom propre, en tant que titulaire du droit d'auteur, quiconque aurait violé ce droit particulier exclusif<sup>25</sup>.

La divisibilité dans le temps. Comme dans le cas des dispositions restrictives quant au mode de reproduction ou au secteur géographique, l'article 12(4) permet la division de quelque droit compris dans le droit d'auteur, pour la durée complète ou partielle de la protection du droit d'auteur. Personne n'a proposé de modification à cet état de choses jusqu'à présent et aucune modification n'est ici proposée à cet égard.

Il faut prendre note de l'arrêt Howitt v. Hall 26, qui fait toujours jurisprudence en Angleterre. Il est stipulé qu'en l'absence de convention contraire, le cédant d'un droit d'auteur est en droit, après la cession, de continuer à vendre des copies de l'oeuvre imprimée par lui avant la cession et qui restent en sa possession.

La divisibilité territoriale. Le paragraphe 12(4) de la loi stipule que le droit d'auteur peut être divisé non seulement selon le mode de reproduction et le temps, mais également "avec des restrictions territoriales". Par conséquent, le titulaire d'un droit d'auteur pourrait céder à un éditeur particulier le droit de publier son oeuvre dans l'Ouest du Canada et céder à un deuxième éditeur le droit de publier la

<sup>25.</sup> Report of the American House of Representatives on Copyright, op. cit., supra, note 23, chap. II, p. 123.

<sup>26. (1862) 6</sup> L.T. 348.

même oeuvre dans une édition séparée pour le reste du Canada. Nimmer prétend qu'en vertu de la loi américaine, conformément au concept de "transfert de possession du droit d'auteur" proposé plus tôt dans la présente étude pour adoption au Canada:

Une licence exclusive accordée à un vendeur dans un kiosque de journaux de distribuer un numéro donné d'un journal donné à un coin de rue désigné un après-midi en particulier donne à ce vendeur la "possession" du droit, de sorte que si un autre vendeur tentait de distribuer le même journal au même moment et au même endroit, le premier vendeur pourrait poursuivre le deuxième pour violation de son droit de distribution<sup>27</sup>.

En vertu de la participation du Canada aux deux conventions internationales sur le droit d'auteur, un auteur canadien peut être le titulaire du droit d'auteur qui protège son oeuvre dans chacun des pays membres des conventions, et peut par conséquent disposer de ses droits d'une façon comparable dans les différentes juridictions.

Il faut toutefois bien comprendre que l'octroi du droit sur un territoire donné, à l'échelle nationale ou internationale, ne sous-entend pas nécessairement le droit de contrôler l'entrée d'éditions autorisées en provenance d'autres juridictions ou territoires dans le territoire en question. Afin de normaliser cette situation, si besoin est, il est nécessaire d'imposer des restrictions précises à l'importation dans le cadre des lois sur le droit d'auteur. Les dispositions de ce genre qui ont été ajoutées aux lois sur le droit d'auteur dans divers pays ne visaient que l'importation en provenance des autres pays -- rarement, sinon jamais entre les localités d'un même pays, lorsqu'elles sont distinctes en ce qui concerne l'octroi de droits.

Voici la façon dont fonctionnent les dispositions de la loi donnant lieu à cette situation et sa raison d'être.

<sup>27.</sup> Nimmer, <u>op. cit.</u>, <u>supra</u>, note 13, chap. II, pp. 10-21.

Le paragraphe 3(2) de la loi définit la publication comme étant "l'édition d'exemplaires rendus accessibles au public". Le paragraphe 106(3) de la loi américaine sur le droit d'auteur accorde aux titulaires de droits d'auteur le droit exclusif de distribuer des copies ou des disques de phonographe de l'oeuvre protégée par droit d'auteur au public par la vente ou tout autre transfert de propriété, par la location ou le prêt. M. Nimmer déclare que ce droit, en vertu de la loi américaine, constitue "essentiellement le droit de contrôler la publication de l'oeuvre", et que l'expression "distribution" est uniquement utilisée pour "le besoin de clarté" 29.

Le point de vue de Nimmer est conforme à celui du registraire du droit d'auteur :

La formulation de cette disposition est pratiquement identique à celle de la définition de "publication" de l'article 101, mais pour plus de précision, nous avons répété ce concept<sup>30</sup>.

Par conséquent, en vertu de la loi canadienne et de la loi américaine, le droit de publication est synonyme du droit de distribution, et ces deux expressions constituent, en fait, la même chose<sup>31</sup>.

<sup>28.</sup> Pour plus de détails sur le rapport entre "copie" et "disque de phonographe" en vertu de la loi canadienne, voir B. Torno, La révision de la Loi sur le droit d'auteur et la nécessité de clarifier au préalable la notion d'"utilisation équitable", Consommation et Corporations Canada (en voie de publication).

<sup>29.</sup> Nimmer, <u>op. cit.</u>, <u>supra</u>, note 13, chap. II, pp. 8-115.

<sup>30.</sup> Copyright Law Revision Part 6, p. 19, "publication" est défini comme étant "la distribution de copies ou de disques phonographiques d'une oeuvre au public, par la vente ou tout autre transfert de propriété, ou par la location ou le prêt".

<sup>31.</sup> Il faut toutefois tenir compte ici du fait que la loi américaine actuelle, qui, contrairement à la loi canadienne, contient des définitions distinctes pour "publier" et "distribuer" une offre de distribution de copies ou de disques phonographiques au public peut constituer une "publication" sans toutefois constituer une infraction au droit de distribution.

Au Canada, ce droit de distribution est visé au paragraphe 3(1) de la loi, qui stipule que le droit de publier une oeuvre ou une partie importante d'une oeuvre ne s'applique que lorsque "l'oeuvre n'est pas publiée". Par conséquent, lorsqu'une oeuvre est publiée (c'est-à-dire lorsque la distribution initiale de copies de l'oeuvre s'est faite avec le consentement du titulaire du droit d'auteur), il n'existe pas de droit de contrôle sur toute distribution subséquente des copies; le droit de distribution est "épuisé" 32. Ce concept de l'épuisement est connu aux États-Unis sous le nom de "first sale doctrine", et se retrouve à l'article 109 (a) de la Copyright Act de 1976:

Nonobstant les dispositions du paragraphe 106(3), le propriétaire d'une copie ou d'un disque de phonographe particulier fabriqué légalement selon les dispositions du présent titre, ou toute personne autorisée par ledit propriétaire, a le droit, sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur, de vendre ou de disposer autrement de ladite copie ou dudit disque de phonographe.

## Dietz affirme qu'en Europe :

Les pays qui accordent le droit de distribution en plus du droit de reproduction ont fait en sorte que le droit de distribution ne puisse être utilisé pour contrôler de façon permanente la vente de copies, une fois que ces dernières ont été commercialisées de façon légitime. À cette fin, la théorie du soidisant "épuisement du droit de distribution" a été formulée et incorporée dans les lois pertinentes<sup>33</sup>.

<sup>32.</sup> Pour des explications détaillées sur le concept de l'épuisement, ses relations sur les restrictions à l'importation établies par le Canada à l'égard des copies émanant de l'étranger ainsi que sur les implications de telles restrictions, voir l'étude de A.G. Blomqvist et C. Lim, <u>Droit d'auteur</u>, concurrence et culture au Canada : la Loi sur le droit d'auteur et les importations dans le domaine de l'édition et de l'enregistrement sonore, Ottawa, Consommation et Corporations Canada, 1981.

<sup>33.</sup> Dietz, op. cit., supra, note 67, chap. II, p. 91.

Dans les pays du marché commun où il n'existe aucun droit de distribution distinct, l'épuisement est établi par d'autres mécanismes législatifs ou par des jugements qui créent des précédents.

Nimmer expose clairement les raisons qui justifient l'existence d'un droit de distribution (en plus du droit de reproduction) et les restrictions de ce droit par la doctrine de l'épuisement :

Il ne serait pas normal que le titulaire du droit d'auteur puisse interdire la distribution de son oeuvre lorsque cette distribution s'est faite par la reproduction non autorisée, mais qu'il n'ait pas la possibilité d'empêcher le même résultat si ses copies (ou les copies qu'il a autorisées) étaient volées ou obtenues autrement par des moyens frauduleux et distribuées au public par la suite. Le fait qu'un tel geste puisse être contraire au droit criminel et civil, pour possession et usage illicite de la propriété matérielle personnelle, ne change rien au fait qu'il y aurait une grande lacune dans les recours offerts titulaire de droit d'auteur. Il est par conséquent nécessaire d'accorder le droit de distribution en plus du droit de reproduction si l'on veut pleinement protéger le titulaire du droit d'auteur.

Ce raisonnement ne tient plus lorsque le titulaire consent à la vente ou à une autre forme de distribution de copies ou de disque phonographe de son oeuvre. Dans de telles circonstances, le titulaire du droit d'auteur veut encore empêcher la reproduction non autorisée, mais ce n'est plus pour empêcher la distribution des copies ou disque de phonographe qu'il a déjà rendus publics, étant donné, qu'en théorie, il a déjà consenti à une telle disposition de son oeuvre. Par conséquent, le droit d'empêcher la distribution non autorisée à ce moment-là (même s'il est évident que le titulaire du droit d'auteur le souhaiterait) n'est plus nécessaire dans le contexte énoncé ci-dessus.

Dans de telles circonstances, le contrôle continu sur la distribution des copies n'est pas un complément du droit d'auteur, mais constitue plutôt principalement un moyen de contrôler la disposition de la propriété matérielle personnelle qui comprend l'oeuvre protégée par le droit d'auteur. Par conséquent, la politique qui favorise le monopole du droit d'auteur justifie la politique qui s'oppose aux restrictions sur le commerce et sur l'aliénation.

La discussion qui précède ne vise que la distribution de copies ou de disques de phonographe qui n'ont pas été reproduits illégalement. Le droit de distribution est aussi important sinon plus, lorsqu'il s'agit de copies ou de disques de phonographe reproduits illégalement. L'importance de cette question ne provient pas du fait que le titulaire du droit d'auteur ne serait autrement pas en mesure de poursuivre la personne qui a reproduit illégalement son oeuvre. Elle provient plutôt d'une considération d'ordre pratique selon laquelle le responsable de la reproduction pourrait ne pas être disponible ou financièrement responsable, de sorte que le distributeur des copies ou des disques illégalement reproduits pourrait être la seule partie contre laquelle le titulaire du droit d'auteur pourrait obtenir une réparation satisfaisante pour la violation de son oeuvre<sup>34</sup>.

L'exposé des divers arguments liés à l'établissement du droit d'un titulaire de droit d'auteur de céder son droit "d'une manière générale, ou avec des restrictions territoriales", nous conduit à recommander, conformément aux propositions contenues plus tôt dans ce rapport, que le titulaire d'un droit d'auteur ait le droit d'effectuer un transfert de propriété du droit d'auteur, avec des restrictions territoriales.

<sup>34.</sup> Nimmer, op. cit., supra, note 13, chap. II, pp. 8-117.

# L'exigence de l'écrit

Selon la présente loi, l'exigence d'un écrit, signé par le titulaire ou par son agent, lorsqu'il y a transmission d'une partie ou de la totalité du droit d'auteur, se limite aux cessions et à ces licences épineuses qui "concèdent un intérêt". Les licences non exclusives, comme les licences exclusives auxquelles n'est pas attaché un "intérêt de titulaire", peuvent donc être concédées verbalement.

On n'exige aucune forme spécifique pour une cession par écrit, et l'on a ainsi décidé que des lettres<sup>35</sup> ou un reçu<sup>36</sup> peuvent contenir une cession. Selon le système proposé, dans lequel les cessions, comme les licences non exclusives, seraient considérées comme des "transferts du droit de titulaire du droit d'auteur", nous recommandons que l'exigence d'un écrit s'applique à de tels transferts, mais pas aux licences non exclusives.

# La transmission de la possession des originaux des oeuvres

La Commission Ilsley avait recommandé que l'article 38 de la loi de 1956 du Royaume-Uni soit repris dans la législation canadienne sur le droit d'auteur :

38. Lorsque, aux termes d'un legs (à titre particulier ou à titre universel), une personne a un droit, à titre de bénéficiaire ou autre, au manuscrit d'une oeuvre littéraire, dramatique ou musicale, ou à une oeuvre artistique, et que l'oeuvre n'a pas été publiée avant le décès du testateur, le legs doit, sauf indication contraire dans le testament ou dans un codicille audit testament, s'interpréter comme comprenant le droit d'auteur sur l'oeuvre dans la mesure où le testateur en était le titulaire immédiatement avant son décès.

<sup>35.</sup> London Printing & Publishing Alliance Ltd. v. Cox (1891) 3 Ch. 291.

<sup>36.</sup> Ornamin. (U.K.) Ltd. v. Basca Ltd. & Viking Industrial Plastics Ltd. (1964) R.P.C. 293.

L'étude Keyes-Brunet exprimait l'opinion qu'il ne semblait y avoir aucune raison pour que la présomption simple, mentionnée à l'article cité ci-dessus, n'existe que lors du legs des originaux de tels manuscrits, et qu'elle devrait aussi apparaître lors du legs des originaux de matériaux non publiés protégés par droit d'auteur tels que des négatifs originaux, des plaques cinématographiques, et des enregistre-À vrai dire, il ne semble y avoir aucune ments sonores. raison de restreindre ainsi l'article et nous recommandons que celui-ci soit élargi de la manière décrite ci-dessus. Lorsque l'oeuvre protégée par droit d'auteur n'a pas été publiée, il est peu probable que la possession du droit d'auteur ait été séparée de la possession du support matériel de l'oeuvre protégée par droit d'auteur. Nier à quelqu'un qui, aux termes d'un legs, a droit à l'original (d'une oeuvre non publiée), le droit corrélatif à un quelconque droit d'auteur détenu par le testateur, reviendrait à séparer la possession du droit d'auteur de la possession de l'objet dans lequel la copie originale de l'oeuvre est incorporée. Il serait de ce fait peu probable que quiconque puisse légitimement publier l'oeuvre inédite ou lui donner le jour autrement. Cela semble contraire à l'un des buts de la Loi sur le droit d'auteur, soit celui d'encourager la création ainsi que la propagation de la connaissance.

La présomption établie par l'article 38 ne devrait pas s'appliquer dans le cas d'oeuvres publiées, car dès qu'il y a eu publication, la possession du droit d'auteur a été probablement transmise, du moins partiellement, et par le fait même, séparée de la possession de l'original de l'oeuvre publiée.

# Droit d'auteur futur

Selon la Loi sur le droit d'auteur, on ne peut faire de cession juridique valide d'un droit d'auteur futur.

Le seul effet d'une telle cession est que le cessionnaire sera considéré en equity comme le titulaire du droit d'auteur lorsque ce dernier naîtra, même si le droit d'auteur est dévolu à l'auteur; le "cessionnaire" aura un droit en equity de se faire céder le droit d'auteur. Holyroyd v. Marshall (1862) 10 H L.C. 191; Ward Lock & Co. Ltd. v. Lang (1906) 2 Ch. 55037.

<sup>37.</sup> Lahore, op. cit., supra, note 74, chap. II, p. 152.

La Commission Ilsley a recommandé l'adoption d'une disposition similaire à l'article 37 de la loi du Royaume-Uni de 1956 sur le droit d'auteur, qui permettrait expressément à une personne de céder un droit d'auteur à venir auquel elle pourrait autrement un jour avoir droit en tant qu'auteur de l'oeuvre qui sera créée. L'article 37 se lit comme suit:

- 37 (1) Lorsque par une convention relative à un droit d'auteur futur, et signée par le titulaire à venir du droit d'auteur ou en son nom, le titulaire à venir du droit d'auteur entend céder le droit d'auteur futur (intégralement ou en partie) à une autre personne (appelée dans ce paragraphe le "cessionnaire"), si, lors de la naissance du droit d'auteur, le cessionnaire ou une personne se réclamant de lui le droit, à l'exclusion de toute autre personne, et en ne tenant pas compte du présent paragraphe, d'exiger que le droit d'auteur lui soit dévolu (en totalité ou en partie, selon le cas), le droit d'auteur, lorsqu'il prendra naissance, sera dévolu au cessionnaire ou à son successeur légal par la seule vertu du présent paragraphe.
- (2) Lorsque, à l'époque de la naissance d'un droit d'auteur, la personne qui serait titulaire du droit d'auteur, si elle était vivante, est décédée, le droit d'auteur sera dévolu comme s'il avait existé immédiatement avant le décès de cette personne et que celle-ci avait été alors le titulaire du droit d'auteur.
- (3) Le paragraphe (4) de (...l'article 36) s'applique relativement à une licence concédée par le titulaire à venir d'un droit d'auteur de même qu'il s'applique relativement à une licence concédée par le titulaire d'un droit d'auteur existant, comme si toute mention de l'intérêt du titulaire du droit d'auteur dans ce paragraphe comprenait la mention de son intérêt à venir dans celui-ci.
- (4) Les dispositions de l'annexe 5 de la présente loi s'appliquent aux cessions et aux licences relatives au droit d'auteur sur les émissions télévisées (y compris le droit d'auteur futur).

(5) Aux termes de la présente loi, "droit d'auteur futur" signifie un droit d'auteur qui naîtra ou pourrait naître, relativement à une oeuvre ou une classe d'oeuvres futures ou à un autre sujet, ou bien à l'entrée en vigueur d'une disposition de la présente loi, ou à l'occasion de tout événement futur, et le terme "titulaire à venir" doit être interprété en conséquence et comprend, relativement à un tel droit d'auteur, une personne ayant un droit à venir sur celui-ci en vertu d'une convention comme celle mentionnée au paragraphe l du présent article.

L'adoption de l'article 37 au Royaume-Uni avait été recommandée par le Comité Gregory dans le but de faciliter l'exploitation des oeuvres protégées par droit d'auteur<sup>38</sup>. La Commission Ilsley et le rapport Keyes-Brunet ont recommandé l'adoption d'une disposition similaire pour des raisons analogues. En conséquence, nous recommandons l'adoption d'une disposition comparable à l'article 37 de la Loi sur le droit d'auteur du Royaume-Uni, avec les modifications nécessaires à la mise en oeuvre des recommandations précédentes qui visent à traiter de façon égale les cessions et les licences exclusives par opposition aux licences non exclusives.

<sup>38.</sup> Report of the Copyright Committee (U.K.) HMSO, Cmnd 8662, 1952, p. 152, par. 270.

#### CHAPITRE IV

#### LES DISPOSITIONS INVOLONTAIRES

On a abordé au chapitre précédent les dispositions volontaires du droit d'auteur (c'est-à-dire des formes d'exploitation des droits exclusifs des titulaires de droits d'auteur laissées à l'initiative de ces derniers). Le présent chapitre portera sur des dispositions involontaires, c'est-à-dire des articles de la loi qui limitent statutairement, de différentes façons et à divers degrés, les droits exclusifs des titulaires de droits d'auteur.

## Les licences obligatoires

La Loi sur le droit d'auteur instaure diverses formes de ce que l'on pourrait appeler des licences obligatoires, c'est-à-dire des licences, créées par la loi, portant sur un ou plusieurs des droits compris dans le droit d'auteur. Ces licences sont généralement accordées à quiconque est intéressé à les détenir, dans certaines circonstances énoncées par la loi et compte tenu de certaines exigences afférentes aux licences elles-mêmes (par ex., un événement précis ou le paiement des redevances prescrites). En général, on considère de telles licences obligatoires comme le moyen de répondre concrètement à des préoccupations politiques visant à assurer à la fois une juste rétribution des titulaires de droits d'auteur, et l'accès du public à certaines oeuvres qui font l'objet du monopole légal des titulaires de droits d'auteur.

James Lahore note: "L'utilisation de cette forme de contrôle sur l'exercice du droit d'auteur... est très ancienne dans le droit d'auteur". Il cite la loi sur la propriété littéraire de 1842 (5 & 6 Vict. c. 45) dont une disposition instaurait une licence obligatoire générale "pour combattre la disparition de livres importants pour le public"; cette disposition rendait possible, sur requête au Conseil privé, une nouvelle publication d'un livre après le décès de son auteur, si le titulaire du droit d'auteur ne l'autorisait pas. L'article 4 de la loi impériale de 1911 reprend cette disposition (en y ajoutant des dispositions relatives à la reproduction et à l'exécution en public), et

<sup>1.</sup> Lahore, op. cit., supra, note 74, chap. II, p. 325.

sert à son tour de fondement à l'article 13 de la loi canadienne. Dès 1783, quatre États américains ont adopté une législation sur le droit d'auteur qui comprenait des dispositions sur la licence obligatoire, applicables lorsque des copies d'un livre protégé par droit d'auteur n'était pas fournies en quantité raisonnable et à un prix raisonnable<sup>2</sup>.

# Les licences de reproduction, de représentation ou d'exécution publique. L'article 7(1) de la loi dispose que :

N'est pas considéré comme une violation du droit d'auteur sur une oeuvre publiée le fait de la reproduire pour la vente à partir du terme de vingt-cinq ans après la mort de l'auteur, ou de trente ans après cette mort, dans le cas d'une oeuvre encore protégée le 4 juin 1921, si celui qui reproduit l'oeuvre prouve qu'il a fait, par écrit, la notification obligatoire de son intention de reproduire l'oeuvre et qu'il a payé de la manière prescrite au titulaire du droit d'auteur, ou pour son compte, des tantièmes à l'égard de tous les exemplaires de celle-ci vendus par lui, tantièmes calculés au taux de 10 p. 100 sur le prix de publication.

# Par ailleurs, on voit à l'article 13 :

Lorsque, à un moment quelconque après la mort de l'auteur d'une oeuvre littéraire, dramatique, ou musicale, déjà publiée, ou exécutée ou représentée publiquement, il est présenté au gouverneur en conseil une plainte portant que le titulaire du droit d'auteur sur l'oeuvre a refusé de la publier à nouveau, ou d'en permettre une nouvelle publication, ou bien qu'il refusé d'en permettre l'exécution ou représentation publique, en sorte que public en est privé, le titulaire du droit d'auteur peut être sommé d'accorder une licence de reproduire l'oeuvre, de l'exécuter ou de la représenter en public, selon le cas, aux conditions jugées convenables par le gouverneur en conseil.

<sup>2.</sup> Ces quatre États étaient le Connecticut, la Georgie, New York, et la Caroline du Sud. Voir Fenning "Copyright Before the Constitution", 17 J. Pat. Off. Society 379 (1935).

En comparant les deux dispositions, outre leur but commun dont on a traité plus haut, on note les similitudes et les différences suivantes :

- Les deux articles ne concernent que des oeuvres publiées (ou encore, pour le seul article 13, représentées ou exécutées en public).
- L'alinéa 7(1) n'entre en vigueur que 25 ans après le décès de l'auteur, tandis que l'article 13 entre en vigueur à un moment quelconque suivant la publication des oeuvres. Cependant, la seule condition devant être remplie pour que l'alinéa 7(1) prenne effet est l'écoulement du délai de 25 ans après le décès de l'auteur, alors que pour que l'article 13 s'applique, les conditions suivantes doivent être remplies :
  - l) celui qui demande une licence doit établir à la satisfaction du gouverneur en conseil que :
    - i) le titulaire du droit d'auteur sur une oeuvre a refusé de publier de nouveau ou de permettre la représentation ou l'exécution en public d'une oeuvre, et qu'en outre,
    - ii) en raison de ce refus le public n'a pas accès à cette oeuvre;
  - 2) le gouverneur en conseil doit exercer son pouvoir discrétionnaire pour concéder une licence en faveur du requérant.
- L'alinéa 7(1) peut s'appliquer à toutes les catégories d'oeuvres publiées (incluant, probablement, les organes mécaniques protégés par l'alinéa 4(3) "comme si ces organes constituaient des oeuvres musicales, littéraires ou dramatiques" et aux oeuvres cinématographiques protégées par les articles 3(e) et 2 sur la base de leur assimilation à des oeuvres dramatiques ou à des photographies). Par contre, l'article 13 ne peut s'appliquer à des oeuvres artistiques, mais seulement à des oeuvres littéraires, dramatiques, ou musicales (incluant,

probablement, les organes mécaniques et les films protégés en tant qu'oeuvres dramatiques, mais non les films protégés qui sont assimilés à des oeuvres artistiques)<sup>3</sup>.

- L'alinéa 7(1) fixe le taux de redevance à 10 p. 100 du prix de publication, tandis qu'aux termes de l'article 13 le taux est établi par le gouverneur en conseil.

Au Royaume-Uni, le Comité Gregory a étudié en 1952 les stipulations des articles 3 et 4 de la loi impériale de 1911 (les pendants, respectivement, des articles 7(1) et 13 de la loi canadienne), et a recommandé l'abrogation4. rapport conclut que les dispositions des articles 3 et 4 n'assuraient pas de façon décisive la publication, dans des éditions à bon marché, au même prix ou environ, de livres qui autrement ne seraient pas disponibles au public. gument spécifique offert à l'appui de l'abrogation des dispositions de l'article 3 était que les éditeurs, dans la pratique courante, n'attendent pas 25 ans après la publication, sans parler de 25 ans après le décès de l'auteur, avant de publier des éditions à bon marché d'oeuvres réclamées par le public. La discussion des points forts et des faiblesses de l'article 4 se réduisait à la seule observation qu'aucune demande n'avait jamais été faite au Conseil privé aux termes de cet article. Mais ce qui a été plus important dans le processus de décision, c'est l'idée que les deux dispositions précédentes étaient en contradiction avec le texte de Bruxelles de la Convention de Berne, et qu'elles empêchaient l'adhésion du Royaume-Uni à ce texte. Alors que le texte de Rome (auquel le Canada adhère) laisse une certaine discrétion aux pays membres sur le plan des conditions internes du droit d'auteur, le texte de Bruxelles stipule que tous les pays membres doivent allouer une durée minimale égale à la vie de l'auteur plus 50 ans.

<sup>3.</sup> Eu égard à la mention du "décès de l'auteur" dans les deux licences comme étant une condition nécessaire à l'entrée en vigueur des licences et eu égard au caractère souvent "corporatif" de la paternité de ces oeuvres, il n'est pas certain que les licences puissent s'appliquer aux films et aux enregistrements sonores.

<sup>4.</sup> Report of the [Gregory] Copyright Committee, sous laprésidence de H.S. Gregory, octobre 1952, par. 15 et 22.

Le rapport expliquait que les dispositions des articles 3 et 4 :

avaient été attaquées par les autres membres de l'Union de Berne parce qu'elles étaient contraires aux principes de la Convention, et les amendements apportés à l'article 7 de la Convention de Bruxelles visaient ouvertement à établir de façon claire que les restrictions de cette sorte aux droits absolus des auteurs, etc., pour la durée entière du droit d'auteur, n'étaient pas conformes à la Convention<sup>5</sup>.

Le bien-fondé de cette interprétation a apparemment été reconnu par le Comité Gregory, par la délégation du Royaume-Uni à la Convention de Bruxelles et finalement par le Parlement anglais qui a abrogé les dispositions en question de la loi de 1911 par la loi de 1956 sur le droit d'auteur. Le bien-fondé devient néanmoins plus douteux lorsque cet argument est examiné à la lumière des obligations internationales du Canada. Comme le Canada adhère présentement au texte de Rome, il n'est pas nécessaire d'évaluer les désavantages possibles d'une abrogation face aux avantages éventuels de l'adhésion au dernier texte de la Convention de Berne, soit le texte de Paris de 1971. La question du maintien d'une forme quelconque de licence obligatoire peut être étudiée en fonction de ses seuls mérites.

L'examen des motifs cités par le rapport Keyes-Brunet pour l'abrogation des articles 7(1) et 13 fournit un cadre des plus appropriés à cette étude. Les raisons données par Keyes et Brunet sont l'inutilité de ces dispositions :

a) aucune licence n'a jamais été délivrée sous l'autorité de ces articles<sup>7</sup>;

<sup>5. &</sup>lt;u>Id.</u>, p. 7.

<sup>6.</sup> Voir U.K. Board of Trade, Comparison of the Brussels Copyright Convention with Explanatory Notes by the United Kingdom Delegates, Her Majesty's Stationery Office, 1949.

Cf. Documents de la Conférence de Bruxelles, 5-26 juin 1948, p. 201, par. 3, où 1'on avance que les licences n'entrent pas nécessairement en contradiction avec l'article 7.

<sup>7.</sup> Keyes et Brunet, op. cit., supra, note 15, chap. II, p. 80.

- b) l'article 7 ne s'étendrait pas à de nombreux enregistrements sonores, car il serait impossible de constater le décès de l'auteur d'un enregistrement sonore lorsque le propriétaire du droit d'auteur est une corporation<sup>8</sup>;
- c) un propriétaire manifestant son intention de ne publier qu'à un prix élevé, ou de ne représenter ou exécuter une oeuvre que dans un lieu déterminé ou dans un seul des media, pourrait mettre en échec le but de l'article 139.

À ces arguments, on peut d'abord répliquer que l'importance des dispositions sur les licences obligatoires pourrait bien résider non pas tant dans l'utilisation qu'on en fait, mais plutôt dans leurs possibilités d'application. La licence de reproduction mécanique de l'article 19 en est un exemple. L'industrie de l'enregistrement a rarement recours aux dispositions de l'article 19 sur la licence; elle s'en sert plutôt comme d'un cadre dans lequel entrent les ententes contractuelles privées, (ou comme d'une toile de fond). Ces ententes reflètent le plus souvent plusieurs des caractéristiques des dispositions "non utilisées" relatives aux licences. Le degré "d'utilisation indirecte" de l'article 19 (c'est-à-dire la menace du recours à cette mesure si besoin était) ne peut être déterminé et, le degré d'utilisation correspondant des dispositions des articles 7(1) et 13 ne peut davantage être établi.

On peut poser en second lieu que la période durant laquelle une licence obligatoire est en vigueur ne doit pas nécessairement être calculée à partir du décès d'un auteur. Elle pourrait être calculée à partir de la date de la première publication ou de la première représentation ou exécution en public (cf. l'article 19, aux termes duquel l'événement marquant le début de la période est la fabrication d'un organe mécanique avec l'autorisation du titulaire du droit d'auteur sur l'oeuvre musicale enregistrée).

<sup>8. &</sup>lt;u>Ibid</u>.

<sup>9.</sup> Ibid.

Finalement, quant à la difficulté technique qui découle de l'interprétation actuelle des dispositions sur les licences obligatoires, il faut remarquer que la critique de Keyes et Brunet porte sur des points techniques, mais ne fournit pas d'arguments efficaces à l'encontre de la valeur fondamentale ou du but de la licence obligatoire, puisqu'une nouvelle organisation du régime de la licence permettrait d'éviter les problèmes mentionnés.

Deuxièmement, Keyes et Brunet prétendent qu'il est injuste et discriminatoire que certaines oeuvres seulement fassent, dans certaines conditions, l'objet de licences obligatoires. On peut alléguer de la même façon que les propositions Keyes-Brunet sont génératrices de discrimination et d'injustice car elles ne visent à protéger que les oeuvres dont les auteurs sont uniquement canadiens. Par ailleurs, il ne faut pas oublier le caractère fondamental et l'objet du droit d'auteur : c'est un droit prévu par la loi qui, sous réserve des obligations internationales, peut être exprimé de façon à être conforme au maximum à son but, lequel consiste à servir "une politique visant à améliorer le système d'information global de la société dans des secteurs où la production et la propagation de la connaissance pourraient autrement être inadéquats" 10.

Troisièmement, le rapport mentionne que les licences obligatoires constituent des dérogations à des droits exclusifs, et doivent comme telles s'interpréter restrictivement...  $^{11}$  et ... en raison de l'interprétation stricte qu'on devrait leur donner, les articles actuels n'assurent pas 1'accès du public à l'oeuvre.

Cet énoncé montre bien le point de vue normatif des auteurs. Comme on l'a dit précédemment, toutes les dispositions de la Loi sur le droit d'auteur sont des dispositions

<sup>10.</sup> Conseil économique du Canada: Rapport sur la propriété intellectuelle et industrielle, 1971, p. 3.

<sup>11.</sup> Keyes et Brunet, op. cit., supra, note 15, chap. II, p. 80

légales et ont une valeur intrinsèque; ce n'est pas contribuer au sérieux de la discussion que de qualifier certaines dispositions de dérogations à d'autres dispositions (ce qui suggère que certaines dispositions reflètent "des droits fondamentaux" qui existaient avant la loi, et qui sont simplement entérinés et protégés par celle-ci), non plus que de laisser entendre que ces dispositions doivent par conséquent être traitées avec circonspection. Comme le disait récemment le juge Estey de la Cour suprême du Canada:

(le droit d'auteur)... ne va pas à l'encontre de droits de propriété existants, non plus qu'il ne tombe parmi des droits et des obligations existant jusque-là en common law ou n'y conduise. La législation sur le droit d'auteur crée simplement des droits et des obligations selon les termes de la loi et dans les circonstances qui y sont décrites. Le droit anglais connaît cette création statutaire depuis l'époque de la reine Anne, alors que la première législation sur le droit d'auteur fut adoptée l2.

Il est, par conséquent, assez discutable de dire que, puisque les dispositions sur les licences obligatoires peuvent être interprétées de façon restrictive, la loi actuelle ne permet pas l'accès du public à l'oeuvre; cette interprétation restrictive ne tiendrait que si l'on considérait les licences comme des dérogations, ce qui est inacceptable.

Quatrièmement, Keyes et Brunet soulignent qu'"il n'est pas étonnant qu'un nombre considérable d'auteurs et de titulaires, qui estimaient les articles actuels anachroniques et sans justification, aient insisté pour une suppression complète de l'octroi de licences obligatoires"13. À vrai dire, il n'est pas étonnant que les auteurs et les éditeurs ne voient pas d'un bon oeil certaines licences obligatoires. Si l'on croit, après avoir bien considéré les

<sup>12.</sup> Compo Company Limited v. Blue Crest Music Inc. et al, C.S.C., 45 C.P.R. 2d, mars 1980, p. 1.

<sup>13.</sup> Keyes et Brunet, op. cit., 80.

intérêts des parties affectées par les licences obligatoires, que l'utilisation des licences peut avoir une valeur sociale, l'idée selon laquelle elles seraient "anachroniques et sans justification" ne peut alors avoir que peu de poids.

Cinquièmement, les auteurs du rapport allèguent que les dispositions actuelles en matière de licences obligatoires constituent une limitation de la durée de la protection des droits d'auteur. Les licences obligatoires ne constituent pas une limitation de la durée de la protection. La durée demeure constante; c'est le droit exclusif qu'a l'auteur sur l'exploitation de son oeuvre durant cette période qui est touché. C'est, essentiellement, un argument de même nature que celui qui était mentionné dans le problème critique des auteurs du rapport.

Sixièmement, Keyes et Brunet considèrent que les dispositions sur les licences obligatoires ne sont pas en harmonie avec la recommandation de leur rapport selon laquelle il faut prévoir une protection d'une durée générale égale à celle de la vie plus 50 ans et sont en contradiction évidente avec cette recommandation dans le cas de l'article 13. Ceci n'est qu'une variante de leurs deuxième, troisième et cinquième critiques mentionnées ci-dessus. De plus, on ne voit pas pourquoi l'article 13 (et non, apparemment, l'article 7, ou, quant à ce sujet, le paragraphe 19(1)) est perçu comme une "contradiction évidente par rapport à la durée de la vie plus 50 ans.

Finalement, les auteurs soulignent qu'on ne saurait ignorer la possibilité de représailles internationales avec l'application de la "règle de la durée la plus courte"; expression courante désignant les dispositions relatives à la "comparaison de durées", énoncées de façon légèrement différente dans la Convention de Berne et la Convention universelle sur le droit d'auteur. Cette règle prescrit essentiellement la comparaison de la durée de la protection offerte par les pays membres et stipule qu'aucune oeuvre étrangère ne peut bénéficier d'une protection plus longue que celle dont elle bénéficie dans son pays d'origine. L'idée que des pays étrangers puissent invoquer cette règle en manière de représailles en vertu de l'existence de licences obligatoires comme celles des articles 7(1) et 13 semble sans fondement.

Le passage suivant est tiré d'une étude préparée en collaboration par Barbara Ringer, régistraire du droit d'auteur aux États-Unis et par Lewis Flacks, adjoint juridique spécial au registraire, à la demande du Comité intergouvernemental du droit d'auteur, l'organisme coordonnateur de la Convention universelle sur le droit d'auteur:

Lorsque l'oeuvre d'un pays B appartient à une catégorie protégée à la fois dans le pays A et dans le pays B, et que la durée du droit d'auteur de cette catégorie n'est expirée ni dans le pays A ni dans le pays B, le pays A doit offrir à l'oeuvre les mêmes droits que ceux qui s'appliquent à ses propres oeuvres ... même si ces droits sont beaucoup plus restreints, ou sont carrément niés, dans le pays B. Comme l'explique ... le passage du Rapport du Rapporteur de 1971, cette sorte de réciprocité littéraire n'est pas possible aux termes de la Convention universelle sur le droit d'auteur 14.

Le même argument peut s'appliquer relativement aux dispositions de la Convention de Berne sur la comparaison de la durée.

La critique des licences obligatoires (en général, et plus spécifiquement celles qui sont créées par les articles 7(1) et 13) n'est ni fondée, ni convaincante. Il suffirait de corriger certaines faiblesses de rédaction pour rendre cette dernière catégorie de licences plus utile et plus significative. La proposition suivante vise à remplacer les deux licences par une seule qui éliminerait les faiblesses des deux dispositions et réunirait leurs points forts.

Eu égard à la valeur et à l'utilité sociale des licences obligatoires de ce type, dont on a parlé plus haut, il ne serait pas approprié que la licence obligatoire proposée ne s'applique pas à toutes les catégories d'oeuvres,

<sup>14.</sup> Ringer B. et L. Flacks, Applicability of the Universal Copyright Convention of Certain Works in the Public Domain in Their Country of Origin, 1979, page 26.

comme c'est le cas au paragraphe 7(1). Nous proposons donc que la licence révisée s'applique à toutes les catégories d'oeuvres protégées. Aux termes des articles 7(1) et 13, les licences qui y sont mentionnées ne peuvent avoir d'effet sur des oeuvres qui n'ont pas déjà été mises à la disposition du public avec l'autorisation des titulaires des droits d'auteur. Cette politique est juste et devrait être adoptée. Les dispositions de l'article 13 qui réfèrent au concept d'"accès antérieur du public à l'oeuvre" ne devraient pas être restreintes de façon artificielle à la publication (c'est-à-dire à la distribution des copies d'une oeuvre) mais devraient aussi couvrir d'autres façons de rendre une oeuvre accessible au public (la représentation et l'exécution en public) 15.

L'article 7(1) ne prend effet que 25 ans après le décès de l'auteur, alors que l'article 13 peut s'appliquer à un moment quelconque après la mort de l'auteur. Il suffit que les 25 ans soient écoulés pour déclencher l'application de l'article 7(1). En revanche, dans le cas de l'article 13, celui qui demande la licence doit, pour que la disposition s'applique, démontrer à la satisfaction du gouverneur en conseil que : i) le titulaire du droit d'auteur sur l'oeuvre a refusé de la publier à nouveau ou de permettre l'exécution ou la représentation en public d'une oeuvre et ii) qu'en raison de ce refus, le public est privé de cette oeuvre.

Pour respecter le but de ces licences obligatoires, le fait qu'une oeuvre n'est pas accessible au public devrait constituer la première condition nécessaire à la prise d'effet de la licence obligatoire, et non le simple écoulement d'un certain délai après le décès de l'auteur. Nous proposons donc que la licence révisée énonce, d'une manière similaire à celle de l'article 13, que pour obtenir une licence, le requérant éventuel de la licence démontre à la satisfaction de l'organisme désigné que l'est de la satisfaction de l'organisme désigné que l'est de la licence de l'article l'article l'est de l'article l'est de l'est de l'organisme désigné que l'est de l'est

<sup>15.</sup> Pour rester dans la foulée de la doctrine de l'"accès antérieur du public à l'oeuvre", la définition de la représentation de l'exécution en public devrait comprendre non seulement la représentation et l'exécution en public d'oeuvres protégées mais aussi la diffusion par radio ou autrement de ces oeuvres.

<sup>16.</sup> Un tribunal des redevances de droits d'auteur serait un organisme plus approprié que le gouverneur en conseil.

- a) le titulaire du droit d'auteur sur une oeuvre ou le porteur de licence exclusive a refusé, après que le requérant éventuel de la licence lui en a fait la demande, de publier de nouveau ou de permettre la représentation ou l'exécution publique de cette oeuvre, ou que
- b) malgré des tentatives raisonnables entreprises par le requérant éventuel de la licence, on ne peut trouver le titulaire du droit d'auteur ou le porteur de licence exclusive, et que
- c) à cause de ce refus ou de cette impossibilité de trouver ledit titulaire ou le porteur de licence exclusive, l'oeuvre n'est pas suffisamment disponible pour répondre aux exigences raisonnables du marché canadien.

Lorsque toutes ces conditions seraient remplies, le tribunal des redevances de droits d'auteur devrait alors avoir une grande discrétion pour octroyer une licénce et pour déterminer les conditions afférentes (incluant le montant des redevances).

La dernière question à examiner (qui constituerait une autre condition nécessaire à l'entrée en vigueur de la licence) est l'étendue de la période qui devrait s'écouler avant que la licence soit éventuellement disponible, et la date de départ de cette période. Actuellement, aux termes des articles 7(1) et 13, le point de départ est le décès de l'auteur.

Pour justifier ce choix, il est habituellement avancé que la licence obligatoire ne devrait pas entraver l'exploitation de l'oeuvre par son auteur durant sa vie. Cet argument mérite examen. Tout d'abord, dans la grande majorité des cas, ce n'est pas l'auteur qui exploite (c'est-à-dire qui diffuse) son oeuvre, que ce soit durant sa vie ou, bien évidemment, durant le reste de la durée de la protection qui suit son décès. Généralement, l'auteur cède la totalité ou une partie du droit d'auteur, ou octroie des licences, à un ou plusieurs éditeurs, producteurs, ou autres entrepreneurs, pour une partie de la durée de la protection, ou souvent, pour la durée entière. Quoique les auteurs puissent estimer que cela n'est pas une pensée particulièrement réconfortante, le fait qu'ils sont vivants ou morts n'a que peu d'effet sur l'exploitation de leurs oeuvres par ces entrepreneurs. Il faut en deuxième lieu se demander si, eu égard

à la question soulevée ci-dessus, et étant donné le but de ces licences obligatoires (c'est-à-dire de permettre l'accès à certaines oeuvres protégées par un droit d'auteur et qui ne seraient autrement pas accessibles), il faut donner prépondérance au fait que l'auteur est en vie ou non, sachant que ce facteur peut retarder, d'un jour à peut-être 80 ans, l'entrée en vigueur de la licence.

La réponse à la question posée ci-dessus doit être L'intérêt public sera beaucoup mieux servi si l'on alloue au titulaire du droit d'auteur une période statutaire d'exclusivité d'exploitation qui suivrait la date où l'oeuvre est accessible au public, et si l'on stipule ensuite la possibilité de l'octroi de ladite licence à partir de la fin de cette période. Arbitraire, comme toute tentative de porter atteinte à la durée de la protection du droit d'auteur, cette limitation législative est néanmoins inévitable. De plus, il faut se rappeler que la licence ne sera que potentiellement disponible à la fin de la période d'exclusivité. Si l'oeuvre est suffisamment disponible pour répondre à la demande raisonnable du marché canadien, aucune Nous recommandons en conséquence licence ne sera octroyée. que la licence soit potentiellement disponible en tout temps à l'expiration d'un délai de 15 ans à partir de la date où une oeuvre est mise à la disposition du public, au sens conféré plus haut à cette expression 17.

<sup>17.</sup> Ceux qui croient que l'adoption du décès de l'auteur comme date de départ sert mieux les intérêts de l'auteur ou du titulaire du droit d'auteur devraient reconnaître qu'en plusieurs cas, la proposition peut rendre la période d'exclusivité du titulaire du droit d'auteur plus longue que celle qui eût prévalu si la licence avait été fondée sur la formule de l'article 13 actuel (c'est-à-dire "à un moment quelconque après la mort de l'auteur"); cela se produit lorsque l'auteur meurt durant la période de 15 ans après que son oeuvre a été mise à la disposition du public pour la première fois. De plus, comme la licence proposée s'étendra à toutes les catégories d'oeuvres, il serait impossible d'adopter la date du décès de l'auteur en ce qui concerne les oeuvres dont l'auteur est souvent une personne morale, comme c'est le cas des enregistrements sonores et des films.

Les licences d'impression. Paru en 1957, le rapport de la Commission Ilsley a fait l'historique des clauses d'impression dans la loi canadienne sur le droit d'auteur. Il montre aussi de façon détaillée comment l'évolution du droit d'auteur international a rendu ces dispositions désuètes, injustifiables, et injustes. La Commission recommande leur élimination. Sous réserve de deux événements postérieurs au rapport les conclusions, celui-ci constitue l'étude la plus complète sur le sujet et le meilleur plaidoyer en faveur :

- 1) de l'abrogation des clauses d'impression des articles 14, 15 et 16 et des dispositions accessoires des paragraphes (1) et (2) de l'article 28;
- 2) de la modification du paragraphe 28(3).

En conséquence, nous faisons nôtres ces propos :

Les articles 14, 15, 16 et 28(1), (2) et (3) de notre loi consacrent partiellement le principe voulant que la pleine protection du droit d'auteur soit jusqu'à un certain point liée à l'impression au Canada.

L'article 14 stipule que toute personne peut demander au Ministre une licence l'autorisant à imprimer et publier au Canada un livre qui fait l'objet d'un droit d'auteur, si, après la publication de ce livre et tant que ce livre fait l'objet d'un droit d'auteur, le titulaire omet d'imprimer ce livre ou de le faire imprimer au Canada ou de mettre sur le marché canadien un nombre suffisant d'exemplaires ainsi imprimés de ce livre pour satisfaire à une demande raisonnable. L'article 15 étend ce principe à certains livres dont la publication

<sup>18.</sup> a) L'adhésion du Canada à la Convention universelle sur le droit d'auteur, le 10 août 1962.

b) L'exemption du Canada de l'application de la "clause de fabrication" de la nouvelle loi américaine sur le droit d'auteur relativement à des oeuvres d'auteurs américains (art. 601).

a commencé comme feuilleton dans certains pays étrangers. L'article 16 contient des dispositions supplémentaires et énonce que les articles 14, 15 et 16 ne s'appliquent pas à une oeuvre dont l'auteur est sujet britannique, autre qu'un citoyen canadien, ou est sujet ou citoyen d'un pays qui a adhéré à la révision de Berlin (1908) de la Convention de Berne et à un certain protocole complémentaire. La partie la plus pertinente de ce protocole se lit comme suit:

Lorsqu'un pays étranger à l'Union ne protège pas de manière adéquate les oeuvres des auteurs ressortissants de l'un des pays de l'union, les dispositions de la Convention du 13 novembre 1908 ne peuvent porter préjudice, en quoi que ce soit, au droit qui appartient au pays contractant de restreindre la protection des oeuvres dont les auteurs sont, au moment de la première publication de ces oeuvres, sujets ou citoyens dudit pays étranger et ne sont pas domiciliés effectivement dans un des pays de l'Union.

Entre 1911 et 1921, le Canada a essayé de développer une législation qui serait en harmonie avec la révision de Berlin de la Convention de Berne (1908). Cette législation obligeait les auteurs à imprimer leurs oeuvres au Canada pour bénéficier du droit d'auteur, et les assujettissait aux licences obligatoires s'ils ne le faisaient pas. Nous voulions surtout mettre des clauses de fabrication d'impression dans notre loi parce que les États-Unis en avaient dans les leurs depuis Dès 1909, la loi américaine sur le 1891. droit d'auteur énonçait que le titulaire du droit d'auteur sur un livre qui avait d'abord été publié en langue anglaise à l'extérieur des États-Unis pouvait obtenir une protection du droit d'auteur aux États-Unis (appelée protection ad interim) pendant cinq ans à partir de la première publication, mais que s'il importait aux États-Unis plus de 1 500 copies de l'oeuvre durant cette période ou omettait d'imprimer l'oeuvre aux États-Unis durant cette période, son droit d'auteur américain prendrait fin.

Cela a eu dans plusieurs cas l'effet d'obliger les titulaires de droits d'auteur sur des oeuvres écrites en anglais à les imprimer aux États-Unis s'ils voulaient jouir d'un droit d'auteur efficace aux États-Unis.

Le Canada, après avoir adhéré à la révision de Berlin de la Convention de Rome, ne pouvait pas adopter une clause de fabrication qui fût applicable à un citoyen des États-Unis qui aurait publié pour la première fois son oeuvre dans un pays de l'Union de Berne, à moins que le Canada ne le fît en vertu du protocole mentionné ci-haut. Le 27 juillet 1923, le gouvernement canadien reprenait par ordre en conseil certaines dispositions du protocole et restreignait l'octroi du droit d'auteur, en ce qui concernait les États-Unis, conformément au protocole; il stipulait que les articles de notre loi sur le droit d'auteur de 1921 contiendraient les mêmes restrictions que celles qui s'appliquaient au droit d'auteur soumis à la juridiction des États-Unis. Ces articles, qui avaient été adoptés mais n'avaient pas été promulgués, étaient identiques aux articles 14, 15, 16 et 28 de notre loi actuelle. est clair que l'on considérait que les clauses de fabrication et d'impression de ces articles n'étaient compatibles avec la Convention de Berne révisée (du moins en autant qu'elles visaient les citoyens des États-Unis) qu'en raison des clauses d'impression de la loi américaine sur le droit d'auteur.

On a depuis lors rendu ces clauses de la loi américaine sur le droit d'auteur sans effet à l'égard de tous les auteurs qui sont citoyens ou sujets d'un pays signataire de la Convention universelle sur le droit d'auteur, ou dont les oeuvres y ont été pour la première fois publiées, sauf en ce qui concerne les auteurs qui sont citoyens des États-Unis ou y sont domiciliés et en ce qui concerne les oeuvres publiées pour la première fois aux États-Unis; et les États-Unis doivent, pour se conformer à la Convention universelle sur le droit d'auteur, les laisser sans effet aussi longtemps qu'ils en demeurent signataires.

Si, comme nous l'avons recommandé, le Canada devient signataire de la Convention universelle sur le droit d'auteur, il semble qu'il lui faudra abroger ses clauses d'impression, du moins dans la mesure où elles s'appliquent à des citoyens des américains. De toute façon, en tant que signataires de la Convention de Rome, nous ne sommes probablement plus en droit d'appliquer les clauses d'impression à des citoyens américains, car à l'heure actuelle il serait difficile de prétendre que les États-Unis ne protègent pas de façon appropriée les oeuvres d'auteurs canadiens publiées pour la première fois à l'extérieur des États-Unis.

Manifestement, il ne serait pas souhaitable de maintenir les dispositions relatives à l'impression si elles ne devaient s'appliquer qu'aux auteurs canadiens, car nous les soumettrions ainsi à des restrictions qui ne s'appliquent pas au Canada aux citoyens des États-Unis ou de tout autre pays signataire de la Convention universelle sur le droit d'auteur, ou à un auteur qui aurait publié pour la première fois dans un pays autre que le Canada et membre de l'Union de Berne. Nous soupçonnons à vrai dire que si l'on a stipulé qu'elles s'appliquaient aux Canadiens, c'était principalement que, pour amener les États-Unis à continuer de donner la protection du droit d'auteur aux oeuvres d'auteurs canadiens, il fallait que le Canada ne donnât pas plus de protection aux citoyens canadiens qu'il n'en donnait aux citoyens des États-Unis; cela revient à dire que le Canada devait soumettre ses propres citoyens aux mêmes restrictions que celles auxquelles il soumettait les citoyens des États-Unis.

La licence de reproduction mécanique. L'article 19 de la Loi sur le droit d'auteur crée un régime de licences obligatoires en vue de la reproduction mécanique d'oeuvres littéraires, dramatiques et musicales. Ce régime a récemment fait l'objet d'une étude longue et détaillée par des membres

du ministère de la Consommation et des Corporations 19. On a établi au cours de cette étude que la disposition de l'article 19 sur les licences obligatoires est conforme aux textes de la Convention de Berne et de la Convention universelle sur le droit d'auteur<sup>20</sup>. L'étude note que l'instauration du régime de licences obligatoires de l'article 19 répondait à l'origine au désir d'empêcher la formation possible de monopole dans l'industrie de l'enregistrement musical. men de la situation actuelle montre que l'article 19 avait pu assurer l'accès concurrentiel aux oeuvres musicales enregistrées, et que de graves inconvénients découleraient de son abrogation<sup>21</sup>. Même s'il proposait des modifications au système de licences obligatoires afin d'en améliorer le fonctionnement, le rapport recommandait que ce système soit maintenu, parce que tout au long de son existence, s'était révélé d'intérêt public<sup>22</sup>. Il n'est donc pas nécessaire d'entreprendre un nouvel examen de cette forme de réqime de licences obligatoires et nous dirons simplement que nous adoptons les recommandations de cette étude très récente.

<sup>19.</sup> M. Berthiaume et J. Keon, <u>La reproduction mécanique</u> des oeuvres musicales au Canada, Ottawa, Consommation et Corporations Canada, 1980.

<sup>20.</sup> Id., 19.

<sup>21. &</sup>lt;u>Id.</u>, 25.

<sup>22.</sup> Il est intéressant de noter, eu égard aux commentaires du rapport Keyes-Brunet relatifs aux licences obligatoires des articles 7 et 13, que ce rapport recommandait le maintien des licences obligatoires de l'article 19, (quoique sous une forme modifiée). Cependant, cette recommandation était fondée sur un raisonnement très particulier qui laisse perplexe. Le rapport dit : "La nécessité de supprimer les licences obligatoires créées par l'article 19 n'ayant jamais été démontrée, nous ne l'envisageons pas." Cependant, comme on l'a mentionné plus haut, ces mêmes auteurs, au cours de leurs discussions des dispositions relatives aux licences obligatoires des articles 7 et 13, avaient trouvé au moins quatre différents arguments à l'encontre des licences obligatoires en général (elles sont injustes et discriminatoires, elles constituent une restriction à la durée de protection, et elles ne sont pas en harmonie avec la recommandation du rapport selon laquelle il faut prévoir une durée

# La réversibilité du droit d'auteur

Le paragraphe 12(5) de la loi énonce qu'en certaines circonstances celui qui a acquis l'un ou plusieurs des droits compris dans le droit d'auteur qui protège une oeuvre, cesse d'être le titulaire de ces droits à la fin des vingt-cinq années suivant le décès de l'auteur de l'oeuvre, même si ces droits lui ont été octroyés pour la durée entière de la protection, c'est-à-dire la durée de la vie de l'auteur augmentée de cinquante ans.

Le paragraphe dit que ce sont les représentants légaux de la succession de l'auteur qui deviennent les bénéficiaires des vingt-cinq dernières années de la durée de la protection. Il ne s'applique cependant que dans les circonstances suivantes :

générale de "la vie augmentée de 50 ans"). De plus, le rapport dit au sujet de l'article 19 en particulier : "les groupes d'intérêt qui ont recommandé la suppression de l'article 19 l'ont fait strictement en raison du principe large selon lequel le propriétaire d'un droit d'auteur doit avoir la liberté de négocier à son gré, et que l'on ne doit pas empiéter sur ce droit" (exactement le même principe adopté par les auteurs eux-mêmes à l'appui de la suppression des articles 7 et 13). Finalement, et c'est peut-être ce qu'il y a de plus inconciliable avec la position adoptée par Keyes et Brunet, ils ont constaté qu'il n'existe pas en France de régime de licences obligatoires, et que par conséquent si les craintes qui ont mené à l'instauration de licences obligatoires en vue de l'enregistrement d'oeuvres musicales étaient bien fondées, quelques grosses compagnies devraient maintenant contrôler l'industrie de l'enregistrement en France; mais, selon Keyes et Brunet, "il semble que cela ne se soit pas réalisé". En conséquence, les auteurs concluent : "C'est aussi pourquoi la justification de la création d'un régime de licences obligatoires mérite maintenant d'être réexaminée". Toutefois, au lieu de se livrer à cet examen, les auteurs en arrivent à la phrase étonnante citée plus haut : "La nécessité de supprimer la licence obligatoire créée par l'article 19 n'ayant jamais été démontree, nous ne l'envisageons pas" (p. 97).

- 1. L'auteur est le premier titulaire du droit d'auteur. En conséquence, cette disposition ne concerne pas habituellement celui qui a acquis le droit d'auteur protégeant l'une des oeuvres suivantes :
  - i) une oeuvre exécutée par un employé dans l'exercice de son emploi;
  - ii) une gravure, une photographie ou un portrait, fait sur commande;
  - iii) une oeuvre de la Couronne.

Dans tous ces cas, s'il n'y a pas de convention contraire, l'auteur n'est pas le premier titulaire du droit d'auteur. Cependant lorsque l'auteur a, par contrat, gardé le droit d'auteur qui protège par exemple une photographie exécutée sur commande, les dispositions sur la réversibilité s'appli-De plus, on a considérablement mis en doute la possibilité de la réversibilité dans le cas de la cession d'un droit d'auteur qui protégerait des enregistrements sonores et des photographies. Répétons que si la durée du droit d'auteur dans le cas de ces oeuvres (cinquante ans) n'a aucun rapport avec la durée de la vie de l'auteur, alors le paragraphe 12(5) ne s'applique pas. Il est possible cependant que les dispositions de réversibilité puissent s'appliquer, même si la durée de protection relative aux enregistrements sonores et aux photographies est de cinquante ans, lorsque l'auteur de telles oeuvres meurt avant l'expiration de ces cinquante ans. La loi stipule simplement que les droits relatifs à un droit d'auteur sont dévolus, à l'expiration des vingt-cinq années qui suivent la mort d'un auteur, à ses représentants légaux. Mais, en fin de compte, le meilleur point de vue est probablement qu'aucune disposition de réversibilité ne peut s'appliquer relativement à la cession des droits qui protègent des enregistrements sonores et des photographies.

La cession du droit d'auteur n'est pas relative à un recueil, ou à une licence de publier une oeuvre, en totalité ou en partie, à titre de contribution à un recueil.

Dans ce cas, les dispositions sur la réversibilité ne s'appliquent pas. Un commentateur a proposé d'interpréter cette disposition comme suit :

L'auteur qui est le premier titulaire du droit d'auteur peut en conséquence céder, pour la durée entière de la protection, le droit d'auteur sur un recueil, ou octroyer une licence pour la publication d'un recueil ou d'une partie d'oeuvre à titre de contribution à un recueil, mais ne peut céder une partie d'une oeuvre, par exemple sa propre contribution. La durée d'une telle cession est limitée à celle de la vie de l'auteur augmentée de vingt-cing années 23.

Le passage touchant l'octroi d'une licence fait référence à "l'octroi d'une licence de publier une oeuvre, en totalité ou en partie, à titre de contribution à un recueil". H.G. Fox a avancé que le mot "oeuvre" souligné ci-dessus désigne un recueil. Si c'est l'interprétation juste, il faut également entendre par les mots "partie d'une oeuvre" qui suivent, une partie d'un "recueil". La formulation de l'article et l'interprétation suggérée par Fox présentent une différence qui n'est pas sans importance.

Aux yeux de Fox, il semble que seule la cession d'un recueil complet ou d'une partie d'un recueil destinée à un autre recueil échappe à l'application de la réversibilité. Le paragraphe 12(5) pourrait aussi vouloir dire qu'une licence de publier soit un recueil, soit une oeuvre indépendante, en autant qu'elle soit destinée à un recueil, échappe à l'application de la disposition de réversibilité.

La première interprétation met l'accent sur la nature de l'oeuvre destinée à un recueil, alors que l'autre met l'accent uniquement sur l'importance de l'octroi d'une licence lorsqu'il s'agit d'une oeuvre destinée à un recueil.

La cession du droit d'auteur ou l'octroi d'un intérêt dans ce droit est faite autrement que par testament. Donc, pour que la disposition de la réversibilité s'applique à la cession ou à l'octroi d'un intérêt par un auteur qui est le premier titulaire, ils doivent être faits durant sa vie. Si un auteur qui est le premier titulaire lègue par testament la durée du droit d'auteur, le bénéficiaire ne cessera pas d'être le titulaire du droit d'auteur après le délai de vingt-cinq années suivant la mort de l'auteur.

<sup>23.</sup> Fox, op. cit., supra, note 64, chap. II, p. 293.

4. C'est l'auteur, en tant que premier titulaire, qui fait lui-même la première concession de droit. Si un auteur qui est le premier titulaire meurt intestat, et que la propriété du droit d'auteur passe à ses héritiers selon le droit des successions ab intestat qui s'applique à la succession de l'auteur, la réversibilité ne s'applique pas à une cession du droit d'auteur faite par les héritiers à un tiers.

La rédaction du paragraphe 12(5) provient mot pour mot d'une disposition du paragraphe 5(2) de la loi impériale du Royaume-Uni de 1911. Dans la loi révisée sur le droit d'auteur du Royaume-Uni de 1956, on supprima entièrement cette dernière disposition, sous réserve d'une clause qui stipulait que les dispositions du paragraphe 5(2) continuaient à s'appliquer aux oeuvres datant d'avant 1957, (à moins qu'une autre cession du droit d'auteur ne soit faite après l'entrée en vigueur de la loi de 1956).

Discutant de la disposition du paragraphe 5(2), certains auteurs parlent de la "nature illusoire des bénéfices institués par la clause restrictive" en ces termes :

C'est évidemment dans l'intérêt de la famille de l'auteur que l'on a instauré la clause restrictive du paragraphe 5(2) de la loi de 1911, pour, si possible, empêcher un auteur qui a du succès de faire des contrats d'une façon imprévoyante, au détriment de ceux qui sont à sa En pratique, les bénéfices pour la famille de l'auteur ou pour ceux qui sont à sa charge se sont révélés plutôt illusoires. Cette clause restrictive rendait nulle et sans effet toute tentative par un auteur vivant d'empêcher la réversibilité de son droit d'auteur, et stipulait que cette réversibilité devait être dévolue, "à la mort de l'auteur", à ses représentants légaux "comme faisant partie de ses biens". Cette réversibilité, incessible durant la vie de l'auteur, devenait donc un actif de sa succession et était cessible immédiatement à son décès. Ses exécuteurs pouvaient en conséquence vendre cet actif en paiement de ses dettes, et, de toute façon, les exécuteurs devaient souvent réaliser l'intérêt de réversibilité pour liquider la suc-cession de l'auteur. À supposer que l'auteur lègue à titre particulier la réversibilité de

son droit d'auteur, le légataire à titre particulier voudrait alors probablement vendre ce droit sans délai, plutôt qu'attendre la posibilité d'un revenu vingt-cinq ans plus tard. Le seul acheteur possible, du moins dans le cas d'une oeuvre littéraire, serait l'éditeur de l'auteur, sauf dans des cas exceptionnels; la somme qu'il serait susceptible de verser pour la réversibilité d'un droit d'auteur dont il deviendrait titulaire vingt-cinq ans plus tard ne serait sans doute pas très élevée, d'autant plus que même s'il n'achetait pas la réversibilité, il aurait le droit de continuer à publier l'oeuvre en payant une redevance au titulaire du droit d'auteur, s'il croyait que cela en vaut la peine, et que s'il l'achetait, il ne pourrait acquérir un droit d'auteur exclusif<sup>24</sup>.

Ainsi, non seulement cette multitude de facteurs restreint l'application de la disposition de réversibilité, mais lorsqu'on peut l'appliquer, elle semble d'une mince utilité. dernier lieu, et c'est peut-être ce qu'il y a de plus important, le paragraphe 12(5) reflète une attitude paternaliste inacceptable envers les auteurs, de la part d'un législateur De telles dispositions perpétuent le enclin à la charité. stéréotype selon lequel l'auteur est un artiste doué mais "irresponsable de naissance" 25, dont on ne peut attendre qu'il assume la pleine responsabilité des conséquences de ses actes et que l'on doit protéger contre lui-même. Cette perception est une insulte et dessert les auteurs; elle ne tient pas compte de l'importance pour la société de traiter chaque citoyen comme étant responsable de ses actes et constitue une entrave injustifiée à la capacité des parties de s'entendre sur les conditions d'extinction de leurs choix, non limitées par des restrictions artificielles qui peuvent en fait ne pas servir au mieux les intérêts de l'auteur dans la mesure où elles peuvent avoir comme effet de réduire le prix versé pour le droit d'auteur.

Nous recommandons en conséquence l'abrogation des dispositions de réversibilité du paragraphe 12(5).

<sup>24.</sup> Skone James, op. cit., supra, note 58, chap. II, p. 105.

<sup>25.</sup> Voir <u>Fisher Music Co. v. Witmark</u>, 318 US 643, 656 (1943).

#### CHAPITRE V

#### RÉSUMÉ DES RECOMMANDATIONS

## Les photographies

La qualité d'auteur d'une photographie devrait être attribuée à la personne qui l'a véritablement réalisée (dans la plupart des cas, le photographe). (p. 18)

#### Les enregistrements sonores

Les enregistrements sonores devraient être protégés comme une catégorie distincte d'oeuvres originales. (p. 21)

La qualité d'auteur d'un enregistrement sonore devrait être attribuée à la personne principalement responsable des arrangements en vue de la création de l'enregistrement. Néanmoins, dans la mesure où cette proposition est susceptible de soulever des problèmes, nous tiendrons pour bienvenues toutes les propositions qui seraient faites à ce sujet par les membres de l'industrie canadienne du disque. (p. 27)

#### Les oeuvres cinématographiques

Le terme "cinématographie" ou "procédé analogue à la cinématographie" devrait être défini de manière à désigner tout procédé par lequel il est possible d'obtenir l'effet de mouvement du cinéma, quelle que soit la technique employée (p. ex. la bande magnétoscopique). (p. 33)

Le sens de l'expression "oeuvre cinématographique" devrait s'étendre à la bande sonore intégrée à la pellicule. (p. 35)

Toutes les oeuvres cinématographiques devraient être regroupées en une même catégorie d'oeuvres originales. Les exigences en matière de droit d'auteur seraient les mêmes que pour les autres catégories d'oeuvres. (p. 41)

La qualité d'auteur d'une oeuvre cinématographique devrait être attribuée à son producteur, c'est-à-dire à la personne responsable des arrangements nécessaires pour la réalisation de l'oeuvre. Vu les problèmes que cette proposition est susceptible de soulever, les suggestions des membres de l'industrie canadienne du cinéma seront les bienvenues. (p. 45)

#### Les oeuvres des employés

La Loi sur le droit d'auteur ne devrait comporter qu'une seule disposition relative aux oeuvres faites par des préposés, laquelle reconnaîtrait à l'auteur (qui pourrait être un préposé) le droit de céder par contrat (notamment par contrat de travail), partiellement ou entièrement, son futur droit d'auteur à autrui (y compris à son employeur). (p. 57)

#### Les oeuvres faites sur commande

Il y aurait lieu d'abroger l'article 12(2) de la <u>Loi</u> <u>sur le droit d'auteur</u> et d'insérer dans celle-ci une disposition attribuant la propriété initiale du droit d'auteur à l'auteur, même dans le cas où l'oeuvre a été faite sur commande, sous réserve toutefois de convention contraire. (p. 65)

## Les oeuvres créées en collaboration

L'expression "oeuvres créées en collaboration" devrait être définie de la façon suivante : oeuvres réalisées par deux ou plusieurs auteurs désirant que leurs contributions deviennent les parties inséparables et interdépendantes d'un tout. (pp. 68 et 71)

La loi devrait préciser que les coauteurs sont tous également premiers titulaires conjoints du droit d'auteur sur toute oeuvre créée en collaboration, à titre de copropriétaires, sans qu'il y ait gain de survie. (p. 73)

Un cotitulaire devrait être habilité à céder, exercer ou concéder son intérêt dans l'ensemble du droit d'auteur sans l'autorisation des autres cotitulaires. (p. 75)

L'introduction à une action en contrefaçon par l'un des cotitulaires du droit d'auteur devrait empêcher les autres cotitulaires d'intenter séparément une action relative à la même cause d'action, tout en leur laissant le loisir de se joindre à l'action en cours. (p. 75)

Dans les cas où l'oeuvre créée en collaboration est inédite ou éditée pour la première fois ailleurs qu'au Royaume-Uni ou que dans un pays auquel la Loi sur le droit d'auteur s'applique, l'oeuvre devrait être considérée comme faisant objet d'un droit d'auteur, mais seuls ceux de ses auteurs qui sont des personnes "qualifiées" au regard de la loi seraient réputés titulaires du droit d'auteur au sens de la loi. (p. 75)

#### Les recueils

La définition actuelle du terme "recueil" devrait être remplacée par une énumération des caractères généraux des recueils, suivie d'une liste d'exemples. (p. 77)

La loi devrait prévoir que, sauf cession expresse du droit d'auteur ou des droits connexes, le titulaire du droit d'auteur sur le recueil est présumé n'avoir acquis que le droit de reproduire et de diffuser en tant que telles les différentes parties du recueil, de revoir et de corriger celui-ci et d'en faire paraître des éditions ultérieures. (p. 79)

La définition du recueil devrait être rédigée de manière à permettre la protection de tous les genres de recueils, quelle que soit la nature des oeuvres comprises dans le recueil. (p. 79)

La définition du recueil devrait supprimer la règle selon laquelle tous ses éléments constitutifs doivent être d'auteurs différents. (p. 79)

#### Les droits moraux

Lorsqu'une personne morale (corporation, etc.) peut être auteur, par exemple, dans le cas d'un enregistrement sonore ou d'un film, il y aurait lieu de lui accorder les mêmes droits moraux qu'à l'auteur qui est une personne physique. (p. 81)

Les droits moraux, comme les droits pécuniaires, devraient faire l'objet d'une cession ou d'une licence totale du vivant de l'auteur. À cela s'ajouterait une disposition prévoyant que l'auteur est présumé conserver tous les droits moraux qu'il n'a pas expressément cédés. (p. 87).

#### Les cessions et les licences

La loi devrait abolir le système actuel de cessions, ainsi que le caractère tripartite des licences (c'est-à-dire les licences auxquelles est jointe la cession d'un intérêt, les licences contractuelles et les licences simples); elle devrait leur substituer le concept d'une "transmission de droit de titulaire d'un droit d'auteur", c'est-à-dire une cession, un privilège, une licence exclusive ou tout autre transfert, aliénation, ou inscription hypothécaire d'un droit d'auteur, qu'il soit ou non limité sur le plan du temps ou de l'espace, mais ne comprenant pas la licence non exclusive. (p. 97)

#### La divisibilité du droit d'auteur

La Loi sur le droit d'auteur devrait énoncer que le titulaire du droit d'auteur peut transférer tout droit exclusif compris dans le droit d'auteur, y compris toute subdivision des droits spécifiquement énumérés dans la loi. (p. 99)

La Loi sur le droit d'auteur devrait exiger, pour qu'un transfert du droit de titulaire du droit d'auteur soit valide, qu'il soit fait par écrit. (p. 105)

# La transmission de la possession des originaux des oeuvres

La Loi sur le droit d'auteur devrait stipuler qu'en vertu d'un legs, une personne a droit, à titre de bénéficiaire ou autre, à l'original d'une oeuvre qui n'était pas publiée avant le décès du testateur, le legs doit, sauf indication contraire dans le testament ou dans un codicille audit testament, s'interpréter comme comprenant le droit d'auteur sur l'oeuvre dans la mesure ou le testateur en était le titulaire immédiatement avant son décès. (p. 105)

#### Droit d'auteur futur

La Loi sur le droit d'auteur devrait contenir des dispositions permettant la cession juridique valide d'un droit d'auteur futur, ou la concession d'une licence exclusive relative à un droit d'auteur futur. (p. 108)

### Les licences obligatoires

Les licences obligatoires visées par les articles 7(1) et 13 devraient être abolies et remplacées par une seule licence obligatoire qui présenterait les caractéristiques suivantes : (p. 118)

- (i) La licence devrait s'appliquer à toutes les catégories d'oeuvres protégées. (p. 119)
- (ii) La licence ne devrait s'appliquer qu'aux oeuvres qui ont été mises à la disposition du public (par distribution de copies de l'oeuvre, ou représentation et exécution en public, y compris la diffusion par radio ou autrement) (p. 119)
- (iii) Pour obtenir une licence, un requérant éventuel devrait démontrer à la satisfaction d'un organisme désigné (par exemple un tribunal des redevances de droits d'auteur) que :
  - le titulaire du droit d'auteur ou d'une partie de celui-ci, ou le porteur de licence exclusive a refusé, après que le requérant éventuel lui en a fait la demande, de publier de nouveau ou de permettre la représentation ou l'exécution publique de cette oeuvre, ou que,
  - malgré des tentatives raisonnables entreprises par le requérant éventuel, on ne peut trouver le titulaire du droit d'auteur ou une partie de celui-ci, ou le porteur de licence exclusive, et que,
  - à cause de ce refus ou de cette impossibilité de trouver ledit titulaire ou le porteur de licence exclusive, l'oeuvre n'est pas suffisamment disponible pour répondre aux exigences raisonnables du marché canadien. (p. 120)

- (iv) La licence devrait être "potentiellement disponible" dès l'expiration du délai de 15 ans à partir de la date où une oeuvre est mise à la disposition du public. (p. 121)
  - (v) Lorsque toutes les conditions précédentes auraient été remplies, le tribunal des redevances de droits d'auteur devrait alors avoir une grande discrétion pour octroyer une licence et pour fixer les conditions y afférentes (y compris le montant des redevances). (p. 120)

### Les licences d'impression

Les articles 14, 15 et 16 et les paragraphes (1) et (2) de l'article 28 devraient être abrogés et la disposition qui remplacera l'alinéa (3) de l'article 28 devrait supprimer toute mention quant à l'impression ou la fabrication au Canada. (p. 122)

## La licence de reproduction mécanique

Les recommandations de l'étude de M. Berthiaume et J. Keon, <u>La reproduction mécanique des oeuvres musicales au Canada</u>, devraient être adoptées. (p. 126)

# La réversibilité du droit d'auteur

Les dispositions de réversibilité du paragraphe 12(5) devraient être abrogées. (p. 131)

#### BIBLIOGRAPHIE

- Berthiaume M. et J. Keon, <u>La reproduction mécanique des oeu-</u> vres musicales au <u>Canada</u>, Ottawa, Consommation et Corporations Canada, 1980.
- Blomqvist, A.G. et C. Lim, Droit d'auteur, concurrence et culture au Canada: la Loi sur le droit d'auteur et les importations dans le domaine de l'édition et de l'enregistrement sonore, Ottawa, Consommation et Corporations Canada, 1981.
- Bogsch, A., The Law of Copyright Under the Universal Convention, 3<sup>e</sup> Ed., New York, R.R. Bowker Co., 1972.
- Cary, George D., "Joint Ownership of Copyrights", Studies on Copyright, Arthur Fisher Memorial Edition, New Jersey, Rothman Co. & Bobbs-Merril Co., 1963.
- Commission Ilsley, Commission royale sur les Brevets, le Droit d'auteur, les Marques de Commerce et les Dessins industriels, Rapport sur le droit d'auteur, Ottawa, Imprimerie de la Reine, 1958.
- Conseil économique du Canada, <u>Rapport sur la propriété in-</u> <u>tellectuelle et industrielle</u>, Ottawa, Information <u>Canada</u>, 1971.
- Copinger, W.A., The Law of Copyright, 2<sup>e</sup> éd., London, Stevens and Haynes, 1881.
- Copyright Society of the United States of America, Studies on Copyright, Arthur Fisher Memorial Edition, New Jersey, Rothman Co. & Bobbs Merrill Co., 1963.
- Dales, J.H., Pollution, Property and Prices, Toronto, University of Toronto Press, 1968.
- Dietz, A., Copyright Law in the European Community, Nether-lands, Sifthoff & Noordhoff, 1978.
- Fenning, "Copyright Before the Constitution", <u>Journal of the</u> Patent Office Society, 1935.
- Fox, H.G., The Canadian Law of Copyright and Industrial Design, 2e Ed., Toronto, Carswell, 1967.
- (Gregory) Copyright Committee, Report of the Copyright Committee, 1952, London, Her Majesty's Stationery Office, Cmnd. 8662, 1952.

- Harvard Law Review, "Protection of Artistic Integrity:

  Gilliam v. American Broadcasting Companies," vol. 90,
  1976.
- Keyes, A.A., et C. Brunet, <u>Le droit d'auteur au Canada:</u>
  propositions pour la révision de la loi, Ottawa,
  Consommation et Corporations Canada, 1977.
- Ladas, S.P., The International Protection of Literary and Artistic Property, vol. 1, Macmillan Co., 1938.
- Lahore, J., Intellectual Property in Australia: Copyright, Sidney, Butterworths, 1977.
- McDonald, B.C., "Review of Fox, H.G., The Canadian Law of Copyright and Industrial Design", Canadian Bar Review, vol. XLVII, 1969.
- Nimmer, M.B., "Implications of the Prospective Revisions of the Berne Convention and the United States Copyright," 19 Stanford Law Review, 1967.
- Nimmer, M.B., Nimmer on Copyright, New York, Matthew Bender & Co., 1979.
- Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, <u>Guide</u>
  <u>de la Convention de Berne pour la protection des oeu-</u>
  <u>vres littéraires et artistiques</u>, (Acte de Paris, 1971), Genève, 1978.
- Perry, R.M., "Copyright in Motion Pictures and Other Contrivances", Canadian Patent Reporter, 2<sup>e</sup> serie, vol. V, Canada Law Book, 1972.
- Phillips, J., "The Employer as Author and Owner of Literary Copyright -- Some Theoretical Reflections", European Intellectual Property Review, octobre 1979.
- Register of Copyrights, Supplementary Report of the Register of Copyrights on the General Revision of the U.S. Copyright Law: 1965 Revision Bill, 89th Congress, 1st session, Copyright Law Revision, part 6, 1965.
- Report of the American House of Representatives on Copyright, 92 Congress, 1st session, cat. n° 92-487, 1971.
- Report of the Committee to Consider the Law on Copyright and Designs (Whitford Report), London, Her Majesty's Stationery Office, Cmnd. 6732, 1977.

- Ringer, B. et L. Flacks, Applicability of the Universal Copyright Convention to Certain Works in the Public Domain and their Country of Origin, Paper prepared for the Intergovernmental Copyright Committee of the Universal Copyright Convention, 1979.
- Skone James, E.P., Copinger and Skone James on the Law of Copyright, 8e Ed., London, Sweet & Maxwell, 1948.
- Skone James, E.P., Copinger and Skone James on the Law of Copyright, 11e Ed., London, Sweet & Maxwell, 1971.
- Strauss, William, "The Moral Right of the Author", Studies on Copyright, Arthur Fisher Memorial Edition, New Jersey, Rothman Co. & Bobbs-Merrill Co., 1963.
- Torno, B.D., <u>Durée de la protection en matière de droit</u> d'auteur au Canada : situation actuelle et propositions de réforme, Ottawa, Consommation et Corporations Canada, (en voie de publication).
- Torno, B.D., Le droit d'auteur de la Couronne au Canada: un héritage embrouillé, Ottawa, Consommation et Corporations Canada, 1981.
- Torno, B.D., <u>La révision de la Loi sur le droit d'auteur et la nécessité de clarifier au préalable la notion d'"utilisation équitable"</u>, Ottawa, Consommation et Corporations Canada, 1981.
- Varmer, Borge, "Works Made for Hire and on Commission", Studies on Copyright, Arthur Fisher Memorial Edition, New Jersey, Rothman Co. & Bobbs-Merrill Co., 1963.



QUEEN Z 565 .T6714 1981 Torno, Barry La propriété du droit d'au

DATE DUE
DATE DE RETOUR

CARR MCLEAN

38-296

# **Canadä**