Faculté de Droit
Direction des bibliothèques

AVIS

L'auteur a autorisé l'Université de Montréal à reproduire et diffuser, en totalité ou en partie, par quelque moyen que ce soit et sur quelque support que ce soit, et exclusivement à des fins non lucratives d'enseignement et de recherche, des copies de ce mémoire ou de cette thèse.

L'auteur et les coauteurs le cas échéant, conservent néanmoins la liberté reconnue au titulaire du droit d'auteur de diffuser, éditer et utiliser commercialement ou non ce travail. Les extraits substantiels de celui-ci ne peuvent être imprimés ou autrement reproduits sans autorisation de l'auteur.

L'Université ne sera aucunement responsable d'une utilisation commerciale, industrielle ou autre du mémoire ou de la thèse par un tiers, y compris les professeurs.

NOTICE

The author has given the Université de Montréal permission to partially or completely reproduce and diffuse copies of this report or thesis in any form or by any means whatsoever for strictly non profit educational and purposes.

The author and the co-authors, if applicable, nevertheless keep the acknowledged rights of a copyright holder to commercially diffuse, edit and use this work if they choose. Long excerpts from this work may not be printed or reproduced in another form without permission from the author.

The University is not responsible for commercial, industrial or other use of this report or thesis by a third party, including by professors.

Université de Montréal

Université de Montréal

Le droit de distribution électronique

Essai sur le droit de distribution des œuvres en droit d'auteur canadien, américain, anglais et français

par

Pierre-Emmanuel Moyse

Faculté de droit

Thèse présentée à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de docteur en droit,

mars 2006.

© Pierre-Emmanuel Moyse

Vol. I de 2

Université de Montréal
Faculté des études supérieures

Cette thèse intitulée :

Le droit de distribution électronique

Essai sur le droit de distribution des œuvres en droit d'auteur canadien, américain, anglais et français

présentée par :

Pierre-Emmanuel Moyse

a été évaluée par un jury composé des personnes suivantes :

.....
président-rapporteur

.....
directeur de recherche

.....
membre du jury

.....
examinateur externe (doctorat seulement)

.....
représentant du doyen de la FES (doctorat seulement)

SOMMAIRE

Faut-il introduire dans les législations sur le droit d'auteur un *droit de distribution électronique* ? Voilà la question à laquelle cette étude tente de répondre. L'introduction d'un droit spécifique pour répondre aux phénomènes de transmission numérique des oeuvres a été considérée au plus haut niveau des instances internationales. Elle constitue l'une des solutions proposées lors des négociations des traités de l'OMPI de 1996, à côté de celle du droit de *mise à disposition* qui emportera finalement la faveur des plénipotentiaires. Au-delà de cette actualité, le sujet de la distribution invite à examiner sous plusieurs angles la structure patrimoniale du droit d'auteur, son histoire aussi, comment il a su évoluer et répondre, au cours des siècles et depuis l'imprimerie, aux nouvelles techniques de distribution des oeuvres. En fin de compte, c'est la portée du droit d'auteur, son impact sur l'exploitation commerciale d'un bien tout particulier, d'un bien intangible, qui sera étudiée. Nous verrons, en réalité, que cette discipline de la propriété intellectuelle prend une place prépondérante dans la nouvelle économie, celle de la société de l'information et qu'elle pose certainement les bases d'un nouveau système normatif qui supplante à la fois le droit des biens et le droit commercial. Cette étude annonce finalement l'avènement d'un nouveau système normatif.

Mots clefs : droit d'auteur – histoire du droit d'auteur – droit colonial - droit de distribution – droit de distribution électronique – droit de mise à disposition - droit de destination – droit d'importation – droit de location - droit de prêt – épuisement - dématérialisation

Should a digital distribution right be introduced in copyright law ? This study will attempt to answer the question. The introduction of a specific right to respond to the digital transmission of works has been pondered at the highest level of international institutions. The digital distribution right was considered as a serious option, together with the « making available » right, during the negotiations of the WIPO treaties of 1996. Over and above this consideration, the subject of distribution invites one to examine, from general perspectives, the economic structure of copyright, as well as its history, how it evolved and responded to new technological ways of distributing a work throughout the centuries starting form the beginnings of the printing press. All things considered, the scope of copyright and its impact on the exploitation of a particular good – the intangible good - will be studied. We will observe that copyright law plays a major role in the new economy of the information society. It lays down the foundation of a new normative system for distribution of intangibles, transcending both property and commercial law.

Key words : copyright – history of copyright – colonial law – distribution right – digital distribution right – « destination » right – importation right – lending right – rental right – exhaustion theory – dematerialisation

Remerciements

Mes remerciements vont ici au Professeur Ysolde Gendreau dont la collaboration dans la réalisation de cette étude a été inestimable. Si le lecteur y trouve rigueur et profondeur, comme je l'espère, c'est que mes réflexions ont été frappées au sceau de ses connaissances et de son expérience scientifique.

En souhaitant partager avec vous, Madame Gendreau, la réception de ce travail.

Cette étude a été rendue possible grâce au soutien financier du *Conseil de recherches en sciences humaines* du Canada, des *Fonds de recherche sur la société et la culture* du gouvernement du Québec et du *Centre de recherche en droit public* de la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

Montréal, février 2006,

Pierre-Emmanuel Moyse

ABRÉVIATIONS

A – En général

ADPIC	Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce
AIPLA	American Intellectual Property Law Association Quarterly Journal
ALAI	Association littéraire et artistique internationale
ASCAP	American Society of Broadcasters, Composers and Publishers
BIEM	Bureau international d'édition musico-mécanique
C. propr. Intel.	Code de la propriété intellectuelle
Ca	Canada
CAF.	Cour d'appel fédérale
CDPA	Copyright, Design and Patent Act, c. 48 (1988)
CMRRA	Agence canadienne des droits de reproduction musicaux
CRTC	Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes
É.-U.	États-Unis
Fr.	France
Lda.	Loi sur le droit d'auteur du Canada, L.R. 1985, ch. C-42
OMPI	Office mondial de la propriété intellectuelle
R.-U.	Royaume-Uni
S.I.	Statutory Instrument
SACEM	Société des Auteurs, Compositeurs et Éditeurs de Musique
SDRM	Société du droit de reproduction mécanique
TODA	Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur du 20 décembre 1996
TOIEP	Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes
U.S.C.	United States Code
UNESCO	Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture

B – Dans le cadre d'une référence à une revue, à une monographie ou à une citation de jurisprudence

A.C.	Law Reports, Appeal Cases, 3rd. Series
A.L.R.	Australian Law Reports
A.S.C.A.P.	American Society of Composers Authors and Publishers
Air L. Rev	Air Law Review
Am. J. Comp. L. Supp	American Journal of Comparative Law Supplement
App. Cas. Rep.	Appeal Cases Reports
App. D.C	Appeals cases, District of Columbia
B. U. J. Sci. & Tech. L.	Boston University Journal of Science & Technology Law
B.R.	Rapports judiciaires de Québec. Cour du Banc de la reine
Biss.	Bissell's United States Circuit Reports
Brooklyn L. Rev.	Brooklyn Law Review
Bull. cass. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambres civiles
Burr.	Burrow's Reports, K.B.
C.A.F.	Cour d'appel fédérale (Canada)
C.c.B.C.	Code civil du Bas-Canada
C.c.Q	Code civil du Québec
C.I.P.R.	Canadian Intellectual Property Reports
C.F.	Cour fédérale, section de première instance (Canada)
C.P.I.	Les Cahiers de propriété intellectuelle

C.P.R.	Canadian Patent Reporter
C.S.Q.	Recueils de jurisprudence du Québec. Cour supérieure
Can. Bus. L.J.	Canadian Business Law Journal/Revue canadienne du droit du commerce
Ch.	Law Reports, Chancery
Colum.-VLA J.L. & Arts	Columbia VLA Journal of Law and the Arts
Columbia L. R.	Columbia Law Review
Com. B. Rep	Common Bench Reports
Comm. & L.	Communications and the Law
Cornell L. Q.	Cornell Law Quaterly
D.	Recueil Dalloz-Sirey
D.A.	Le Droit d'auteur
D.I.T.	Droit de l'informatique et des télécoms
D.L.R.	Dominion Law Reports
D.M.C.A.	Digital Millenium Copyright Act
D.P	Dalloz périodique
De. G. & S.	De Gex & Smale's Chancery Reports
Duke L. J.	Duke Law Journal
E.I.P.R.	European Intellectual Property Review
E.R.	English Reports
Ent. L. Rev	Entertainment Law Review
Ex. C.R.	Canada Law reports, Exchequer Court of Canada
F. 2d, F.3d	Federal Reporter, Second Series, Third Series
F. Cas.	Federal Cases
F. Supp.	Federal Supplement
F.S.R.	Fleet Street Reports
F.T.R.	Federal Trial Reports
Fed. Comm. B.J.	Federal Communications Bar Journal
Fed. Comm. L.J.	Federal Communications Law Journal
Fox Pat. C.	Fox's Patent, Trade Marks, Design and Copyright Cases
Gaz. Du Pal.	Gazette du Palais
Geo. L. J.	Georgia Law Journal
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler teil
I.I.C.	International Review of Industrial Property and Copyright Law
I.L.R.	Indian Law Reports
I.P.J.	Intellectual Property Journal/Revue de propriété intellectuelle
I.P.R.	Intellectual Property Reports
I.D.E.A.	The Journal of Law and Technology
J. Copr. Soc'Y	Journal of the Copyright Society of the U.S.A.
J. of Radio Law	Journal of Radio Law
J. Pat. Off. Soc'y	Journal of Patent and Trademark Office Society
J.C.P.	Juris-classeur périodique (La Semaine juridique), éd. G., partie jurisprudence
J.E	Jurisprudence Express
K. B.	King's Bench
K.B.	King Bench
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence
L.J.	Law Journal
L.J. Rep.	Law Journal Reports
L.Q.R.	Law Quaterly Review
L.R.	Lois refondues
Lda	Loi sur le droit d'auteur (Canada)
MacG. Cop.	MacGillian Copyright Cases
McGill L.J.	McGill Law Journal
Neb. L. Bull.	Nebraska Law Bulletin

New Eng. L. Rev.	New England Law Review
O.R.	Ontario Reports
Ohio St. L.J.	Ohio State Law Journal
Ont. L. R.	Ontario Law Reports
Oregon L. R	Oregon Law Review
Ottawa L. Rev	Ottawa Law Review/Revue de droit d'Ottawa
P.I.	Propriétés Intellectuelles
P.I. D.A.	La propriété industrielle et le droit d'auteur
Pet.	Peters' United States Supreme Court Reports
R. du B. can.	Revue du Barreau canadien
R.C. de l'É	Recueil de la Cour de l'Échiquier
R..J.Q.	Recueils de jurisprudence du Québec
R.A.L.T.	Recueil - Académie de législation de Toulouse
R.C. de l'É	Rapports de la Cour de l'échiquier
R.C.D.A	Revue canadienne du droit d'auteur
R.C.F.	Recueil des arrêt de la Cour fédérale
R.C.S.	Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada
R.G.D	Revue générale de droit
R.I.D.A.	Revue internationale du droit d'auteur
R.I.P.I.A.	Revue internationale de la propriété industrielle et artistique
R.J.Q.	Recueil de jurisprudence du Québec
R.J.T	Revue juridique Thémis
R.S.O.	Revised Statutes of Ontario
R.T.D.Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
R.T.D.Com	Revue trimestrielle de droit commercial
S.	Recueil Sirey
S. African L.J	South African Law Journal
S. Cal. L. Rev.	Southern California Law Review
S.A.	South African Reports
Sim	Simon's Law Reports
Stat.	Statutes at large
T.L.R.	Times Law Reports
Tupp. App Rep.	Tupper Appeal Cases
U. Chi. L. Rev	University of Chicago Law Review
U. Queensland L.J	University of Queensland Law Journal
U.S.	United States Supreme Court Reports
U.S.C	United States Code
U.S.F. L. Rev.	University of San Francisco Law Review
V.L.R	Victorian Law Reports
Va L. Rev.	Virginia Law Review
Va. J. Int'l L.	Virginia Journal of International Law
Vanderbilt L. J.	Vanderbilt Law Journal
Ves. & B.	Vesey and Beames' Chancery Reports
Whittier L. Rev	Whittier Law Review
Y. & Col	Younge and Collyer's Chancery
Yale L. J.	Yale Law Journal

...à Claire, Anne et Alastair, à mes parents.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction générale **5**
Titre I - La nature du droit d'auteur: un droit de distribution ? **14**
Introduction **14**
Chapitre I - Les théories de la propriété intellectuelle ***19***
Section 1 - Précisions liminaires sur le concept de propriété 21
a) Le droit romain 22
b) Le particularisme de la notion de propriété en droit anglais 28
Section 2 - Les archétypes du droit d'auteur 38
a) L'archétype de la propriété ordinaire ou naturelle 40
1) L'emploi du terme propriété en droit d'auteur 40
2) De l'idée au concept juridique de propriété naturelle 44
3) Éditeurs et auteurs sur la notion de propriété 48
4) La soumission du droit d'auteur aux idées abolitionnistes 52
b) L'archétype de la propriété extraordinaire ou légale : la théorie de Renouard 59
c) L'archétype du droit personnel : les théories personnalistes 67
Section 3 - Les propositions de classification 72
a) Le droit d'invention 73
b) *Die Immaterialgüterrechte* 76
c) Le droit de clientèle 78
d) Le droit d'auteur comme « chose in action » 82
Chapitre II - La réception des théories générales par la jurisprudence et le droit positif ***89***
Section 1 - Le droit positif et la jurisprudence française 89
Section 2 - Le droit positif et la jurisprudence anglaise 93
a) Le particularisme du droit anglais 93
b) Les limites apportées au droit de propriété naturel par les tribunaux 102
c) L'alignement du droit américain sur le droit anglais 108
d) Les nuances du droit canadien 119
1) Le droit colonial 120
2) La doctrine 126
i) De Mignault à Perreault 127
ii) Keyes, Brunet et Roberts 133
3) L'article 89 de la Loi sur le droit d'auteur 137
4) Droit civil et droit d'auteur 142
Conclusion du Titre I : **147**

Titre II - L'avènement d'un concept économique : la distribution **152**
Introduction **152**
Chapitre I - L'International Copyright ***160***
Section 1 - Reproduction et importation comme éléments moteurs de la distribution 161
a) Les États-Unis et l'économie de la réimpression 162
b) Une France prosélyte? 173
c) L'exemple d'une industrie asservie: le Canada 182
1) Un droit nationaliste: la politique anglaise en matière d'importation 185
i) Genèse du recours en importation 186
ii) Une protection accordée aux nationaux 193
2) Un recours contre l'importation d'ouvrages imprimés avec l'autorisation de l'auteur? 199
i) L'œuvre importée a été imprimée à l'étranger 199
ii) L'œuvre importée a été imprimée dans les colonies 205

3) L'application des lois impériales au Canada....210
i) Le droit colonial : un droit de seconde catégorie....212
ii) Le système de licences légales de 1850....216
iii) Application concurrente ou prioritaire de la loi impériale....226
Section 2 - Le droit de traduction....234
a) Le droit dans la traduction....235
b) Le droit à la traduction....237
Chapitre II - Le régime des droits de reproduction, d'importation et de traduction à travers la Convention de Berne....251
Section 1 - Le commerce international du droit d'auteur....251
a) Les premiers accords bilatéraux et multilatéraux « pré-Berne »....252
b) Le droit d'auteur universel....259
Section 2 - Le sort des droits relatifs à la distribution dans la Convention de Berne....263
a) Le droit de reproduction dans la Convention de Berne....264
b) Le droit d'importation dans la Convention de Berne....268
c) Le droit de traduction....270
Conclusion du Titre II :....272

Titre 3 - La réponse du droit aux moyens mécaniques de distribution des œuvres....277
Introduction....277
Chapitre I - Les techniques ne créant pas de nouveau mode de distribution....280
Section 1 - La photographie....280
Section 2 - Le cinématographe....285
Section 3 - L'ordinateur électronique....293
Chapitre II - Les techniques créant un nouveau mode de distribution....299
Section 1 - Les instruments de reproduction de musique....300
a) L'antiphone....301
b) L'exclusion conventionnelle relative aux instruments mécaniques....306
c) Les solutions nationales....311
1) Le droit anglais....311
2) Le droit canadien....321
3) Le droit français de 1866 à 1917....322
4) Le droit américain....327
Section 2 - Les premiers pas de la télédistribution : de la radiophonie à la télévision....332
a) Anatomie de la radiophonie : esquisse canadienne....334
b) La qualification juridique de l'acte de radiodiffusion....339
1) Le droit d'exécution publique....339
i) Variation sur un même thème : la distribution dans l'éther....340
ii) Transpositions des principes au niveau national....343
2) Le droit de reproduction appliqué aux émissions radiophoniques....351
3) Le droit de radiodiffusion dans la Convention de Berne....357
c) Télévision, câblodistribution et satellites....361
1) La télévision....362
2) Câblodistribution et satellites....366
i) La nature de l'opération de télédistribution....367
ii) Du droit d'exécution au public au droit de retransmission....372
Conclusion du Titre 3....381

Titre 4 - Le droit de distribution électronique **386**
Introduction **386**
Chapitre I - Le droit de distribution de première génération ***391***
Section 1 - Le droit de distribution d'acception stricte dans les droits nationaux 392
a) Le droit de distribution en droit américain 393
b) Le droit de distribution en droit anglais 399
c) Le droit de distribution en droit canadien 405
1) Le droit de publication 407
2) La décision Théberge et la jurisprudence canadienne sur la distribution 417
3) Le Projet de loi C-60 et le droit d'effectuer le transfert de propriété des exemplaires 423
Section 2 - Les théories de la distribution 428
a) Les théoriciens de la distribution 429
1) La notion de « mise en circulation » dans les travaux de Strömholm 430
2) Les travaux de Spoor 439
b) La matérialité du droit de distribution 447
1) La définition moderne du droit de distribution 447
2) L'épuisement du droit de distribution 453
i) La règle de l'épuisement 454
ii) Présentation sommaire des types d'épuisement 458
iii) Justifications et critiques de la règle de l'épuisement 463
1) La propriété matérielle 464
2) Propriété matérielle et libre commercialisation des biens 466
3) L'idée de récompense 470
4) Le droit des utilisateurs 474
Section 3 - Les manifestations modernes du droit de distribution 482
a) Les droits spécifiques de distribution 483
1) Le droit de prêt public 483
i) La situation européenne 484
ii) La situation nord-américaine 487
2) Le droit de location 488
3) Les recours en importation 492
i) Le droit européen de l'importation 493
ii) Le droit canadien de l'importation et éléments de droit américain 499
1) Le droit canadien de l'importation 499
2) Éléments de droit américain 505
b) La théorie française du droit de destination 507
1) La thèse de Frédéric Pollaud-Dulian, « Le droit de destination - Le sort des exemplaires en droit d'auteur » 508
2) La réception de la théorie du droit de destination 511
i) Dans la législation 511
ii) Dans la jurisprudence 515
iii) Une relecture du droit d'auteur à travers la théorie de la destination 519
Conclusion du Chapitre I ***524***
Chapitre II - Un droit de distribution de seconde génération : le droit de distribution électronique ***527***
Section 1 - La question du droit ou des droits applicables à la distribution numérique 532
a) Le droit de reproduction 534

1) Le droit de reproduction : un succédané imparfait au droit de distribution 534
i) Un droit *photographique* 535
ii) Droit de reproduction et droit de distribution 545
iii) Le contrat : lieu de culture du droit de distribution ? 546
2) Le droit à la copie privée et la renaissance de l'idée de destination 551
i) Les origines de la copie privée 552
ii) Applications nouvelles de la copie privée aux reproductions numériques 559
1) Présentation du problème 560
2)L'exception de copie privée en droit canadien 564
a) Le régime général de l'article 80 Lda 565
b) La légalité de la source 571
iii) L'exception de *distribution* de l'article 80(2) 573
b) Le droit de communication au public par télécommunication 579
1) L'application de principe du droit de communication au public 581
2) L'interprétation du droit de communication au public en droit canadien 585
Section 2 - La solution d'un droit spécifique de distribution électronique 596
a) Ébauche d'une théorie de la distribution électronique - Document préparatoire OMPI/UNESCO, 1987 597
b) Le droit de location électronique 600
c) Le droit de distribution par transmission électronique 608
1) Contenu de la proposition américaine 608
2) Le droit de distribution électronique et le principe de la première vente 612
3) Réception de la proposition américaine 616
Section 3 - Le droit de mise à disposition : faux droit de communication ou vrai droit de distribution ? 624
a) Analyse fonctionnelle du droit de mise à disposition 625
b) L'incubation du droit de distribution 630
1) Éléments d'épistémologie juridique : l'origine du droit de mise à disposition 631
i) La mise à disposition d'exemplaires dans la définition d'« œuvres publiées » de la Convention de Berne 632
ii) La *mise à disposition* d'œuvres dans la Convention de Berne 635
2) Le droit de distribution comme droit de mise à disposition 637
i) La forme indicative du droit de mise à disposition 638
ii) Le *spécimen* américain du droit de distribution électronique 641
Conclusion du Chapitre II et du quatrième Titre 643
Conclusion générale 645
BIBLIOGRAPHIE 653

Introduction générale

Il est temps de faire valoir la vraie nature du droit d'auteur. Nous l'avons dévoilée : il est un droit de distribution.

Cette étude explore la relation entre le droit d'auteur et la distribution des œuvres sous forme immatérielle ou véhiculée par leur support. Nous soumettons que la relation qui unit droit d'auteur et distribution est inclusive : la distribution constitue un objet particulier du droit d'auteur. Il en serait même l'épicentre. Le conditionnel est ici de mise puisqu'il s'agit de notre hypothèse. Elle doit encore être vérifiée.

La tâche s'annonce ardue, car en réalité la notion de distribution est fluide, difficile à cerner. Elle s'infiltre, s'immisce de manière insidieuse dans notre droit, sous différentes formes, derrière une terminologie variée. Il faut avouer que les droits étudiés – canadien, anglais, français et américain – disent peu au sujet de la distribution. Les droits anglais et américain connaissent bien un *droit* spécifique de distribution[1], mais il ne semble pas occuper une place considérable au sein du système patrimonial. Il est absent des droits français et canadien. La doctrine quant à elle n'en a pas fait un sujet de prédilection ; il demeure donc largement inexploité. Notre champ d'analyse est également obstrué par l'omniprésence de droits que l'on dit principaux, tels le droit d'exécution mais surtout le droit de reproduction à qui l'on accorde des fonctions de plus en plus variées et qui fait office de droit universel, de droit *à tout faire*. À l'origine de cette étude fut donc un premier questionnement : pourquoi le droit d'auteur est-il encore présenté de façon monolithique comme étant essentiellement un *droit de reproduction* alors que le dessein premier d'une œuvre est d'être distribuée ? Le droit d'auteur n'aurai-t-il pas plutôt pour fonction de régir cette distribution ? L'œuvre est reproduite, soit, mais là ne s'arrête pas sa course. Elle a une destination commerciale : le marché.

On peut comprendre l'importance de la reproduction dans la mesure où l'exploitation d'une œuvre passe généralement, pour les œuvres imprimées en tout cas, par sa multiplication

[1] Article 16 CDPA et article 106, 17 U.S.C.

physique et donc par l'imprimerie. Il est le droit d'*imprimer*, la chose est entendue. Voilà une juste reconnaissance de la science par le droit. Mais est-ce tout ? Le droit de l'auteur se limite-t-il à autoriser ou interdire la mise sous presse ? Si tel était le cas, l'importance que prend notre matière aujourd'hui serait bien surfaite. En réalité, nous soumettons que la multiplication a pour seule fin la distribution et c'est cette fin que le droit d'auteur doit prendre en considération. Or, étonnement, sur le sujet de la distribution, le droit d'auteur se tait comme si le circuit commercial d'une œuvre n'était pas du domaine de sa compétence. Le juriste emploie d'ailleurs la métaphore de l'*épuisement* pour expliquer l'extinction du droit d'auteur dès lors que l'exemplaire est mis en marché. Le principe de l'épuisement fait prévaloir le droit du propriétaire du bien physique sur celui de l'auteur : la première vente d'un exemplaire d'une œuvre met fin au droit de l'auteur sur cet exemplaire; il peut donc être prêté, revendu, loué, etc. [2]. L'exemplaire est ainsi affranchi du droit qui réside dans l'œuvre et qui pourrait interférer avec le sort du bien physique qui l'incorpore. Le sort de l'exemplaire est finalement celui de tout autre bien, il est libre de circulation.

Certains auteurs ont combattu la primauté du droit matériel en faisant valoir la spécificité du droit intellectuel. Ils ont tenté de faire revivre le droit d'auteur en développant ou en appuyant la *théorie de la destination* qui vise à redonner à l'auteur le droit de contrôler la distribution des exemplaires qui auront été mis sur le marché avec son consentement[3]. Cette théorie, qui revient à consacrer un droit implicite de distribution par l'exégèse du droit de reproduction, a été élaborée en France et en Belgique[4], mais n'est pas connue des pays de tradition de *copyright*[5]. Là, le droit de copie – *copy right*[6] – est un droit sec, d'interprétation

---

[2] Dominique Graz résume bien la compréhension traditionnelle du principe de l'épuisement. Sans lui, écrit l'auteur, « le transfert de la propriété matérielle n'entraînant pas celui des droits intellectuels, l'acquéreur d'un bien protégé verrait son droit de disposition entravé par les droits de propriété intellectuelle subsistants », Dominique GRAZ, *Propriété intellectuelle et libre circulation des marchandises : étude de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle en droit suisse, en droit communautaire et selon l'Accord de libre-échange Suisse-CEE*, Genève, Librairie Droz, 1988, p. 61.

[3] Notamment, Stig STRÖMHOLM, « Le « droit de mise en circulation » dans le droit d'auteur - Étude de droit comparé », (1967) 80 *D.A.* 279, Franz GOTZEN, *Het bestimmingsrecht van de auteur*, Bruxelles, Larcier, 1975, Jaap H. SPOOR, William R. CORNISH et Peter F. NOLAN, *Copies in Copyright*, Alphen Aan Den Rijn, Pays-Bas, Sithoff & Noordhoff, 1980, Frédéric POLLAUD-DULIAN, Le droit de destination : le sort des exemplaires en droit d'auteur, Paris, LGDJ, 1989.

[4] André et Henri-Jacques LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2ième éd., Paris, Litec, 2002, pp. 246 et s.

[5] La théorie de la destination a été expressément rejetée en droit canadien dans le jugement de la Cour suprême *Théberge* c. *Galerie d'art du Petit Champlain Inc.*, (2002) 2 *R.S.C.* 336 : (p. 354) « À mon humble

stricte et, dans cette tradition, l'auteur a peu de contrôle sur la distribution de l'exemplaire de son œuvre à moins que le législateur ne décide d'augmenter expressément ses prérogatives[7].

L'idée de *destination* insuffle toutefois à la théorie générale du droit d'auteur une dimension que nous avons cherchée à lui redonner, à notre manière. Dans ce contexte, on comprendra que la thèse du professeur Pollaud-Dulian, intitulée « Le droit de destination »[8] constitue un point d'appui incontournable dans la réflexion consignée dans ces pages. Le professeur Pollaud-Dulian y défend l'idée selon laquelle le droit d'auteur emporte des prérogatives étendues au bénéfice de l'auteur et notamment celle de contrôler la distribution des exemplaires de l'œuvre par location, prêt ou autrement - à une époque où les droits de location et de prêt n'existaient pas. Le support physique est le véhicule de l'œuvre; cette fonction particulière justifie, selon lui, que sa *destination* puisse être contrôlée par l'auteur. Bref, la force du droit d'auteur doit s'appliquer à l'œuvre avec toute son intensité sans déflection due à la présence d'un corps physique : l'objet matériel doit être transparent au droit.

---

avis, cette interprétation large des droits économiques décrits au par. 3(1) fait trop pencher la balance en faveur du titulaire du droit d'auteur et ne reconnaît pas suffisamment les droits de propriété des appelants sur les affiches qu'ils ont achetées. En retenant cette interprétation élargie, on introduirait la notion civiliste de « droit de destination » sans que la Loi ne le permette, et on estomperait la distinction entre les droits économiques et les droits moraux que le législateur a pourtant imposée ».

[6] La version anglaise des premières lois canadiennes (loi de la Province du Bas-Canada puis du Canada) employaient d'ailleurs l'expression « copy rights » : *An Act for the protection of Copy Rights* (2 Gul. IV c. 53 (1832)) et *An Act for the protection of Copy Rights in this Province* (4&5 Vict. c. 60-61 (1841)). Le constat est le même en droit américain, par exemple : *An Act to amend several acts respecting copy rights* (ch. 16, article 1, 4 Stat. 436 (1831)). Renouard dira encore que « l'expression droit de copie, employée par les anglais et les allemands, est beaucoup plus juste », Augustin-Charles RENOUARD, *Traité des droits d'auteur*, Vol I, Paris, Jules Renouard et Cie, 1832, p. 456

[7] « Copyright in Canada has nothing to do with reselling a work : a right to resell follows from ownership of the copy », William T HAYHURST, « Intellectual Property As a Non-Tariff Barrier in Canada », (1990) 31 C.P.R. (3d.) 289, p. 306. Le professeur Strowel écrira également que : « en zone copyright, l'extension des droits des auteurs se réalise par voie législative, par l'adjonction de nouvelles prérogatives dans la loi, alors que dans le système de droit d'auteur, l'expansion des droits se fait plus facilement par l'intermédiaire des juges. Ce qui, certes, rend moins apparent ce phénomène d'expansion, mais a aussi pour effet de le fragiliser : la théorie jurisprudentielle et doctrinale du droit de destination en est un exemple », Alain STROWEL, *Droit d'auteur et copyright, divergences et convergences*, Étude de droit comparé, Bruxelles, Bruyant, 1993, p. 146.

[8] Frédéric POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination : le sort des exemplaires en droit d'auteur*, Paris, LGDJ, 1989.

La *théorie de la destination* oblige à s'interroger sur l'arrangement particulier des droits qui constituent le droit d'auteur. On observera, en réalité, que sa structure patrimoniale - telle qu'elle est présentée dans le droit positif - est bâtie *autour* de la distribution; le droit d'auteur s'implique peu ou pas dans le domaine de l'exploitation des exemplaires des œuvres. Le constat interpelle, car on ne saurait ignorer que c'est bien la distribution qui crée la valeur quantifiable de la propriété intellectuelle - non sa valeur artistique : c'est d'elle dont dépend la rémunération de l'artiste puisqu'il sera généralement payé en *proportion* des ventes. Ainsi, si effectivement le droit d'auteur refuse de régir la distribution, on peut avancer qu'il le fait au détriment des auteurs qui se voient privés d'une participation essentielle, d'un droit de regard, sur l'exploitation de leurs œuvres.

Il est difficile d'expliquer cet abandon, cet *épuisement* du droit d'auteur[9]. On aurait pu croire que cette *propriété* particulière eut mené à des solutions particulières : ce n'est pas un produit qui est distribué, c'est une œuvre. La spécificité de l'objet de droit justifierait certainement un régime dérogatoire. On commence d'ailleurs à le reconnaître : les accords ADPIC ont introduit un droit de location pour les logiciels et les phonogrammes[10]. Les Traités de l'OMPI de 1996 consacrent de leur côté, de façon expresse – même s'il est d'application limitée -, un *droit de distribution*[11], droit inconnu de la Convention de Berne.

---

[9] « In some circumstances the first sale or other disposition of a particular article by an intellectual property owner, or with his or her « consent », can be said to have exhausted some or all of the intellectual property rights in that particular article », W. T. HAYHURST, « Intellectual Property As a Non-Tariff Barrier in Canada », *loc. cit.*, note 7, p. 296.

[10] Les accords ADPIC (*Annexe 1C, Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*) conclus en 1994 prévoient un droit de location visant les programmes d'ordinateur et les oeuvres cinématographiques (article 11) ainsi que les phonogrammes (article 14.4).

[11] Ce droit de distribution concerne uniquement les programmes d'ordinateur, les œuvres cinématographiques et les phonogrammes et il est limité aux seuls objets physiques incorporant l'œuvre. Article 6 du *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur* de 1996 : « Droit de distribution - 1) Les auteurs d'oeuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser la mise à la disposition du public de l'original et d'exemplaires de leurs oeuvres par la vente ou tout autre transfert de propriété [...] » et la Déclaration commune s'y rapportant précise en effet que : « [...] les expressions « exemplaires » et « original et exemplaires », dans le contexte du droit de distribution [...], désignent exclusivement les exemplaires fixés qui peuvent être mis en circulation en tant qu'objets tangibles ». Quant à l'article 8 du *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes* : « - Droit de distribution (1) Les artistes interprètes ou exécutants jouissent du droit exclusif d'autoriser la mise à la disposition du public de l'original et de copies de leurs interprétations ou exécutions fixées sur phonogrammes par la vente ou tout autre transfert de propriété ». La *Déclaration commmune* concernant le TOIEP et accompagnant l'article 8 est au même effet : « Articles 2.e), 8, 9, 12 et 13 - Aux fins de ces articles, les expressions « copies », « copies ou exemplaires » et « original et copies » dans le contexte du droit de distribution et du droit de location prévus par ces articles

Malgré ces développements, le droit d'auteur demeure toujours réticent à intervenir dans un domaine qui apparaît être réservé au droit des contrats[12] et qui est fortifié par les principes de la libre circulation des biens[13]. Le domaine de la distribution, curieusement, se présente encore comme une zone franche, mais plus pour longtemps : avec l'exploitation numérique des œuvres, le droit d'auteur y entre désormais de plein pied.

L'évanescence de la copie matérielle est l'occasion d'un réexamen de la structure patrimoniale de notre droit. Les œuvres sont cette fois *distribuées* sans enveloppe matérielle. Cette mutation, ce changement d'état, soulève la question du droit applicable aux transmissions électroniques[14] et fait renaître, du même coup, celle d'un droit spécifique de distribution. Ainsi que l'écrira encore récemment et fort justement M. Mihály Ficsor, « the right of distribution emerged as one of the « candidates » for the right or rights to be applied for interactive transmissions »[15]. Et effectivement, le droit de reproduction que l'on avait assimilé tout entier au droit d'auteur, est cette fois placé devant une innovation

---

désignent exclusivement les copies ou exemplaires fixés qui peuvent être mis en circulation en tant qu'objets tangibles ».

[12] Cette analyse du Comité d'experts de l'OMPI au titre d'une étude sur le droit de prêt des œuvres imprimées publiée en 1987 résume assez bien les limites du droit de l'auteur dans le domaine de l'exploitation et donc de la distribution : « S'agissant des « œuvres imprimées », le droit le plus important est le droit de reproduction. Il permet à l'auteur d'arrêter – dans le cadre du contrat conclu avec l'éditeur – certaines conditions de diffusion de son œuvre (nombre d'exemplaires, territoires, langues dans lesquelles l'œuvre sera diffusée, etc.) et de s'assurer une rémunération appropriée », OMPI, Œuvres imprimées, Document préparatoire pour le Comité d'experts gouvernementaux OMPI/Unesco et rapport de ce comité, OMPI, Genève, 7-11 décembre 1987, (1988) 101 *D.A.* 42, p. 89.

[13] Brigitte CASTELL, *L'« épuisement » du droit intellectuel en droit allemand, français et communautaire,* Paris, P.U.F., 1989. L'auteur que par l'épuisement des droits de propriété intellectuelle les « juristes ont cherché un correctif susceptible de restreindre l'étendue du droit de commercialisation qu'ils jugeaient excessive et incompatible avec l'application du principe de libre circulation des produits ».

[14] Sur ce sujet beaucoup a été déjà écrit. Voir notamment, T. HARDY, « The Proper Legal Regime for « Cyberspace » », (1994) 55 *U. Pitt. L. Rev.* 993. Pierre-Emmanuel MOYSE, « Droit d'auteur et espace cybernétique : le dernier veau d'or », (1997) 1 *Auteurs & Media* 7. On mentionnera également les nombreux rapports nationaux et notamment : Canada : Rapport préliminaire du Sous-comité sur le droit d'auteur, *Le droit d'auteur et l'autoroute de l'information*, Ottawa, 1994; Industrie Canada, « Stimuler la culture et l'innovation : Rapport sur les dispositions et l'application de la Loi sur le droit d'auteur », Ottawa, Industrie Canada, 3 octobre 2002 ; France : Rapport Sirinelli, *Industries culturelles et nouvelles techniques*, La Documentation Française, juin 1994 ; États-Unis : Intellectual Property and the National Information Infrastructure (Bruce A. LEHMAN, dir.), *The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights*, Information Infrastructure Task Force, septembre 1995; Communautés européennes : *Livre Vert de la Commission des Communautés européennes sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information*, COM(95) 382 final, juillet 1995, et *Suivi du livre vert, « Le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information »*, COM(96) 568 final, Bruxelles le 20 novembre 1996.

[15] Mihály FICSOR, *The Law of Copyright and The Internet*, New York, Oxford University Press, 2002, p. 485.

technique qui le rend anachronique : l'idée de matérialité qui y est attachée gêne son application dans le tout numérique. Il doit laisser sa place, croyons-nous, à des droits dont l'essence est de régir l'œuvre sans son support. On comprend, dès lors, que les droits de la famille du droit de communication au public prennent désormais une importance particulière. Ils appartiennent à l'ère de la communication directe et sont nés de la radiodiffusion[16]. Là encore, de l'angle d'étude que nous avons choisi, ces droits peuvent être replacés dans un contexte de distribution. Ne sont-ils pas des formes embryonnaires d'un droit de *distribution numérique des oeuvres*? L'occasion est belle d'examiner la proposition d'autant que les conditions semblent réunies. En effet, l'expression *distribution électronique* – ou encore distribution numérique - devient de toute évidence l'outil descriptif privilégié de nombreuses analyses. L'auteur Nguyen Duc Long, notamment, qui traite dans sa thèse des aspects de droit d'auteur et de droits voisins, décrit la distinction technique qu'il faut faire entre les phénomènes de *diffusion numérique* et de *distribution numérique* et explique que :

> Par « distribution numérique », il conviendra au contraire d'entendre le fait de transmettre à distance une œuvre spécifique, préalablement numérisée, empruntant le canal numérique et transmise sur commande, à l'unité, au spectateur-consommateur. [...] À la différence de la diffusion numérique, elle implique la notion de stockage précédemment évoquée et, par conséquent, la conservation préalablement à l'acte de transmission, des œuvres numérisées au sein de bases de données et serveurs numériques. Dans ce cadre, il n'y a pas de définition préalable de séquences de diffusion ou de diffusion générale des œuvres, mais uniquement une communication ponctuelle des œuvres après un acte de commande préalable. [...] La distribution numérique se situe à un degré supérieur d'évolution de l'économie des systèmes : L'acte de transmission de l'œuvre et de visionnage ou d'audition par le public est plus proche sur le plan économique d'un acte d'achat de « produits », de type achat à distance (vente par correspondance, Minitel, etc.). Il tendrait même à supplanter la vente traditionnelle des supports des œuvres.[17]

---

[16] Les articles 11 et 11*bis* de la Convention de Berne.

[17] Christine NGUYEN DUC LONG, *La numérisation des oeuvres, Aspects de droits d'auteur et de droits voisins*, Paris, Litec, 2001, pp. 18-21. Angleterre : British Copyright Council, « Submission of The British Copyright Council to The Commission of The European Communities Concerning the Issues Raised by

La discussion sur la distribution électronique force de toute évidence à examiner la place du concept de distribution au sein du droit d'auteur quel que soit le media concerné. En réalité, l'attraction entre la distribution des exemplaires et la distribution numérique est forte. Dans les deux cas l'œuvre est *rendue accessible* – sur un étal ou sur un site Internet - et l'acheteur, tout comme l'utilisateur, décide de son acquisition. La jurisprudence américaine vient encore récemment de consacrer ce rapprochement dans une décision condamnant un utilisateur pour avoir déchargé des œuvres musicales protégées sans autorisation[18]. La Cour énonce que l'acte de décharger une oeuvre sans autorisation équivaut à s'approprier une copie d'une œuvre sans en payer le prix[19]. Elle conclut que : « music downloaded for free from the Internet is a close substitute for purchased music »[20]. Si la distribution électronique est une conjugaison moderne de la distribution des exemplaires, doit-on lui réserver le même sort, c'est-à-dire la soustraire largement au droit d'auteur ? Faut-il songer à adopter un *épuisement numérique* ? Ce n'est pas, en tout cas, la solution américaine qui condamne la distribution numérique des œuvres tout en maintenant l'épuisement du droit de distribution pour la distribution des exemplaires physiques. Récemment encore, le professeur Teresa Scassa abordera franchement la question de l'échange de fichiers sous l'angle de la *distribution* et posera la problématique en termes de politique législative :

> The distribution of works, particularly over the Internet, has been a source of great concern to many copyright industries and creators. The Internet allows those who are in possession of digital copies of works to distribute them widely, inexpensively, and rapidly. This is seen as a significant threat to the economic viability of industries, and the ability of creators to obtain a reasonable revenue stream from their works.

Digital Technology in The Field of Copyright and Related Rights », (1996) 1 *E.I.P.R.* 52. Et également, *Livre Vert de la Commission des Communautés européennes sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information*, COM(95) 382 final, juillet 1995 et *Suivi du livre vert, « Le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information »*, COM(96) 568 final, Bruxelles le 20 novembre 1996.

[18] *BMG Music, Inc.* v. *Cecilia Gonzales*, (2005) No. 05-1314 (Court of Appeals – 7ième Circ.), en ligne : http://caselaw.lp.findlaw.com/data2/circs/7th/051314p.pdf

[19] « Instead of erasing songs that she decided not to buy, she retained them. It is these 30 songs about which there is no dispute concerning ownership that formed the basis of the damages award. [...]. A copy downloaded, played, and retained on one's hard drive for future use is a direct substitute for a purchased copy—and without the benefit of the license fee paid to the broadcaster », *id.*, p. 2.

[20] *Id.*, p. 3. Cette analogie a des conséquences juridiques importantes puisqu'en droit américain notamment l'injection d'une œuvre dans le réseau peut mettre en cause le droit de distribution prévu à la loi : par exemple, *Playboy Enterprises, Inc.* v. *George Frena, d/b/a Techs Warehouse BBS Systems and Consulting, and Mark Dyess*, 839 *F.Supp.* 1552 (9 décembre 1993), p. 1557.

> These concerns are real and significant. There is much evidence that Internet distribution can significantly undercut the market for copyright works. However, Internet distribution is not a simple negative to be limited or controlled. In some cases, the ability to distribute works over the Internet is actually seen as an opportunity for many different creators to achieve audiences for their works in contexts where there would have been no commercial market open to them through the traditional industry models. In such cases, it is not distribution over the Internet that is a problem, the problems lie with the level of control a creator (or owner) can have over such distribution.
>
> Distribution over the Internet has been argued to be equivalent to sharing. The sharing of copyright protected works has always been largely legal. For example, a book purchased at a bookstore could legitimately be shared with any number of friends without falling foul of copyright law. [...]
>
> Prior to the advent of modern technologies of reproduction and distribution — particularly digitization and the Internet — "users" had implicit rights to share works protected by copyright. The concept that a copy of a work such as a book, once sold, could be shared by as many people as the purchaser chose, or, if placed in a library, could be read by a number of people limited only by the durability of the physical book was generally accepted. Further, the borrower or purchaser of a copy of a book could read all or parts of the book as many times as they chose; could underline or excise passages, and could write comments throughout if they chose. In this sense, it was accepted that consumers of works would have an un-supervised and unlimited form of access to the works. Digitization has given owners of copyright the power to develop models of production and distribution of works that can significantly limit the ways in which consumers interact with works.[21]

---

[21]Teresa SCASSA, *Interests in The Balance*, dans M. GEIST (dir.), *In The Public Interest - The Future of Canadian Copyright Law*, Toronto, Irwin Law, 2005, p. 41, pp. 62-63. L'auteur est d'avis que la distribution affranchie de droits peut servir l'intérêt du public (p. 63) : « In fact, sharing in such contexts can serve the public interest by exposing more people to cultural works even where cost might otherwise be a barrier to access. It also fosters shared explorations of works, as where friends discuss a book that has been shared between them. Advocates of file-sharing have argued that the Internet has simply facilitated a more widespread form of sharing that serves similar public purposes, although this view has also been strongly criticized. Yet some argue that file-sharing can assist consumers of copyright works in making informed choices about consumption; can foster criticism, debate, and discussion; and can enhance an individual's

La problématique de la réponse du droit aux différents phénomènes de distribution est rendue complexe, car jusqu'à présent la discussion n'a pas encore réellement eu lieu. Nous avons tenté, à notre mesure, de remédier à ce manquement. Notre sujet renvoie d'abord à la fonction du droit d'auteur, à sa nature : peut-il être le siège d'un droit général de distribution, est-ce dans sa constitution ? Logiquement, nous entreprenons notre analyse dans un premier titre libellé sous la forme d'une interrogation : « La nature du droit d'auteur: un droit de distribution ? » (Titre I). Nous avons vérifié ensuite l'hypothèse selon laquelle le droit d'auteur a pour fonction naturelle de régir la distribution des œuvres. Nous avons examiné également le rôle de la distribution sur l'évolution du droit d'auteur. Notre sujet nous mènera ici aussi loin que l'analyse historique de la distribution internationale du livre aux XVIII^{ième} et XIX^{ième} siècles (Titre II - L'avènement d'un concept économique : la distribution). Même si, à ce stade, nous entendons conclure que la distribution est une matière du droit d'auteur, qu'il en est un sujet central, il reste à déterminer comment le droit d'auteur doit répondre ou a effectivement répondu aux différentes formes de distribution. Est-ce à partir d'un droit général de distribution, d'un droit spécifique qui n'en porte pas le nom ? La technique législative utilisée est importante puisqu'elle permettra de proposer une approche moderne du droit de distribution. C'est ici que nous avons entrepris d'examiner les réponses du droit d'auteur aux différentes formes de distribution des œuvres (Titre III - La réponse du droit aux moyens mécaniques de distribution des œuvres). Enfin, notre dernier titre conjugue à la fois le droit positif et le droit prospectif. Il présente l'état actuel des législations américaine, française, canadienne et anglaise au sujet du droit de distribution des exemplaires et ouvre nos réflexions sur la solution du droit de distribution électronique présentée dans le cadre des négociations des Traités de l'OMPI de 1996 (Titre IV – Le droit de distribution électronique).

---

overall exposure to works of culture and knowledge. While this should not all be done at the expense of creators of works, there is a strong argument that there is something here to put in the balance for the interests of society ».

Titre I - La nature du droit d'auteur: un droit de distribution ?

Introduction

La doctrine moderne semble progressivement admettre que le système du droit d'auteur cherchait initialement à réglementer l'industrie naissante de l'imprimerie et le commerce du livre, non à organiser le patrimoine de l'auteur. Cette vérité, loin pourtant d'être une révélation, grand nombre l'endossent avec contrition, comme si elle était inavouable. On semble plutôt s'y résigner. Nous devons à la doctrine récente d'avoir rétabli le juste sens historique des premiers développements du droit d'auteur. L'un de ses éminents représentants, le professeur Ysolde Gendreau, notait encore récemment qu'à « moins d'un siècle de décalage, le droit d'auteur est né dans des circonstances relativement semblables en Angleterre et en France. Quand on compare leurs évolutions respectives, il est frappant de constater à quel point les contextes juridiques dans lesquels le droit d'auteur est né faisaient tous deux peu de cas de la personne de l'auteur »[1]. Certes, la doctrine se désunit par la suite en raison des nuances qui peuvent être apportées à une telle affirmation mais il reste que le droit d'auteur, jusque dans la seconde moitié du XIX^{ième} siècle, dessert plus qu'il ne protège les intérêts des auteurs. Puis le mouvement tend à s'inverser. Les législations tentent de réintégrer l'auteur, de le réhabiliter, en quelque sorte, à une législation qui lui a échappé. Parmi les correctifs apportés, on notera bien entendu la solution du droit moral. Les législations étudiées ont des positions fort variées à son égard mais il demeure un indicateur fiable permettant de connaître la mesure de ce redressement. En attendant, pour la période qui nous occupe dans cette première partie, période qui s'étend environ de la loi d'Anne (1709) à la signature de la Convention de Berne (1886), il faut accepter que le droit d'auteur ait été d'abord un droit d'imprimeur, d'éditeur et de libraire, c'est-à-dire d'entrepreneur. La distribution est sa matière première, son motif principal. Le droit d'auteur a été pensé comme un droit de distributeur.

---

[1] Ysolde GENDREAU, « À la recherche d'une propriété perdue! », (2005) 17 *C.P.I.* 551, p. 554.

L'expression même « droit d'auteur » ferait-elle donc mentir son origine ? Serait-elle une figure de style, un effet de texte? Les mots sont en tout cas disputés. L'expression « propriété littéraire et artistique » lui sera parfois préférée[2], expression plus neutre mais qui cette fois laisse présager une querelle de titres entre des propriétaires innommés ou pluriels. L'auteur n'est plus dans l'intitulé. Plus proche de nous, la rédaction de la loi canadienne illustre ce difficile choix terminologique et demeure imprécise quant à l'attribution du droit d'auteur. Au titre de la « possession du droit d'auteur », il est énoncé que « l'auteur est le premier titulaire du droit d'auteur »[3]. Il n'est pas dit que l'auteur est le créateur de l'œuvre. La formule est elliptique. Elle laisse d'abord entendre que l'auteur est le premier d'une multiplicité possible de titulaires. La formule est réductrice; l'auteur ne serait que le premier convoyeur du droit d'auteur. Dans une seconde acception, elle peut également vouloir dire que le premier titulaire du droit d'auteur peut recevoir la qualification d'auteur, le législateur ayant ainsi volontairement cherché à distinguer la personne de l'auteur de celle du titulaire du droit d'auteur. Elle suggère alors que le premier titulaire, une personne autre que l'auteur, puisse se voir accorder la qualité d'auteur. L'objectif du droit d'auteur se lit déjà à travers le jeu des mots et des définitions.

Et il n'y a pas que les ayants droit qui sont intéressés à l'exercice de définition du droit d'auteur. D'ailleurs, sous la plume du législateur, c'est l'État qui se prononce sur la propriété des arts et des lettres. Il veille à ce que la société ne soit pas spoliée par l'octroi d'avantages privatifs excessifs. À ce titre, Renouard, dans son traité publié en 1839, préfère le terme *copy-right* à droit d'auteur. Pour lui, « [l]'expression droit de copie, employée par les anglais et les allemands, est beaucoup plus juste »[4], elle met en lumière que le droit d'auteur est une concession de l'État.

---

[2] La terminologie choisie par le législateur canadien est représentative de ces premières hésitations. La première loi canadienne sur le droit d'auteur, celle adoptée en 1832 par le Parlement de la Province du Bas Canada portait l'intitulé suivant : *Acte pour protéger la propriété littéraire* et en anglais, *An Act for the protection of Copy Rights*, 2 Gul. IV c. 53 (1832) (Ca). En 1841, il devient un *Acte pour protéger les Droits d'Auteurs dans cette Province*, en anglais, *An Act for the protection of Copy Rights in this Province*, 4&5 Vict. c. 60-61 (1841) (Ca). L'alternance se poursuivra. L'utilisation de l'expression « droit d'auteur » dans la législation canadienne sera constante seulement à partir de 1890.

[3] Article 13(3) de la *Loi sur le droit d'auteur du Canada*, L.R. 1985, ch. C-42 (ci-après : « *Lda.* »).

[4] Augustin-Charles RENOUARD, *Traité des droits d'auteur*, Vol I, Paris, Jules Renouard et Cie, 1838, p. 456.

Ces hésitations terminologiques désignent-elles un même objet? Sont-elles de simples variations sémantiques? Participent-elles d'une même idéologie ou sont-elles l'indice de profondes divergences? Et surtout, laissent-elles une place à notre thèse, une nouvelle qualification, selon laquelle le droit d'auteur est un droit de distribution?

Après avoir consciencieusement passé en revue les théories de la propriété intellectuelle et étudié son histoire, nous arrivons à la conclusion que chaque terme se fait la résonance d'une ou plusieurs philosophies. Il s'ensuit que le choix terminologique n'est pas seulement figuratif mais bien indicatif d'une orientation politique. Patterson et Lindberg, dont les idées se rapprochent pourtant fondamentalement de celles émises par Renouard au XIX^{ième} siècle, critiquent l'emploi de l'expression « droit de copie » que ce dernier avait jugé si juste. Ils écrivent en 1991 que: « The term copyright itself is often erroneously viewed as being self-defining, meaning « the right to copy » and related misinterpretation have begun to receive wide public circulation »[5]. D'un côté comme de l'autre de l'Atlantique, les mots droit d'auteur, droit de copie, propriété littéraire et artistique, propriété intellectuelle mais encore privilège, droit exclusif et monopole, seront tour à tour employés. Aucun, jusqu'à aujourd'hui, n'emporte consensus. Pis : chaque terme, chaque expression, peut rassembler ou faire éclater la doctrine, chacun y allant de sa vérité. Ceci nous laisse toute latitude, oserons-nous avancer, pour soutenir notre théorie du droit de distribution!

La recherche du mot juste n'est pas seulement un exercice de rigueur. Il conditionne la création d'un régime de droit d'auteur cohérent avec l'ensemble de l'appareil juridique. Au XIX^{ième} siècle, le scepticisme terminologique se propage aux concepts et atteint son paroxysme avec la question de l'emploi du terme propriété. Tout comme Pouillet, la doctrine s'interroge : « Le droit d'auteur est-il une propriété? » ou est-ce « la simple récompense d'un service rendu à la société? »[6]. Il ne s'agit pas d'une simple querelle de

---

[5] L. Ray PATTERSON et Stanley W. LINDBERG, *The Nature of Copyright : A Law of Users' Rights*, Athens, Georgia, University of Georgia Press, 1991, p. 2.

[6] Pouillet évite le débat par une rhétorique peu convaincante et répond que la « question n'a qu'un intérêt purement théorique, et que personne ne songe à dénier aux auteurs un droit sur leurs œuvres; reste à savoir seulement comment on le nommera, car la querelle est surtout dans les mots ». Peu importe, poursuit-il, « que le droit de l'auteur soit où ne soit pas une propriété, [...] dès l'instant qu'il est clairement défini, déterminé par la loi dans ses effets, dans son étendue, dans sa durée ». Notre avis diffère sur ce point. Eugène

mots, mais d'une tentative de concilier les règles du droit d'auteur avec les principes généraux du droit auxquels elles sont subordonnées. La discussion sur la nature de ce droit est dans une large mesure une quête de rationalité objective mais également de cohésion avec les règles de droit préexistantes. C'est ainsi que le droit d'auteur s'est construit tantôt en opposition, tantôt en accord, avec d'autres principes juridiques au titre desquels nous citerons la liberté d'entreprise et la propriété privée. On s'aperçoit alors que l'emploi des termes propriété, monopole ou privilège, peut être lu comme une déclaration ouverte d'un rapprochement vers l'un ou l'autre de ces principes. Les auteurs Machlup et Penrose avaient très bien cerné l'enjeu de l'option terminologique. Commentant les discussions qui précédèrent l'adoption en France d'une loi sur les brevets d'invention, ils écrivent :

> There are many writers who habitually call all sorts of rights by the name of property. This may be a harmless waste of words, or it may have a purpose. It happens that those who started using the word property in connection with inventions had a very definite purpose in mind : they wanted to substitute a word with respectable connotation, « property », for a word that had an unpleasant ring, « privilege ». This was a very deliberate choice on the part of politicians working on the adoption of a patent law in the French Constitutional Assembly.[7]

Nous avons également examiné les lois nationales. Mais nous nous sommes vite rendu à l'évidence : elles sont imparfaites et ne transportent qu'une partie des informations qui nous permettent de comprendre le droit d'auteur. Le sujet de la distribution en est l'illustration. Les lois étudiées ne traitent pas, ou seulement de manière incomplète, des prérogatives de l'auteur quant à la distribution de ses œuvres. Comment expliquer qu'aujourd'hui cet auteur puisse jouir du droit de reproduire mais non de celui, combien plus important économiquement, de distribuer son œuvre?

Face au silence des textes, l'analyse fondamentale du droit devient alors incontournable. Il ne s'agit pas tant, comme le dira très justement le professeur Pierre-André Côté, de

---

POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique*, Paris, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, Marchal et Billard, 1879, p. 17.

rechercher le sens littéral des énoncés législatifs - puisqu'ils sont à notre avis lacunaires et présentent généralement au juriste un réel défi de compréhension - mais surtout de rechercher « le meilleur sens de la règle »[8] et ici, le sens du droit d'auteur. Il n'en faudrait pas davantage pour justifier cette étude sur la nature du droit d'auteur. L'exercice a clairement un intérêt pratique pour notre sujet. Les lois française et canadienne notamment ont en commun qu'elles ne reconnaissent pas *encore* expressément de droit de distribution[9]. En France, cependant, la théorie de la destination a permis d'étendre la définition du droit d'auteur et d'y inclure un droit prétorien de distribution au bénéfice de l'auteur. Le droit français s'est donc enrichi en allant puiser au-delà du texte. Le droit canadien, en comparaison, est plus figé. Il semble plutôt difficile de faire ressortir de l'analyse systémique une définition large du droit d'auteur. Et puisqu'il est avant tout une mesure, mesure des prérogatives accordées à l'auteur, le droit d'auteur canadien comme tous les autres droits étudiés d'ailleurs, à sa propre dimension, sa spécificité.

Ces nuances nationales tiennent essentiellement au sens que l'on veut attribuer à ce droit. Les tribunaux eux-mêmes, depuis quelque temps, semblent vouloir replacer les cas d'espèces dans un exercice plus vaste d'interprétation de la règle. La Cour suprême du Canada s'est récemment pliée à cet exercice. Dans l'affaire *Théberge* c. *Galerie d'art du Petit Champlain Inc*[10], la Cour devait se prononcer sur la réception de la théorie du droit de destination en droit canadien. Faute de trouver une réponse dans les textes, elle a expressément reconnu la nécessité d'interpréter « la protection du droit d'auteur », plaçant

---

[7] Fritz MACHLUP et Edith PENROSE, « The Patent Controversy in The Nineteenth Century », (1950) 10 *The Journal of Economic History* 1, p. 16.

[8] Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, Montréal, Éditions Thémis, 3ième éd., 1999, p. 314.

[9] La situation devrait pourtant changer en raison de la ratification par ces deux pays des traités de l'OMPI sur le droit d'auteur du 20 décembre 1996 (ci-après, « TODA ») et sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (ci-après, « TOIEP »). Ces deux instruments prévoient en leurs articles 6 (TODA) et 8 (TOIEP) un droit de distribution à l'endroit des exemplaires. Nous reviendrons sur la portée de ces textes au cours de notre étude mais nous noterons déjà la définition restrictive du droit de distribution qui vise exclusivement les supports matériels. La *Déclaration commune* concernant le TODA, articles 6 et 7, et la *Déclaration commune* concernant le TOIEP accompagnant l'article 8 sont au même effet : « [...] les expressions « exemplaires » et « original et exemplaires », dans le contexte du droit de distribution [...], désignent exclusivement les exemplaires fixés qui peuvent être mis en circulation en tant qu'objets tangibles ». Alors que le droit français n'a pas encore transposé les dispositions de 1996, le projet de loi C-60 du 20 juin 2005 manifeste l'intention de s'y conformer en introduisant sous l'article 3(1)j *Lda.* le droit nouveau « d'effectuer le premier transfert de propriété, notamment par vente, de toute forme matérielle et tangible de l'œuvre qui n'a jamais fait l'objet d'un tel transfert », voir *infra*, Titre IV, p. 373.

ainsi la résolution du litige sur un examen de la nature du droit d'auteur. C'est sous ce titre d'ailleurs, « La nature du droit d'auteur »[11], que le juge Binnie, pour la Cour, propose d'introduire la cause :

> À la lumière de la mondialisation des « industries culturelles », il est souhaitable, dans les limites permises par nos propres lois, d'harmoniser notre interprétation de la protection du droit d'auteur avec celle adoptée par d'autres ressorts guidés par une philosophie analogue à celle du Canada. Cela dit, il subsiste certaines différences conceptuelles entre le droit d'auteur de la tradition civiliste continentale et le copyright de la tradition anglaise. Ce sont ces différences qui semblent à l'origine du malentendu qui a donné naissance au présent pourvoi.[12]

La Cour suprême du Canada attribue expressément l'origine du problème qui lui est soumis aux distinctions conceptuelles mises généralement en perspective par la comparaison du système continental de droit d'auteur et celui de copyright. L'examen de la protection du droit d'auteur, et donc de la place du droit de distribution, appelle ainsi nécessairement une étude sur la nature de notre matière et qui devra se faire dans un cadre de droit comparé. En effet, et l'exposé de principe du juge Binnie le prouve encore une fois, il est d'usage de présenter les divergences qui opposent les systèmes de droit d'auteur et ceux de *copyight* sur la compréhension de leur matière.

Nous présenterons dans un premier temps les théories qui ont cherché à définir le droit d'auteur. Non pas qu'elles fussent inconnues du droit anglais, c'est cependant auprès de la doctrine continentale que nous trouvons les études théoriques les plus complètes. Nous ferons donc état de ces travaux (Chapitre I). La deuxième partie sera consacrée plus spécifiquement à la réception des théories continentales par la jurisprudence et le droit positif (Chapitre II).

Chapitre I - Les théories de la propriété intellectuelle

---

[10] *Théberge* c. *Galerie d'art du Petit Champlain Inc.*, [2002] 2 *R.C.S.* 336.
[11] *Id.*, p. 345.
[12] *Id.*, pp. 345-346.

Les règles de droit commun concernant la propriété privée sont-elles applicables, de manière supplétive, au droit d'auteur? Peuvent-elles accueillir une propriété proprement incorporelle? Doit-on au contraire concevoir le droit d'auteur comme un droit *sui generis* appartenant à une catégorie distincte? Autant de questions qui forcent l'observateur à s'interroger sur l'objectif politique du droit d'auteur et sur la place qui doit lui être faite dans le système juridique. Le législateur en sera d'ailleurs très tôt saisi en raison de l'importance que prendra la culture manuscrite et l'importance de la diffusion des idées mais également en raison des progrès techniques de l'imprimerie. Il devra donc composer avec la nouveauté de la matière répondant à la fois à la censure, la technique, et la propriété des écrits.

La doctrine de son côté va esquisser les premiers archétypes du droit d'auteur, c'est-à-dire des propositions générales sur ce qu'il devra être. Ce travail naît spontanément d'une réflexion générale sur la place des droits incorporels dans la théorie de la propriété[13]. La référence à la notion de propriété séduit d'abord en raison de la jonction qu'elle réalise avec l'ensemble des travaux et codifications concernant le droit des biens corporels, c'est-à-dire avec l'ancien droit. Sans vouloir entrer dans le traitement exhaustif du sujet du droit de

[13] Et ce modèle est plutôt emblématique de la tradition civiliste. Commentant le Code napoléonien, J.-M. BOILEUX écrit « Le droit de propriété, cette base fondamentale des États Civilisés, est donc au-dessus de toute constitution: méconnaître un tel principe serait nier la société elle-même: le législateur peut réglementer la propriété, mais il ne peut la détruire : son autorité ne va pas jusque là ». J.-M. BOILEUX., Code Napoléon, Vol II, Paris, Marescq Ainé, 1866, p. 653. Le Code civil français avait d'ailleurs introduit dans son livre deuxième traitant « des biens, et des différentes modification de la propriété » la loi du 11 mars 1957 relative à la propriété littéraire et artistique. La Loi française de 1992 est cependant venue consacrer la séparation du droit commun et du droit d'auteur puisque l'ensemble de la législation concernant la propriété intellectuelle est désormais codifiée au sein du Code de la propriété intellectuelle. *Loi n° 92-597 du 1er juillet 1992 relative au code de la propriété intellectuelle*, J.O., 3 juillet 1992, 8801. À titre de comparaison, le Code civil du Québec ne réalise pas ce rattachement. Certains articles concernant expressément la propriété intellectuelle y ont été insérés. L'article 458, qui règle le sort des biens incorporels dans la société d'acquêts entre époux, énonce que « les droits de propriété intellectuelle et industrielle » sont des biens propres. Seuls les fruits et les revenus qui en proviennent sont acquêts. L'article 909 concerne, quant à lui, les biens dans leurs rapports avec ce qu'ils produisent. Après avoir énoncé que les biens se divisent en capitaux et en fruits et revenus, le législateur précise la place des droits de propriété intellectuelle: « le capital comprend aussi les droits de propriété intellectuelle et industrielle... ». Le professeur Ysolde Gendreau examinant le nouveau Code civil écrit justement que : « Tout comme auparavant, la dualité du droit d'auteur fait en sorte que sa synthèse est impraticable et, partant, que son insertion parmi les institutions du Code civil a créées, tant l'opposition entre le droit de propriété et le droit de la personnalité, que le droit d'auteur semble seul parvenir à concilier en une seule institution, serait irréductible ». Ysolde GENDREAU, « La nature du droit d'auteur selon le nouveau code civil », (1993) 27 *R.J.T.* 87, p. 87. Voir également aux pp. 102 et s.

propriété, il nous apparaît opportun de présenter de manière liminaire les premiers enseignements du droit romain, socle fondateur de l'œuvre civiliste. Pour rendre également compte de la conception du droit commun anglais, nous introduirons également la notion de propriété en *common law*. Ceci fera l'objet d'une première section (Section 1).

La propriété privée est proposée - ou critiquée - comme système de référence à partir duquel il semble plus aisé de déterminer la nature juridique des biens incorporels. C'est à partir de ce travail de comparaison que la doctrine a pu proposer certains archétypes du droit d'auteur. Nous les présenterons dans notre deuxième section (Section 2). On peut situer ces travaux vers la fin du XVIII^{ième} jusqu'au début du XIX^{ième} siècle. Un second mouvement doctrinal, du fin XIX^{ième} début XX^{ième} siècle, va poursuivre la réflexion sur la nature particulière du droit d'auteur. Ne voyant aucune issue dans l'exercice de comparaison avec la propriété ordinaire, d'éminents juristes, tels Kohler, Picard et Roubier vont alors soumettre l'idée d'une catégorie distincte de droits patrimoniaux pour répondre au caractère spécifique des droits incorporels. Ce sera notre troisième section (Section 3).

L'histoire des idées juridiques françaises sera notre trame[14]. Elle servira de comparant pour présenter également, pour reprendre les termes choisi par le professeur Alain Strowel, les « convergences ou divergences »[15] qui existent avec le système de *copyright*.

Section 1 - Précisions liminaires sur le concept de propriété

Examinons d'abord le droit romain (a) puis la spécificité de la notion de propriété en droit anglais (b). L'influence du droit romain est notable sur les civilisations d'Europe continentale. En revanche, le système de la *common law* semble s'être développé de manière indépendante, voire en réaction contre le système romaniste. Cette particularité

[14] Cette priorité accordée au droit français se justifie d'abord pour des raisons documentaires : la doctrine française est plus riche, au moins en quantité. F. MACHLUP et E. PENROSE font la même observation au sujet des productions relatives à la questions du droit d'auteur perpétuel : « (...) there was in France a large literature urging perpetual rights in intellectual products, assignable and hereditary forever ». F. MACHLUP et E. PENROSE, « The Patent Controversy in The Nineteenth Century », *loc. cit.*, note 7, p. 8.

pourrait expliquer que la notion de propriété ait été si peu traitée en droit anglais alors qu'elle est au cœur des systèmes de droit civil.

a) Le droit romain

Certains historiens rapportent qu'à l'époque du règne des Ptolémées (323-30 av. J.C.), dans la Rome Antique donc, celui qui copiait une œuvre d'un auteur célèbre était immédiatement jugé au même titre qu'un vulgaire voleur et expulsé de la cité[16]. Il semble qu'un système de protection embryonnaire de droits et de privilèges existait au bénéfice de certains auteurs. Celui qui jouit du protectorat se voit garantir un statut social privilégié et les moyens de sa subsistance. Mme Marie-Claude Dock infère cette proposition de quelques témoignages que l'histoire rapporte jusqu'à nous:

> S'agissant des honoraires d'auteur, Cicéron, dont la correspondance est une source de renseignements les plus précis et les plus sûrs sur la société romaine, nous laisse présumer que des conventions relatives à l'édition de ses oeuvres étaient conclues entre lui et son éditeur Atticus.[17]

Si le développement des arts dans la cité est une préoccupation importante, l'idée même de propriété intellectuelle ne semble pas être acquise. L'idée de propriété en droit romain est celle de *dominium*[18], terme qui désigne à la fois le droit et la chose[19]. Dans l'état primitif de

---

[15] Alain STROWEL, *Droit d'auteur et Copyright, Divergences et convergences*, Bruxelles, Bruylant, L.G.D.J., 1993.

[16] Voir les propos de Harold C. STREIBICH, cités par Miladen VUKMIR, dans « The Roots of Anglo-American Intellectual Property Law in Roman Law », (1992) 32 *I.D.E.A.* 123, p. 132. Certains commentateurs et historiens du droit iront même jusqu'à dire que certains Institutes avaient pour rôle de garantir la protection de la propriété intellectuelle. À titre d'exemple, on mentionnera l'anecdote d'Aristophane le grammairien. Aristophane siégeait un jour parmi d'autres juges, afin de décerner un prix récompensant le meilleur essai littéraire en l'honneur des Muses et d'Apollon. Il se prononça en faveur du plus faible des candidats. Il prouva, en effet, par la suite que les ouvrages des autres athlètes étaient des copies serviles d'oeuvres préexistantes. Ainsi, nombre des contrefacteurs furent condamnés pour fait de vol et chassés hors de la cité. D'autres exemples sont rapportés par Marie-Claude DOCK dans son excellent article « Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire », (1974) 79 *R.I.D.A.* 127.

[17] M.-C. DOCK, *Id.*, p. 135.

[18] C'est d'ailleurs à tort que Stewart, dans la deuxième édition de son traité, introduit la notion de propriété intellectuelle comme donnant un *dominium* sur une oeuvre: « The subject of the property is incorporeal, it gives a *dominium* over the work, [...] », Stephen M. STEWART, *International Copyright and Neighbouring*

ce système, le droit va au premier occupant. Ce n'est que par la suite que la propriété devient non plus un fait naturel mais un droit, consacrant ainsi, indépendamment de la détention, un rapport juridique légitimant le pouvoir d'une personne sur une chose. Il n'est alors pas surprenant qu'entre les multiples formes d'accession à la propriété[20], la première soit l'acquisition par l'*occupatio* : elle constitue un droit naturel sur une chose matérielle. De ce fait, nombreux sont les théoriciens qui estiment que seules les choses matérielles ont une existence véritable. Cicéron sera de ceux-là[21].

Les idées étant par ailleurs des choses inappropriables, l'objet de l'effort intellectuel, l'œuvre, suivra le même sort : elle ne peut pas faire l'objet d'un droit privatif. De plus, si la distinction entre les choses corporelles et les choses incorporelles est déjà connue, elle n'a que peu d'incidence si ce n'est celle, toute académique, de proposer un système de classification[22].

L'idée de possession physique, de possession réelle, est si fortement inscrite dans l'esprit du législateur romain qu'elle empêche toute exégèse quant à l'existence d'un droit de propriété

---

rights, 2ième éd., Londres, Butterworths, 1989, p. 4. En effet, l'utilisation de ce terme romain mène directement à une amphibologie. À aucun moment les glossateurs n'ont rapporté la possibilité d'un dominium sur une chose incorporelle.

[19] Sur la propriété et le droit romain, voir en général, André Edmond Victor GIFFARD, *Précis de droit romain*, Vol. 1, 4ième éd., Paris, Dalloz, 1953, pp. 324-426; Michel VILLEY, *Le droit romain*, 10ième éd., Paris, PUF, 2002, pp. 70-95. C. ACCARIAS, *Droit romain*, Tome 1, Paris, Pichon, 1886, pp. 510-531.

[20] Accarias en compte sept: la mancipation, l'*in jure cessio*, la tradition, l'usucapion, l'adjudication, la loi et l'occupation. Selon Gaius, seules l'occupation et la tradition appartiennent au droit des gens, c'est-à-dire au droit naturel. C. ACCARIAS, *Droit romain*, *op. cit.*, note 19, p. 555. Justinien écrit: « Mais les choses deviennent de plusieurs manières la propriété des particuliers: de quelques-unes, en effet, nous acquérons la propriété par le droit naturel, [...]; de certaines, par le droit civil. Le mieux donc est de commencer par le plus ancien. Or, évidemment, l'ancienneté appartient au droit naturel, créé par la nature en même temps que le genre humain ». JUSTINIEN, *Institutes*, II, tit. I. L'occupation a ceci de particulier qu'elle porte sur des choses qui n'appartiennent à personne.

[21] Marie-Claude DOCK, *Étude sur le droit d'auteur*, Paris, L.G.D.J., 1963, p. 15. Alfred C. YEN, « Restauring the Natural Law: Copyright as Labor and Possession », (1990) 51 *Ohio State Law J.* 517, p. 523.

[22] Le professeur Troller note que ces « *res incorporales* ont pour substrat immédiat des biens corporels ou des choses équivalentes comme l'argent ou certaines prestations (par exemple le travail); elles confèrent des droits sur des choses corporelles préexistantes. [...] Tous les biens désignés par le terme *res incorporales*, de la servitude personnelle jusqu'à l'enseignement d'un professeur ou la direction d'un orchestre par un chef (ces activités étant prises en elles-mêmes, abstraction faite de la création intellectuelle qui est à l'origine et qui constitue une valeur en soi), sont soumis aux lois du monde corporel ». Kamen TROLLER, *Manuel du droit suisse des biens immatériels*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn, 1992, p. 19.

immatérielle[23]. Les systèmes civilistes en hériteront[24]. Ceci explique peut-être pourquoi, pour reprendre les mots du professeur Ysolde Gendreau, l'insertion du droit d'auteur au sein des institutions du Code civil demeure imparfaite[25]. On peut s'étonner du fait qu'une civilisation si riche culturellement n'ait pas su pousser l'analyse systémique vers la reconnaissance d'une propriété particulière. L'éminent historien du droit Ladas relève l'apparent paradoxe d'une société de droit qui prône le développement des sciences sans apporter à leur géniteurs les moyens d'une protection spécifique: «It seems strange that the idea of property in literary work, as distinguished from that in manuscript, had not been developped at the time »[26].

Les actions prévues par les lois romaines ne concernent pas la revendication d'un droit sur une chose incorporelle. Seule l'action *Rei vindictio* permettait à celui qui se trouve dépossédé de sa chose d'en revendiquer la propriété. Par cette action, le demandeur réclame non pas le droit en lui même, mais directement et corporellement la chose[27]. Le droit de propriété se fond en quelque sorte dans la chose elle-même[28]. On comprendra alors, peut-

---

[23] Cette remarque doit être nuancée. Les philosophes grecs, et notamment sous l'égide des pensées aristotélitiennes, avaient déjà fait la distinction entre les choses corporelles et les choses incorporelles. Cette distinction fut reprise plus tard en droit romain. Gaius, notamment, écrit dans son titre réservé au droit des choses que « ...les choses sont ou corporelles ou incorporelles. Sont corporelles celles que l'on peut toucher; exemples: un terrain, un individu, un vêtement, de l'or, de l'argent, [...]; sont incorporelles les choses qu'on ne peut toucher, telles que les choses qui consistent en un droit, comme une succession, un usufruit, [...] » GAIUS, *Les Institutes*, texte établi et traduit par Julien Reinach, Paris, Les Belles Lettres, 1950. Voir également M. VILLEY, *Le droit romain*, *op. cit.*, note 19, p. 72. L'élaboration ingénieuse d'une classification bipartite entre les choses corporelles et les choses incorporelles appelle tout de même une réflexion: comment se fait-il que ces savants juristes n'ont placé dans cette seconde catégorie que des droits et non la création intellectuelle elle-même?

[24] Le droit romain a également influencé le droit anglais dans une mesure que nous chercherons à décrire plus loin dans notre étude. Par exemple, voir William BLACKSTONE, *Commentaries*, Tome II, Londres, Dawsons and Pall Mall, 1966, ch. 26, pp. 400-404. Également chez les économistes anglais, Jeremy BENTHAM, *Lectures on Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 1978, pp. 81-83.

[25] Ysolde GENDREAU, « La nature du droit d'auteur selon le nouveau code civil », *loc. cit.*, note 13, p. 87.

[26] Stephen P. LADAS, cité par M. VUKMIR, « The Roots of Anglo-American Intellectual Property Law in Roman Law », *loc. cit.*, note 16, p. 134. Ladas reprend la distinction romaine et commente: « If Titius has written a poem, a history or an oration, on your paper or parchment, you, and not Titius, are the owner of the written paper ».

[27] GAIUS, *Institutes*, IV, 16, cité dans Charles DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, *La distinction des biens*, Paris, Imprimerie Générale, 1848, p. 20.

[28] Un ensemble de rites et de coutumes accompagnait la revendication d'une propriété devant un tribunal. Notamment, le demandeur qui revendiquait sa propriété apportait la chose, objet du litige, ou un morceau de la chose (par exemple quelques pierres ou une motte de terre) devant le jury et devait clamer la formule célèbre: «Je dis que cette terre est mienne en vertu des droit des Quirites». On parlera par la suite du droit quiritaire. Ce droit, très fort, faisait obstacle à toute intervention de l'État. Ainsi que le note Villey, « L'Etat

être, que les choses incorporelles, loin de toute perception physique, furent exclues de telles actions. Ce n'est plus la chose elle-même que l'on réclame, ni même un droit d'utilité comme il a été reconnu avec les servitudes et l'usufruit notamment, mais un droit exclusif sur une abstraction[29], sur une chose hors du sensible. Pour le droit romain, la chose matérielle, soumise totalement au droit réclamé, représente le droit. En revanche, il ne peut y avoir de droit sur une chose incorporelle puisqu'elle ne permet pas d'en donner une représentation concrète. L'empreinte de la possession matérielle empêche toute émancipation de la propriété intellectuelle. Le niveau d'abstraction du raisonnement n'est pas encore suffisant. En témoignent ces réflexions de Gaius, qui, dans un des rares passages de son œuvre, s'attarde à fixer les règles de la possession mobilière lorsque le meuble est une œuvre:

> Pour la même raison, il faut approuver la solution suivante: si on trace, fût-ce en lettres dorées, des caractères sur un rouleau de papyrus ou une feuille de parchemin t'appartenant, ils t'appartiennent également, car les caractères suivent le rouleau

---

n'ose pas même lever d'impôts sur les biens des particuliers, ni guère recourir à ce que nous appelons l'expropriation pour cause d'utilité publique ». M. VILLEY, *Le droit romain*, *op. cit.*, note 19, p. 81-82.

[29] La production d'exemplaires fut longtemps le fait de copistes. Chaque exemplaire représentait donc une masse considérable de travail. Le livre, fait d'encre et de papier ou de papyrus, était donc une valeur concurrente à l'oeuvre elle-même. Chaque édition pouvait être différente selon la commande du client. Il est donc certain que, dans ce contexte, posséder un livre ne signifiait pas la même chose qu'aujourd'hui. Même dans les premiers temps de l'imprimerie, la plupart des ouvrages ne se prêtaient pas à une large édition. Elizabeth Armstrong, dans son étude sur les privilèges d'imprimerie, relève que de 1505 à 1526 les presses parisiennes imprimèrent 7719 éditions, dont à peine six pourcent étaient couvertes par un privilège. Le reste appartenait donc au domaine public. Voir Elyzabeth T. ARMSTRONG, *Before Copyright : The French Book-Privilege System, 1498-1526*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, p. 78. Notons à titre d'exemple le cas du premier ouvrage de droit anglais, Littelton's Tenures qui fut imprimé pour la première fois en 1481 ou 1482, en quelques exemplaires seulement. Comme le remarque P.W. MARTIN, « Littleton's Tenures began as a teacher's book, written, in fact, for Littleton's son who was preparing a career in law. It was not intended for wide dissemination. [...] Littleton's book was not designed to fit into an extensive print system ». Peter W. MARTIN, « Pre-Digital Law: How Prior Information Technologies Have Shaped Access to and the Nature of Law », *Le droit d'auteur de la couronne à l'heure de l'autoroute de l'information*, Montréal, Centre de Recherche de Droit Public, 12 mai 1995, (1996) 30 *R.J.T.* 151, p.159. La propriété d'un tel exemplaire, devant la rareté des productions, devait avoir un tout autre sens que la possession d'un ouvrage publié à cent mille exemplaires. Il faut attendre la science et l'imprimerie pour que naisse à l'esprit la dichotomie oeuvre\support, le « clonage » de l'oeuvre étant ainsi rendu mécaniquement plus aisé. On s'est alors tourné vers la distinction entre l'original et les copies, puis vers celle, ultime, entre la chose incorporelle et le support. Bien que Stephen Ladas écrivait que « the roman booksellers did a flourishing business, and slave labor was employed to furnish copies promptly, cheaply, and on a large scale », on ne peut certainement pas voir une quelconque analogie avec l'industrie de l'édition telle qu'elle est apparue au XVIII^{ième} siècle. Cité par M. VUKMIR, « The Roots of Anglo-American Intellectual Property Law in Roman Law », *loc. cit.*, note 16, p. 133, note 25.

> ou la feuille. [...] Mais si sur une planche t'appartenant, on peint par exemple un tableau, il faut adopter la solution inverse: il faut mieux dire, en effet, que le panneau suit la peinture [...].[30]

Gaius règle la question de la propriété en faisant appel à l'adage *accessorium sequitur principali*: le propriétaire de la chose principale devient le propriétaire du tout. Gaius considère que l'écriture a une valeur moindre que son support. La solution est inverse s'il s'agit du tableau du peintre : l'oeuvre du peintre vaut plus que la toile. Cette discrimination s'explique par la valeur du travail ou la mesure de l'activité humaine en tant que critère d'appropriation. Gaius pose la problématique sans la résoudre. Elle lui survivra pendant des siècles pour être finalement résolue par l'adoption d'un régime de droit distinct en vertu duquel l'acte de possession ou d'occupation est indifférent, il s'agira du régime de propriété intellectuelle. En droit romain, l'attention portée à la définition des *choses*, à leur classification selon leurs modes d'accession, est essentielle. Ainsi, à défaut de définition satisfaisante, l'objet incorporel est traité à partir de la propriété réelle, en tant que démembrement ou variation : il vaut plus ou moins selon l'effort d'individualisation (pour Gaius par exemple, l'action du peintre emporte la propriété dans le support mais non celle du scribe). Mais la distinction avec l'objet physique s'explique mal. Étonnement, les nuances du droit sont mieux comprises pour l'usufruit ou les servitudes, des droits d'usage acquis généralement par *obligatio* sur un bien en propriété et non par possession. Ces institutions seront classées parmi les biens *incorporels* d'abord pour les distinguer de la nue propriété ensuite pour permettre leur dévolution par succession. On isolait bien ici, pour des raisons pratiques, le droit de la chose/propriété. Quoi qu'il en soit, le droit romain nous laisse avec une dépendance irrésistible à la propriété ordinaire. Ceci explique sans doute les résistances du droit civil relativement à une catégorie de droits dont l'objet est proprement incorporel et non pas seulement dérivé d'une propriété sur une chose. Le droit de propriété intellectuelle naîtra *sui generis* de cette tension afin d'accueillir au sein d'un *corpus juris* autonome ces droits dont le particularisme tient à la coexistence d'un bien incorporel et d'un bien corporel.

---

[30] GAIUS, Institutes, II, 77-78.

À ce titre, nous ne pouvons ignorer ni l'effet ni l'actualité de ces travaux sur le sujet du droit de distribution puisqu'ils amènent inévitablement la question du sort de la propriété intellectuelle au regard de la propriété dans l'objet qui l'incorpore, l'une pouvant être dite l'accessoire de l'autre, mais laquelle? Les mécanismes d'acquisition élaborés par le droit romain peuvent en effet être utilisés afin de faire prévaloir les droits du propriétaire du bien corporel ou encore du titulaire des droits intellectuels. Ainsi que le démontre le passage de Gaius, la dialectique romaine échoue à organiser une propriété complexe sur un objet mixte. Elle résout le conflit entre le peintre et le propriétaire du tableau en introduisant les notions de nature, valeur ou fonction; la propriété allant au plus *méritant* des deux corps, le papyrus dans un premier cas, la peinture, c'est-à-dire l'œuvre, dans le second.

En droit romain donc, les conflits de propriété sont réglés principalement en considérant la destination de l'objet matériel. Le raisonnement qui justifie la préséance des prérogatives de l'auteur, lorsque Gaius énonce que « le panneau suit la peinture », n'est pas explicité. Cette étape, laissée pour compte par Gaius, aurait certainement conduit à départir la création - donnant naissance à l'œuvre, objet immatériel - de la production du support[31].

Le droit romain ne distinguait donc pas le droit sur la création du droit sur la chose[32]. L'esprit romain ne concevait d'ailleurs que trois types de droits: le *jus personarum*, le *jus rerum*, et le *jus actionum*[33] c'est-à-dire le droit se rapportant aux personnes, aux choses et aux actions. Aucun d'eux ne permettait de faire place, à l'époque de leur élaboration, à la

---

[31] Justinien n'apporte pas de réflexions supplémentaires sur ce point. Il remarque seulement que le tableau doit rester propriété du peintre « car il seoit laide chose que la pointure (achetée) a tres bon poindeur suist le seigneur d'une povre table », JUSTINIEN, *Institutes*, II, 33-34, traduction dans François OLIVIER-MARTIN, *Les Institutes de Justinien en français*, Paris, Sirey, 1935, p. 67.

[32] À défaut de règles spécifiques, le droit romain apportait d'autres remèdes aux maux dont pouvait souffrir l'exploitation d'une oeuvre. Il serait illusoire, à notre avis, de faire remonter l'origine du droit d'auteur aux premières lois du XVIII^{ième} siècle. Ce serait bien méconnaître les profondeurs des civilisations romaines dont les enseignements remontent jusqu'à nous. Ce témoignage de Senèque ne manquera pas d'étonner: « Nous disons que les livres appartiennent à Cicéron; le libraire Dorus appelle les mêmes livres siens, et la vérité est des deux côtés. L'un les revendique comme auteur, l'autre comme acheteur; et c'est à bon droit qu'ils appartiennent à tous les deux, mais non de la même manière », extrait de De Beneficiis, VII.6., cité par M.-C. DOCK, « Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire », *loc. cit.*, note 16, p. 135.

[33] Gaius écrit: « Omne autem jus, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actions ». Gaius, *Institutes*, I, 8. L'expression de Gaius est traduite par Julien Reinach: « Les droits dont nous faisons usage se rapportent tous, soit aux personnes, soit aux choses, soit aux actions », GAIUS (J. REINACH), *Les Institutes*, *op. cit.*, note 23, p. 2. Sur l'étude de ces trois catégories de droit, René FOIGNET, *Manuel élémentaire de Droit Romain*, Paris, Rousseau, 1947, pp.43 et s.

revendication d'un droit de propriété intellectuelle. Pouillet, s'interrogeant sur la place des auteurs dans la Rome Antique, précisera ainsi que le droit des auteurs a existé de tout temps, mais n'est pas rentré dès l'origine dans la législation positive[34]. L'apparition progressive d'un droit positif reconnaissant le droit d'auteur est, quant à elle, concomitante à l'inadaptation des règles - pour la plupart coutumières - régissant la propriété ordinaire, inadaptation qui s'est accentuée avec le perfectionnement des techniques de reproduction puisque le support lui-même se dématérialise. On peut certainement dire qu'il s'est formé à la fois par analogie et en réaction au droit de propriété. Ceci est particulièrement vrai pour les systèmes qui ont reçu les enseignements du droit romain, comme le droit français, si prolixe dans les travaux de classifications et du droit des biens. Mais qu'en est-il de la réception du droit romain dans les systèmes de *common law* ?

b) Le particularisme de la notion de propriété en droit anglais

La Grande-Bretagne vit sous occupation romaine pendant un peu plus de trois siècles, d'environ 43 à 410 après notre ère[35]. C'est à cette dernière date que l'on situe le retrait des troupes romaines. Honorius, empereur romain, décide alors d'abandonner cette province appelée *Britannia* aux tribus barbares germaniques, notamment aux angles et aux saxons. Cette présence romaine, même si elle fut incomplète[36] et limitée à la moitié méridionale de l'île[37], est une des raisons pour laquelle la réception du droit romain constitue un sujet

---

[34] E. POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique, op. cit.*, note 6, p. 2. Il rappelle avec d'autres que le droit romain connaissait le vol de manuscrit « considéré, il est vrai, dans sa matérialité ». *Id.*, p. 3.

[35] La première expédition de Jules César daterait pourtant de 55 avant notre ère. Ernest NYS, *Le droit romain, le droit des gens et le Collège des docteurs en droit civil*, Bruxelles, Weissenbruch, 1910, pp. 11 et 20.

[36] Glasson écrira à ce sujet que « Malgré une domination de trois siècles, les Romains n'ont pas laissé, pour ainsi dire, de traces de leur passage dans la Grande-Bretagne, si l'on excepte les murs construits par l'ordre des Empereurs pour protéger le pays contre les invasions des Pictes et des Scots. C'est, qu'en effet, de toutes les provinces conquises, elle fut la dernière annexée et la première abandonnée; [...] ». Ernest GLASSON, *Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judiciaire de l'Angleterre*, Vol. I, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1882, p. 9. Nys est également de cet avis : « Rome exerça son empire sur la Bretagne pendant trois siècle. Jamais, on peut le dire, il n'y eut assimilation des populations indigènes; ce qui enlevait tout espoir de domination complète, [...] ». E. NYS, *Le droit romain, le droit des gens et le Collège des docteurs en droit civil, op. cit.*, note 35, p. 12.

[37] Nys précise encore que « Agricola (qui occupa le poste de gouverneur de la Bretagne de 78 à 86, nos précisions) avait reculé la Bretagne « romaine » jusqu'à l'isthme qui séparait l'estuaire de la Clyde et

encore très discuté, d'autant que la *common law* ou droit coutumier se présente très tôt comme un système singulier et fort distinct du système dit « romaniste ». Certains ouvrages savants ainsi que certaines cours reprennent, il est vrai, des préceptes du droit romain[38]. Ces emprunts semblent toutefois limités à l'énonciation de quelques adages et formules latines. Ils appartiendraient plus à l'ordre du figuratif qu'au droit substantif. Trois siècles d'occupation n'auront-ils rien laissé d'autre ?

À partir du XI^ième^ siècle, d'éminents juristes colligent et commentent les écrits des romanistes[39]. On connaît l'école de Bologne, ses dogmes et ses disciples. On étudie le *Digeste*. L'enseignement du droit canonique, incontournable en raison de la présence de l'église romaine à cette époque, profite également à celui du droit romain[40]. Si sous le règne d'Henri III tout laissait présager un triomphe du droit romain, le mouvement s'interrompt avec Édouard Ier. Un commentateur écrira à ce sujet qu'« après le gouvernement d'Édouard Ier, il apparut que le droit anglais n'avait pas seulement maintenu ses positions, mais qu'il avait rendu impossible un mouvement de « romanisation » comparable à celui qui commençait à s'accomplir sur le continent »[41]. Et Nys poursuit,

> [...] les statuts étaient là qui dictaient la solution. D'autre part, le droit coutumier ne cessait de se compléter; des jurisconsultes l'exposaient dans les livres; des maîtres l'enseignait. La victoire des éléments juridiques anglais fut rendue plus aisée par la circonstance que, seuls, des juges laïques siégèrent dans les cours temporelles et qu'ainsi ne s'exerça même plus l'influence indirecte de juges

---

l'estuaire du Forth; il fallut la resserrer dans des limites plus étroites. En l'an 122, Hadrien construisit, du golfe de Solway à l'embouchure de la Tyne, un mur d'un épaisseur de deux à trois mètres sur une hauteur moyenne de cinq mètres et demi [...] ». *Id.*, p. 12.

[38] En général, John Hamilton BAKER et Stroud Francis Charles MILSOM, *Sources of English Legal History*, Londres, Butterworth, 1986. Voir, notamment, p. 597 (énonciation dans un arrêt de 1569 des principes d'Ulpien).

[39] E. NYS, *Le droit romain, le droit des gens et le Collège des docteurs en droit civil*, *op. cit.*, note 35, pp. 38 à 40.

[40] Le droit civil - c'est ainsi que l'on désignait le droit romain - est enseigné dans les écoles de loi de Cambridge et Oxford. Il existait également, selon Nys, des fondations consacrées au droit romain. Parmi elles, signalons le collège de Merton qui fut établi en 1264 à Maldon puis transféré à Oxford en 1270. E. Nys, *Le droit romain, le droit des gens et le Collège des docteurs en droit civil*, *id.*, p. 46.

[41] *Id.*, p. 44.

> ecclésiastiques ayant étudiés quelque peu le droit canonique et le droit romain.[42]

Il demeure que, sans pouvoir parler de réception, le droit anglais a été infiltré par le droit romain. L'éminent Holdsworth donne la mesure de cette infiltration :

> We have received Roman law; but we have received it in small homoeopathic doses, at different periods, and as and when required. It has acted as a tonic to our native legal system, and not as a drug or a poison. When received it has never been continuously developed on Roman lines. It has been naturalized and assimilated; and with its assistance, our wholly independent system has, like the Roman itself, been gradually and continuously built up, by the development of old and the creation of new rules to meet the needs of a changing civilization and an expanding Empire.[43]

La décision d'Afrique du Sud, pays du *Commonwealth*, *Frank & Hirsch (PTY) Ltd.* c. *A Roopanand Brothers (PTY) Ltd*[44] témoigne encore de cette lointaine affiliation. Dans cette affaire, la défenderesse, une société importatrice de supports audio vierges, avait fait valoir qu'en acquérant légitimement lesdits supports elle était autorisée à les distribuer nonobstant les droits de propriété intellectuelle qui pouvaient subsister sur l'emballage. L'argument est accueilli en première instance, mais rejeté en appel par les tribunaux sud-africains. Le juge Booysen, pour la cour de première instance, pose la problématique puis répond à l'argument voulant que l'acquisition des support emporte, par *accessio*, l'autorisation d'importer les œuvres qui y sont reproduites. Il fait donc référence au principe de droit romain :

> [...] copyright in literary or artistic work is infringed by making an article which is a reproduction, publication or adaptation of the work without the licence of the owner of the copyright thereof. It would follow that the importation of such an article for purposes of trade would also constitute an

---

[42] *Id.*, p. 44. Également, William S. HOLDSWORTH, « Reception of Roman Law in the Sixteenth Century », (1912) 28 *L.Q.R.* 131, (partie III), notamment pp. 142-143.
[43] *Id.*, (1912) 28 *L.Q.R.* 236, (partie IV), p. 254.
[44] *Frank & Hirsch (PTY) Ltd.* c. *A Roopanand Brothers (PTY) Ltd.*, (1991) 3 *S.A.* 240, infirmée en appel, (1993) 4 *S.A.* 278.

> infringement. This is because the making of the article would clearly constitute an infringement of copyright. What is the position, though, of a physical reproduction of the work by *accessio* becomes part of a principal thing so that the thing thus made is not a reproduction, publication or adaptation of the work but a different thing altogether and what if such physical reproduction of the work together with other physical things by specificio becomes a new thing or article? [45]

La Cour d'appel ne suivra pas. L'influence du droit romain se veut donc plutôt subtile et se limite souvent à l'emploi de maximes. Elle est souvent difficile à identifier puisque elle s'accompagne toujours d'une transformation afin que l'élément de droit romain puisse se fondre dans le droit national. S'agissant des principes soulevés dans la décision *Frank & Hirsch* il ne fait aucun doute que les notions d'*accessio* ou de *specificatio* renvoient aux classifications du droit romain. Bracton, qui vivait sous le règne d'Henri III, et que l'on accuse parfois d'avoir tenté de romaniser le droit anglais[46], avait rapporté ces règles relatives au mode d'accession à la propriété. Dans son œuvre principale, *De legibus et consuetudinibus anglae*[47], il écrit : « Dominion is acquired by accession according to the jus gentium. By the *jus gentium* the dominion of things is acquired through accession, discernible or imperceptible, whether effected by growth or conjunction. [...] »[48] et plus loin encore, « [t]hings are acquired by specification. Dominion is acquired by us through specification, as where one makes a new object out of another's material; he will be the

---

[45] *Id.*, (première instance), p. 245.

[46] Dans son excellente étude sur l'œuvre de Bracton, l'éminent Scrutton rappelle que de nombreux auteurs refusaient de citer Bracton comme source du droit anglais. En introduction de son étude il écrit : « Of these the extent to which Bracton has « romanized the law of England » is a problem of much interest and perplexity. [...] M. Houard has been so struck with his Romanizing tendencies as to omit him entirely from his collection of Anglo-Norman legal sources, as a corrupter of the law of England. Sir Henry Maine speaks of « the plagiarisms of Bracton », and considers it « one of the most hopeless enigmas in the history of jurisprudence that an English writer of the time of Henri III should have been able to put off on his countrymen as a compendium of pure English law, a treatise of which the entire form and a third of the contents were directly borrowed from the Corpus Juris ». Biener holds that Bracton allows no legislative authority to Roman Law; Spence, that he reproduced Roman incorporations which were good and valid English law; while Prof. Güterbock is of the opinion that Bracton has in general reproduced only those Roman elements, which were actually received in England as valid law, though in some instances he has made additions to them. Where authorities differ so widely, a decided answer seems hardly possible ». Thomas Edouard SCRUTTON, « Roman Law in Bracton », (1885) 1 *L.Q.R.* 425, p. 425.

[47] Reproduit et commenté par Samuel E. THORNE, *Bracton on the Laws and Customs of England*, Vol. I et II, Cambridge, Mass., The BelKnap Press Harvard University Press, 1968.

[48] *Id.*, Vol. I, p. 43

owner of the new object he made »[49]. Il adopte également la division classique, *Res, in patrimonio nostro vel extra, corporales vel incorporales* (par exemple, les servitudes), mobiles vel immobiles, communes, nullius, publicae, universitatis, singulorium[50]. Plus encore, selon l'analyse scrupuleuse que fait Scrutton, Bracton copie presque à l'identique le travail du glossateur Azo sur le droit romain: « Occupatio, Alluvio, Accessio, Specificatio and confusio are all treated almost in the words of Azo, though Bracton omits most of the Roman illustrations of his model, and adds English ones »[51]. Sur la question de son influence en droit anglais, Scrutton dira encore que « English law is undoubtedly indebted for an extensive Roman terminology which survives to the present day »[52], ce qui explique les réminiscences sporadiques de droit romain dans la jurisprudence de *common law*. La mesure de la réception du droit romain dans le droit anglais varie selon les auteurs. Glasson écrit que les vieilles traditions et coutumes du droit commun anglais viennent plutôt des lois des saxons et il ajoute :

> [...] les vieilles traditions ne s'y sont pas altérées, comme dans les autres lois barbares, par l'influence du droit romain, qui n'avait jamais pénétré profondément en Angleterre, et dont les derniers vestiges, si toutefois il en existait, disparurent par l'asservissement complet des Bretons. Les traces des lois romaines que l'on peut relever dans la législation saxonne sont tellement fugitives qu'on n'en peut tenir aucun compte.[53]

---

[49] *Id.*, Vol. I, p. 47.

[50] T. E. SCRUTTON, « Roman Law in Bracton », *loc. cit.*, note 46, p. 433. Scrutton prévient toutefois le lecteur contre la conclusion trop hâtive de faire de cette classification celle adoptée par le droit anglais : « [...] whether the matter thus incorporated has survived in English Law are questions we must reserve ». *Id.*, p. 433.

[51] *Id.*, p. 434

[52] *Id.*, p. 441.

[53] E. GLASSON, *Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judiciaire de l'Angleterre*, *op. cit.*, Vol I, note 36, p. 22. Nys est également de cet avis, mais rappelle que certaines cours, dont les cours ecclésiastiques et celles de l'amirauté, continuèrent d'en connaître: « Si, en Angleterre, le droit romain vit singulièrement restreindre son champ d'application, s'il fut sans action directe sur le droit coutumier et sur le droit statutaire, il lui resta comme domaine les cours ecclésiastiques et il acquit également de l'importance dans la cour militaire et dans la cour d'amirauté ». E. NYS, *Le droit romain, le droit des gens et le Collège des docteurs en droit civil*, *op. cit.*, note 35, p. 46. Cross et Hand écrivent également que : « A general history of England must include some account of its early inhabitants and of their conquest and rule by Rome, but the historian of the English legal system has no need to push his inquiry so far back into the past, for though England was for more than three centuries a province of the Roman Empire, and, as such, governed by the Roman Law the Anglo-Saxon invasions of the fifth century A.D.destroyed all traces of the old legal order and replaced it with institutions which were, in their origin, purely Germanic. At various stages in its history English Law was deeply influenced by ideas derived from Roman jurisprudence, but it was in part to the

De l'avis de certains historiens, le droit romain connaît une « seconde renaissance »[54] à partir du XVI[ième] siècle. La doctrine reste toutefois sceptique quant à sa portée et ses effets sur le droit national. À cette époque, le droit coutumier éclipse définitivement le droit canonique ainsi que le droit romain. Il se complète, s'expose dans des livres et commence à être enseigné de manière plus méthodique, particulièrement dans les *Inns*, ces « hôtels de cour »[55]. Il prévaut également devant les cours et l'académie s'emploie à organiser la matière judiciaire afin de la présenter sous forme de système cohérent. Le droit romain ne se pose donc plus comme le seul système ordonné. Dans son étude sur la réception du droit romain au XVI[ième] siècle, l'éminent historien du droit, le professeur Holdsworth, met en garde contre les extrapolations. Certainement le droit romain a été connu du droit anglais, il aurait même menacé, selon certains commentateurs, le droit coutumier[56], mais, en fin de compte, il est loin de le supplanter :

> [...] in England there was no Reception. So far was England from receiving the Roman law that, at the end of the century, there were signs that the Reception which it might expect was reception of the common law.[57]

Le droit anglais se développe irrémédiablement à partir d'un matériel brut, constitué essentiellement de décisions, de règles procédurales, et non à partir d'exégèses des textes romains. Au contraire, le juriste civiliste bâtit son système à partir des textes, des « divisions et distinctions, ses règles et exceptions, amendements et additions, ses déclarations et répétitions » dira aussi Holdsworth[58].

---

return to England of a measure of Roman Law embedded in the Canon Law of the Church, and in part to the study of Roman Law itself by English judges, and is not at all attributable to any surviving traces of its old dominion here ». Également, Geoffrey N. CROSS et Geoffrey Joseph Philip HAND, *The English Legal System*, Londres, Butterworths, 1971, p. 1.

[54] E. NYS, *id.*, p. 53.

[55] E. NYS, *id.*, p. 45.

[56] W. S. HOLDSWORTH, « Reception of Roman Law in the Sixteenth Century », (1912) 28 *L.Q.R.* 131, (partie III), notamment pp. 131-137.

[57] W. S. HOLDSWORTH, « Reception of Roman Law in the Sixteenth Century », (1911) 27 *L.Q.R.* 387, (partie I), p. 387.

[58] *Id.*, (partie I), p. 393 (traduction libre).

Ces précisions sont d'une importance capitale si l'on veut comprendre le peu d'intérêt - comparativement aux pays du continent - que le droit anglais porte à la définition du droit d'auteur au regard du droit de propriété. Le professeur Alain Strowel, qui souligne les divergences entre le système de droit d'auteur et celui de *copyright*, note que le juriste anglais est moins préoccupé « de fixer la nature, l'essence des droits que de montrer leur justification, leur fonction »[59]. Le droit anglais connaît un système de classification. Il connaît également l'importance du droit écrit même s'il ne procède pas à une codification systématique des règles. Cependant, et la différence est fondamentale, le droit anglais pense le droit à partir des recours qui l'accompagnent. Il est tendu vers son application, vers l'exécution des décisions. La finalité de la règle suffit à la définir, peu importe son objet, peu importe même sa place dans l'ordonnancement juridique. Le juriste anglais initié au droit civil s'étonne d'ailleurs de l'importance accordée à la nature des droits et doute de l'utilité de cet exercice. La différence dans l'appréciation de la norme et de ses effets est telle qu'elle singularise définitivement le droit anglais[60].

---

[59] A. STROWEL, *Droit d'auteur et Copyright, Divergences et convergences*, *op. cit.*, note 15, p. 105. Également, le professeur Yen écrit en conclusion de son manifeste pour la reconnaissance d'un droit naturel à travers la théorie du copyright: « [...] we should use the natural law because it is already imbedded in our copyright concepts and because it is capable of justifying an initial assignment of rights through copyright law », A. C. YEN, « Restauring the Natural Law: Copyright as Labor and Possession », *loc. cit.*, note 21, p. 552. Desbois semble interpréter la loi française de 1957 comme l'expression claire d'un droit d'auteur recentré autour de la personne de l'auteur. H. DESBOIS, *Le droit d'auteur*, 3ième éd., (1978), p. 569. Le professeur Jane Ginsburg énonce la distinction classique généralement faite entre les systèmes de *copyright* et le droit d'auteur français ainsi: « [...] a leading French copyright scholar states that one of the « fundamental ideas « of the revolutionary copyright laws is the principle that « an exclusive right is conferred on authors because their property is the most justified since it flows from their intellectual creation ». By contrast, the U.S Constitution's copyright clause, echoing the English Statute of Anne, makes the public's interest equal, if not superior, to the author's ». Jane C. GINSBURG, « A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America », (1990) 64 *Tulane L. Rev.* 991, p. 992, publié également (1991) 147 *R.I.D.A.* 125.

[60] WILLIAMS, dans son excellente étude sur la division des droits réels et personnels, écrit : «Nevertheless the foregoing details with regard to the formulary system of procedure, point to the conclusion that the authors of the principal Roman division of actions did not take the relief afforded by process of execution as the test whereby to recognize the nature of an action *juris civilis*. They did not distinguish such actions as being in rem or in personam according to the result of the inquiry, whether the relief to be obtained therein were restitution on the one hand, or compensation only on the other: but they classified them according to the nature of the right therein asserted by the plaintiff and judicially declared valid by judgment in his favour». T. Cyprian WILLIAMS, « The Terms Real and Personal in English Law », (1888) 4 *L.Q.R.* 395, p. 397.

Dans *De legibus et consuetudinibus anglae*, Bracton reprend les divisions des biens et des droits, notamment la distinction entre les droit personnels et droits réels[61], mais un examen attentif des textes démontre qu'elles ne correspondent plus à leur signification première. Bracton joue avec la division originale pour la rendre plus conforme au droit national[62], ce qui permet au juriste T. Cyprian Williams d'avancer que « [...] the English real and personal actions did not correspond with the Roman *actiones in rem vel in personam* »[63]. Williams explique que l'action sera *in rem* ou *in personam* selon qu'elle mène à une restitution d'un bien ou à l'octroi de dommages, c'est-à-dire une réparation par équivalent. Selon lui, la classification anglaise introduite notamment par Bracton « does not put forward the nature of the right asserted in an action as the test of the nature of the action; but it distinguishes actions according to the process of execution obtained therein »[64] et il conclut que :

> It appears that in English law actions were classified as real or personal upon entirely different grounds from those which distinguished the Roman actiones in rem vel personam. In English law the notions associated with the term real action are first, that of specific restitution to be enforced by process against the very thing demanded, and secondly, that of the recovery of land, because land only was specifically recoverable. With personal actions in English law is associated the idea of compensation or damages to be enforced by process against the person only.[65]

C'est la réparation recherchée qui façonne le droit anglais. Il n'est donc pas étonnant qu'une institution aussi importante que la propriété ne puisse être appréhendée de façon synthétique. Le terme propriété en droit anglais est plutôt synonyme de patrimoine, ensemble de droits et de prérogatives variés aussi bien réels que personnels. Il ne fait pas

---

[61] En général, Samuel E. THORNE, *Bracton on the Laws and Customs of England*, *op. cit.*, note 47, p. 43 et s.
[62] Williams dira même que Bracton donne une interprétation déformée de la terminologie romaine. « Bracton, in applying the Roman terms actio in rem, action in personam, to English law, distorted their meaning, and used them in such sense that the term real and personal, as applied to actions and things in English law, have ever since been current with the notion of compensation attached to the one, and of specific restitution attached to the other ». T. C. WILLIAMS, « The Terms Real and Personal in English Law », *loc. cit*, note 60, p. 398.
[63] *Id.*, p. 395.
[64] *Id.*, p. 398.
[65] T. C. WILLIAMS, *Id.*, p. 405.

référence, comme c'est le cas en droit civil, au droit des biens et aux sous-divisions classiques entre les choses incorporelles ou incorporelles, meubles ou immeubles, etc., mais s'affirme dans le droit procédurier. Le droit anglais connaît la propriété réelle certes, mais également de propriété personnelle. À l'origine, cette « curieuse »[66] distinction entre propriété réelle et propriété personnelle coïncide plus ou moins avec celle, connue en droit civil, des biens immeubles et biens meubles. Elle s'est complexifiée par la suite avec la multiplication des recours, soit en restitution, soit en compensation, qui ont progressivement été admis dans chacune de ses branches. Le tableau de Williams fait état de la complexité et de la diversité des droits dits de « propriété » en droit anglais. Il se présente comme suit:

> Property
> = the sum of the things a man has, which are valuable in money. In other words, all the rights he has, which are capable of being exchanged for the ownership of money.
>
> Things are
> - corporeal, i.e. tangible objects, as land, gold garments, etc.
> - incorporeal, i.e. intangible; legal relations and rights, as an inheritance, advowsons, obligations and rights of actions.
>
> Things are also
> - real, i.e. recoverable in the realty or specifically, as lands and tenements descending to the heir.
> - personal, i.e. recoverable in the personalty. Things personal are chattels, which generally go to executor: but they are things personal which go to the heir.
>
> Chattels are
> - chattels real, or chattel interests in land; interests in land which are specifically recoverable, but go to the executor not the heir.
> - chattels personal.
> Chattels personal are things in possession = tangible moveable things, of which their owner has actual possession and enjoyment.
>
> Things in action = things to recover or realize which, if wrongfully withheld, an action must be brought; things in

[66] T. C. WILLIAMS, *Id.*, p. 394.

> respect of which a man has no actual possession or enjoyment, but mere a right enforceable by action.
>
> Real property then
> = things recoverable specifically, and descending to the heir
> = real hereditaments, corporeal or incorporeal.
>
> Personal property
> = things recoverable in the personalty.
> = chattels, real as well as personal, including personal hereditaments.[67]

La classification classique anglaise est casuistique et non synthétique. Elle n'a d'autres fins que celle de présenter sa composition en fonction des recours possibles. Tout différent est l'exercice de classification du droit romain puisque le régime des droits dépend de la catégorie dans lequel peut s'inscrire son objet. C'est l'objet du droit qui détermine son caractère appropriable ou non, d'où l'insistance des civilistes à définir et classer les biens, à prévoir pour chacun d'eux un régime préétabli. Le caractère mixte de certaines matières, comme les droits d'usage qui peuvent grever un bien corporel, ou leur nouveauté, telle la propriété intellectuelle, pose un réel problème au civiliste. La création d'une catégorie spécifique pour recevoir cette nouvelle matière, donc l'extension des classes, est le signe manifeste que la méthode synthétique s'avère inopérante et marque les limites de la systématisation. Le droit anglais n'est pas gêné par l'hétérogénéité des situations. Une fois qu'un intérêt est défendable, peu importe son objet, qu'il s'agisse d'un territoire (*land*), d'un bien mobilier particulier (*chattel*), le droit lui prescrit une solution particulière. Ici la propriété peut être personnelle si le recours mène à une compensation en valeur, ou réelle si la restitution est possible. Le droit anglais s'intéresse bien moins à la question de savoir si le droit d'auteur appartient à une catégorie juridique qu'à celle de prévoir un redressement adéquat. D'ailleurs, la question de savoir si le droit de propriété intellectuelle est un droit de propriété personnel ou réel ne semble pas avoir été le ferment de quelconque discussion doctrinale. Tout au plus, durant la décennie 1890-1900, quelques intellectuels

[67] T. C. WILLIAMS, *Id.*, p. 408.

s'interrogeront sur la pertinence de qualifier le droit d'auteur de « chose in action »[68]. Nous reviendrons plus tard sur cette curiosité du droit anglais.

Cette réflexion fondamentale sur la place des droits immatériels dans l'ordre juridique classique va donner lieu à plusieurs essais de description du phénomène juridique qu'est le droit d'auteur. L'exercice était nécessaire d'abord pour mieux expliquer les enjeux spécifiques de cette *nouvelle propriété* par rapport aux autres types de propriété et ensuite pour poser les bases et les principes directeurs d'une nouvelle matière à légiférer. Les premières analyses du droit d'auteur étaient ainsi particulièrement descriptives, certaines prendront appui sur le droit des biens, d'autres souligneront son caractère personnel, de sorte que l'on peut dégager aujourd'hui certains *archétypes* du droit d'auteur.

Section 2 - Les archétypes du droit d'auteur

Le fait que les fondements du droit d'auteur doivent être recherchés davantage dans la réglementation du commerce des livres ne doit pas nous faire oublier les réflexions fondamentales concernant la place de l'auteur dans l'ordre des choses et de la création. L'acte de création n'est plus attribuable à Dieu, mais bien à l'inspiration humaine. L'auteur devient créateur et cesse d'être un artisan qui organise les textes anciens. Le dépassement de soi qui trouve son expression dans une forme artistique unique s'explique non plus par une intervention divine mais par une théorie de l'esthétisme. Irrémédiablement, le rapport de l'auteur à l'œuvre, défini essentiellement comme un rapport de travail, va supplanter celui de l'auteur à un ordre métaphysique. Les philosophes du XVIII^{ième} siècle, selon Martha Woodmansee, vont dégager la notion moderne d'auteur comprenant enfin qu'elle conditionne leur participation pécuniaire à l'exploitation commerciale des œuvres. L'idée d'auteur renvoie désormais à celle d'un individu auquel on attribue pleinement la création d'une œuvre unique: « Eighteenth-century theorists minimized the element of craftsmanship (in some instances they simply discarded it) in favor of the element of inspiration, and they

[68] Notamment, Spencer BRODHURST, « Is Copyright a Chose in Action », (1895) 15 *L.Q.R.* 64; T. C. WILLIAMS, Property, Things in Action and Copyright », (1895) 11 *L.Q.R.* 223; Charles SWEET, » Choses in Action », (1895) 11 *L.Q.R.* 238.

internalized the source of that inspiration. That is, inspiration came to be regarded as emanating not from outside or above, but from within the writer himself. « Inspiration » came to be explicated in terms of original genius, with the consequence that the inspired work was made peculiarly and distinctively the product - and the property - of the writer »[69]. Puisque l'écriture cesse d'être un acte de foi et devient la réalisation d'un travail, le débat sur la propriété intellectuelle ne pourra désormais se faire sans prendre en considération les revendications des auteurs.

Pourtant, pour des raisons conjoncturelles la question de la propriété de l'auteur sur son œuvre fut introduite lors des discussions parlementaires, non par les auteurs, mais par les marchands. Les effets patrimoniaux et pécuniaires que cette qualification leur permet d'escompter s'inscrivent dans l'ancienne pratique des privilèges. En effet, comme l'écrit le professeur Pollaud-Dulian, déjà sous l'Ancien Régime, l'auteur épuise tout droit sur l'œuvre en cédant son manuscrit[70]. Pour les entrepreneurs, la définition des droits cédés est cruciale. La liberté d'en faire commerce, tant dans la forme que dans la durée de l'exploitation, en dépend directement. Les libraires sont donc les premiers à avancer l'idée d'un droit d'une propriété naturelle de l'auteur sur son œuvre, premier archétype du droit d'auteur (a).

L'idée de la propriété naturelle connaît également ses détracteurs. Renouard est l'un de ceux-là. Il est le premier spécialiste en propriété intellectuelle à souligner l'insuffisance, voire l'inadéquation de la référence à la propriété. Ce faisant, il découvre la limite de l'exercice du droit dans le rapport entre l'auteur et la société : pour lui l'auteur n'est pas le détenteur des droits exorbitants sur la chose incorporelle : il n'est pas un propriétaire, mais un bénéficiaire au statut particulier. Il dispose alors de prérogatives déterminées par la loi et subordonnées au bien-être social. Il est un locataire de sa propre œuvre plutôt qu'un propriétaire. Ses actions sont limitées en nombre et en espèces. Il s'agit du second archétype du droit d'auteur, le recours à l'équité sociale (b). Enfin, la théorie de Renouard

---

[69] Martha WOODMANSEE, « The Genius and the Copyright : Economic and Legal Conditions of the Emergence of The « Author » », (1984) 17 *Eighteenth-Century Studies* 425, p. 427.

[70] Frédéric POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination - le sort des exemplaires en droit d'auteur*, Paris, L.G.D.J., 1989, p. 112. Martha Woodmansee fait le même constat. Parlant de l'auteur elle note que : « His

contraste avec celle des personnalistes qui recentrent cette fois le rapport juridique sur la personne de l'auteur (c). La présentation de ces théories fait apparaître le spectre des solutions législatives possibles.

a) L'archétype de la propriété ordinaire ou naturelle

La question de savoir si le droit d'auteur est un droit de propriété - sous-entendu un droit *naturel* de propriété - s'est présentée à plusieurs reprises dans l'histoire du droit d'auteur et du *copyright*. Il semble d'ailleurs qu'elle soit loin d'être résolue si l'on en croit le nombre de publications récentes qui y sont, de prêt ou de loin, consacrées[71]. Les avatars du mot même de « propriété », à travers l'évolution du droit positif, révèlent assez bien d'ailleurs les hésitations quant à ce choix terminologique. Nous procéderons d'abord à une brève recension terminologique du terme propriété (1). Ce dernier n'a pas accédé directement au vocabulaire juridique du droit d'auteur. Il est l'expression d'une *idée* bien plus que d'un concept (2). Le passage obligatoire à la norme mettra en opposition auteurs et éditeurs, mais également les éditeurs entre eux, au point d'ailleurs d'accaparer la matière (3). Les éditeurs de Londres et de Paris, nantis de leur profession en raison des avantages que l'ancien régime leur avait procurés, vont s'employer à préserver ce statut de privilégiés. L'insistance avec laquelle ils tenteront de préserver leur fortune se retournera bientôt contre eux. Malgré leurs démarches politiques, ils se heurteront à un fort courant abolitionniste qui empêchera la reconduction de leurs privilèges (4).

1) L'emploi du terme propriété en droit d'auteur

---

work became the property of the publisher, who would realize as much profit from it as he could ». *Id.*, p. 436.

[71] Les auteurs d'origine française demeurent les champions du sujet. Pascal KAMINA, « Author's Right as Property: Old and New Theories », (2001) 48 *J. Copr. Soc'Y* 383. Laurier Yvon NGOMBE, « Droit naturel, droit d'auteur français et copyright américain », (2002) 194 *R.I.D.A* 3. Également, Valérie-Laure BÉNABOU qui est d'avis que le droit d'auteur « n'est pas un droit naturel mais un instrument juridique susceptible de mettre en oeuvre une volonté politique de stimulation de la création intellectuelle ». Valérie-Laure BÉNABOU, « Puiser à la source du droit d'auteur », (2002) 192 *R.I.D.A.* 3, p. 53.

Nos recherches doivent commencer logiquement par l'examen des deux textes séminaux du droit d'auteur[72]. Le premier est l'adoption, en 1709, de la loi d'Anne qui - et c'est ici son titre honorifique - doit être considérée comme l'an un du droit positif en matière de droit d'auteur[73]. Le second nous transporte au temps de la Révolution française; il s'agit des deux décrets-lois de 1791 et 1793[74].

Le titre de la loi anglaise est explicite: « An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies, During the Times therein Mentioned »[75]. La loi incorpore les droits d'imprimer, de réimprimer, de vendre et d'importer, mais aucune mention n'est faite du terme propriété. Cette réserve s'explique d'abord par le caractère particulièrement insaisissable de l'idée de propriété d'où la difficulté d'en faire un terme technique. Ensuite, la propriété, nous l'avons vu, est une notion particulièrement instable en droit anglais et renvoie à de nombreuses espèces d'intérêts particuliers. Contrairement au droit civil, il n'est pas possible de la contenir dans la discipline du droit des biens. L'omission du terme propriété n'est donc pas fortuite. À une époque où le mot *privilège* est sujet d'opprobre, le terme propriété s'avère un substitut possible dans le langage juridique. Il est un mot moins « chargé » de sens mais demeurera toutefois placé sous haute surveillance : on craint qu'il devienne l'instrument d'oppression et d'abus qu'a été son prédécesseur. On nous dira que la loi actuelle s'affranchit de toute tendance passéiste puisque l'article premier de la loi anglaise actuelle énonce désormais que le droit d'auteur est un droit de propriété: « Copyright is a property right which subsists

---

[72] Nous omettons volontairement, pour l'instant, l'étape fondamentale que réalisèrent les rédacteurs de la Constitution américaine de 1787 en y insérant une importante disposition sur le droit d'auteur. Nous y reviendrons plus en avant dans notre étude.

[73] Avec la précision que fera le professeur Patterson: « The enactment of 1709 was the first Parliamentary English copyright act, except for the ordinances during the Interregnum; and it was the first copyright act without provisions for censorship ». Lyman Ray PATTERSON, *Copyright in an Historical Perspective*, Nashville, Vanderbilt University Press, 1968, p. 12. Pour une étude de droit comparé, voir Jacqueline SEIGNETTE, *Challenges to The Creator Doctrine*, Boston, Kluwer, 1994, Chapitre I.

[74] Pour une lecture historique du contenu de ces deux décret-lois, voir Olivier LALIGANT, «La Révolution française et le droit d'auteur ou pérennité de l'objet de la protection», (1991) 147 *R.I.D.A.* 3.

[75] Sur l'historique de la loi d'Anne, voir L. R. PATTERSON et S. W. LINDBERG, *The Nature of Copyright : A Law of Users' Rights*, *op. cit.*, note 5, p. 27. Plus général, sur le fondement du droit d'auteur, voir Brad SHERMAN et Alain STROWEL, *Of Authors and Origins*, Oxford, Clarenton Press, 1994. Également, John FEATHER et David McKITTERICK, *History of Books and Libraries: Two Views*, Washington, Library of Congress, 1986 et du même auteur, John FEATHER, *A History of British Publishing*, Londres, N.Y., Groom

in accordance with this Part in the following descriptions of work »[76]. Pour reprendre les mots de Harris, « [...] [t]he much condemned (but actually harmless) usage, whereby « property » is employed to refer to the object of an ownership interest in the case of tangible items, is also common in the context of intellectual property [...] »[77]. Le mot propriété ne porterait plus les stigmates de ses origines. Cela étant dit, il ne faut pas négliger les débats qui ont mené à cette permissivité relativement à son emploi.

En France, on le sait, le sujet du droit d'auteur fait l'objet d'une attention particulière au moment de la Révolution française. Le législateur abolit là aussi tout ce qui pourrait se comparer aux privilèges de l'Ancien Régime. C'est un période de méfiance. L'émergence des idées sur la justice distributive provoque nécessairement une révision des mécanismes légaux d'attribution de richesses. Le système de la propriété doit être repensé en fonction de ses effets sur la société. C'est dans ce contexte que le décret-loi de 1791, qui traite du droit de représentation, sera adopté. Suivra celui de 1793 qui est relatif au droit de reproduction. Le droit d'auteur naît ainsi dans une France en proie à l'insurrection populaire et à la purge des privilèges, à un moment donc où l'activité parlementaire est ponctuée par les renversements de pouvoir et l'incessant mouvement de la guillotine[78]. Dans de telles circonstances, on comprend que le texte du décret-loi de 1793 fait une référence timide à la notion de propriété dans le but de formuler le caractère cessible du droit des auteurs[79]. Elle ne doit pas être une résurgence déguisée des privilèges d'antan.

Helm, 1988. Augustine BIRRELL, *Seven Lectures on The Law and History of Copyright in Books*, South Hackensack (New jersey), Rothman Reprints, 1971.

[76] Ysolde Gendreau relevait déjà la singularité de cet emploi et semble y voir le signe d'un rapprochement des législations de « copyright » avec celles du « droit d'auteur ». Y. GENDREAU, « La nature du droit d'auteur selon le nouveau code civil », *loc. cit.*, note 13, p. 88.

[77] J.W. HARRIS, *Property and Justice*, New York, Oxford University Press, 1996, p. 46.

[78] Le décret-loi du 19 juillet 1793 fut voté en même temps que de nombreux arrêts qui envoyèrent des savants comme Lavoisier à l'échafaud. Quelle ironie du sort: au moment où l'on consacre les génies, on leur coupe la tête ! Les deux décrets révolutionnaires se rattachent à la philosophie de la Déclaration des Droits de l'Homme et ont été adoptés dans l'esprit d'une démocratie représentative, même si, précise le conseiller Kéréver, « le décret de 1793 relatif au droit de reproduction intervient moins de trois mois après les journées du 31 mars-2 juin 1793 qui virent l'humiliation de la Convention, contrainte par les canons de quelques sections parisiennes d'exclure de son sein les principaux députés girondins régulièrement investis par le suffrage universel, et environ un an avant la réaction thermidorienne ». André KÉRÉVER, « Révolution française et droit d'auteur », (1989) 141 *R.I.D.A.* 3, p. 3.

[79] Sur l'histoire du droit d'auteur en France, voir A.-C. RENOUARD, *Traité des droits d'auteur*, *op. cit.*, note 4. Également, M-.C. DOCK, *Étude sur le droit d'auteur*, *op. cit.*, note 21. Gustave HUARD, *Traité de la propriété intellectuelle*, Paris, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, Marchal et Billard, 1903. Voir également, E. POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*,

L'article premier de la loi de 1793 énonce que les auteurs « jouiront durant leur vie entière du droit exclusif de vendre, de faire vendre, distribuer leurs ouvrages dans le territoire de la république et d'en céder la propriété en tout ou en partie ». Il n'est pas dit que le droit d'auteur est un droit de propriété.

Tout comme la loi anglaise, la loi française actuelle s'affranchit de ces considérations. L'emploi du mot propriété ne semble plus déranger. L'article L.111-1 *C.P.I.* de la loi énonce désormais que « l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous ».

Une recension rapide de l'emploi du terme propriété en droit français démontre pourtant que son adoption fut loin d'être acquise. De toute évidence, l'optimisme de l'article L. 111-1 *C.P.I.* ne rend pas compte des controverses doctrinales qui l'ont précédé. Au milieu du

---

note 6 (la deuxième édition est parue également chez Marchal et Billard, en 1894). Robert L. DAWSON, *The French Booktrade and The « Permission Simple » of 1777: Copyright and Public Domain: With an Edition of The Permit Registrers*, Oxford, Voltaire Foundation, 1992. Henri FALK, *Les privilèges de librairies sous l'ancien régime. Étude historique du conflit des droits sur l'oeuvre littéraire*, Genève, Slatkine Reprints, 1970. Dès les premiers jours de la Révolution française, la liberté des théâtres fut très vivement proclamée. Une députation d'auteurs dramatiques vint à la barre de l'Assemblée constituante pour présenter une pétition demandant la reconnaissance corrélative de leurs droits à autoriser la représentation de leurs oeuvres. L'article 4 de cette pétition proposait l'adoption de la disposition suivante : «les ouvrages des auteurs vivants ne pourront être représentés sur aucun théâtre public, dans toute l'étendue du royaume, sans leur consentement formel et par écrit ». Par la suite, d'autres auteurs demandèrent la reconnaissance des droits d'auteurs. De leur côté, les Comédiens français tenaient à conserver leur répertoire souvent acquis par contrats à titre onéreux avec les auteurs eux-mêmes. A l'appui de leurs revendications, ils diffusèrent un extrait des registres de la Comédie dans lequel était signifié l'achat des oeuvres. On pouvait y lire par exemple: « 28 juin 1778. Cession par madame Denis : « je soussignée légataire et héritière de tous les biens et manuscrits de M. de Voltaire, mon oncle, je cède et abandonne en toute propriété à MM. les Comédiens français tous les honoraires que je suis en droit de prétendre, soit pour le présent, soit pour l'avenir, des représentations de feu mon oncle ». Le 13 janvier 1791, le texte de loi fut voté et sanctionné par le roi le 19 janvier en reproduisant presque à la lettre l'article 4 de la pétition. Le droit d'auteur était né, mais seulement au profit des auteurs dramatiques. En réponse à cette adoption, les comédiens faisaient des conditions plus dures aux auteurs, ce qui constituait une sorte de véto de représentation et une pratique se développa de reproduire sur du papier une pièce dont la représentation était autorisée dans un théâtre. Beaumarchais écrivit alors à l'Assemblée législative un texte à l'appui d'une seconde pétition : (extrait) «Je voulus profiter du succès d'un de mes ouvrages (« Le Mariage de Figaro ») qu'on désirait jouer en province pour travailler à la réforme du plus grand de tous les abus, celui de représenter les ouvrages sans rien payer à leurs auteurs ». Le 24 juillet 1793 une deuxième loi fut votée posant les bases du système français actuel. Son article premier stipule : « Les auteurs d'écrits en tout genre, les compositeurs de musique, les peintres et les dessinateurs qui feront graver des tableaux ou dessins jouiront durant leur vie entière du droit exclusif de vendre, faire vendre, distribuer leurs ouvrages dans le territoire de la République et d'en céder la propriété en tout ou partie ». En posant ces principes généraux, la loi ne disait pas en quoi pouvait consister la contrefaçon en dehors de la reproduction entière d'une oeuvre. Pour une

XIX^{ième} siècle, le vocable de « propriété » disparaît presque totalement des textes législatifs et réglementaires[80]. La Cour de cassation cesse de l'employer en 1887[81]. Il ne réapparaît en France qu'avec la loi de 1957[82].

Enfin, notons que l'incertitude terminologique gagne également les rédacteurs du texte initial de la Convention de Berne[83]. Elle vise, dans sa rédaction initiale, la « protection » des œuvres littéraires et artistiques[84]. La notion de propriété n'apparaîtra que plus tard, en 1967, à l'occasion de la création de l'OMPI et notamment dans le corps des dispositions prévoyant ses fonctions. Il y est indiqué que l'OMPI se doit d'« encourager l'activité créatrice, promouvoir la protection de la propriété intellectuelle à travers le monde »[85].

2) De l'idée au concept juridique de propriété naturelle

---

excellente et exhaustive étude historique, A.-C. RENOUARD, *Traité des droits d'auteur, op. cit.*, note 4, pp. 299-338.

[80] Voir Pierre RECHT, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, Paris, L.G.D.J., 1969, pp. 54-56. L'auteur relève trois causes principales: Le terme était devenu impopulaire à un moment où le prolétariat réclamait des mesures sociales; de nombreux commentateurs soulignaient qu'il ne fallait pas perdre de vue le caractère sacré de la production intellectuelle, production qui est par essence différente de la production industrielle pour laquelle la notion de propriété était fort utile. Enfin, certains craignaient qu'en qualifiant le droit d'auteur de droit de propriété, on négligeât l'ensemble des prérogatives morales.

[81] *Grus* c. *Ricordi et Durdilly et comp.*, Cour de cass., 25 juillet 1887, *D.P.* 1888.1.1. C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique*, 9^{ième} éd., Paris, Dalloz, p. 13. Cet arrêt a été rendu un an après la signature de la Convention de Berne. Et c'est certainement dans cet esprit que les juges ont précisé que « [l]es droits d'auteurs et le monopole qu'ils confèrent, désignés d'ordinaire sous la dénomination de propriété littéraire, ne constituent pas, à proprement parler, une propriété; ils confèrent seulement aux personnes qui en sont investies le privilège exclusif d'une exploitation commerciale temporaire ».

[82] Nous l'avons déjà écrit, la loi du 11 mars 1957 renoue avec la terminologie traditionnelle. Le mot « propriété » revient en particulier à plusieurs endroits dans le corps de la loi, notamment à l'article 1, al. 1 (article L. 111-1, al.1 *C. propr. intell.*) et aux articles 10, 12 et 13 (article L. 113-3 à L. 113-5 *C. propr. intell.*).

[83] Sur l'histoire de la Convention de Berne, Sam RICKETSON, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, Londres, Centre for Commercial Law Studies - Kluwer, 1987.

[84] En fait, le texte du 9 septembre 1886 porte le nom de « Convention de Berne concernant la création d'une Union internationale pour la protection internationale des oeuvres littéraires et artistiques ». Voir sur ce point Henri DESBOIS, André FRANÇON, André KÉRÉVER, *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, Paris, Dalloz, 1976, pp. 10-12.

[85] *Id.*, p. 58.

Aux XVIII[ième] et XIX[ième] siècles, juristes et philosophes reconnaissent à l'auteur un droit de propriété *naturel* dans ses idées[86]. On ne parle pas encore de « propriété intellectuelle » comme catégorie autonome de droits. Il est trop tôt pour intégrer dans l'ordonnancement normatif tous les paramètres de cette incorporalité. Pour l'heure, l'analogie rend compte seulement de la force du rapport qui unit le créateur à sa créature. Pourtant, peu d'intellectuels se pencheront réellement sur les conséquences juridiques de cette appellation. C'est donc l'*idée* de la propriété qui est répandue, non le *concept* juridique de la propriété de sorte que l'on ne songe pas encore à examiner le contenu de ce nouveau droit de propriété, ni son régime. L'idée de la propriété n'est pas rendue juridique. Autrement dit, l'emploi du mot propriété est purement métaphorique. Le milieu artistique de l'époque se regroupe autour de lui et y attache les préoccupations des auteurs. Tous se retrouvent dans l'opinion de Diderot: « l'auteur est propriétaire de son oeuvre ou alors personne n'est maître de son bien »[87]. Un même mouvement saisit le milieu intellectuel anglais. On trouve, par exemple, dans les écrits de Samuel Johnson (1709-1784), une proposition semblable : « There seems to be in authours a stronger right of property than

---

[86] Lors de la discussion du projet de loi devant l'Assemblée Nationale, le rapporteur Chapelier fit cette désormais célèbre remarque: « La plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, et si je puis parler ainsi, la plus personnelle des propriétés, est l'ouvrage fruit de la pensée d'un écrivain; cependant c'est une propriété d'un genre tout différent des autres propriétés ». Cette phrase nous éclaire-t-elle sur la nature du droit d'auteur français? Le professeur Jane Ginsburg rapporte que cette citation est trop souvent sortie de son contexte: pour elle, l'idée principale exprimée par Le Chapelier dans son discours est celle du domaine public et non pas celle du droit naturel de l'auteur. Commentant la célèbre formule de Le Chapelier, Mme Ginsburg écrit: « But he said it respecting unpublished works. Once disseminated, Le Chapelier went to assert, the manuscript is «give[n] over the public ...by the nature of things, everything is finished for the author and the publisher when the public has in this way [through publication] acquired the work ». On rapprochera cette distinction entre l'oeuvre publiée et l'oeuvre non publiée avec l'analyse qui sera faite un peu plus loin des décisions *Millar v. Taylor* et *Donaldson v. Beckett* . J. C. GINSBURG, « A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America », *loc. cit.*, note 59, pp. 1006-1007. Sur ce point également, C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, note 81, pp. 13-16.

[87] Jan BAETENS et Alain BERENBOOM, *Le combat du droit d'auteur*, Paris, Les Impressions Nouvelles, 2001, p. 29 (extrait de *Lettre historique et politique sur le commerce de la librairie* (1763)). Lamartine également parlait du droit de l'écrivain comme « la plus sainte des propriétés », C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, note 81, pp. 13. Cette phrase et tant d'autres que l'on trouve dans les manuels, ont contribué à véhiculer une image erronée de l'histoire du droit d'auteur en France. Nous rappellerons seulement ici que Diderot était grand défenseur des libraires parisiens. Dans ce sens, Mlle Dock note, après d'extensives et objectives remarques, « Il est curieux de voir ce champion de la liberté se faire l'interprète des libraires parisiens, c'est-à-dire du monopole et de l'usurpation, dans la lutte qui les opposait aux partisans de la liberté et du droit », M.-C. DOCK, *Étude sur le droit d'auteur*, *op. cit.*, note 21, p. 123. Le professeur Strowel ajoute que ce sont les libraires parisiens qui avaient chargé Diderot de rédiger un texte afin de présenter leurs doléances au directeur de la Librairie. Un autre grand acteur dans cette affaire de la fin du XVIII[ième] fut Condorcet. Condorcet estimait que les privilèges sont nuisibles au progrès des Lumières. A. STROWEL, *Droit d'auteur et Copyright, Divergences et convergences*, *op. cit.*, note 13, p. 88.

that by occupancy; a metaphysical right, a right, as it were, of creation, which should from its nature be perpetual »[88]. Le lien naturel entre l'auteur et son œuvre est ainsi sanctifié. Cette propriété traduit, en des termes plus philosophiques que juridiques, la puissance absolue de l'individu sur la chose et représente l'apanage d'une liberté individuelle.

L'idée de la propriété est donc surtout répandue par les écrivains et les philosophes qui, et nous suivons l'analyse de Martha Woodmansee sur ce point, ont vu un moyen de revendiquer un juste partage des profits réalisés par les marchands. Woodmansee, décrivant le succès des écrits de Edward Young en Allemagne au XVIII[ième] siècle, explique le phénomène de la façon suivante: « German theorists from Herder and Goethe to Kant and Fichte elaborated the ideas sketched by Young and shifted them from the periphery to the very center of the theory of the arts. One reason for this development, I would suggest, is that Young's ideas answered the pressing need of writers in Germany to establish ownership of the products of their labor so as to justify legal recognition of that ownership in the form of a copyright law »[89].

Mais les propos des philosophes n'obtiennent pas grande écoute auprès des législateurs. L'État est de plus en plus présent dans l'organisation civile, ramenant les théories du droit naturel dans le giron de l'interventionnisme étatique. Le législateur napoléonien en particulier se fera un devoir de rappeler qu'il n'est pas de propriété sans la loi, qu'elle est concession et non *sui generis*. Dans l'entreprise de codification, l'idée de propriété est réduite à quelques énoncés de principe, elle est une idée maîtrisée, sous surveillance. Cette soumission à la règle avait déjà pénétrée le pragmatisme anglais au siècle précédent. Le droit anglais du XVIII[ième] siècle fait apparaître assez distinctement la proximité de la norme avec les rapports sociaux économiques et se refuse de trouver le droit dans un ordonnancement supérieur ou métaphysique. Trevor Ross écrit notamment que :

> [...] British judges who surveyed the legal history could conclude that copyright came into legal existence only after

[88] James BOSWELL, *The Life of Samuel Johnson*, Oxford, G. Birkbeck Hill et L.F. Powell, Oxford University Press, 1934, p. 259.
[89] M. WOODMANSEE, « The Genius and the Copyright : Economic and Legal Conditions of the Emergence of The « Author » », *loc. cit.*, note 69, p. 430.

> the coming into print and thus had no « immemorial » foundation at common law. As Lord Justice Clerk of the Scottish Court remarked in his dismissal of arguments for a perpetual copyright, « our statutes, the Roman law, the ancient customs of the kingdom, the doctrines of our lawyers, and the decisions of this court, all these have been investigated, and no trace or vestige is to be found of this idea of a copy-right.[90]

L'idée de la propriété trouve également son prolongement naturel dans celle d'un droit exclusif perpétuel. Le professeur André Lucas relève qu'il n'a jamais été sérieusement soutenu que le droit de l'auteur puisse être perpétuel[91]. L'examen des premières lois sur le droit d'auteur lui donne certainement raison, à l'exception, peut-être, d'une loi anglaise de 1775 qui accorde à certaines universités un droit d'auteur perpétuel sur les livres qui leurs sont donnés ou légués[92]. Cependant, lors de la période charnière entre l'ancien régime et le droit moderne, la proposition est des plus sérieuses. Constituant l'essentiel de la revendication des éditeurs, elle est au centre des débats. En effet, bien que certains privilèges soient assortis d'un terme et dépendent entièrement de l'intervention royale, un grand nombre avaient été accordés sans limite de temps ni précision quant à leur extinction. La question des droits acquis va donc resurgir au moment où de nouvelles lois entendent limiter dans le temps le droit exclusif. On comprend alors que la question du droit perpétuel va soulever, en France comme en Angleterre, un engagement sans précédent des éditeurs dans le processus législatif du XVIII^{ième} siècle. C'est à ce sujet que les intérêts des auteurs et ceux des éditeurs deviendront distincts, laissant percevoir dés ce moment la structure complexe du droit d'auteur. Sa réglementation doit assurer l'adhésion de tous les intéressés,

---

[90] Citant les propos du juge Clerk, reproduit dans *The Decision of the Court of Session*, Parks, éd., Six Tracts, 1764-1774, p. 16.

[91] André et Henri-Jacques LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, Litec, 2001, p. 31. A. STROWEL, *Droit d'auteur et Copyright, Divergences et convergences, op. cit.*, note 13, p. 96. Voir également, Gillian DAVIES, *Copyright and the Public Interest*, 2^{ième} éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2002, p. 31.

[92] « An Act for enabling the two Universities in England, the four Universities in Scotland, and the several College of Eton, Westminster, and Winchester, to hold in Perpetuity their Copy Right in Books, given or bequeathed to the said Universities and Colleges for the Advancement of useful Learning and other Purposes of Education, [...] », 15 Geo. III c. 53 (1775), reconduite expressément par la loi de 1801 - 41 Geo. III c. 107. Elle survivra à l'adoption de la loi de 1956 avant d'être abrogée en 1988. Voir sur ce point, Harold G. FOX, *Canadian Law of Copyright and Industrial Design*, 2nd éd., Toronto, Carswell, 1967, p. 283.

auteurs comme éditeurs. Compromis difficile puisque la propriété, recherchée par chacun d'eux, est nécessairement exclusive.

3) Éditeurs et auteurs sur la notion de propriété

On soutient généralement, à juste titre d'ailleurs, que l'éclosion précoce de la société préindustrielle en Angleterre donna cette inclination proprement utilitariste, voire économique au copyright. La preuve en serait que ce sont les libraires, c'est-à-dire les marchands, et non les auteurs qui se sont réclamés en premier lieu du droit de propriété[93]. Ce constat, avance t-on encore, permettrait de mettre en perspective le droit continental. Ce serait, à notre avis, une erreur. L'influence de ces marchands, libraires ou imprimeurs, a été tout aussi déterminante dans le développement du droit d'auteur français. Il est également inexact, pour la période qui nous concerne, de prêter au droit français une orientation individualiste ou personnaliste relativement au statut de l'auteur. La loi de 1793 ne contient aucune disposition concernant le droit moral de l'auteur de son œuvre et consacre, au contraire, dans son premier article le mécanisme de la cession globale des droits à l'éditeur. Il s'agit d'un déplacement significatif de l'origine de la norme - le travail de l'auteur - vers sa fonction économique : la protection d'intérêts commerciaux. Dans ce sens, l'aura humaniste que l'on semble accorder au droit français ne lui est certainement pas donnée par la législation de 1793. La loi de 1791 n'est pas plus prolixe à cet endroit[94]. Ce sont plutôt les intentions louables et ininterrompues de la doctrine française, suivie parfois par les tribunaux, qui donnent aujourd'hui cet éclairage si particulier au droit d'auteur français[95].

---

[93] Mark Rose rappelle qu'ironiquement ce sont les libraires par qui les procès arrivèrent: « Ironically, authors themselves were conspicuously absent from the formal proceedings in which this process of elaboration occurred. Tonson, Collins, Millar, Taylor, Donaldson, and Beckett - all the principals in «the great cause concerning literary property »- were booksellers», Mark ROSE, « The Author as Proprietor: Donaldson v. Beckett and the Genealogy of Modern Authorship », dans B. SHERMAN et A. STROWEL, *Of Authors and Origins*, *op. cit.*, note 75, p. 32.

[94] La loi de 1791 énonce seulement, dans son article 5, que « les héritiers ou cessionnaires des auteurs seront propriétaires de leurs ouvrages, durant l'espace de cinq années après la mort de l'auteur ».

[95] Cette exagération bienveillante de la doctrine qui lit au-delà du texte, qui prête à la loi un sens qu'elle ne connaît pas, est encore un trait marquant de la doctrine française. L'exclamation du professeur Pollaud-Dulian en est assurément la démonstration. Parlant des premières lois françaises, il écrit : « Mais les lois révolutionnaires vont aller beaucoup plus loin. Elles opèrent un véritable retournement : à l'idée de privilège succède celle de droit. Il ne s'agit plus alors de l'octroi par l'autorité publique d'un avantage concurrentiel,

Nous soumettons même que c'est à partir du modèle anglais que les premières lois françaises ont été préparées; de là leurs nombreuses similarités. Doit-on rappeler ici que l'influence du droit anglais avait déjà été déterminante dans l'élaboration de la loi française de 1791 sur les brevets d'invention?[96]

L'histoire du droit d'auteur et celle du *copyright* vues à travers le prisme de la propriété sont donc fort similaires. Le conseiller Kéréver, poursuivant l'analyse, écrit:

> Ainsi donc, le droit d'auteur né de la Révolution française, loin d'être d'essence personnaliste, est surtout inspiré par des considérations juridico-économiques. C'est le XIX^{ième} siècle qui, par la jurisprudence consacrée par la loi du 11 mars 1957, va tirer le droit d'auteur vers son aspect personnaliste, ...C'est dire que le droit d'auteur dessiné par la Révolution française ne se distingue guère du droit d'auteur anglais ou américain.[97]

En France comme en Angleterre, et dès l'invention de l'imprimerie (1436) puis du papier (1440), les privilèges permettent au Prince de contrôler par la censure la diffusion des idées et de déléguer son pouvoir de police aux différents corps de métier naissants. S'organisant en corporations, les libraires des capitales sont en position idéale pour étendre leurs pouvoirs sur l'ensemble du territoire et exclure la concurrence des libraires de province[98]. Ces derniers entendent remettre en cause la reconduction des privilèges. Leur abolition, au contraire, rétablirait une juste concurrence à la fois dans l'attribution des droits d'imprimerie, jusqu'alors organisée de manière oligarchique entre quelques bénéficiaires,

---

d'une faveur accordée discrétionnairement par le Prince ou par le législateur. Le droit de l'auteur apparaît comme un véritable droit naturel. La loi ne le crée pas, elle le consacre ». F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination - le sort des exemplaires en droit d'auteur*, *op. cit.*, note 70, p. 113.

[96] A.-C. RENOUARD, *Traité des brevets d'invention*, Paris, Guillaumin, 1844, pp. 78 et s.

[97] A. KÉRÉVER, « Révolution française et droit d'auteur », *loc. cit.*, note 78, p. 4.

[98] G. Davies écrit: « As in England, it was the booksellers who first invoked the rights of the authors in a dispute which pitted the booksellers of Paris against those of provinces, who argued that prolongations of privileges were contrary to the public interest ». G. DAVIES, *Copyright and the Public Interest*, *op. cit.*, note 91, p. 132. C'est William Caxton qui introduit l'imprimerie en Angleterre en 1476. Caxton avait à l'époque l'appuie de la dynastie des Yorks. Il est intéressant de noter que ses affaires ont prospéré sans l'aide de la Couronne. Le premier privilège accordé en Angleterre date du 15 mai 1518. Il fut accordé pour une durée de sept années, par le doyen de l'Université d'Oxford, alors chancelier d'Angleterre, à l'imprimeur. Le privilège était limité géographiquement au domaine de l'Université d'Oxford et à ses alentours. Il s'agissait d'un commentaire de «L'éthique» d'Aristote. Pour les premiers développements du copyright, voir Eaton S. DRONE, *A Treatise of Law of Property in Intellectual Productions*, New Jersey, Rothman Reprints, 1972.

et ceux de librairie, c'est-à-dire concernant le commerce des imprimés. C'est à cette occasion - que l'on appelle souvent « la bataille des éditeurs » - que, pour la première fois, l'argument de la propriété légitime de l'auteur sur sa création fut introduit devant le parlement. Les gens de lettres, à qui l'argument est familier, se reconnaissent dans ces revendications, mais en perdent presque immédiatement la maîtrise[99].

Pour les éditeurs parisiens, c'est l'avocat Louis d'Héricourt qui semble le plus éloquent. Dans ses mémoires, publiées en 1720, il s'applique à défendre la cause des éditeurs parisiens et martèle avec conviction la théorie sur la propriété de l'œuvre intellectuelle. Son raisonnement repose sur la dialectique suivante: l'écrivain est propriétaire de son œuvre et c'est cette propriété toute entière que l'auteur transmet, avec tous ses attributs, y compris la perpétuité du droit. L'enjeu est donc de préserver, entre les mains des entrepreneurs privilégiés, l'ensemble des bénéfices de l'ancien régime. Les imprimeurs parisiens et londoniens gardant *de facto* un avantage sur la production des nouvelles œuvres, qu'ils acquièrent à bons prix, il ne leur reste plus qu'à assurer la pérennité de leurs droits sur le manuscrit. Louis d'Héricourt écrit:

> Si les productions littéraires tiennent le premier rang entre toutes celles dont les hommes sont capables par rapport aux avantages qu'ils en tirent, elles doivent se communiquer pour l'intérêt commun. Si elles doivent se communiquer, il faut que les auteurs puissent faire passer à d'autres par le canal de la

---

Également, E. ARMSTRONG, *Before Copyright : The French Book-Privilege System, 1498-1526, op. cit.*, note 29, p. 10.

[99] Mlle Dock soutient l'idée pertinente qu'à Rome le besoin d'une législation spéciale ne s'est pas fait sentir. La situation des écrivains était, de beaucoup, plus confortable que celle de l'ensemble des citoyens. Ils étaient privilégiés et, à ce titre, on notera qu'ils étaient l'objet d'attentions délicates, de récompenses en tout genre. Tout était fait pour qu'ils puissent s'adonner à leur art. À la moindre spoliation, le bras du Prince frappait. Pour certains, il s'agissait d'être admis dans l'entourage habituel du prince, au sein de ce que l'on appelle depuis le règne d'Auguste, les *amici Augusti.* Pour d'autres, leurs activités étaient indemnisées par des mécènes, du nom de ce fameux ministre d'Auguste, Mécène, qui protégeait les artistes. On remarque encore jusqu'au XVIII[ième] siècle l'absence de législation spécifique. Les intérêts pécuniaires de l'auteur restaient dans la sphère des conventions particulières entre l'auteur et l'éditeur. Le droit tel que nous le pensons aujourd'hui n'avait pas encore sa place. Mlle Dock écrit: « Suivant les termes de Ihering, le droit est un intérêt juridiquement protégé. Or, cet intérêt n'existait pas toujours ». Voir M.-C. DOCK, *Étude sur le droit d'auteur, op. cit.*, note 21, pp. 41-48 et 83-85. Voir également l'intéressante analyse d'Edward EARLE, « The Effect of Romanticism on the 19th Century Development of Copyright Law », (1991) 6 *I.P.J.* 269. Earle note qu'à partir du XVIII[ième] siècle le rôle de l'artiste devient de plus en plus important: « [...], the Romantic poets were living in a time of revolution, both in France and the United States, and saw the importance of art as a tool for the expression of popular discontent ». *Id.*, p. 283.

> vente ou de l'échange; donc, les productions littéraires sont au nombre des choses qui tombent dans le commerce comme les autres productions de l'industrie; et, par une conséquence nécessaire les lois du royaume auxquelles le commerce et l'industrie ont donné lieu pour assurer l'état des conventions des citoyens doivent être singulièrement appliquées à celles qui se font entre les auteurs et les libraires. Or, il n'est pas douteux que le propriétaire d'une chose, en la faisant passer à un autre par le canal de la vente et de l'échange, transmet au nouveau possesseur les mêmes droits qu'il avait sur la chose dont il se dépouille ... Donc, un libraire qui a acquis un manuscrit ... et obtenu un privilège pour l'imprimer doit demeurer perpétuellement propriétaire du texte de cet ouvrage.[100]

Cet argument crée une certaine confusion dans les cercles littéraires. En effet, il contribue à aligner provisoirement la position des éditeurs sur celles des auteurs. Le même argument sera dès lors servi par les représentants des auteurs. Lamoignon de Malesherbes, notamment, empruntera à ce thème la défense des intérêts des deux groupes. En 1750, nommé directeur général de la Librairie, il rédige un mémoire dans lequel il défend la propriété littéraire des auteurs. Il reprend la thèse de Louis d'Héricourt : les œuvres étant le fruit de leurs génies, il n'est pas convenable de les en déposséder. L'auteur doit dès lors disposer de son œuvre comme il l'entend[101]. Ce droit de disposer s'avère un heureux augure pour les libraires puisqu'il se présente comme une reconnaissance inoffensive d'un droit de paternité qui n'affecte absolument pas leur commerce, étant entendu, nous insistons, que le manuscrit est destiné à être cédé. La rhétorique est astucieuse et va gagner en importance dès l'instant où ses partisans vont l'amarrer aux travaux de Locke. Son principal ouvrage, *Two Treatises of Civil Government*, publié en mars 1690, sera interprété par une partie de la doctrine comme confirmant la théorie du droit naturel[102]. Le travail intellectuel, pareillement au travail manuel, fort de son caractère hautement personnel, justifie alors la place d'un droit de propriété au profit de l'auteur[103]. Écrivains et philosophes préparent ainsi

---

[100] De larges extraits du mémoire de Louis d'Héricourt sont cités dans M-.C. DOCK, *Étude sur le droit d'auteur*, *op. cit.*, note 21, pp. 116-117.

[101] *Id.*, p. 124.

[102] Ce qui est à notre avis fort contestable puisque Locke voit dans la loi une pure fiction.

[103] Sur l'influence de Locke en France, voir A. STROWEL, *Droit d'auteur et Copyright, Divergences et convergences*, *op. cit.*, note 13, pp.185-187. Le professeur Strowel rappelle que Sieyès, qui déposa le premier projet postérieur à la Révolution en matière de propriété littéraire, s'inspira des idées de Locke. Sieyès écrit:

le lit de l'argumentation mercantile. Voilà une récupération évidente de la philosophie lockéenne. Les théoriciens de la propriété traditionnelle ne manquent pas non plus de reprendre cette idée. Accolas, par exemple, expose que « toute valeur est la propriété de celui qui l'a produite par son travail intellectuel ou manuel »[104].

Ces constructions doctrinales mises savamment aux services des éditeurs endormiront peut-être les auteurs mais ne duperont pas le législateur. Peu importe que le droit profite à l'un ou à l'autre, toute forme d'appropriation mène à l'exclusion et cette exclusion ne serait être perpétuelle. Le temps des privilèges aura au moins prodiguer quelques leçons, l'abolitionnisme est désormais la règle. La réponse des chambres votantes sera donc d'une mesure proportionnellement inverse à celle des demandes présentées au nom des auteurs ou à leur propre compte par les éditeurs.

4) La soumission du droit d'auteur aux idées abolitionnistes

Pour le législateur du XVIII[ième] siècle, le caractère absolu d'un droit de propriété, notamment en lui reconnaissant l'immuabilité, en fait un empêchement dirimant à sa consécration. Le retour aux privilèges, extension de l'arbitraire royal, est impensable. En France, l'Assemblée Constituante, suivant les dispositions innovatrices du *Statute of Monopolies* de 1623[105], proclame en 1791 la liberté du commerce et de l'industrie et

---

« La propriété de sa personne est le premier des droits. De ce droit primitif découle la propriété des actions et celle du travail; [...] ». *Id.*, p. 186.

[104] Cité dans P. RECHT, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, *op. cit.*, note 80, p. 49. Accolas est l'auteur d'un ouvrage important au XIX[ième] siècle intitulé « La propriété littéraire et artistique ». Cet ouvrage fut publié en 1886. Il ne fait aucun doute que les travaux de Locke aient été à l'origine des conceptions d'Accolas.

[105] *Statute of Monopolies*, 21 Jac. 1 c. 3 (1623). Le législateur anglais dans sa prolixité proclame dans son article premier que : « [...] all monopolies and all commissions, grants, licenses, charters, and letters patents heretofore made or granted, or hereafter to be made or granted to any person or persons, bodies politic or corporate whatsoever, of or for the sole buying, selling, making, working, or using of anything within this realm or the dominion of Wales, or of any other monopolies, or of power, liberty, or faculty, to dispense with any others, or to give licence or toleration to do, use, or exercise anything against the tenor or purport of any law or statute; or to give or make any warrant for any such dispensation, licence, or toleration to be had or made; or to agree or compound with any others for any penalty or forfeitures limited by any statute; or of any grant or promise of the benefit, profit, or commodity of any forfeiture, penalty, or sum of money that is or shall be due by any statute before judgment thereupon had; and all proclamations, inhibitions, restraints,

supprime les corporations d'arts et métiers[106]. Elle se devait de rétablir une forme de protectorat à l'endroit des auteurs et inventeurs, mais, malgré l'insistance de certains politiciens, jamais elle n'accédera à l'idée de la propriété perpétuelle. Mais plus encore, l'idée de la propriété correspond une vision idéale du rapport entre le sujet et l'objet de droit. La propriété, en droit moderne, n'a pas valeur d'absolu, mais est définie par sa fonction dans l'ordre social. Le Code napoléonien, par exemple, à travers les concepts de possession, d'expropriation et de démembrements, prévoit de nombreuses exceptions à l'apparente plénitude de ce droit. La loi taille à merci dans la propriété, la transforme en valeur d'échange. Le droit anglais, selon le professeur Harris, comporte des limitations identiques qu'il décrit sous les termes génériques de « property-limitation rules », « expropriation rules » ou encore, lorsque la limitation est le produit d'une obligation incombant à la propriété, de « property-duty rules »[107].

La controverse sur la propriété précipite le droit d'auteur au cœur d'un débat politique et social qui s'organise autour de deux pôles principaux: la liberté de faire commerce d'un côté et le contrôle de la création de l'autre. Le premier sera au cœur de toutes les attentions, au centre de toutes les décisions et occupera presque exclusivement l'activité législative pendant tout le XIX^{ième} siècle. Le second s'efface devant l'importance accordée au premier, créant l'impression que le droit d'auteur est avant tout une affaire d'éditeurs. Ceci explique encore que le droit d'auteur ait été taillé par les principes de libres échanges. La revendication d'un droit perpétuel par les éditeurs des capitales fait resurgir la question des privilèges. Ces derniers vont profiter de la popularité de l'*idée* pour incidemment tenter de s'attirer les sympathies parlementaires. Ceci ne passe pas inaperçu et provoque une méfiance fort prévisible de la part du législateur. La propriété ne peut plus être la

---

warrants of assistance, and all other matters and things whatsoever, any way tending to the instituting, erecting, strengthening, furthering, or countenancing of the same, or any of them, are altogether contrary to the laws of this realm, and so are and shall be utterly void and of none effect, and in no wise to be put in ure or execution ». L'article 6 du même texte prévoit l'octroi de brevets d'invention au bénéfice du véritable inventeur pour une durée de 14 ans. Cette durée de protection égale celle de la loi d'Anne de 1709. Concernant l'influence du droit anglais sur le législateur français de 1791, voir Augustin-Charles RENOUARD, *Traité des brevets d'invention*, *op. cit.*, note 96, pp. 78 et s.

[106] *Id.*, p. 88.

[107] J.W. HARRIS, *Property and Justice*, *op. cit.*, note 77, pp. 33-39. Harris note également la place de la théorie de l'abus de droit dans les systèmes civilistes : « In civil law systems, there is a generalized idea of « abuse of rights ». One has rights, *qua* owner, but anti-social exercise of them is not allowed ». *Id.*, p. 34.

consécration d'une propriété individuelle sans limites. Trop d'abus ont été commis. Les lois modernes doivent également refléter l'impulsion capitaliste donnée à l'économie. Le rapport présenté par le Marquis de Boufler devant l'Assemblée Constituante en 1791 est éloquent et résume particulièrement bien la volonté de l'époque de se départir de l'ancien système, ne serait-ce que par un changement de langage. Soutenant le projet de loi sur les brevets d'invention, de Boufler rassure son auditoire : « Enfin, et voici, je vous l'avouerai, de toutes les raisons contraires, celle qui m'a fait le plus d'impression. Pourquoi des privilèges exclusifs, nous dit-on ? Est-ce que la liberté ne suffit point ? Sans m'arrêter à l'intention qui, dans cette circonstance, fait employer l'expression de privilège exclusif de préférence à d'autres qui seraient tout justes et moins odieuses, je crois que l'on peut, et même que l'on doit distinguer le privilège en offensif et défensif... L'un est une véritable invasion, l'autre une garantie »[108]. De Boufler sait que l'Assemblée constituante s'opposerait radicalement à la reconnaissance d'une propriété perpétuelle et absolue sur les inventions. Sa vision est juste. En France comme en Angleterre, en matière de brevet comme en droit d'auteur, le législateur n'accédera qu'avec circonspection à la demande de l'industrie.

La législation va admettre l'affiliation avec la notion de propriété dans la stricte mesure où elle permet l'introduction d'une règle de l'échange. Les premières lois anglaise et française sur le droit d'auteur sont particulièrement représentatives de cette conception utilitariste et restrictive de la propriété. Ces premières lois présentent un caractère éminemment fonctionnel. Elles posent comme principe fondamental celui d'une *propriété* transférable. La propriété naturelle fait place, dans le langage du législateur du XVIII^{ième} siècle, à la notion de propriété utile soumise à l'ordonnancement étatique. Il est intéressant de rapprocher ces idées de la lecture moderne de la codification napoléonienne. André-Jean Arnaud, dans un essai de 1973 sur l'analyse du Code civil français, écrivait justement que le Code civil « est un système de contrainte qui renvoie à un contexte socio-économique très précis et à une prise de position politique [...] » et l'auteur poursuit plus loin, « [...] sous ces airs libérateurs le Code civil s'occupe en réalité de faciliter le développement des rapports entre propriétaires, laissant à eux seuls le commandement des rapports de

[108] A.-C. RENOUARD, *Traité des brevets d'invention, op. cit.*, note 96, p. 103.

distributions (contrat de louage, salaires, etc.) »[109]. Et, justement, la prépondérance de la fonction de la norme dans l'ordre social, et particulièrement celui du XVIII^{ième} et XIX^{ième} siècles, explique que le droit d'auteur s'intéresse principalement, dans sa manifestation législative, à ses effets sur les échanges commerciaux.

La naissance du droit d'auteur moderne comme instrument de contrôle d'échange apparaît également dans les premiers efforts de classification. Le droit français a hésité, puis renoncé, à faire entrer cette matière au sein du droit des biens. Elle aurait été assimilée à la propriété classique dans une forme dérivée de celle de l'article 544 du Code civil[110]. L'inadéquation du modèle de la propriété classique apparut comme une évidence et explique que le droit français ait eu recours, notamment au début du XIX^{ième} siècle, aux principes de la responsabilité délictuelle pour sanctionner certaines conduites non prévues par les lois de 1791 et 1793. C'est donc sur le visa de l'article 1382 du Code, qui s'applique d'ailleurs en matière de concurrence déloyale, que certains tribunaux ont pu accueillir les prétentions des auteurs[111]. Cette tentative de tirer le droit d'auteur hors du lit que les *jusnaturalistes* lui avait fait suscita bien des oppositions et démontre, encore une fois, la difficile tâche de lui attribuer une identité unique. Elle explique également la vive réaction

---

[109] André-Jean ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du code civil français*, Paris, L.G.D.J., 1973, p. 152. Cette opinion reflète bien évidemment les théories anti-capitalistes en vogue à cette époque contre l'apparente neutralité des textes de loi et du processus législatif.

[110] L'article 544 du Code civil français énonce que : « Le droit de propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ». Ripert faisait remarquer que le droit de propriété tel que le Code civil le définit ne s'applique qu'aux choses corporelles. Parce qu'il ne faut pas « être dupe des mots », il ajoutait que l'on parle de propriété intellectuelle pour rappeler qu'il existe des biens incorporels susceptibles d'appropriation. Voir Marcel PLANIOL et Georges RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, Tome III, 2^{ième} éd., Paris, L.G.D.J, 1952, p. 566. Ripert notait également la difficulté de concilier le droit de propriété sur le meuble corporel, manuscrit, tableau, statue, avec le droit reconnu à l'auteur. Cité par Brigitte CASTELL, *L'« Épuisement » du droit intellectuel*, Paris, P.U.F., 1989, p. 85.

[111] Les sphères juridiques tracées par le droit d'auteur et par le droit de la concurrence déloyale se recoupent souvent. Le professeur Christian Le Stanc qui commente le projet de loi de M. Jacques Godfrain sur les « créations réservées » note: « Sans doute, l'action en concurrence déloyale, supposant une faute, peut être mise en oeuvre sous les exigences qui leur sont propres, mais Roubier notait que cette action, en l'absence de griefs distincts de ceux reprochés au titre d'une éventuelle atteinte à un droit privatif, ne pouvait assurer une protection de repli » et, citant Roubier, Le Stanc poursuit: « il n'y a pas faute, même légère, dans la reproduction d'objets qui ne sont pas protégés , sinon on parviendrait à reconstituer le droit privatif sous une autre forme », Christian LE STANC, « La propriété intellectuelle dans le lit de Procuste : observations sur la proposition de loi du 30 juin 1992 relative à la protection des « créations réservées », *D.* 1993.4 (Chroniques), p. 4 également, en anglais, « Intellectual Property on Procrustes' Bed: Observations on a French Draft Bill for the Protection of « Reserved Creations » », [1992] 12 *E.I.P.R.* 438.

de certains tribunaux qui se sont empressés de la ramener, sans grand succès, dans cette catégorisation moins incertaine et de lui appliquer les règles du régime de la propriété réelle[112].

Les revendications partisanes concernant la question de la propriété perpétuelle ou naturelle de l'auteur auront finalement pour effet d'alimenter le scepticisme du législateur tant en Angleterre qu'en France. D'autant que la récupération mercantile de la proposition paraît évidente. Le discours des intervenants fait resurgir le spectre des privilèges. Le droit d'auteur devient un sujet confondant qui invite à la déférence. Voyant les intérêts économiques des plus puissants, le législateur se retranche derrière l'idéologie libérale et, privilégiant la liberté du commerce, octroi aux œuvres de l'esprit une protection limitée. La protection limitée accordée aux inventeurs en Angleterre dés 1623 a très certainement offert un modèle de solution acceptable pour le législateur du droit d'auteur. L'éminent Jeremy Bentham n'avait-il pas écrit que le privilège de l'inventeur n'a rien de comparable avec les monopoles si justement décriés ?[113] Le droit d'auteur ne méritait certainement pas un traitement différent.

---

[112] La Cour de cassation jugea en 1842 que la vente d'un tableau devait être assimilée à celle de tout autre objet, *Vallot et Baronne Gros* c. *Bayard*, Cour de Cass., 27 mai 1842, *Journal du Pal.*, 1843, tome I, N° 40, 215. Un peu plus tard, dans l'affaire Masson, elle proposa une définition du droit d'auteur qui témoigne de l'influence des tenants de la propriété ordinaire sur la jurisprudence: « La propriété littéraire et artistique, essentiellement mobilière, a le même caractère et doit avoir le même sort que tout autre genre de propriété, moins la limitation que l'intérêt public a fait apporter à sa durée. Une telle propriété est meuble dans sa valeur principale comme dans ses produits et doit comme tel accroître l'actif de la communauté », *B. Gaudichot, dit Michel Masson* c. *Gaudichot fils*, Cour de Cass., 16 août 1880, *D.P.* 1881.1.25. Dans cette affaire Masson, il s'agissait de savoir si une composition littéraire devait tomber dans la communauté légale et faire partie de l'actif de la communauté, à la suite de la mort de son auteur ou du conjoint. Nous ne résistons pas à la tentation de citer un extrait d'un commentateur rapporté par le conseiller Latour dans son exposé devant la Cour: «Puisque la propriété littéraire et artistique est mobilière, et que les époux sont communs en biens, il est clair que l'oeuvre du mari tombe dans la communauté; sans doute, cette oeuvre de la pensée est la plus personnelle de toutes; mais tandis que le mari était occupé à ses compositions, la femme se dévouait, de son côté, aux soins du ménage, à l'éducation des enfants [...]. Le mari a reçu ses soins, il en a joui, il en a profité. La femme doit aussi avoir son lot dans l'honneur et l'émolument des oeuvres de son mari. C'est le digne prix de sa préférence pour lui [...] », *précité*, p. 28. Certaines cours inférieures avaient déjà jugé en ce sens. La cour d'appel de Bourges dans un jugement du 14 juin 1844 parle d'un « droit exclusif de propriété », *Simonin* c. *Syonnet et syndics Dieudonné*, C. de Bourges, 14 juin 1844, *D.P.* 1846.2.4. La Cour de Paris dans un jugement de 1853 fait allusion au droit naturel de l'auteur. Le juge énonce que « la création d'une oeuvre littéraire ou artistique constitue, au profit de son auteur, une propriété dont le fondement se trouve dans le droit naturel et des gens, mais dont l'exploitation est réglementée par le droit civil », *Barba* c. *Lecou*, C. de Paris, 8 décembre 1853, *D.P.* 1854.2.25.

[113] Cité par F. MACHLUP et E. PENROSE, « The Patent Controversy in The Nineteenth Century », *loc. cit.*, note 7, p. 8.

L'Europe, non pas seulement l'Angleterre, sera le siège de ces théories.

On comprend alors que l'intervention du législateur en notre matière soit d'abord préventive, mais également indifférente à la question de la titularité des droits ou au statut de l'auteur. L'approche minimaliste des premières lois en matière de propriété intellectuelle trouve son explication dans la priorité accordée à la réglementation du marché. Fort probablement, la notion juridique de propriété devient une bouée de secours pour les ayants droit tant le courant abolitionniste devient prédominant à partir de la fin du XVIII^{ième} siècle. Elle constitue certainement l'option la moins risquée. Les auteurs Penrose et Machlup, dans leurs travaux sur les origines du droit des brevets, apportent un éclairage fondamental à notre étude :

> The strength in nineteenth-century Europe of the movements against privilege and monopoly and free international trade was such that the ideological linking of patent protectionism with tariff protectionism and of patent monopoly with monopoly privileges in general tended to help the opponents and to weaken the defenders of the patent system. It was strategically essential for the latter to separate as far as possible the idea of patent protection from the monopoly issue and from the free-trade issue. This was attempted by presenting the case of patent protection as one of natural law and private property, of man's right to live by his work [...].[114]

S'il est vrai qu'elle était apparue comme la moins imparfaite des solutions sur le plan terminologique, la référence à la propriété privée ouvre une brèche sur une difficulté conceptuelle. L'idée selon laquelle l'auteur puisse être le premier propriétaire de son œuvre justifie peut-être la constitution d'un droit subjectif mais ne permet certainement pas de dissiper l'embarras qu'il y a d'accorder un droit privatif sur un objet incorporel récipiendaire du savoir de l'humanité. La propriété dont on parle doit donc d'abord être limité dans ses effets sur la concurrence et la libre entreprise - axe qui renvoie à l'opposition entre les éditeurs des capitales et ceux des provinces - mais encore ne pas

[114] *Id.*, p. 9

constituer un obstacle à la circulation des idées. L'intérêt du public devient alors un nouveau pôle d'intérêts que le droit d'auteur doit prendre en considération et auquel il a, par ailleurs, peut-être déjà répondu. En accordant une protection limitée dans le temps, les premières lois sur le droit d'auteur n'ont-elles pas découvert le domaine public ? Certains auteurs parlent même du caractère accidentel de cette découverte. Trevor Ross écrit notamment que : « By setting limits on the terms of copyright, the lawmakers of 1710 inadvertently created the public domain. Never before in English history had it been possible to think that the nation's canonical literature might belong to the people. This, in essence, was what the literary property debate was all about : to whom does literature belong ? and what function does it serve in society beyond financial profit for authors and booksellers ? » et l'auteur ajoute en note : « The limited terms of copyright in the Act of 1710 were evidently last-minute amendments to save the original bill, which had received rough treatment in Parliament from Whigs and moderate Tories suspicious of both licensers and powerful London booksellers »[115].

Dés le XIX^{ième} siècle, il ne fait plus de doute que la notion de propriété est à repenser. C'est certainement dans un excès de mots que le droit d'auteur a été salué comme appartenant à cette même espèce de droit privatif[116]. Se référant à cette période, Desbois parlera d'un abus de langage : « C'est par un abus de langage que, sous l'influence des courants où le sentiment tenait plus de place que la pensée, l'expression «propriété littéraire et artistique » était jadis d'un usage courant »[117].

---

[115] Trevor ROSS, « Copyright and The Invention of Tradition », (1992) 26 *Eighteenth-Century Studies* 1, p. 2. On fera le rapprochement avec l'étude de Martha Woodmansee sur ce point. Relativement au développement de cette propriété particulière en Allemagne au XVI^{ième} et XVII^{ième} siècles, elle écrit : « The notion that property can be ideal as well as real, that under certain circumstances a person's ideas are no less his property than hogs and horses, is of course a modern one. In the country in which Martin Luther had preached that knowledge is God-given and had therefore to be given freely, however, this notion was especially slow to take hold », M. WOODMANSEE, « The Genius and the Copyright : Economic and Legal Conditions of the Emergence of The « Author » », *loc. cit.*, note 69, p. 434.

[116] M. Daniel Bécourt commentant cette période de l'histoire, écrit: « C'en est fini du privilège qui n'est pas un droit, mais « une grâce fondée en justice ». Certes, selon l'expression du temps, demeurant néanmoins à la discrétion du prince, voici en effet que la *souveraineté* sans partage d'un monarque de droit divin se voit transmise à la nation, et en même temps, substituée par celle du créateur-démiurge, investi à son tour d'un droit inviolable et sacré ». Daniel BÉCOURT, « La Révolution française et le droit d'auteur pour un nouvel universalisme », (1990) 143 *R.I.D.A* 231, p. 259

[117] H. DESBOIS, *Le droit d'auteur*, 1ère éd., (1950), p. 273.

Même si l'on se détourne du modèle de la propriété privée, toute nouvelle approche nécessite un point de départ. Renouard sera le premier à proposer l'adoption d'un système autonome sur la base d'un contrat social : la société doit reconnaître à l'auteur une *propriété utile*, c'est-à-dire limitée par les propres intérêts que la société possède en préservant les droits d'un travailleur particulier, l'auteur. Le terme propriété est employé dans le strict sens que lui donne ce contrat social. Elle transfigure, par opposition à la propriété *ordinaire*, une propriété nouvelle *extraordinaire* ou tout simplement *légale*.

b) L'archétype de la propriété extraordinaire ou légale : la théorie de Renouard

Les « abus de langages » dont parle Desbois font réagir. D'abord, pour nombre de juristes et de philosophes, la propriété ordinaire ne se conçoit que dans le cadre des rapports individuels avec les choses corporelles. S'agissant des créations intellectuelles, leur régime demeure des plus incertains et ne s'infère pas du droit commun. Même si l'œuvre de classification du droit romain est largement incomplète à leur endroit, on s'accorde généralement pour dire qu'elles constituent une catégorie autonome de biens. Même les tenants de la propriété naturelle relèveront le caractère particulier de cette propriété. Ensuite, le droit de propriété ordinaire n'est plus le seul fondement d'un droit justifiant l'appropriation. Le travail, il s'agit ici de l'effort créatif, peut suppléer à la notion fondamentale de possession. Ce raisonnement s'achève enfin sur la nécessité de se détacher du modèle de la propriété ordinaire, construit à partir des théories *jusnaturalistes*, pour créer à partir de l'axiome travail/récompense un modèle normatif indépendant. Ainsi, au lieu d'établir que les auteurs sont propriétaires de leurs œuvres, la proposition fondamentale devient que l'auteur a droit aux produits de son travail. Le rapport du sujet à l'objet est ensuite replacé dans un contexte socio-économique pour une raison évidente : le travail du créateur conditionne à la fois le progrès autant que la viabilité de l'industrie culturelle. La société devient alors redevable d'assurer au créateur une juste rétribution en autant, en retour, qu'elle puisse avoir accès aux fruits du travail de l'auteur[118].

[118] Le raisonnement de Renouard est clairement posé au début de son Traité des brevets d'invention : « La théorie de la législation sur les inventions industrielles repose sur trois propositions, développées dans les trois sections de ce chapitre.

Certains théoriciens du droit vont saisir le débat sur la propriété intellectuelle pour orienter le législateur vers la reconnaissance d'un monopole temporaire, solution qui avait déjà été éprouvée par la législation anglaise en matière de brevets d'invention. Il n'est donc pas étonnant que ce soit chez Augustin-Charles Renouard que l'on trouve la théorie la plus complète concernant la nature des droits intellectuels, car Renouard ne s'est pas limité à l'étude du droit d'auteur. Ses travaux embrassent également les brevets d'invention[119]. Il publie d'abord la première édition de son *Traité des brevets d'invention* en 1825[120] avant son *Traité des droits d'auteur* qui paraît en 1838[121]. Il est donc l'un des rares auteurs à avoir élaboré une théorie synthétique de la propriété intellectuelle, traitant simultanément deux des composantes majeures de notre discipline. On ne peut aujourd'hui que confirmer leur promiscuité ou, comme il l'écrira lui-même, la « relation intime »[122] du droit d'auteur aux brevets d'invention.

L'exposé des idées de Renouard gagne en précision et en clarté lorsque l'on considère l'ensemble de son œuvre. Son *Traité sur les brevets d'invention*, notamment dans ses versions de 1844 et de 1865, fait une large place au droit comparé ainsi qu'à l'interdisciplinarité. Ses écrits sur le droit d'auteur doivent ainsi être resitués dans l'ensemble de l'œuvre. L'édition de 1844 du *Traité des brevets d'invention* suit d'ailleurs le plan de son *Traité des droits d'auteur*[123].

---

1 - Les inventeurs ont droit à profiter des produits de leurs découvertes.
2 - La société a droit à faire usage des inventions publiées.
3 - Il ne faut pas sacrifier ni le droit des inventeurs à celui du public, ni le droit du public à celui des inventeurs; et la sagesse de la loi consiste à concilier ces droits en les servant tous deux ». 1844, p. 5. La troisième partie du Traité des droits d'auteur reprend cet agencement. En voici les titres : 1 - Les auteurs ont droit à profiter du produit de leurs ouvrages; 2 - La société acquiert, par la publication des ouvrages, un droit à en conserver l'usage, 3 - Une loi sur cette matière ne saurait être bonne qu'à la double condition de ne sacrifier ni le droit des auteurs à celui du public, ni le droit du public à celui des auteurs. A.-C. RENOUARD, *Traité des droits d'auteur, op. cit.*, note 4, pp. 433-437.

[119] Comme Pouillet d'ailleurs.

[120] Cette première édition semble introuvable. L'avant-propos de la troisième édition y fait toutefois référence: « La première édition de ce traité a paru en 1825, sous l'empire des lois des 7 janvier et 25 mai 1791 (...) ».

[121] A.-C. RENOUARD, *Traité des droits d'auteur, op. cit.*, note 4.

[122] *Id.*, p. 2.

[123] « Je me suis rapproché dans cette nouvelle édition, du plan que j'ai suivi dans mon Traité du droit d'auteur. J'ai consacré une première partie à la théorie et à l'histoire de la législation; et la seconde partie à sa pratique ». A.-C. RENOUARD, *Traité des brevets d'invention, op. cit.*, note 96, (éd. 1844), p. 8

Renouard est également un des premiers à s'opposer à ce qu'il appelle le « vicieux emploi » du mot propriété[124]. Pour Renouard, le créateur doit recevoir un juste prix pour le service qu'il rend à la société. Certes, selon ses explications « La pensée de l'homme est la portion la plus intime et la plus essentielle de sa personne. Tant que ma pensée est au-dedans de moi, elle m'appartient, parce que je m'appartiens à moi-même ». Mais pour Renouard cette proposition se heurte à une seconde qui « frappe par son évidence au même degré que la première »[125], à savoir que la société a des droits simultanés sur les découvertes ou les œuvres publiées. La société devient alors une notion centrale à la constitution d'un droit privatif : la propriété dont parlent ses contemporains doit être évaluée en termes d'utilité sociale[126]. Cette idée qui concerne également le droit d'auteur[127] est clairement articulée dans la première édition de son *Traité sur les brevets d'invention* : « Plusieurs fois, et notamment dans la première édition du présent ouvrage, puis dans mon Traité des droits d'auteur, et enfin, après beaucoup de voix plus puissantes que la mienne, à la tribune législative, je me suis élevé contre la doctrine qui dans la littérature, les sciences, les arts, l'industrie, présente les auteurs comme des victimes que la publicité exproprie. Ce qui me parait être la vérité, c'est qu'ils sont des travailleurs qui ont des droits, et qui traitent et contractent avec la société, laquelle a ses droits aussi »[128].

Corrélativement, l'obligation de payer l'auteur devient une dette sociale. L'auteur, le premier des travailleurs, doit être payé en conséquence mais ses droits ne doivent pas interférer avec la circulation du savoir et des idées ni le bon fonctionnement de l'industrie du livre, Renouard écrit: « L'auteur, en émettant des pensées qui pourront marquer leur

---

[124] «L'expression de propriété littéraire doit être rejetée de la langue juridique », A.-C. RENOUARD, *Traité des droits d'auteur, op. cit.*, note 4, p. 455.

[125] A.-C. RENOUARD, *Traité des brevets d'invention, op. cit.*, note 96, (éd. 1844), p. 17.

[126] Nous pouvons ici faire un parallèle avec les réflexions de Ripert, qui soulignera plus tard la fonction sociale de la propriété, sans pour autant dénier au droit de propriété son caractère subjectif. Citant notamment d'éminents scientifiques comme Duguit et Josserand, il s'accorde à dire avec eux que l'évolution du droit de propriété va dans le sens de l'amoindrissement de sa valeur, soit en limitant son exercice, soit en soustrayant à son emprise des biens économiquement importants. Voir G. RIPERT et M. PLANIOL, *Traité pratique de droit civil français*, *op. cit.*, note 110, p. 15. La notion de fonction sociale est selon nous reprise en droit d'auteur sous l'idée de l'intérêt du public.

[127] « Le livre est la prestation d'un service envers la société ». A.-C. RENOUARD, *Traité des droits d'auteur, op. cit.*, note 4, p. 457.

[128] A.-C. RENOUARD, Traité des brevets d'invention, *op. cit.*, note 96, (éd. 1844), p. 17.

sceau sur la matière, a permis à l'industrie de fabriquer des livres et de créer ainsi des objets appropriables, destinés à accroître des richesses individuelles »[129].

Si l'on doit considérer une *propriété utile*, c'est-à-dire soumise à des droits divers et qui s'opposent, l'emploi du terme *propriété* devient encore une fois imagé. Mais l'image qu'il projette est assurément incomplète. Il représente ici la maîtrise du sujet de droit sur l'objet de la propriété, le pouvoir du possessif, l'expression d'un pouvoir sur « ma chose » et bien peu le fait qu'il s'agit là d'un simple pouvoir délégué par la société[130]. Si bien que Renouard fut l'un des premiers à employer le vocable de « droit d'auteur ». Pour l'éminent juriste, la transmission des idées au public est une des conditions essentielles du progrès de l'humanité toute entière, rendant ainsi l'idée d'une propriété perpétuelle totalement inacceptable. Certains y ont reconnu la proposition kantienne selon laquelle les productions de l'esprit sont des choses insusceptibles d'appropriation[131]. Renouard, dans son *Traité des brevets d'invention*, semble répondre à ceux qui auraient pu établir un tel rapprochement et défend avec conviction l'idée d'un privilège temporaire :

> La thèse d'une jouissance perpétuelle et exclusive par les auteurs et leurs représentants a été plus souvent et plus vivement soutenue en faveur des écrivains que pour les inventeurs industriels. (...) Je ne pèserai point les autorités individuelles; je ne mettrai point en balance Kant, Napoléon et bien d'autres, avec Voltaire, Diderot, Linguet, Beaumarchais et bien d'autres. (...) Or, en faveur des droits de la société, il y a presque unanimité s'il s'agit des livres; il y a unanimité complète, s'il s'agit des inventions industrielles.

---

[129] A.-C. RENOUARD, *Traité des droits d'auteur, op. cit.*, note 4, p. 460.

[130] Renouard écrit encore que « le respect pour la propriété est une des bases de l'ordre social; mais ce n'est pas la base unique sur laquelle l'ordre social repose ». *Id.*, p. 457. Renouard reprend presque mot pour mot cette formule dans son *Traité des brevets d'invention* pour contredire les tenants du monopole perpétuel : « Le droit de propriété est un des fondements de l'ordre social; ce n'est pas l'ordre social tout entier ». A.-C. RENOUARD, *Traité des brevets d'invention, op. cit.*, note 96, (éd. 1844), p. 23.

[131] Voir A.-C. RENOUARD, *Traité des droits d'auteur, op. cit.*, note 4, p. 440, rendant à Kant la réflexion selon laquelle le livre est un instrument à l'aide duquel l'auteur communique avec son public. Geller écrira également que : « Kant, in formulating a general theory of authorship norms, relied on a somewhat less expansive view of self-expression. He observed that authors expressed their own thoughts, though not necessarily their personalities, in their discourse. For Kant, authors had no property right in such self-expression, that is, no right such as might be claimed in tangible things or land, but they did have some right to control the communication of resulting texts », Paul GELLER, « Must Copyright Be For Ever Caught Between Marketplace and Authorship Norms? », dans B. SHERMAN et A. STROWEL, *Of Authors and Origins*, *op. cit.*, note 75, p. 168.

> Il y a unanimité complète, même pour les livres, si l'on regarde aux législations en vigueur. Cet accord n'a été interrompu que dans le passé, en très peu de lieux, pendant de courts intervalles, et à une époque de privilèges où il s'agissait, non d'un débat entre la société et les auteurs, mais d'un débat entre les auteurs et les libraires, stipulant dans un intérêt de corporation et non l'intérêt du public.[132]

Renouard se rend à l'évidence : la vente d'un livre n'a pas les mêmes effets que celle d'une propriété ordinaire. Bien plus encore, il met en garde le lecteur de ne point confondre le livre matériel et le contenu intellectuel du livre[133]. Renouard refuse toutefois de voir en une production intellectuelle l'objet d'un droit de propriété. La pensée de l'homme n'est pas susceptible d'appropriation. La pensée est tout simplement propre à chaque homme. On ne peut l'en déposséder. Il en déduit que l'acceptation légale de propriété, si elle ne peut s'appliquer à la pensée elle-même, ne pourrait pas s'appliquer à une portion de celle-ci. En parlant de portion, il désigne l'expression artistique. Ainsi seule la matière dans laquelle « la forme de la pensée aura été imprimée » est susceptible, selon lui, faire l'objet de ce droit[134].

Renouard combat l'idée de propriété d'une chose, selon lui « inappropriable », avec d'autant plus de conviction qu'il y voit l'appauvrissement de l'humanité toute entière. Traiter en propriété des choses inappropriables est une hérésie. Cette idée est reprise avec force dans son *Traité des brevets* :

> Le droit de propriété ne peut s'exercer que sur un objet appropriable. Ce qui est inappropriable peut très légitimement être l'objet d'un droit, mais non d'un droit de propriété. La division des choses en appropriables et inappropriables n'est pas nouvelle : les jurisconsultes romains l'ont reconnue, et admirablement développée. (...) Ainsi l'air, le feu, sont des richesses universelles qui échappent à toute appropriation exclusive. (...) Attribuer à des propriétaires exclusifs les objets inappropriables, c'est appauvrir l'humanité toute entière. Il n'y a pas nécessité; puisque l'intérêt privé n'est nullement indispensable à leur garde et à leur conservation. Il

---

[132] A.-C. RENOUARD, *Traité des brevets d'invention, op. cit.*, note 96, (éd. 1844), p. 19.
[133] A.-C. RENOUARD, *Traité des droits d'auteur, op. cit.*, note 4, p. 449.
[134] *Id.*, p. 456.

> n'y a pas utilité; puisque leur valeur ne dépérit en rien par cela que tous en profitent en les exploitent. Il y a injustice; car chaque homme a droit sur ce qu'il peut s'approprier sans nul préjudice pour un droit déjà acquis à autrui; et si un objet est tel que chaque sujet puisse en avoir la jouissance pleine et complète, sans empêcher tout autre sujet d'en jouir pleinement et complètement, l'approprier à un seul est une usurpation intolérable.[135]

Les productions de l'intelligence sont comme le feu ou l'eau: elles sont universelles, nul n'est censé en être propriétaire. Nous verrons que cette idée est également très en vogue en Angleterre depuis le XVIII[ième] siècle et fera son chemin jusqu'aux décisions judiciaires[136].

Pierre Recht dira que Renouard confondait le fondement du droit avec sa nature[137]. Cette critique est vaine dans le sens où fondement et nature participent à la compréhension globale d'une même matière. La grande intelligence de Renouard est d'avoir nourri les réflexions sur le caractère particulier non seulement du droit d'auteur, mais de la propriété intellectuelle en général. Ses réflexions sur les brevets d'invention lui ont permis d'introduire, en droit français, l'idée d'une propriété utile. Malheureusement, sa pensée ne s'énonce pas aussi clairement dans son *Traité des droits d'auteur* et il faut se donner la peine de consulter ses autres écrits pour la saisir plus parfaitement. C'est sans doute en raison de cette pollinisation que ses travaux sont davantage cités pour leur excellence documentaire. Ils contiennent pourtant la démonstration que les systèmes du droit d'auteur et de *copyright* convergent plus qu'ils ne divergent et, notamment, que le droit d'auteur français est une pure construction législative. Bien qu'il n'y ait rien de péjoratif à se rendre à cette conclusion, l'idée que le droit d'auteur soit d'un ordre supérieur semble encore flatter ceux qui l'étudient et l'écrivent, ceux-là même qui cultivent l'appartenance de la discipline à une norme transcendantale, à un droit naturel.

---

[135] A.-C. RENOUARD, *Traité des brevets d'invention, op. cit.*, note 96, (éd. 1844), p. 25.

[136] Le juge Yates, dans l'arrêt *Millar v. Taylor* qui sera étudié plus loin, fait les mêmes remarques que Renouard. Voir également le développement que fait Renouard à ce sujet : « Concluons de tout ce qui précède, que, dans la nature des créations dues aux travaux des auteurs, n'existe pas ce caractère appropriable qui a pour condition et pour conséquence la perpétuité de transmission indéfinies ». A.-C. RENOUARD, *Traité des droits d'auteur, op. cit.*, note 4, p. 449 également, pp. 441-454. Il faudra attendre Fichte et la philosophie de la forme pour dégager l'idée que l'expression d'une pensée peut faire l'objet d'un droit exclusif.

L'industrie, placée devant les mêmes questionnements quant à la protection des œuvres ou inventions, adopte une attitude plus réservée et recherche l'effet plutôt que la définition. Renouard ponctue sa présentation sur la nature des droits des inventeurs en faisant référence à un texte de De Broglie sur l'abolition de l'esclavage. Faisant sien ses propos, il lui emprunte la distinction droit de propriété ordinaire et droit de propriété légale. Il scinde ainsi, de manière définitive, les bases philosophiques des deux systèmes. Alors qu'en Angleterre la nature statutaire du droit d'auteur avait stigmatisé toute l'attention depuis la décision *Millar* c. *Taylor*[138], Renouard, à son tour, rejette les prétentions de droit naturel et rejoint la conception positiviste qui fait du droit d'auteur un droit de propriété soumis à l'ordre civil :

> Il a, dit-il, existé dans tous les temps, il existe dans tous les pays, deux sortes de propriété : la propriété ordinaire et naturelle; la propriété extraordinaire, exceptionnelle, ou, mieux encore, si l'on veut, la propriété purement légale : ce nom est celui que nous préférons, par ce qu'il est neutre, parce qu'il est écartée d'une idée d'improbation ... La propriété ordinaire ou naturelle se forme spontanément; elle n'est point l'œuvre de l'État; elle est, au contraire, le fondement sur lequel s'élève l'édifice de la société; elle préexiste à la loi qui la protège; le législateur n'intervient que pour la reconnaître ou la consacrer. Si la loi lui retirait sa protection, elle ne périrait pas pour cela; elle persisterait par sa vertu intrinsèque; l'obligation de la respecter demeurerait la même dans le for intérieur; elle trouverait sa garantie, une garantie plus ou moins efficace mais réelle, dans la conscience du genre humain et dans les règles de la morale universelle ... La propriété extraordinaire, exceptionnelle, au contraire, est l'œuvre même du législateur. Elle ne devance pas la loi; elle en est le produit, et partant la conséquence... C'est le législateur qui crée, en quelque sorte, la matière de cette propriété; tantôt en transformant fictivement les personnes en choses; tel est le cas pour les esclaves; tantôt en instituant des êtres de raison, des choses de convention : par exemple les charges, les offices publics; tantôt en restreignant, par exception, au profit de quelques-uns, ce qui naturellement est du domaine de tous ; c'est ainsi que deviennent possibles la propriété littéraire, les brevets d'invention, les monopoles, les privilèges. Tout cela n'existe que par la loi, n'existe que

---

[137] P. RECHT, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, *op. cit.*, note 80, p. 52.
[138] *Millar* v. *Taylor*, 98 *E.R.* 201 (1769) (Court of King's bench).

> sous le bon plaisir de la loi, et tire de la loi, non seulement son inviolabilité positive, mais son droit au respect dans le for intérieur... Permettez de réimprimer les ouvrages déjà publiés, chacun les réimprimera sans le moindre scrupule; il n'y aura plus de propriété littéraire... Cette seconde espèce de propriété, la propriété légale ..., est artificielle, arbitraire; il faut qu'elle soit définie, c'est-à-dire expliquée, elle est exceptionnelle et d'institution purement civile; il faut qu'elle soit limitée au but qui rend l'exception légitime, et soumise aux conditions que l'exception comporte; elle est l'œuvre du législateur qui la règle du moins qu'il l'entend, en vue de certaines circonstances.[139]

On retrouve dans ce passage la source des arguments modernes en faveur de l'intérêt public, contre-argument d'un droit d'auteur plénier et naturel. Le droit d'auteur se trouve enfermé dans une *institution purement civile*; il est l'expression d'une norme sociale. La loi sur le droit d'auteur forme ainsi un code complet qui pourvoit à l'objectif supérieur de l'organisation sociale. Point de propriété naturelle donc. La lettre des textes efface les références aux principes jusnaturalistes. Le texte de la loi devient autosuffisant, limitant ainsi le travail de l'interprète. Cette conception du droit que l'on attribue aujourd'hui plus facilement à la culture juridique britannique est donc bien vivace dans la doctrine française du XIX^{ième} siècle. Elle fixera le droit d'auteur dans les textes et empêchera ce que nous appellerons plus loin le « redressement » du droit d'auteur, c'est-à-dire la redirection de l'interprétation vers des objectifs législatifs plus protecteurs des intérêts de l'auteur. L'essentiel de la théorie de la propriété légale est de transformer le droit en exception à une principe supérieur qui, en l'occurrence, pour Renouard et ses successeurs, est celui de l'usage par le public de l'invention ou des œuvres. Il n'est pas étonnant que la doctrine moderne analyse le droit de distribution sous l'angle de cette exception puisqu'elle favorise la position selon laquelle l'acheteur, membre du public, acquiert le libre usage du livre.

---

[139] Cet extrait est reproduit dans le Traité des brevets d'invention de 1844 mais non dans le Traité des droits d'auteur puisque le rapport de De Broglie est paru en 1843. Traité des brevets d'invention 1844, pp. 27-28. Il est vrai que l'on pourrait opposer à l'argument de la « morale universelle », présent pour garantir la propriété ordinaire et non la propriété légale, l'opinion de Carrier qui récemment écrit : « Reconnaître qu'un texte est l'œuvre de tel écrivain, cela implique pour tous les autres l'interdiction de se l'approprier, même partiellement. Au XVII^{ième} siècle, une telle appropriation est ressentie comme moralement condamnable, comme un vol, et cette forme de vol porte un nom - le plagiat - qui entraîne dans le monde des gens de lettres une réprobation très forte et unanime ». Hubert CARRIER, « La propriété littéraire en France au XVIIe siècle », (2001) 13 *C.P.I.* 311, p. 311.

C'est à ce titre d'ailleurs que l'on cherche à justifier la théorie de l'épuisement du droit. Il suffit, à ce stade de notre étude, de mentionner les similarités de raisonnement. Nous reviendrons plus en détail sur leur valeur[140].

Dans la seconde moitié du XIX^{ième} siècle apparaît un courant de pensée qui tente également de contourner l'assimilation à la propriété ordinaire, mais qui fait dériver cette fois les prérogatives de l'auteur d'un droit personnel: il s'agit des théories dites « personnalistes ».

c) L'archétype du droit personnel : les théories personnalistes

Les théories personnalistes sont d'origine continentale. On en attribue généralement la paternité au juriste allemand Otto von Gierke connu pour ses travaux relatifs à l'« Urheberpersönlichkeitsrecht »[141]. On peut dire qu'elles s'opposent aux théories de la propriété ordinaire en ce qu'elles ramènent le droit d'auteur dans la sphère des droits personnels plutôt que celle des droits réels. Le droit de l'auteur s'inscrit dans le prolongement de la personnalité. Pour Gierke, le droit d'auteur « c'est le droit exclusif du créateur d'une œuvre de l'esprit de disposer de sa publication et de sa reproduction »[142]. Il ne s'identifie pas avec le droit de propriété du manuscrit. Il s'entend d'ailleurs sur ce point, et sur ce point seulement, avec Renouard pour qui « la reproduction des ouvrages d'esprit

---

[140] Reese, notamment, déclinait encore récemment les bénéfices sociaux de la doctrine américaine de la première vente de la façon suivante : « This system of distributing copyrighted works in tangible copies that are freely alienable under the first sale doctrine has had three primary beneficial effects on public access to those works. First, the system appears to have increased the overall affordability of access to copyrighted works. Second, the system has in many cases helped ensure the continued availability of such works to the public. Third, the system has allowed users to gain access to such works while maintaining their privacy or anonymity from the copyright owner », R. Anthony REESE, « The First Sale Doctrine in The Era of Digital Networks », (2003) 2 *Boston College L. R.* 577, p. 584.

[141] A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, note 91, p. 38. Troller, dans un article de 1960, expose de façon remarquable la théorie de Troller. Alexander TROLLER, « Réflexions sur l'« Urheberpersönlichkeitsrecht » », (1960) 73 *D.A.* 304, p. 305. Il rappellera que Kant était partisan d'un droit personnel de l'auteur. Pour Kant, en effet, l'éditeur s'adresse au public au nom de l'auteur, au moyen de chaque exemplaire de son ouvrage. Troller ajoute que c'est le prestige de Kant et non sa connaissance en droit qui servit à répandre cette théorie. Il précise également que Gierke range le droit d'auteur dans les droits de la personnalité « uniquement parce que l'œuvre est le fait personnel de son auteur ». Il est donc beaucoup plus nuancé que ses contemporains quant à la contribution de Gierke à la thèse personnaliste. Il conclura d'ailleurs : « Affirmer que Gierke range le droit d'auteur au nombre des droits de la personnalité conduit donc inévitablement à des malentendus ». *Id.*, p. 306.

n'est point un objet de propriété »[143]. Si Gierke ne distingue pas nettement les droits de la personnalité des droits patrimoniaux, il tente de réunir sous une même appellation à la fois les intérêts pécuniaires et les intérêts moraux. Voici comment Gierke caractérise ces droits:

> Les droits de la personnalité sont de leur nature intransmissibles. Il est toutefois possible de céder à un tiers l'exercice, voire la substance, de certains d'entre eux, totalement ou partiellement. [...] Quand un transfert a lieu, le droit personnel passe avec lui à un autre titulaire et devient pour celui-ci un droit inhérent à sa personne. En cas de transfert constitutif, un nouveau droit personnel naît de celui qui reste à l'aliénateur; ce nouveau droit accroît le pouvoir personnel de l'acquéreur et se trouve à l'égard du droit de l'aliénateur dans un rapport analogue à celui qui existe entre un droit réel restreint et le droit de propriété.[144]

L'analogie avec la propriété pleine et ses démembrements est intéressante. Dans l'esprit de Gierke, le droit principal sur la chose immatérielle reste une prérogative de l'auteur qu'il peut céder en tout ou partie. Concrètement, le droit exclusif du créateur consiste à pouvoir disposer de sa publication et organiser sa reproduction, ce qui consiste essentiellement à choisir de céder à un tiers - l'éditeur -, et selon des conditions prédéterminées, le ou les droits d'exploitation de l'ouvrage. Dans cette conception, le droit d'auteur a pour objet l'œuvre intellectuelle, mais est compris, dans sa nature, comme le prolongement de la personne de l'auteur. La théorie de Gierke recentre donc l'instrumentalisation du droit sur le sujet de l'auteur. Le professeur Troller soulignera que la terminologie retenue par Gierke, l'« Urheberpersönlichkeitsrecht », mène à des malentendus et ne satisfait pas complètement. Selon lui, il n'aurait pas été gênant d'employer, à sa place, l'expression de « propriété intellectuelle »[145], sachant que cette propriété peut contenir des composantes extrapatrimoniales. Par analogie, les droits de la personnalité, tels que compris par Gierke, sont en effet d'acception très large puisqu'il y inclut les prérogatives d'ordre patrimonial du droit d'auteur en même temps que des droits attachés à la personne.

---

[142] *Id.*, p. 305.
[143] A.-C. RENOUARD, *Traité des droits d'auteur*, *op. cit.*, note 4, p. 441.
[144] Otto von GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, Leipzig, 1895, p. 708. Traduction du professeur Troller, A. TROLLER, « Réflexions sur l'« Urheberpersönlichkeitsrecht » », *loc. cit.*, note 141, p. 305.
[145] *Id.*, p. 310.

La conception de Gierke entre dans la conception dite « moniste » du droit d'auteur[146]. L'œuvre, après sa publication, demeure l'émanation de la personnalité de son auteur. Ses utilisations sont sujettes à une délégation des droits personnels. Les profits nés de l'exploitation entreront dans un patrimoine, mais le droit qui l'articule restera inséparable de la personnalité de l'auteur. Dans la conception dualiste, au contraire, un droit de nature patrimoniale apparaît dès la publication. Les prérogatives pécuniaires et morales se développent plus ou moins distinctement, mais constituent incontestablement deux ordres d'attributs qui s'inscrivent dans des objectifs que l'on peut clairement dissocier. L'un, inaliénable et perpétuel, comme il est possible de le constater en droits français (en droit canadien le droit moral est inaliénable mais non perpétuel et l'auteur peut y renoncer), ayant pour préoccupation la personne de l'auteur, l'autre, cessible et limité dans le temps, entrant dans le processus d'exploitation patrimoniale de l'œuvre.

Les théories personnalistes systématisent, en quelque sorte, le droit moral et en font découler l'ensemble des droits d'exploitation[147]. Si une doctrine minoritaire se rallie à la théorie des droits personnels, la renommé de ses représentants lui accorde une légitimité incontestable. Précisons tout de même que cette adhésion présente assurément autant de nuances qu'il y a d'auteurs. Parmi les solutions les plus radicales, notons celle de Bertauld

---

[146] La théorie moniste personnaliste est surtout reconnue en droit allemand. Otto von Gierke est d'ailleurs considéré comme son initiateur. Voir sur cette question, H. DESBOIS, *Le droit d'auteur*, 1ère éd., (1950), p. 264. Également, A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, note 91, pp. 37-40. Le professeur Ysolde Gendreau replace parfaitement ces écoles de pensée dans la théorie générale du droit d'auteur : « Deux philosophies s'opposent, effectivement, en fonction de l'influence que le droit moral est considéré exercer au sein du droit d'auteur. Selon la première philosophie, dite unitaire, moniste, ou personnaliste, l'œuvre est si intimement liée à la personne de l'auteur que le droit moral, qui protège les intérêts personnels de l'auteur, colore l'ensemble du droit d'auteur et fait de lui un droit de personnalité. Droits pécuniaires et droit moral découlent ainsi de l'exercice d'un droit de la personnalité. La seconde conception du droit d'auteur est moins absolue que la thèse unitaire. Les partisans de la théorie dualiste considèrent que, tout en ayant des incidences l'un sur l'autre, droit moral et droit patrimonial ne peuvent se fondre en une seule notion. Selon eux, le droit d'auteur est double : il réunit, d'une part, des attributs d'ordre personnel et, d'autre part, des attributs d'ordre économique ». Y. GENDREAU, « La nature du droit d'auteur selon le nouveau code civil », *loc. cit.*, note 13, p. 101.

[147] Le professeur André Lucas note qu'elle a été également invoquée afin d'éviter de faire tomber les compositions intellectuelles dans la communauté conjugale. A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, note 91, p. 39. À l'origine, Bertauld avait utilisé l'argument afin de refuser aux créanciers de l'auteur le droit de se payer sur les œuvres publiées par l'auteur débiteur tant que ce dernier est en vie. E. POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, note 6, p. 162.

qui fait entrer le droit d'auteur au sein de la catégorie des droits de nationalité. Bertauld dira de ces droits qu'ils sont « absolus sans s'adresser directement aux biens »[148]. Bertauld[149], avant même les écrits de Gierke, avait soutenu que si quelqu'un cherche à s'approprier une œuvre, il ne viole pas une propriété, mais un droit personnel. Il y a donc non pas contrefaçon, mais violation des droits de la personne et atteinte à sa liberté. Pour lui, « la contrefaçon n'est pas une atteinte aux biens des auteurs, à leur patrimoine; elle est une atteinte à leur personne, à leur liberté; elle n'est pas un vol, elle est une violence »[150]. Le droit d'auteur doit être soustrait totalement des règles gouvernant le droit des biens. Bertauld, d'ailleurs, écrira que l'élément moral l'emporte de beaucoup sur la valeur matérielle.

C'est ainsi que, selon les personnalistes, les règles de la propriété naturelle doivent régler le sort du bien corporel et non de l'oeuvre. Elles ne permettent pas d'expliquer ni d'articuler le droit de reproduction de l'auteur. Ces droits sont distincts. C'est pourquoi ils se tournent alors vers la catégorie des droits personnels. Pour Morillot, autre chef de file de l'école personnaliste, le droit d'auteur est étroitement lié à la personne de l'auteur[151]. Il est d'ailleurs insaisissable, en tout temps, même après la mort de l'auteur. Morillot précise cependant que s'il cède entièrement ses droits à un éditeur, l'auteur détruit lui-même la personnalité de son droit qui devient alors purement pécuniaire[152].

---

[148] Alfred BERTAULD, *Questions pratiques et doctrinales du Code Napoléon*, Tome 1, Paris, Durand, 1869. Cité dans E. POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, note 6, p. 159. Pour Pouillet cependant, la théorie de Bertauld n'est pas tout à fait en ligne avec les théories personnalistes. Il lui accorde en revanche d'avoir articulé le caractère particulier du droit d'auteur. « Nous nous rangerons, quant à nous, plus volontiers à l'opinion de M. Bertauld, en ce sens du moins qu'il ne voit dans le droit de l'auteur ni un droit réel, ni un droit tout à fait personnel. Il nous paraît, en effet, que le droit de l'auteur est d'une espèce particulière, ayant, sans nul doute, des caractères communs avec le droit de propriété ordinaire, mais en en différant par certains côtés ». *Id.*, pp. 159-160

[149] Morillot va plus loin que Bertauld: il passe même pour être l'inventeur du terme de droit moral. Pour lui, le droit de publication n'est que l'exercice de sa liberté personnelle. Le droit de l'auteur a un fondement purement moral.

[150] Cité par Paul ROUBIER, « Droits intellectuels ou droits de clientèle », (1935) *R.T.D.Civ.*, 251, p. 272.

[151] MORILLOT, « de la Personnalité du droit de copie », (1872), cité dans E. POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, note 6, pp. 161-162.

[152] À ce moment seulement il peut servir à désintéresser les créanciers. Pouillet critique cette solution. « Comment ! L'ouvrage est écrit ; il est terminé ; il va paraître ; les exemplaires, si l'on veut, sont même imprimés ! Et voilà que tout à coup l'auteur se ravise. Songeant à ses créanciers qui le guettent, il suspend sa publication ; il revendique la personnalité de son droit ; il veut demeurer maître absolu de publier ou de ne pas publier sa pensée. Quelle est la raison de ce changement ? C'est qu'il veut soustraire à ses créanciers vigilants les sommes que sa publication va produire [...]. Il est difficile de s'attendrir sur le sort d'un auteur aussi peu

Les théories personnalistes marquent une étape majeure dans l'étude de la nature du droit d'auteur en ceci qu'elles replacent l'auteur au cœur du dispositif légal. Elles s'inscrivent contre la doctrine dominante des XVIII^ième^ et XIX^ième^ siècles selon laquelle les droits de l'auteur se limitent à un droit de paternité et à celui de faire publier son œuvre. Pendant ces deux siècles, en effet, le droit d'auteur consiste essentiellement à réglementer le commerce du livre, laissant à la personne du créateur le titre honorifique d'auteur. La prérogative qui lui est attachée est essentiellement celle de céder, avec son manuscrit, l'ensemble des droits d'exploitation à l'éditeur. Dans ce processus linéaire, le régime du droit d'auteur se rapproche de celui de la vente mobilière et conserve comme principale spécificité l'attribution à l'auteur du titre de propriétaire originel. Voilà d'ailleurs toute la mesure de la reconnaissance du droit naturel de l'auteur tant d'ailleurs en droit français qu'en droit anglais[153]. Car l'acte de publication va changer radicalement la nature du droit et met un terme à l'analyse *jusnaturaliste*. Il ne s'agit plus de titularité originale ni de rendre publique l'œuvre, mais bien de l'exploiter. Dès la publication, le droit d'auteur devient une propriété légale ou utile, détachée de son auteur. L'opération de publication permet d'articuler, sinon de réconcilier, les théories du droit naturel avec celles du droit positif, puisqu'elle scinde en deux plans distincts le domaine de leur affectation. La publication est le moment où cesse l'existence d'un droit de l'auteur. Il est le signal d'un changement de régime de droit, le passage à un droit commercial. Cette conception très peu protectrice des intérêts de l'auteur - et qui fait une place réduite au droit naturel s'explique par l'impossibilité de faire survivre un lien de droit à une opération qui s'assimile essentiellement comme une vente. La dissociation entre l'œuvre et les prérogatives patrimoniales du droit d'auteur, principalement celles de reproduire et de vendre, n'est pas encore parfaitement assimilée. Cette conception a fortement influencé le droit d'auteur anglais et, indirectement, celui des colonies et des États-Unis. En revanche, elle ne satisfait pas les personnalistes : pour eux, l'acte de publication ne présuppose aucun transfert de propriété, il est une simple

---

délicat, aussi peu scrupuleux ». E. POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, note 6, pp. 161-162.

[153] Pouillet rappelle d'ailleurs que la jurisprudence française confirme la solution selon laquelle le manuscrit reste la chose propre de l'auteur tant qu'il n'est pas publié, l'auteur en est le seul et l'unique « maître ». Selon Pouillet, le caractère personnel de ce droit sur l'œuvre évite qu'il ne soit réalisable par lors de la succession

investiture légale, une autorisation de reproduire dont l'auteur est à l'origine. Nul besoin de céder ou de vendre donc, il s'agit seulement d'autoriser.

Les différentes descriptions de la propriété incorporelle présentées sous ce chapitre, ces archétypes du droit d'auteur, seront reprises librement pour servir ou critiquer différentes propositions de classification.

Section 3 - Les propositions de classification

Les tentatives de classification résultent invariablement des travaux sur la distinction entre la propriété matérielle et la propriété incorporelle. Du fait de cette incorporalité, la notion classique de propriété ne peut recevoir, sans aménagements, le droit de l'auteur. Sa dimension personnelle avait pu faire écrire par certains juristes qu'il s'agissait là d'une « sorte de propriété », évacuant cependant l'embarrassante question de son assimilation à la propriété ordinaire. Josserand dira en effet que « [...] les œuvres de l'esprit, comportent une appropriation, exclusive et opposable à tous, donc une sorte de propriété »[154]. Dans l'esprit de l'éminent civiliste, la famille du droit des biens est suffisamment « compréhensive et nuancée pour abriter des formes de tenures très différentes les unes des autres »[155] et conclut que le monopole d'exploitation de l'auteur « offre une analogie frappante avec le droit du propriétaire d'une chose »[156]. Cette opinion n'emporte pas consensus auprès des spécialistes. Les concepts de propriété et de droit d'auteur, mariés pour un temps par les théories *jusnaturalistes*, seront par la suite désunis. Il est vrai que les personnalistes avaient déjà, à leur façon, célébré la spécificité de notre droit. Mais certains auteurs iront plus loin en créant, pour lui seul, une classe distincte de droits. Le droit d'auteur serait alors ni droit réel, ni droit de créance, ni encore droit personnel.

---

par exemple : « [...] de pareils objets n'entrent pas dans la masse active de la succession ». E. POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, note 6, p. 166.

[154] Louis JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, Vol I, Paris, Recueil Sirey, 1938, p. 846.

[155] *Id.*, p. 846.

[156] *Id.*, p. 846.

Nous présenterons successivement la théorie du « droit d'invention » de juriste belge Edmond Picard (a), celle de l'« Immateriellgüterrecht » de l'allemand Josef Kohler (b), et enfin celle du « droit de clientèle » du français Paul Roubier (c). Enfin, nous consacrerons quelques paragraphes à la tentative du droit anglais de classer le droit d'auteur au sein de la catégorie des « choses in action » (d).

a) Le droit d'invention

Nous ne reviendrons pas sur le concept de propriété provenant du *dominium ex jure quirituium*, précepte du droit romain à partir duquel on a pu faire dériver les attributs classiques du droit de propriété, soit son caractère absolu, exclusif et perpétuel sur les biens. C'est pourtant à partir de la classification tripartite du droit romain que Picard va jeter les bases de sa théorie et proposer une quatrième catégorie de droits afin d'y accueillir les droits intellectuels. Dans son ouvrage principal, *Le droit pur*, publié pour la première fois en France en 1908, il écrit :

> Les Romains n'avaient dégagé que trois groupes. Leur terminologie présentait quelques nuances avec celle que je propose. Dans les Institutes, on trouve Personae, Res, Actiones comme en-tête principale de l'oeuvre. Elles nomment les droits obligationnels jura AD personam et les droits personnels jura IN persona. [...] Les Romains ne se rendirent pas compte qu'une chose purement intellectuelle pouvait être l'objet d'un droit. Cela répugnait à leur judiciaire éminemment positive et matérialiste. Et durant des siècles l'École, influencée par l'autorité du droit de Justinien, ne put se libérer de la conviction que la division ne pouvait être que tripartite.[157]

Picard propose donc de faire du droit d'auteur un droit nouveau, un droit d'invention. Il est résolu à lui donner une existence propre[158], de le sortir du « magasin général » des droits réels dans lequel on l'avait inscrit par commodité. Il faut, selon lui, renoncer à faire rentrer,

---

[157] Edmond PICARD, *Le droit pur*, Paris, Ernest Flammarion, 1912, p. 92
[158] *Id.*, p. 92.

« à coups de maillet », les droits intellectuels dans les droits réels[159]. Il dénonce le mauvais emploi des termes propriété artistique, propriété littéraire ou propriété industrielle, source de tant de disconvenances conceptuelles. Il condamne les « résultats irrationnels » de l'assimilation à la propriété ordinaire[160] et réprouve de manière générale le conservatisme des juristes de son temps. Son analyse contourne la controverse pour placer l'étude du droit d'auteur hors des cadres classiques, hérités des gloses puis de la codification[161].

En fondant son étude sur le *rapport juridique* entre le sujet et l'objet du droit, Picard conclut qu'en présence d'objets de natures différentes, le régime de droit alors applicable doit également être différent. La pensée de Picard brise très certainement, du tranchant de son raisonnement, les liens qui emprisonnaient l'œuvre à la matière[162]. Les choses immatérielles prennent définitivement place à côté des choses matérielles, d'égal à égal[163]. Le produit intellectuel, imprimé, incorporé dans les différents matériaux qui le supportent - qu'il s'agisse de plan, de livre ou d'enseigne ...- a désormais son existence propre[164]. Dans sa

---

[159] *Id.*, p. 94.

[160] « Aussi s'accoutuma-t-on à dire Propriété artistique, Propriété littéraire, Propriété industrielle, comme on disait propriété d'un immeuble ou d'un meuble matériel. [...] Les résultats irrationnels de cette assimilation ne se firent pas attendre. De chose matérielle à chose intellectuelle, les différences de nature et d'origine sont trop grandes pour que le même régime juridique puisse convenir ». E. PICARD, *Id.*, pp. 93-94. Picard notera également dans un autre de ses ouvrages: « On s'efforçait d'appliquer aux droits intellectuels les règles des droits réels ordinaires, de la propriété sur les choses matérielles; de là, des malentendus constants, des bévues: les droits intellectuels exigent, en effet, un régime distinct ». E. PICARD, *Les constantes du droit*, Paris, Ernest Flammarion, 1921, p. 67. Voir également Recht qui critique le bien-fondé de la théorie de Picard. P. RECHT, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété, op. cit.*, note 80, p. 72

[161] « On chercha des règles pour la matière dans le deuxième Livre du Code Napoléon, code que ses rédacteurs, avec plus d'empirisme que de méthode, avaient divisé en trois livres correspondant approximativement aux droits personnels, aux droits réels, aux droits obligationnels, sans rien y consacrer aux droits intellectuels [...] ». E. PICARD, *Le droit pur*, *op. cit.*, note 157, p. 93.

[162] Dans l'édition de 1921 de son ouvrage *Les constantes du droit*, on peut lire la dédicace suivante: « Au Dr Gustave Le Bon, au penseur qui découvrit la Dématérialisation de la Matière et l'Universalité de la Radio-activité ». E. PICARD, *Les constantes du droit*, *op. cit.*, note 160.

[163] « Ainsi s'est affirmée une fois de plus cette vérité que c'est une erreur d'imaginer le Droit composé exclusivement d'éléments doués de matérialisations visibles et tangibles en eux-mêmes, mais qu'au contraire la part de l'invisible réel y est considérable. Nous ne sommes pas encore au bout de semblables constatations, vraiment nécessaires et salutaires pour mettre au point la Science Juridique ». E. PICARD, *Les constantes du droit*, *id*, p. 79

[164] Certains commentateurs attribuent à Kohler la distinction entre la propriété matérielle ou ordinaire et un droit immatériel. Kohler énonce que le droit de propriété et le droit d'auteur sont de même nature mais que leur objet est différent. Voir Alain LE TARNEC, *Propriété littéraire et artistique*, Paris, 2ième éd., Dalloz, 1966, p. 10. Le Tarnec rapporte les propos d'éminents juristes qui ont repris après lui la théorie des droits intellectuels de Picard : « Il existe une troisième appellation générale de « droits intellectuels » susceptible d'appropriation et non de propriété intellectuelle, le terme de propriété prêtant à équivoque» «. Le Tarnec dénonce l'inutilité d'une telle catégorisation des droits. Il écrit: « Dire que les droits intellectuels sont

proposition d'un nouveau schéma de classification des droits, Picard place donc à coté des *jura rei materiali,* qui relèvent du régime classique de la propriété, les *jura in inventione*, qui relèvent de ce qu'il désigne les *monopoles*. La distinction entre monopole et propriété est toutefois difficile à percevoir chez Picard et elle ne donne lieu à aucune explication. On pourra lui reprocher également de ne pas avoir précisé à quel régime ces droits devaient être soumis, ni quels objectifs généraux ils doivent suivre au-delà du seul changement de terminologie. Picard indique ce que ces droits intellectuels ne sont pas, non ce qu'ils sont.

Nous laisserons à l'auteur les mots de conclusion. Selon Picard, cette doctrine « très simple a, depuis, fait fortune, à un tel point d'ailleurs que déjà on n'en connaît plus l'auteur, ce qui assurément, est le signe le plus clair d'une découverte destinée à se vulgariser [...]. Elle est entrée dans la vie juridique courante, malgré les résistances de quelques romanistes irréductibles alléguant qu'on portait atteinte à la belle harmonie sacro-sainte et intangible de leur Droit préféré. Elle a été adoptée comme base absolue dans la Loi belge de 1886 sur le droit d'auteur. On s'y est même appliqué à éviter le mot « propriété » pour désigner la plénitude du droit sur une production de l'intelligence. Le terme « Monopole » semble, en effet, mieux convenir parce qu'il spécialise la matière et évite l'amphibologie »[165]. Picard opte donc pour une approche moderne qui est pourtant bien dans l'air du temps. Nous avons déjà noté la désaffection progressive des théories civilistes de la propriété. Certains trouveront que sa « découverte » est au plus une contribution linguistique[166]. Roubier parlera d'abord d'audace avant de se raviser et d'écrire que l'idée d'une troisième classe de droits patrimoniaux n'est pas si audacieuse que le pensait Picard, étant donné

---

susceptibles d'appropriation et non de propriété intellectuelle, c'est écarter d'une façon imprécise et hésitante la notion de propriété ». *Id.*, p. 11.

[165] E. PICARD, *Les constantes du droit*, *op. cit.*, note 160, pp. 94-95.

[166] Picard proposa même pour le centenaire du Code Civil d'introduire un « Livre des droits intellectuels ». Il publia sa doctrine pour la première fois le 7 janvier 1874 à l'occasion d'une conférence. L'intitulé en était « Les droits intellectuels à ajouter en quatrième terme à la division classique des droits ». Il opte pour l'emploi du terme « monopole » pour qualifier la catégorie des droits intellectuels, ou *jura in inventione*. *Id.*, aux pages 94-95. Il est intéressant de noter que la réforme du code civil du Québec de 1994 a *éclaté* quelques notions de propriété intellectuelle à différents endroits du Code. Le législateur parle ainsi de « droits de propriété intellectuelle et industrielle » à l'article 458 C.c.Q. relatif aux régimes matrimoniaux et à l'article 909 C.c.Q. relatif à la classification des biens. L'empreinte de notre matière est donc très légère et diffuse en droit civil laissant l'essentiel à la *Lda*. Y. GENDREAU, « La nature du droit d'auteur selon le nouveau code civil », *loc. cit.*, note 13, p. 102 et s.

l'inadéquation des groupes existants[167]. Roubier est d'avis également que l'expression « droits intellectuels » employée pour désigner cette nouvelle classe de droits n'est pas heureuse car s'il convient pour désigner « les droits d'inventeur ou les droits d'auteur, il ne saurait être employé, sans provoquer de raillerie, pour le droit sur les marques de fabrique ou un nom commercial »[168].

b) *Die Immaterialgüterrechte*

Devant la nécessité de redéfinir le droit d'auteur, Josef Kohler va exposer sa théorie de l'*Immaterialgüterrechte* - droits sur les biens immatériels, notion qu'il propose pour remplacer celle, trop longtemps galvaudée, de propriété incorporelle[169]. Kohler reconnaît l'utilité historique du concept de propriété. C'est à travers lui, notamment, que le droit nouveau a pu trouver une légitimité suffisante face aux régimes des corporations et aux privilèges. La notion de propriété est une notion tuteur qui perd pourtant sa signification en même temps que sa fonction. Nous disons fonction, car, dans la théorie de Kohler, la qualification de propriété est inexacte sur le plan juridique: son rôle se réduit à accompagner les débuts de l'évolution des droits sur des biens incorporels. Une fois le particularisme de ces droits révélé, ils doivent se définir au sein d'une une nouvelle catégorie de droits.

Pour Kohler, le droit de l'auteur ou de l'inventeur repose sur l'utilité sociale. Leur caractère privatif s'explique et se justifie par l'avancement social auquel leurs titulaires contribuent. Nous ne saurions dire si Kohler eût connaissance des écrits de Renouard mais on retrouve chez lui des idées fort similaires, même si Renouard ne préconise pas la création d'une classe distincte de droits. Tout comme les partisans de la propriété *légale* ou *utile*, le droit

---

[167] P. ROUBIER, « Droits intellectuels ou droits de clientèle », *loc. cit.*, note 150, p. 286.
[168] *Id.*, p. 286.
[169] Selon Spoor, Kohler expose sa théorie dans un ouvrage intitulé « Das Autorrecht » (1880) puis, successivement, dans « Das literarische und artistische Kunstwerk und sein Autorschutz » (1892), « Urheberrecht and Schriftwerken und Verlagsrecht » (1906/7) et « Kunstwerkrecht » (1908). J.H. SPOOR, *Copies in Continental Copyright*, Alpheen aan Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1980, p. 13.

de l'auteur est alors perçu comme une récompense due par la société à son titulaire pour un temps limité.

La publication est une notion centrale dans la théorie des *Immaterialgüterrechte*[170]. Ce n'est qu'au moment où l'idée est exprimée et publiée que peut naître l'obligation sociale. En d'autres termes, une fois publiée, l'œuvre devient un bien juridique. « Tant qu'elle fait corps avec son auteur, elle n'est pas le siège des droits que nous envisageons », (parlant des droits immatériels, nos précisions) et Roubier poursuit, « [d]e même que le manuscrit non publié, l'invention non brevetée peut être envisagée comme fondant d'autres droits, mais non les droits que nous étudions »[171]. Et effectivement, Kohler admet que la publication d'une œuvre ne peut être faite contre la volonté de son auteur, prérogative qui est attachée aux droits de la personne[172]. La seule finalité des droits sur ces biens immatériels est d'assurer une utilisation économique de la création. Et, tant que l'oeuvre n'est pas rendue public, il n'y a pas lieu de mettre ces droits en vigueur. La règle juridique, parce qu'elle est garante de cette fonction sociale, prend tout son sens à la publication de l'œuvre. C'est à cet instant qu'elle apparaît[173]. La théorie des droits sur les biens immatériels tend donc essentiellement à organiser et justifier l'utilisation économique des objets de la création. On comprend également l'effet temporaire de ces droits. L'expression d'une idée, une invention ne sont pas susceptibles d'appropriation durable: le but ultime de la création est de renouveler le patrimoine commun de l'humanité, de faire progresser le savoir et la connaissance des civilisations.

Enfin, à la différence de la propriété corporelle, les droits qui permettent l'exploitation de l'oeuvre ne portent pas sur l'objet corporel qui enveloppe la création, mais bien sur une

---

[170] Spoor explique d'ailleurs que Kohler envisage plusieurs formes d'exploitation de cette objet incorporel : d'abord par la fabrication et la distribution des exemplaires d'une œuvre, ensuite par les discours ou récitation. *Id.*, p. 13-14.

[171] P. ROUBIER, « Droits intellectuels ou droits de clientèle », *loc. cit.*, note 150, p. 287.

[172] A. TROLLER, « Réflexions sur l'« Urheberpersönlichkeitsrecht » », *loc. cit.*, note 141, p. 306.

[173] « [...] [C]es droits, dira Roubier, doivent être par conséquent rendus publics, pour que leur auteur puisse être considéré comme titulaire d'un droit d'exploitation. C'est seulement lorsque la création s'est détachée de la personnalité de son auteur et qu'elle apparaît dans le monde matériel, qu'elle va servir de véhicule à ces droits [...]. Alors pourront naître les droits privatifs, sur l'idée inventive, ou sur la forme d'expression extériorisée », P. ROUBIER, «Droits intellectuels ou droits de clientèle », *loc. cit.*, note 150, p. 288.

forme d'expression particulière[174], d'où l'emploi de l'expression « droits sur les biens immatériels ». On doit à Kohler d'avoir expliquer la distinction, désormais acquise, entre la propriété de l'objet qui contient l'œuvre et l'objet du droit d'auteur. Ainsi précise-t-il que l'inventeur a, contre le tiers qui produit l'invention, non une action en revendication, mais une action en contrefaçon[175]. Ensuite, il élabore une philosophie synthétique des droits d'exploitation dont l'essence et la fonction sont d'organiser la publication des œuvres. La reproduction n'est pas une fin en soi; elle est visée par le droit d'auteur pour la seule raison que la distribution d'exemplaires constitue un moyen de communiquer l'œuvre. Ces droits qui affectent la manière et la forme dans lesquelles une œuvre sera reçue doivent être temporaires. La soumission aux droits privatifs est une charge sociale justifiable si elle a pour dessein de stimuler le progrès. Elle ne saurait être indéfinie.

En France, c'est Roubier qui lui donna la réplique, au début du XX^{ième} siècle, en proposant sa théorie du droit de clientèle.

c) Le droit de clientèle

Roubier adresse une critique intransigeante envers la théorie de Kohler. Il lui reproche d'abord, tout comme à Picard, de proposer des droits sans contenu et, ensuite, de concevoir le droit sur ces biens immatériels avant tout comme un droit de propriété, quand bien même il emploierait l'idiome de « droit sur les biens immatériels ». Pour Roubier, ceci est inacceptable. Si, en matière de propriété ordinaire, le droit se confond avec son objet, cela tient à la nature des choses. Un même raisonnement ne peut être appliqué *per se* aux choses incorporelles. Roubier écrit:

> On comprend sans peine que, vis-à-vis d'une chose matérielle, le droit de propriété, qui est le droit le plus plein sur une

[174] Kohler a examiné le processus créateur pour délimiter l'objet du droit d'auteur. La notion de forme est très importante dans sa théorie. Il distingue la forme interne qui est l'ossature de l'oeuvre de son étape seconde, la forme externe qui est l'achèvement de l'oeuvre. Kohler étend très loin la protection du droit d'auteur puisque dès l'aboutissement à la forme interne, l'oeuvre est susceptible d'être protégée. Voir Ivan CHERPILLOD, *L'objet du droit d'auteur*, Paris, Librairies Techniques, 1985, pp. 24-32.

[175] Dans ce sens, J.H. SPOOR, *Copies in Continental Copyright*, *op. cit.*, note 169, p. 13-14.

> chose, se confonde avec cette chose; on ne dit pas: mon droit de propriété sur cette maison, sur ce cheval; on dit simplement: ma maison, mon cheval. Kohler raisonne comme si on pouvait raisonner de même pour les biens immatériels; mais c'est un non-sens, parce que les droits patrimoniaux ne se tiennent pas dans les nuages, et que leur contenu est toujours un contenu matériel.[176]

Selon Roubier, les droits de propriété intellectuelle peuvent effectivement porter sur des objets immatériels mais leur véritable nature doit être recherché dans leur fonction. Or, pour Roubier, ces droits servent à la conquête de la clientèle, d'où l'invention de l'expression « droit de clientèle ». Ils tendent vers la régulation du marché, objectifs qu'ils atteignent en créant des monopoles limités. « Nous découvrons du même coup, écrira-t-il encore, quel est le contenu patrimonial des droits envisagés : il s'agit, grâce à une emprise sur la clientèle, d'obtenir des bénéfices dans la concurrence économique »[177]. Lorsque Roubier emploie le terme de clientèle, c'est dans une acception très large. Il donne cette définition du droit de clientèle: « Nous appelons droit de clientèle un droit qui assure à son titulaire, vis-à-vis de tous, l'exclusivité de la reproduction soit d'une création nouvelle, soit d'un signe distinctif »[178].

Si pour lui « le manteau de la propriété » habille « si mal nos droits privatifs », c'est que les droits de propriété - au même titre d'ailleurs que les droits de créance constituent des classes de droits trop rigides alors que les droits intellectuels se meuvent dans le dynamisme juridique. Ils sont, « du droit en mouvement, et non pas du droit à l'état de repos [...] »[179]. L'aspect patrimonial de ces droits naît d'une création de valeur dont la mesure est la clientèle, c'est-à-dire le public de *consommateurs*[180]. Et Roubier conclut:

> [...] les droits privatifs que nous étudions ont pour but de fixer certaines positions au profit de leurs titulaires, que les maisons concurrentes devront respecter. C'est pour cela que nous proposons d'appeler ces droits : droits de clientèle, ce qui

---

[176] P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, Vol. I, Paris, Sirey, 1952, p. 102.
[177] P. ROUBIER, « Droits intellectuels ou droits de clientèle », *loc. cit.*, note 150, p. 291.
[178] *Id.*, p. 304.
[179] *Id.*, p. 293.
[180] *Id.*, p. 292.

> correspond à leur contenu. [...] ces droits forment une troisième classe de droits patrimoniaux.[181]

L'approche de Roubier est toutefois originale en ce sens qu'elle outrepasse l'analyse du rapport de droit objet/sujet pour en découvrir son utilité, c'est-à-dire sa raison d'être. Il justifie ainsi l'existence d'un droit sur les créations de l'esprit par le seul fait de sa fonction économique. Cela suffit pour justifier la nature particulière de ces droits. Leur objet est de fixer, d'assurer la clientèle afin que le processus économique puisse se développer d'une façon non anarchique, car même si la liberté du commerce et de l'industrie constitue l'un des principes fondamentaux de notre droit public, la valeur ne serait acquise ou préserver sans la reconnaissance par le droit d'une certaine exclusivité.

Pour Roubier comme pour Kohler, l'acte de publication est constitutif de droit : « [...] en ce qui concerne le droit privatif d'exploitation, ce serait un non-sens que d'en admettre l'existence avant le moment où la création est publiée; le langage s'y oppose, autant que le bon sens : comment parler, en effet, d'un monopole de *reproduction*, avant que la création n'ait été *produite* au public? »[182]. Avant la publication le droit de l'auteur est éventuel, en formation, il n'est acquis, selon Roubier, qu'au moment où apparaît le facteur de la clientèle. La théorie de Roubier emprunte largement à la conception utilitariste des droits privatifs que l'on retrouve en Angleterre. Il ne cachera pas cette filiation.

Comme nous venons de le retracer, les théories de Picard, Kohler et Roubier ont ceci en commun qu'elles manifestent toutes la volonté de voir consacrer une catégorie autonome de droits. Les droits qu'elle regroupe ne sont ni des droits réels ni des droits de créances, ni encore des droits personnels[183]. Ce sont « autant de droits spéciaux, *sui generis*, objet chacun d'un régime légal particulier, et dont le seul trait commun est qu'ils rentrent tous dans la catégorie des droits patrimoniaux, c'est-à-dire représentant une valeur pécuniaire

---

[181] P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, *op. cit.*, note 176, p. 107.
[182] P. ROUBIER, « Droits intellectuels ou droits de clientèle », *loc. cit.*, note 150, p. 296.
[183] Recht écrit: « Il faut faire un effort pour comprendre un aspect du droit de propriété que le droit civil ordinaire ne connaît pas et qui est propre à notre secteur : l'existence de deux propriétés parallèles et leur collision permanente ». P. RECHT, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, *op. cit.*, note 80, p. 96.

»[184]. Ces théoriciens prônent l'idée d'une classe distincte de droit, ce qui leur vaut d'avoir très sensiblement influencé la doctrine du XX^{ième} siècle qui cherchait à sortir l'analyse des droits intellectuels des principes de droit existant. S'ils admettent unanimement que la construction du droit d'auteur résulte de l'apparition d'un objet juridique de nature immatérielle, Roubier est le seul à avoir réellement isolé la distinction entre le droit et la chose, fût-elle corporelle ou incorporelle, de sorte que la valeur patrimoniale de ce droit n'apparaît qu'avec la publication des créations ou des inventions. Cette perception moderne du droit, élément patrimonial à part entière, permet d'en déterminer plus facilement la nature. En proposant de définir le droit d'auteur hors de l'objet auquel il se rattache, c'est désormais à la fonction du droit que l'on doit s'en remettre. La théorie de Roubier a l'avantage de la clarté en ce qu'elle centre l'étude de notre droit sur les aspects fondamentaux qu'il a pour dessein d'organiser. Au titre de ceux-là, on notera la récompense due à l'auteur et l'avancement du progrès, notions qui ne sont pas nouvelles mais qui s'inscrivent pour la première fois dans un schéma intellectuel soulagé des introspections sur son objet : la définition de l'objet incorporel, de son acceptation en tant qu'objet de propriété ne sont plus des éléments aussi importants. Place donc au pragmatisme.

Desbois critiqua Roubier. Si la théorie des droits de clientèle constitue selon Desbois une « analyse lumineuse », elle ne rend pas compte de l'aspect personnel du droit d'auteur et, notamment, des prérogatives de droit moral[185] : « Les droits d'auteur ne sont pas seulement des droits de clientèle ; ils méritent, seuls, d'être au sens plein du mot, considérés comme

---

[184] A. COLIN, H. CAPITANT et L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Traité de droit civil*, Paris, Dalloz, 1957, pp. 61-62. Les auteurs poursuivent, en parlant des catégories classiques de droits : « Le droit moderne connaît certains droits qui ne rentrent pas dans ses cadres ce sont les droits que l'on appelle souvent des droits intellectuels; droits de propriété littéraire et artistique; [...]. Ces droits se rapprochent des droits réels: ils ont été conçus à l'image du droit de propriété; comme lui, ils consistent en un monopole d'exploitation, opposable à tous. Toutefois, ils s'en distinguent nettement en ce que leur objet n'est pas une chose matérielle, mais une conception de l'esprit, une oeuvre littéraire, une forme imaginée, une invention faite, un vocable [...]. Et cela suffit pour imposer une réglementation, originale pour chaque espèce de droit intellectuel, en tous cas très différente de celle des droits réels ».

[185] H. DESBOIS, *Le droit d'auteur*, 1ère éd., (1950), pp.301-302. La théorie de Roubier semble d'ailleurs avoir été mise à l'index puisque les éditions ultérieures du traité de Desbois cessent d'y faire référence.

des droits intellectuels, et c'est pourquoi il convient de revenir sur l'aspect moral, après avoir éclairé l'aspect économique sous le signe des droits de clientèles »[186].

Qu'elle la suive ou la condamne, la doctrine continentale semble incapable de raisonner en dehors de la classification romaine. Le concept de propriété demeure donc le pivot des analyses et la donnée première de bien des hypothèses. Le droit anglais, pour les raisons que nous avons exposées, ne présente pas les mêmes reliefs. On note toutefois, dans la période 1880-1910, une controverse intéressante au sujet de la classification du droit d'auteur comme « chose in action ».

d) Le droit d'auteur comme « chose in action »

La littérature anglaise est peu prolixe sur la nature du droit d'auteur. Le droit anglais semble avoir inclus le droit d'auteur très tôt au sein des droits de propriété sans que cette classification - si classification il y a - ait soulevé grande controverse de la part des tribunaux ou de la doctrine. Pourtant, au tournant du XIX^{ième} siècle, la question de la définition du droit d'auteur connaîtra un regain d'intérêts. Si on ne remet pas en cause leur appartenance à la famille des droits de propriété, on note en revanche qu'ils portent sur un objet particulier et différent de ceux pour lesquels un schéma complexe de sous-catégories avait été prévu. Deux d'entre-elles sont plus susceptibles d'accueillir le droit d'auteur : les « choses in action » ou les « choses in possession ». La première sous-catégorie correspond approximativement aux droits réels mobiliers alors que la seconde regroupe les droits de créances de la classification civiliste. Le débat culmine avec la publication en 1895, dans la célèbre *Law Quarterly Review,* d'un article intitulé « Is Copyright a Chose in Action? »[187]. Son auteur, Spencer Brodhurst, conclut en des termes plutôt abscons que : « An attempt to identify the division of property into choses in action and choses in possession, with the division into things corporeal and things incorporeal, can only lead to confusion, and therefore copyrights, patent rights, and rights of all kinds, if they must be classed as property at all, should be classed under the head, to which I submit that they more properly

[186] *Id.*, p.302

belong, of property in constructive possession »[188]. En réalité, cette adresse est en fait une réponse à l'opinion de Cyprian Williams qui inclut les brevets, les marques de commerce et les droits d'auteur dans la catégorie de « choses in action »[189].

On se souvient que dans la classification classique des biens en propriété, la sous-catégorie *personal chattels* - c'est-à-dire des biens qui peuvent faire l'objet d'un recours contre la personne se subdivise à son tour en « choses in possession » et « choses in action »[190]. La différence de qualification tient ici à ce que la première catégorie vise un objet tangible dont le titulaire a la possession, alors que les « choses in action » consistent essentiellement en des droits en recouvrement de créances ou en dommages. Selon Williams, les « choses in action » sont par nature incorporelles, d'où la réception, en leur sein, du droit d'auteur :

> In modern times also several species of property have sprung up which were unknown to the common law. [...]. These kinds of property are all of a personal nature, many of them having been made so by the Acts of Parliaments under the authority of which they have originated. For want of a better classification these subjects of personal property are now usually spoken of as « choses in action ». They are, in fact, personal property of an incorporeal nature, [...].[191]

Si les *choses in possession* sont assujetties au régime de droit applicable aux choses corporelles et entrent clairement dans le patrimoine, le régime des *choses in action* est certainement moins clair. Pour Blackstone, cette dernière catégorie comprend les biens ne pouvant pas être saisis, y compris les droits contractuels ou les créances de toutes sortes[192].

---

[187] S. BRODHURST, « Is Copyright a Chose in Action », *loc. cit.*, note 68.
[188] *Id.*, p. 75.
[189] T. C. WILLIAMS, « Property, Things in Action and Copyright », *loc. cit.*, note 68.
[190] T. C. WILLIAMS, « The Terms Real and Personal in English Law », *loc. cit.*, note 60, p. 408.
[191] Cité dans, Howard W. ELPHINSTONE, « What is a Chose In Action? », (1893) 9 *L.Q.R.* 311, p. 312.
[192] « Thus money due on a bond is a *chose in action*; for a property in the debt vests at the time of forfeiture mentioned in the obligation, but there is no possession till recovered by court of law. If a man promises, or covenants with me, to do any act, and fails in it, whereby I suffer damage; the recompense for this damage vests in me, at the same time of the damage done, yet what and how large such recompense shall be, can only be ascertained by verdict; and the possession can only be given me by legal judgement and execution », W. BLACKSTONE, *Commentaries*, *op. cit.*, note 24, pp. 396-397. Voir également sur ce point, J. W. HARRIS, *Property and Justice*, *op. cit.*, note 77, p. 50: « Some contractual rights may be traded for money or other property. In the terminology of English law, they are « choses in action » ».

Voilà donc un premier effet de la classification[193]. Brodhurst en rapporte encore la définition suivante : « chose in action is a thing incorporeal and only a right : as an annuity, obligation for debt, a covenant, voucher by warranty, and generally all causes of suit for any debt or duty, trespass or wrong, are to be accounted choses in action. And it seems chose in action may be also called chose in suspense, because it hath no real existence or being, nor can property be said in our possession ».

La doctrine dira encore que les « choses in action » peuvent faire l'objet d'une action en vue d'en réclamer la possession. Il pourra alors s'agir d'une somme d'argent[194]. Mais qu'en est-il du droit d'auteur? Une certaine jurisprudence assimilera les droits d'auteur au droit de créances, les rendant ainsi susceptible d'une action en recouvrement[195]. Brodhurst et Elphinstone récusent cette association. Ils notent que la nature du droit d'auteur est toute autre. D'abord les droits d'auteur ne naissent pas d'un contrat, ce qui contredit la définition de Blackstone. Ensuite, ils remettent en question la qualification de propriété personnelle. La nature particulière du droit d'auteur, au même titre d'ailleurs que les autres droits de propriété intellectuelle, le sortirait même de la classe de droits dans laquelle Williams et d'autres avaient tenté de les loger. Elphinstone écrit que « [t]he right of the owner of a patent, copyright, or trade mark does not arise from contract; he has no rights over a specific chattel, nor against any particular person; but he has the rights that he can enforce against the whole world. These rights are negative, namely, that no person shall commit certain acts; and till a person commits such acts the owner has no cause of action. It

---

[193] Et c'est sans compter les effets concernant le sort des droits d'auteur entre époux dans la succession. À ce titre, Peter Drahos note qu'historiquement les « choses in action » n'était pas transférables en raison du caractère éminemment personnel des obligations dont elles faisaient l'objet. Mais il ajoute : « At the time that patents and copyright came into being the rule about the non-assignement of choses in action was being substantially undermined by the courts of Equity. This made it easier to fit copyright and patents into the category ». Peter DRAHOS, *Philosophy of Intellectual Property*, Hants, Dartmouth Publishing Company Limited, 1996, p. 20.

[194] Pour Elphinstone d'ailleurs, la notion de « choses in action » doit inclure seulement les créances. H. W. ELPHINSTONE, « What is a Chose In Action? », *loc. cit.*, note 191, p. 315. Brodhurst en donne une définition plus large mais refuse également d'y inclure le droit d'auteur: « I submit, then, that it is clear that things corporeal may be choses in action, and, further, that it is very doubtful whether rights, or in fact anything incorporeal, can properly be included in the term; the inclusion of such things being probably due to a confusion between the right and its subject-matter ». S. BRODHURST, « Is Copyright a Chose in Action », *loc. cit.*, note 68, p. 69.

appears, therefore, probable, though the point has never been decided, that property of this nature is not choses in action »[196]. Bordhurst ira même jusqu'à lui dénier la qualité de propriété[197].

Ces discussions sont sans précédents dans la doctrine anglaise. Elles ne semblent pas non plus, à notre connaissance, avoir été poursuivies. Malgré leur caractère insolite, la littérature actuelle en fait rarement mention[198]. Elles restent pourtant une preuve tangible que la qualification de propriété n'a pas été retenue sans difficulté.

La doctrine sur les « choses in action » rend compte de l'archaïsme des schémas de pensées classiques inspirés du droit romain. Elle provoque, en réponse, l'ouverture du concept de propriété pour y inclure de nouveaux droits. Peter Drahos dira encore que « through linking the Roman law category of chose in action, English law produced a highly flexible concept of personal property. It was flexible precisely because its extension was not limited by some set of precisely specified attributes »[199]. En d'autres termes, devant l'impossibilité de réduire à quelques catégories la variété des droits de propriété, le droit anglais va adopter un droit de propriété *lato sensu* au sein duquel l'ensemble des droits susceptibles d'exploitation sera regroupé. Pour cette raison, le droit d'auteur constitue une propriété au même titre que les autres formes de propriété : il est un droit transférable indépendamment de l'objet matériel dans lesquels l'œuvre est incorporée. La nécessité de donner une

---

[195] Par exemple, *Torkington* v. *Magee*, (1902) 2 *K.B.* 427. À la page 430 on peut lire notamment que le droit d'auteur est «a chose in action, defined as « all personal rights of property which can only be claimed or enforced by action, and not by taking physical possession ».

[196] H. W. ELPHINSTONE, « What is a Chose In Action? », *loc. cit.*, note 191, p. 314.

[197] « [...] I submit, therefore, that rights are not in reality property either in action or in possession, but are *merely vincula juris* by which property and persons are bound together, and should be classed accordingly », S. BRODHURST, « Is Copyright a Chose in Action », *loc. cit.*, note 68, p. 70.

[198] Les professeurs David Vaver et Peter Drahos sont de ces rares auteurs à y faire référence. P. DRAHOS, *Philosophy of Intellectual Property*, *op. cit.*, note 193, p. 18. David VAVER, « Can Intellectual Property Be Taken to Satisfy a Judgment Debt? », (1990-91) 9 *Banking & Finance L. R.* 255. Drahos semble écarter la doctrine que nous citons et qui refuse de classer les droits de propriété intellectuelle dans la catégorie des « choses in action ». Il écrit : « The link between incorporeal rights and incorporeal objects, or what we have called abstract objects, only came to the fore of English property law when various intellectual property forms were classified as choses in action and these were carefully distinguished from any property rights in chattels », DRAHOS, *Id.*, p. 18. Cette proposition semble contredire non seulement les travaux de Williams - les « choses in action » étant une sous-catégorie des *personal chattels*, mais également ceux de Bradhurst et de Elphinstone qui refusent d'y inclure les droits de propriété intellectuelle.

[199] P. DRAHOS, *Philosophy of Intellectual Property*, *op. cit.*, note 193, p. 21.

définition au droit d'auteur apparaît clairement au moment où le travail de réglementation s'intensifie, où le législateur doit prendre en compte, dans l'ordonnancement juridique, le sort des biens immatériels. On peut donc voir dans la présentation de cette doctrine marginale, qui n'a plus son équivalent aujourd'hui, une forme de réponse aux théories continentales et la démonstration que le droit anglais n'a certainement pas déserté la réflexion sur la propriété intellectuelle. Son pragmatisme l'aura, peut-être, amené plus rapidement vers des considérations moins théoriques.

Voilà qui clôt notre premier Chapitre. L'élément le plus marquant de cette recension de textes est très certainement l'ajustement des théories du droit d'auteur aux règles libérales. La révolution industrielle et les travaux des économistes anglais auront une importance déterminante sur les travaux du XIX^{ième} siècle et transcenderont les débats sur la propriété. S'il existe une propriété particulière il faut que la loi lui assigne une fonction précise, voire limitée. Renouard et Kohler seront les précurseurs de cette pensée[200]. Elle ne peut plus être seulement un instrument d'exclusion, elle doit être *utile*. Que doit dire le droit dans cette société marchande? Voilà l'interrogation principale. C'est ainsi que la pensée abolitionniste a eu un effet décisif sur la physionomie des droits de propriété intellectuelle. Les travaux de Machlup et Penrose l'auront brillamment démontré[201]. Cette pensée abolitionniste se répandra d'abord en Angleterre puis atteindra le continent. Le droit d'auteur cesse alors d'être un droit axiomatique dérivé des *principes* du droit naturel pour devenir un instrument régulateur. Ce rattachement à la fonction du droit est largement le fait des revendications des professionnels, libraires et imprimeurs. De là aussi l'importance accordée par les théoriciens du droit à l'acte de *publication*. D'abord, il signale le début de l'exploitation par l'éditeur et justifie ainsi qu'il soit un droit *patrimonial*, c'est-à-dire cessible. Ensuite, il sert à attribuer à différents intervenants différentes prérogatives : le droit de publier appartient à l'auteur, les droits de fabriquer, de vendre et de distribuer à l'éditeur. Il sert également à la computation du délai de protection. L'acte de publication réalise donc au même moment le gage de la société qui récompense ainsi l'acte de création. Les textes de Renouard et de

[200] A.-C. RENOUARD, *Traité des droits d'auteur, op. cit.*, note 4, pp. 433-437. Pour un exposé des lignes directrices de la théorie de Kohler, P. ROUBIER, «Droits intellectuels ou droits de clientèle », *loc. cit.*, note 150, p. 287 et s.

Kohler, fort inspirés des expériences anglaises, font clairement état de la fonction sociale du droit[202]. Le droit d'auteur, de par sa limite temporelle, affiche l'objectif que le législateur veut lui assigner : celui de favoriser l'enrichissement du patrimoine commun. Nous l'avons vu, Roubier apportera une dimension plus économique à cette idée en ce sens où, selon lui, l'octroie du monopole ne peut se faire que dans le respect des règles de la concurrence car ce sont ces règles qui assurent la bien être du plus grand nombre et donc sauvegardent l'intérêt du public. Il emploiera la tournure allégorique de « droit de clientèle »[203].

Si la publication de l'œuvre sous-entend la destitution des droits de l'auteur pour en investir l'éditeur alors on peut s'interroger sur la fonction réelle du droit d'auteur. Il serait jusqu'à la publication un droit de l'auteur et, par la suite, un droit d'éditeur. Il serait même peut-être un *droit de marchands* en ce sens que sa finalité serait de tenir le marché de la distribution hors du monopole[204]. Les théories personnalistes vont tenter de remédier à ce fractionnement des intérêts en tentant de ramener toutes les prérogatives prévues par la loi à une origine unique : l'auteur. Ils voudront ainsi faire prévaloir les droits personnels de l'auteur quelque soit le stade de l'exploitation de l'oeuvre. Ils diront, d'une part, que la publication n'exige pas nécessairement la cession des droits dans l'œuvre mais qu'elle nécessite seulement une *autorisation* de la part de l'auteur. On peut lire dans cette nuance la genèse des distinctions actuelles entre la vente et la licence. D'autre part, ils établiront le principe selon lequel le droit d'auteur est un attribut de l'auteur non une qualité de l'objet. La nature personnelle du droit fait en sorte que la destination de l'œuvre doit demeurer le choix de son auteur. Il est un lien invisible qui survit aux différentes formes d'exploitation : on trouve dans cette construction la première expression du droit moral de l'auteur sur son

---

[201] F. MACHLUP et E. PENROSE, « The Patent Controversy in The Nineteenth Century », *loc. cit.*, note 7, p. 8.

[202] « Le livre est la prestation d'un service envers la société », A.-C. RENOUARD, *Traité des droits d'auteur, op. cit.*, note 4, p. 457. D'ailleurs pour Kohler l'acte de publication est le moment où l'œuvre se détache de la personnalité de son créateur pour apparaître au monde matériel et donc au droit. L'œuvre non publiée est pour Kohler hors des droits immatériels. P. ROUBIER, « Droits intellectuels ou droits de clientèle », *loc. cit.*, note 150, p. 288.

[203] *Id.*, p. 291.

[204] Cet énoncé est encore aujourd'hui décliné par certains auteurs pour affirmer la structure éclatée du droit d'auteur : « [...] copyright law consists of three parts : a law of authors' rights, a law of publishers' rights, and

œuvre mais également l'idée plus générale selon laquelle les intérêts de l'auteur doivent être pris en compte à tous les stades de l'exploitation de l'œuvre.

Sans remettre en cause le bien-fondé des théories personnalistes, il faut reconnaître que les premières lois font prévaloir la fonction *marchande* du droit. Le contexte économique de l'époque explique la position du législateur. La loi d'Anne de 1709 et la loi française de 1793 n'abordent aucunement le droit moral de l'auteur et consacrent au contraire le principe de la cession des droits à l'éditeur ce qui voudrait qu'on y lise *a priori* un épuisement irrémédiable du droit de l'auteur au profit de son agent.

Voyons donc comment le droit positif et la jurisprudence ont répondu aux discours des théoriciens.

---

a law of users' rights », L. R. PATTERSON et S. W. LINDBERG, *The Nature of Copyright : A Law of Users' Rights*, *op. cit.*, note 5, p. 4.

Chapitre II - La réception des théories générales par la jurisprudence et le droit positif

Après la doctrine, c'est à la jurisprudence de se pencher sur la nature du droit d'auteur. Un travail important d'interprétation reste à faire puisqu'en regardant la propriété intellectuelle comme une discipline autonome, les tribunaux vont devoir préciser son régime et, bien souvent, devant l'aspect rudimentaire de la réglementation, en définir les contours. Puisque nous avons axé la première partie de notre étude sur l'exposé des théories continentales, nous présenterons de manière succincte les développements les plus importants de la jurisprudence française (Section 1). Nous étudierons ensuite de manière plus détaillée la jurisprudence anglaise et ses effets sur les systèmes qui s'en sont inspirés (Section 2).

Section 1 - Le droit positif et la jurisprudence française

La jurisprudence du XIX^{ième} siècle fut longtemps indifférente aux divergences de qualification entre la propriété du Code civil et celle, naissante, relevant du droit d'auteur. Ainsi que le rappelle Desbois:

> La jurisprudence du XIX^{ième} siècle, [...] conjuguait le destin de l'oeuvre d'art et du droit de reproduction corrélatif. L'acquéreur de l'un devenait le cessionnaire de l'autre. L'argument prédominant était emprunté aux règles de la vente: l'article 1615 dispose: « l'obligation de délivrer la chose comprend ses accessoires et tout ce qui a été destiné à son usage perpétuel.[205]

Le sort de l'œuvre est intimement lié à celui du support. Le droit d'auteur « s'échoue » sur les règles du transfert de propriété matérielle. Nous avons vu que la doctrine a dégagé, sur des thèmes différents, la nature toute particulière du droit de l'auteur[206]. Pour certains c'est

---

[205] H. DESBOIS, *Le droit d'auteur*, 1ère éd., (1950), p.369.

[206] Saleilles commentant un arrêt de la Cour d'appel Paris du 1er février 1900 ne manque pas de citer les théories de Kohler et de Gierke. Dans sa note il écrit: « [...] cette propriété ne ressemble en rien à celle qu'on peut avoir sur un bien corporel. Ce serait tout au moins, [...] la propriété sur un bien immatériel; et, comme ce bien immatériel n'est au fond que la manifestation de la pensée ou du génie individuel, il faut en arriver à reconnaître, comme on tend à le faire de plus en plus, comme c'est le cas par exemple, de Kohler, de Gierke surtout, et de bien d'autres, qu'il y a ici, avant tout, un droit qui incarne une prérogative de la personnalité elle-même, comme le droit à l'honneur, le droit à la liberté, ou le droit au nom », *Lecocq* c. *Cinquin*, 1er février

l'aspect personnel de ce droit qui ferait échapper le droit d'auteur aux règles de la vente mobilière du Code civil. Les tenants de la propriété ordinaire n'ignorent pas non plus les particularismes du droit d'auteur. Ainsi chacun s'accorde, dans les mesures des théories auxquelles ils adhèrent, à reconnaître une nouvelle forme d'appropriation visant un bien immatériel.

Si la doctrine a assimilé la distinction entre l'exemplaire et l'œuvre, les tribunaux demeurent dans la plus grande confusion. Jusqu'au début du XX^{ième} siècle, le sort de l'exemplaire dicte souvent celui de l'oeuvre. La propriété matérielle a encore préséance. L'attraction des mécanismes civilistes est irrésistible. Dans une tentative salutaire de s'écarter du Code civil, une partie de la jurisprudence fera sécession. Appliquant leurs propres syllogismes, certains tribunaux se démarquent. Ils parlent non plus de *vente* ou de *propriété*, mais de « droits spéciaux et temporaires »[207], « de droit d'exploiter exclusivement »[208], ou encore de « privilèges exclusifs »[209]. Cette désaffection du terme propriété met en lumière la nature particulière du droit d'auteur[210], mais, il faut l'avouer, dit peu sur son régime[211]. Reste que l'insuffisance des textes, note encore Colombet, est flagrante[212]. Les lois de 1791 et de 1793 ne totalisent pas plus que 8 articles! Certes, depuis,

---

1900, *S.* 1900.2.121, p. 121 (cassée, Cour de Cass., 1904.I.1.), . Ces propos de Saleilles avaient pour but de nier la qualification de propriété au droit de l'auteur sur son oeuvre.

[207] *Lecocq* c. *Cinquin*, *id.*, « une oeuvre musicale éditée ou représentée ne constituait pas, d'après les lois des 13-19 janvier 1791 et 19-24 juillet 1793, un bien susceptible d'un droit de propriété, [...] mais donnait seulement à son auteur des droits spéciaux, temporaires et différents du droit absolu de propriété perpétuelle », note SALEILLES, *id.*, p. 121.

[208] *Cinquin* c. *Lecocq*, Cass civ., 25 juin 1902, *D.P.* 1903.I.5. Voir les conclusions du procureur général BAUDOIN et la note de Ambroise COLIN.

[209] *Grus* c. *Ricordi et Durdilly et comp.*, Cour de cass., 25 juillet 1887, *précité*, note 81, p. 9.

[210] Dans le même ordre d'idées et se référant à la même époque, Madame Seignette relève qu'en Allemagne et aux Pays-Bas, l'incompatibilité de la création intellectuelle avec l'idée d'une propriété absolue avait fait disparaître le terme de « propriété littéraire » du corps même de la loi. Par exemple, la loi allemande parle depuis l'adoption de la Constitution du *Reich* Allemand de 1871 d'un « Urheberrecht ». J. SEIGNETTE, *Challenges to The Creator Doctrine*, *op. cit.*, note 73, p. 25.

[211] Comme nous l'avons déjà mentionné, certains jugements faisaient entrer les biens intellectuels dans la catégorie des biens meubles incorporels, ce qui avait pour conséquence notamment de faire tomber, en vertu notamment des articles 1401 et 1402 du Code civil, l'oeuvre de l'auteur dans l'actif de la communauté légale. L'article 25 de la loi du 11 mars 1957 est venu préciser le sort des oeuvres à la dissolution du mariage. Voir notamment, dame *Rabereau* c. *Leo Ferré*, Cour de Paris, 22 avril 1982, *D.* 1984.1.397, note Jacques GHESTIN; *J.C.P.* 1983.II.19948, note Alain GOBIN. Les produits des oeuvres protégées reviennent désormais à l'époux auteur. On rapprochera de cette solution la règle de l'article 458 du *Code civil du Québec.*

[212] C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, note 81, p. 6. Pouillet résume bien la situation du droit positif français au XIX^{ième} siècle : « Les lois qui se sont succédé en 1810, en 1844, en 1854, en 1866,

de nombreux projets d'amendement auront été proposés, mais ils avortent les uns après les autres. Dès 1825, une commission extra-parlementaire, présidée par La Rochefoucault, est chargée par Charles X d'élaborer un nouveau texte. La réforme n'aboutit pas. La question est reprise par la suite sous Louis-Philippe, et en 1839 un projet est finalement présenté à la Chambre des pairs. Il rencontre l'opposition immédiate du milieu artistique qui s'insurge en particulier contre une disposition qui lie le sort de la propriété intellectuelle à la cession du manuscrit, pratique fort répandue au XIX^{ième} siècle. Elle se lisait ainsi :

> Les auteurs d'ouvrages d'art [...] pourront céder le droit exclusif de les reproduire ou d'en autoriser la reproduction, en conservant néanmoins eux-mêmes la propriété de l'ouvrage original. Mais en cas de vente dudit ouvrage, le droit exclusif de le reproduire ou d'en autoriser la reproduction par l'impression, la gravure, le moulage ou toute autre manière est transmis à l'acquéreur, à moins d'une stipulation contraire.[213]

Cette disposition formule une présomption défavorable: dès la vente de l'ouvrage, l'acheteur détient le droit d'auteur sur l'œuvre si ce dernier ne se réserve pas le droit de reproduction. Il est particulièrement intéressant de noter que les rédacteurs de ce projet avaient tenté de limiter les prérogatives de l'auteur à celle de céder l'original de l'œuvre. L'auteur est dépossédé de ses droits mais conserve, en guise de lot de consolation, son manuscrit. C'est là un signe de la difficulté, encore existante, de concilier les droits des auteurs et ceux des éditeurs en raison de la matérialité de l'exemplaire[214].

Trois ans plus tard, le 27 mai 1842, c'est la Cour de cassation qui est cette fois la cause de tous les émois[215]. S'agissant d'une affaire de cession de tableau, la cour conclut que la vente

---

n'ont donc pas touché au droit lui-même et n'ont eu d'autre but que d'étendre, d'augmenter sa durée, qui se prolonge aujourd'hui pendant cinquante ans après la mort de l'auteur ». E. POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, note 6, p. 13

[213] Commentaires et rapport de Reinach, sous la *Loi relative à la protection du droit des auteurs en matière de reproduction des œuvres d'art*, *D.* 1911.4.32.

[214] Cette difficulté n'est pas propre au droit français. On rapportera, à titre d'exemple, une décision de la Cour supérieure du Québec qui, saisie d'un conflit opposant un employeur et un auteur employé, décida que l'original devait revenir au créateur (l'employé) et les copies à l'employeur. « L'employé a droit aux disquettes originales et l'employeur aux copies », *Aliments Krispy Kernels INC.* c. *Morasse*, (1993) *J.E.* 93-736 (C.S.Q.).

[215] *Vallot et Baronne Gros* c. *Bayard*, Cour de Cass., 27 mai 1842, précité, note 112. Cette affaire célèbre concernait un tableau de Gros qui représentait Bonaparte au moment de la bataille des Pyramides. Le droit de gravure sur ce tableau (représentant la bataille des Pyramides) fut cédé à un dénommé Vallot. Par la suite le

du tableau emporte automatiquement l'aliénation du droit de reproduction. Les réactions ne se firent pas attendre, on s'en doutera. À la même époque les tribunaux français seront saisis pour décider si les droits d'auteur tombent dans la masse commune des époux au même titre que les *biens mobiliers*[216]. Là encore il y est question des conséquences de l'application de la nature des droits conférés à l'auteur. Un arrêt de la Chambre des Requêtes de la Cour de cassation du 16 août 1880 confirme le caractère mobilier du droit d'auteur. Le Code civil maintient son emprise. Reprenant l'argumentation des juges du fond, la Chambre des Requêtes décide qu'une production de l'esprit, dès qu'elle est manifestée par une forme extérieure, constitue un bien susceptible de propriété et soumis dès lors à l'application des règles du droit et conclut :

> Attendu que la propriété littéraire ou artistique, essentiellement mobilière, a les caractères et doit avoir le même sort que tout autre genre de propriété, moins la limitation que l'intérêt public a fait apporter à la durée; Attendu qu'une composition littéraire, matérialisée par la publication, constitue un bien susceptible de propriété, que ce bien est meuble dans sa valeur principale comme dans ses produits et doit comme tel accroître l'objet de la communauté.[217]

Les critiques finiront cependant par porter. La nature particulière du droit d'auteur fait l'objet de savants exposés aux congrès internationaux sur le droit d'auteur de Bruxelles en

---

tableau avait été acquis par le musée de Versailles. Un graveur le publia dans sa collection de tableaux historiques. La veuve de Gros ainsi que Vallot intentèrent une action en contrefaçon. Le tribunal de la Seine, puis la Cour de Paris donnèrent raison au défendeur. La Cour de cassation cassa l'arrêt de la cour d'appel en se fondant sur la loi de 1793 qui, dit-elle, « établit en principe que la vente d'un tableau n'emporte le droit de le reproduire par un art distinct, celui de la gravure, qu'autant que le peintre a cédé ce droit par une stipulation particulière ». Par un second pourvoi, l'affaire revint devant l'Assemblée plénière de la Cour de cassation. La cause des artistes succomba: la vente de l'oeuvre d'art emporta l'aliénation du droit de reproduction. La Cour décida que « le peintre qui vend son tableau sans aucune espèce de réserve se dessaisit non seulement de la propriété du tableau, mais encore du droit de le reproduire soit par la gravure, soit par tout autre procédé », *Journal du Palais*, 1843, tome I, N° 40, 215. Voir également, commentant l'affaire, T. REINACH, sous la loi de 1910, *D.* 1911.4.33. Un an plus tard, la Cour de Paris a décidé, en 1843, qu'un éditeur qui avait obtenu le droit de publier deux éditions d'un ouvrage, chaque édition comprenant 10 000 exemplaires, mais qui avait fabriqué clandestinement 15 000 copies de la seconde édition, ne pouvait être considéré comme contrefacteur puisque, « ayant traité avec l'auteur de la propriété de son oeuvre (il) en est devenu lui-même propriétaire ». Paris, 18 octobre 1843. Dans le même sens, également *Millefaut* c. *Commission de Fourvière*, Trib. civil de Lyon du 26 juin 1901.*D.P.*1904.2.198. Dans le sens contraire, *Schiffi* c. *Lekizian*, Trib. mixte du Caire, 16 mai 1896, *D.P.* 1904.2.198.

[216] Voir H. DESBOIS, *Le droit d'auteur*, 1ère éd., (1950), pp. 268-273.

1858, d'Anvers en 1861 puis en 1877. On y condamne l'application des règles de droit commun. La matière est discutée avec force au congrès de Paris durant l'exposition universelle en 1878. Cette croisade incessante aboutit à la création, sous les auspices de Victor Hugo, de l'Association Littéraire et Artistique Internationale. Finalement, le législateur plie et, par une loi du 9 avril 1910 - qui est une réplique exacte d'une proposition déposée par l'ALAI au parlement met fin aux hésitations de la jurisprudence. Elle énonce, dans un article unique, que « l'aliénation d'une œuvre d'art n'entraîne pas, à moins de convention contraire, l'aliénation du droit de reproduction »[218]. Un premier pas vers un régime autonome ! Cela confirme les travaux antérieurs de la doctrine selon lesquels, à défaut d'accord, le droit sur la production intellectuelle est réservé à son auteur et demeure indépendant du transfert du support de l'œuvre.

Section 2 - Le droit positif et la jurisprudence anglaise

Avant d'entreprendre l'étude de la jurisprudence anglaise (b), il est nécessaire de replacer son étude dans son contexte idéologique (a). La Révolution industrielle alors naissante a, selon nous, fait passer la notion de propriété d'une nécessité structurelle - un droit naturel pour justifier la mise en place d'un ordre nouveau dans lequel la propriété allait jouer un rôle fondamental - à une contingence conjoncturelle - selon laquelle l'étendue des attributs attachés à ce droit s'ajuste à des considérations de politique économique. Nous rapprocherons enfin les droits américain (c) et canadien du droit anglais (d).

a) Le particularisme du droit anglais

---

[217] *B. Gaudichot, dit Michel Masson* c. *Gaudichot fils*, Cour de Cass., 16 août 1880, précité, note 112, p. 25.

[218] *Loi relative à la protection du droit des auteurs en matière de reproduction des œuvres d'art, D.* 1911.4.32. Voir également les explications de P. ROUBIER, « Droits intellectuels ou droits de clientèle », *loc. cit.*, note 150, p. 270. La loi du 11 mars 1957 avait repris cette disposition dans son article 29: « La propriété incorporelle définie par l'article 1er est indépendante de l'objet matériel ». Désormais, l'article L. 111-3 du *C. propr. intell.* précise que « la propriété incorporelle définie à l'article L. 111-2 est indépendante de la propriété de l'objet matériel », Loi 92-597 du 1er juillet 1992, modifiée par la loi 92-1336 du 16 décembre 1992, (1993) 106 *D.A.* 4-01.

L'Angleterre du XVIII[ième] siècle peut s'enorgueillir d'une avance industrielle considérable sur le reste des pays européens[219]. Le *Statute of Monopolies*, adopté en 1623, avait déjà marqué un tournant radical et orienté l'Angleterre vers son industrialisation[220]. Autre manifestation des mutations que vit la société anglaise dès la fin de ce siècle : l'année 1641 voit l'abolition de la *Star Chamber* par le Parlement. Le pouvoir de la Couronne cesse dès lors d'exercer sa pleine autorité sur l'industrie de l'édition. Ainsi que le note Arber[221], « [t]his was the utter shattering and breaking up of the old order of things and the commencement of an increasing liberty of printing which has ever since augmented ». En 1694, la Chambre des Communes intervient pour tenter de mettre un frein aux activités de la corporation des imprimeurs - *Stationers' Company* - et refuse ainsi de renouveler le *Licensing Act*[222]. Jusqu'en 1703, les membres de la corporation redoublent d'efforts afin de restaurer la protection dont ils bénéficiaient sous l'égide de cette loi et qui reposait essentiellement sur un pouvoir délégué de censure. En 1706, véhiculant les mêmes revendications mais opérant un changement notable de tactique, ils soumettent une pétition au Parlement, au nom des auteurs cette fois, afin, demandent-ils, d'introduire un projet de loi ayant pour objectif de sauvegarder leurs droits, mais dans *l'intérêt du public et de ceux qui écrivent*[223]. Le texte de la proposition est donc expurgé de toute référence au contrôle des écrits ou à la religion. Aucune suite n'y sera donnée, mais un même esprit animera, trois ans plus tard, la pétition qu'ils déposeront et qui mènera, cette fois, à l'adoption de la loi d'Anne. Le résultat fut cependant loin de celui auquel ils s'attendaient.

La loi d'Anne fut votée en 1709 dans un contexte clairement libéral, quelques années seulement après la parution de la théorie politique de Locke exposée dans les *Deux traités sur le gouvernement civil*[224]. Si le texte de la loi d'Anne ne transcrit pas l'influence

---

[219] M. ROSE, « The Author as Proprietor: Donaldson v. Beckett and the Genealogy of Modern Authorship », dans B. SHERMAN et A. STROWEL, *Of Authors and Origins*, *op. cit.*, note 75, p. 4.

[220] Voir l'historique éclairé de ROUBIER. P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, *op. cit.*, note 176, p. 64. Roubier rappelle qu'il s'agissait en fait d'une concession se faisant par lettres ouvertes ou *litterea patentes*, d'où l'expression « patente ».

[221] Cité dans H. G. FOX, *Canadian Law of Copyright and Industrial Design*, 2[ième] éd., 1967, *op. cit.*, note 92, p. 15.

[222] Fox fait remarquer que ce sont les arguments de Locke en faveur de la liberté de la presse qui décidèrent le Parlement de ne pas reconduire la loi, *id.*, pp. 16-17.

[223] L. R. PATTERSON, *Copyright in an Historical Perspective*, *op. cit.*, note 73, p. 142.

[224] John LOCKE, *Two Treatises of Civil Government*, Londres, J. M. Dent & Sons Ltd., 1924.

considérable de ses idées et demeure relativement technique, la publication de ce traité en 1690 va certainement constituer le ferment des théories modernes de la propriété et, comme nous allons le voir, de certaines interprétations données par les cours anglaises. Selon Locke, la propriété est justifiée par le travail. Nous simplifions ici considérablement sa pensée mais cette proposition constitue l'idée centrale de sa théorie sur l'appropriation des choses. Elle est une extrapolation du postulat de base selon lequel l'homme est propriétaire de lui-même. Laissons l'auteur s'exprimer:

> [...], every man has the « property » in his own « person ». This nobody has any right to but himself. The « labour » of his body and the work of his hands, we may say, are properly his. Whatsoever, then, he removes out of the state that Nature hath provided, and left it in, he hath mixed his labour with, and joined to it something that is his own, and thereby makes it his property. It being by him removed from the common state Nature placed it in, it hath by this labour something annexed to it that excludes the common right of other men. For this « labour » being the unquestionable property of the labourer, no man but he can have a right to what is once joyned to, at least where there is enough, and as good left in common for others.[225]

La pensée de Locke influence jusqu'à l'individualisme philosophique français de la Révolution[226]. Sa théorie de l'appropriation permet de consommer la fracture soudaine avec le système de patronage et, en quelque sorte, d'émanciper le plus prestigieux de travailleur, l'auteur. Il doit être payé pour son *ouvrage*, son *industrie*. Cette ambivalence s'exprime particulièrement à travers l'emploi du mot « work », qui signifie à la fois travail et œuvre, produit de ce travail. On retrouve souvent, dans les décisions anglaises, cette idée de l'appropriation par le travail[227]. Dans l'affaire *Jefferys* v. *Boosey*, par exemple, le juge Erle rappelait que:

---

[225] Livre II, Chapitre V - Of Property, para. 27, *id.*, p. 130. Voir également, J. SEIGNETTE, *Challenges to The Creator Doctrine*, *op. cit.*, note 73, pp. 20-24.

[226] Dans ce sens, Y. GENDREAU, « Genèse du droit moral dans les droits d'auteur français et anglais », [1988] 1 *Rev. de la Recherche Juridique*, Droit Prospectif, 41, p. 47.

[227] À titre de comparaison, rapportons l'opinion du rapporteur Almeras Latour dans l'affaire Masson qui cite Locré : « Par la nature des choses, rien assurément ne nous appartient mieux que notre esprit et les connaissances dont nous l'avons enrichi, à force de travail et d'étude [...]. Ce sont nos véritables, nos plus solides richesses », Affaire *Masson*, Cour de Cass., 16 août 1880, *précité* note 112, p. 25.

> The origin of property is in production. As to works of imagination and reasonings, if not of memory, the author may be said to create, and in all departments of mind, new books are the product of labour, skill and capital of the author. The subject of property is the order of words in the author's composition.[228]

Voilà qui devrait rendre légitime la participation de l'auteur aux profits d'exploitation de sa création. Droit de propriété comme modèle « historico-philosophique » de droit subjectif, propriété naturelle de l'inventeur, les arguments des créateurs viennent d'être posés. Parallèlement, apparaît la nécessité, au-delà d'un droit naturel de l'auteur, d'assurer la bonne organisation du marché. L'objet des réflexions sur la nature du droit d'auteur se déplace alors du plan déontologique au plan réglementaire. Toute justifiée qu'elle soit, cette propriété doit être utile et donc ne pas constituer une entrave au marché. Ici l'auteur est pour ainsi dire « hors sujet ». Le contexte est celui de la concurrence, non plus de la création. On se souvient des abus de la *Stationers's Company* : elle avait plein contrôle sur l'impression mais également sur la distribution des livres. Ses membres, les imprimeurs, étaient bien souvent éditeurs ou libraires[229].

Comment alors concilier ces deux orientations, celle qui pointe vers le haut et désigne l'auteur comme source du droit et celle qui pointe vers le bas et qui s'occupe d'organiser le marché de ses oeuvres ? Nous l'avons déjà abordé, la théorie de la publication va, en droit anglais, permettre de juxtaposer deux théories *a priori* antinomiques. Le droit naturel de l'auteur se limite à la publication de son oeuvre. Cette reconnaissance du droit initial de l'auteur s'avère un changement majeur, voire radical, si l'on songe à la situation de l'auteur au temps de la *Stationers' Company*. L'auteur ne pouvant accéder au statut de membre, il était dépourvu de toute prérogative relativement à la reproduction de son manuscrit[230].

---

[228] *Jefferys v. Boosey*, (1855) 24 *L.J. Ex.* 81, 84-85. Nous noterons également les références fréquentes que Blackstone fait à Locke. Voir W. BLACKSTONE, *Commentaries*, *op. cit.*, note 24, Ch. 26, p. 405. Blackstone écrit notamment : « There is still another species of property, which, being grounded on labour and invention, is more properly reducible to the head of occupancy than any other; since the right of occupancy itself is supported by Mr Locke, and many others, to be founded on the personal labour of occupant. And this is the right which an author may be supported to have in his own original literary compositions: so that no other person without his leave may publish or make profit of the copies ».

[229] L. R. PATTERSON, *Copyright in an Historical Perspective*, *op. cit.*, note 73, pp. 45 et s.

[230] Certains privilèges ont été cependant accordés à des auteurs directement par le pouvoir royal. Patterson précise également que : « Of two points about author's conveyance, we can be certain : it was not a

Drahos a émis l'hypothèse selon laquelle la conception moderne du droit d'auteur, principalement comme l'instrument de réglementation d'une industrie, s'inscrit dans une relation de cause à effet avec les principes du droit naturel dégagés par la doctrine :

> Perhaps the economic concept of copyright law arrived in English law because of natural law principles rather than despite them. The right of every person to pursue trade had long been a part of the common law and, more than most rights, enjoyed a fundamental status. Judges who had to decide the issue of common law copyright could not help contemplate the economic consequences of a perpetual monopoly in literary property. Rather than separating the interests of publishers and authors, they chose to limit the potentially absolute common law rights of authors by upholding the operation of the Act of Anne.[231]

Si effectivement la loi consacre un droit subjectif au profit de l'auteur, c'est d'abord afin que la reconnaissance de ses droits ne fasse pas obstacle au commerce. Il n'est pas question d'augmenter la problématique avec des discussions de principe sur la place de l'auteur dans la loi, le législateur étant plus occupé à réglementer le commerce des éditeurs. Le professeur Patterson énonce également le rôle de la théorie du droit naturel et donc de l'auteur dans la réorganisation du commerce du livre. Il aurait été avant toute chose un instrument pour mettre fin au contrôle de la *Stationers' Company*. Selon lui, « The monopolies at which the statute was aimed were too long established to be attacked without some basis for change. The most logical and natural basis for the changes was the author. Although the author had never held copyright, his interest was always promoted by the stationers as a means to their end. Their arguments had been, essentially, that without order in the trade provided by copyright, publishers would not publish books, and therefore

---

conveyance of copyright, but it was more than a sale of manuscript. On the first point, the author could not, of course, convey a copyright, for only the company granted copyright. On the second point, conveyance had to be more than mere sale of manuscript; the stationer was not interested in the manuscript for its intrinsic value, but only for the purpose of publishing. [...] The author's conveyance was in effect a negative covenant - that is, a contract not to object to the publication of the work, rather than a contract granting a right to publish it ». En France, la situation semble avoir été plus nuancée. *Id.*, p. 73. Elizabeth Armstrong note en effet, en guise de conclusion sur son études des privilèges d'imprimerie, que « All the initiative came from authors and publishers, faced with an increasingly competitive situation. Privileges were sought not only by prominent authors and wealthy publishers, but also by relatively humble writers and *librairies* ». E. ARMSTRONG, *Before Copyright : The French Book-Privilege System, 1498-1526*, *op. cit.*, note 29, p. 206.

[231] P. DRAHOS, *Philosophy of Intellectual Property*, *op. cit.*, note 193, p. 28.

would not pay authors for their manuscripts. The draftsmen of the Statute of Anne put these arguments to use, and the author was used primarily as a weapon against monopoly »[232]. Un titre, celui de la loi d'Anne, et un argument, celui du droit naturel, voilà à quoi se serait limitée la présence de l'auteur dans la formation du droit.

La matière est donc plutôt saisie dans sa dimension de monopole (*monopoly*). Ses contours ne sont pas dessinés par des principes de droit naturel, mais uniquement par les contingences du marché. L'essor fulgurant de l'imprimerie annonce l'économie de marché et de la libre concurrence. Le commerce du livre doit être réglementé par l'État. Avant l'adoption de la loi d'Anne, l'industrie n'était pas assez développée pour que l'on envisage une régulation autre que celle qui est instituée par le régime des corporations. L'auto-réglementation à laquelle elle est alors soumise vise les éditeurs dans leurs relations de concurrence et non les auteurs. Les pirates et les actes de contrefaçon étaient minimes et c'est avant tout pour résoudre le conflit qui oppose les membres de la *Stationers' Company* aux imprimeurs de province que le débat a été conduit devant le Parlement[233].

Les écrits des économistes font le lit conceptuel de la révolution industrielle[234]. Désormais, la notion d'échange, qui se traduit en droit par le caractère librement monnayable des biens et des droits, doit se substituer à l'octroi de privilèges qui conjuguent, sous une même bannière, valeur et droit. On brise alors les structures corporatistes - par exemple la

---

[232] L.R. PATTERSON, *Copyright in an Historical Perspective, op. cit.*, note 73, p. 147. Dans le même sens, Gary KAUFFMAN, « Exposing the Suspicious Foundation of Society's Primacy in Copyright Law: Five Accidents », (1986) 10 *Columbia-VLA Journal of Law and the Arts* 381, pp. 396-397.

[233] La plaidoirie du juge Erle dans l'affaire *Jefferys v. Boosey* est un excellent témoignage : « [...], before the time of Anne, the actions were only actions for penalties under the Licensing Act. The number of pirates was very small; proprietors of copyright were registered and came under the regulation of the Stationers' Company. The opportunities for piracy were therefore rare. Furthermore, if there were pirates, the remedies in the Star Chamber and for penalties under statutes were probably more convenient than actions for damages. [...]. Indeed, [...], in the time of Anne, the poverty of those who practised piracy was such as to make an action for damages against them futile, [...] », *précité*, note 228, p. 87.

[234] Adam Smith notera que « C'est dans l'état progressif de la société, lorsqu'elle est en train d'acquérir successivement plus d'opulence, et non pas lorsqu'elle est parvenue à la mesure complète de richesse dont elle est susceptible, que véritablement la condition de l'ouvrier pauvre, celle de la grande masse du peuple, est plus heureuse et plus douce; elle est dure dans l'état stationnaire; elle est misérable dans l'état de déclin. L'état progressif est, pour tous les différents ordres de la société, l'état de vigueur et de la santé parfaite ». Adam SMITH, *Richesse des Nations*, L. I, Ch. VIII. Mill complétera la pensée de Smith en posant deux conditions essentielles au progrès économique : l'accumulation du capital et la liberté. Voir F. TREVOUX, *Stuart Mill*, Paris, Dalloz, 1953, pp. 43-53.

Stationers' Company[235]- pour permettre au commerce de débiter librement ses produits. La liberté du commerce devient une condition essentielle au progrès[236]. Les entraves inutiles au développement du commerce devaient logiquement être supprimées. Le droit d'auteur, au même titre que les autres droits de propriété intellectuelle, apparaît comme un mal nécessaire. Le monopole est justifié seulement dans la mesure où il permet aux éditeurs de compenser et les coûts de production et les investissements nécessaires[237]. Smith, père de l'économie libérale, acceptera que la propriété intellectuelle soit au nombre de ces exceptions:

> Some [*monopolies*] inde(e)d are harmless enough. Thus the inventor of a new machine or any other invention has the exclusive priviledge of making and vending that invention for the space of 14 years by the law of the country (*Statute of Monopolies, 21 James I, c.3, 1623*), as reward for his ingenuity, and it is probable that this is as equal an one as could be fallen upon. For if the legislature should appoint pecuniary rewards for the inventors of new machines, etc., they would hardly ever be so precisely proportioned to the merit of the invention as this is. For here, if the invention be good and such as is profitable to mankind, he will probably make a fortune by it; but if it be of no value he also will reap no benefit. In the same manner the author of a new book has an exclusive priviledge of publishing and selling his book for 14 years (*8 Anne, c.19, 1709*). Some inde(e)d contend that the book is an entire new production of the authors and therefore ought in justice to belong to him and his heirs for ever, and that no one should be allowed to print or sell it but those whom he has given leave, by the very laws of natural reason. But it is evident that printing is no more than a speedy way of writing. Now suppose that a man had wrote a book and had lent it to another who took a copy of it, and that he afterwards

---

[235] Mark Rose écrit très justement : « What I want to suggest is that in the seventeenth century a gap was beginning to develop between the institution of Stationers' copyright, which was based upon a traditional conception of society as a community bound by ties of fidelity and service, and the emergent ideology of possessive individualism. The regime in which stationers' copyright was born was what we might call a regime of regulation rather than a regime of property ». M. ROSE, « The Author as Proprietor : Donaldson v. Beckett and the Genealogy of Modern Authorship », dans B. SHERMAN et A. STROWEL, *Of Authors and Origins*, *op. cit.*, note 75, p. 15.

[236] Stuart Mill écrira: « L'unique source infaillible et permanente du progrès est la liberté puisque, grâce à elle, il peut y avoir autant de centres indépendants de progrès qu'il y a d'individus », S. MILL, cité dans F. TREVOUX, *Stuart Mill*, *op. cit.*, note 234, p. 45.

[237] Voir l'étude de Gillian K. HADFIELD, « The Economics of Copyright : An Historical Perspective », (1988) 38 *A.S.C.A.P.* 1.

> sold this copy to a third; would there be here any reason to think the writer was injured. I can see none, and the same must hold equally with regard to printing. The only benefit one would have by writing a book, from the natural laws of reason, would be that he would have the first of the market and may be thereby a considerable gainer. The law has however granted him an exclusive priviledge for 14 years, as an encouragement to the labours of learned men. And this is perhaps as well adapted to the real value of the work as any other, for if the book be a valuable one the demand of it in that time will probably be a considerable addition to his fortune. But if it is of no value the advantage he can reap from it will be very small. These two priviledges therefore, as they can do no harm and may do some good, are not to be altogether condemned. But there are few so harmless. All monopolies in particular are extremely detrimental. [238] (nos italiques, nos soulignés)

Plus avant dans ces théories, les économistes distingueront la valeur d'échange de la valeur d'usage. La valeur d'usage se confond à peu près avec l'utilité; elle est subjective et exprime le rapport qui existe entre les objets et l'individu, soit le consommateur. La valeur d'échange tend à s'incarner dans le prix qui l'objective socialement, celui fixé généralement par le marché. C'est à propos de ces théories de la valeur que Salleron note les disparités fondamentales entre les visions économiques anglaise et française:

> L'école française, toujours métaphysicienne et rationaliste, inclinera, de manière d'ailleurs très variée, à réduire les deux valeur à l'unité. Si on échange c'est évidemment pour l'usage. [...]. L'école anglaise, moins hantée de philosophie, abandonnera pratiquement la valeur d'usage comme extérieure au domaine de l'économie politique. Elle étudiera pour elle-même la valeur d'échange, dans l'idée, plus ou moins consciente, de savoir ce qui détermine le prix.

et l'auteur continue:

---

[238] Adam SMITH, *Lectures on Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 1978, p. 83. C'est ainsi du bout de sa plume qu'il accepte, pour leur utilité particulière et pour leur justesse, le monopole relatif aux créations intellectuelles: « A temporary monopoly of this kind may be vindicated upon the same principles upon which a like monopoly of a new machine is granted to its inventor, and that of a new book to its author », Adam SMITH, *The Wealth of Nation*, cité dans G. K. HADFIELD, « The Economics of Copyright: An Historical Perspective », *id.*, p. 21.

> L'école anglaise, orientée par le produit industriel naissant, trouvera dans le travail et le coût de production le fondement de la valeur d'échange[239]

Ces précisions tendent à montrer que très tôt le droit anglais s'est orienté vers sa fonction d'accompagnement des échanges commerciaux. Ce trait n'est d'ailleurs pas étranger au droit continental, mais demeure certainement plus marqué en droit anglais. Finalement, le droit de propriété naturel de l'auteur justifie seulement l'existence du droit d'auteur; il n'influence que très peu le régime du droit qui concerne avant tout son exploitation. Il eut été indélicat de concéder *in originis* ce droit à l'éditeur[240]. Autre élément notable, et Gary Kauffman parlera d'un « accident » historique, le droit d'auteur a été pensé comme une loi de police[241]. La loi de 1709 soumet, dans cette perspective, l'intérêt de l'éditeur et de celui de l'auteur, embryonnaire, à l'intérêt général du public[242]. Ici, l'influence de l'auteur n'est que périphérique. La loi ne s'intéresse d'ailleurs aucunement aux relations contractuelles ni au partage des prérogatives ou des profits. Elle a sa propre logique, celle de libérer un marché et de promouvoir les activités d'une classe de marchands. L'auteur serait-il un élément importun, serait-il un autre *accident* ? C'est ce que le professeur Patterson semble laisser entendre lorsqu'il écrit que : « [w]hile the stationers' copyright was a publisher's right, the statutory copyright became an author's right. [...] The change was more significant than has been generally recognized, for it was this change that denied to copyright a body of consistent fundamental principles. There were such principles for the

---

[239] Louis SALLERON, *L'économie libérale*, Paris, Arthème Fayard, 1949, p. 119.

[240] A. Birrell écrit très justement : « there would be resentment were there now living [...] a capitalist who could say, « Hamlet is mine », « Sancho Panza is mine », « The Inferno belongs to me ». Who would not feel that this disreputable bourgeois was the enemy, not the friend, of the world-wide genius of Shakespeare, of Cervantes, of Dante? », A. BIRRELL, cité dans G. KAUFFMAN, « Exposing the Suspicious Foundation of Society's Primacy in Copyright Law: Five Accidents », *loc. cit.*, note 232, p. 391.

[241] Gary Kauffman écrit: « This confusion between copyright and enterprise monopolies caused the accident. To be sure, the primary purpose of antitrust laws is to benefit the public. Since Parliament viewed the copyright as a sanctioned monopoly, it was crucial to characterize it as serving some vital public interest. Thus when Parliament declared the Statute of Anne to be « An Act for the Encouragement of Learning » it was emphasizing the public benefit over the private one. In avoiding the alternative emphasis, they avoided an endorsement of the Stationers' Company », *id.*, p. 395.

[242] Parlant du *Licensing Act* dont elle refusa le renouvellement, la Chambre des Communes critiquera ouvertement le monopole établi par la corporation des imprimeurs : « The act confirmed all « Patents of Books granted and to be granted », whereby classic, « together with a great number of the best Books, and of the most general Use » were monopolized by the Stationers' Company; and the act « prohibits the importing any such Books from beyond Sea; whereby the Scholars in this Kingdom are forced not only to buy them at

stationers's copyright, because that copyright was consistent in purpose and function. The purpose was to protect the publisher and the function was to provide order for the book trade. The purpose of the statutory copyright came to be to protect the author and the publisher and its function came to be to provide order for the book trade and to prevent monopoly. The uniting of these purposes and functions, consistent to some degree, inconsistent to a larger degree, within one legal concept destroyed the unity of that concept »[243].

Cet « accident » - qui n'est en fait que l'expression de la complexité inhérente à la matière du droit d'auteur en général - crée une distorsion qui suivra l'histoire du copyright. La loi d'Anne est une réponse sévère à l'industrie du livre. Or, pour des raisons qui tiennent essentiellement à l'influence des théories jusnaturalistes, l'auteur a été associé nommément à un dispositif législatif qui ne le concerne pas véritablement mais auquel il donne son nom ! Le droit d'auteur du XVIII[ième] siècle est ainsi faussé par l'intégration de l'auteur à un régime de droit qui n'établit aucune prérogative particulière à son endroit. Les débats du XVIII[ième] portent avant tout sur la mesure et les conséquences économiques de l'intervention législative et absorbent ainsi la thèse des auteurs. Ceci est encore plus vrai lorsque l'on considère l'évolution des lois au XIX[ième]. Car bientôt ce sera la distribution internationale des livres qui monopolisera l'attention du législateur. « The abstract object became the way of gaining control over the material object »[244]. C'est ce que nous nous attacherons à démontrer dans le second Titre. Mais voyons pour le moment comment la jurisprudence anglaise a reçu les différentes théories sur la nature du droit d'auteur.

b) Les limites apportées au droit de propriété naturel par les tribunaux

La loi d'Anne fera l'objet d'une analyse sans précédent dans deux arrêts célèbres. L'impact de ces décisions est tel qu'elles ont maintenu le droit d'auteur anglais dans une acception stricte, presque mécanique et ont empêché son redressement vers une protection plus

---

the extravagant Price they demand, but must be content with their ill and incorrect Editions », PATTERSON, *Copyright in an Historical Perspective*, *op. cit.*, note 73, pp. 139-140.

[243] *Id.*, p. 77.

respectueuse de la personne de l'auteur. Cette conception orientée vers la fonction du droit se retrouvera en France un peu plus tard, au XIX[ième] siècle, comme en témoigne la théorie des droits de clientèle de Roubier que nous avons exposée plus haut[245].

C'est à l'occasion des affaires *Millar* v. *Taylor*[246] et *Donaldson* v. *Becket*[247] que la jurisprudence anglaise a précisé les principes fondamentaux du droit d'auteur. Pour bien comprendre l'articulation de ces décisions, il faut distinguer trois catégories de *copyright* qui subsistent au moment de l'adoption de la loi d'Anne : le *Stationer's copyright*[248], c'est-à-dire celui des corporations d'éditeurs et d'imprimeurs, le *common law copyright*, c'est-à-dire de droit commun, et le *statutory copyright*, celui de la loi d'Anne. La question soumise aux tribunaux dans ces deux causes est essentiellement de savoir si le droit d'auteur de droit commun (*common law copyright*) subsiste indépendamment de celui accordé temporairement par la loi d'Anne (*statutory copyright*). La question est devenue cruciale au moment où le Parlement a décidé de ne pas reconduire les privilèges d'imprimerie, privilèges que le *Licensing Act* leur avait garantis depuis 1662[249]. La loi de 1662 fut abrogée en 1694. Le législateur intervient donc en 1709 pour rétablir une forme de

---

[244] DRAHOS, *Philosophy of Intellectual Property*, *op. cit.*, note 193, p. 21.

[245] En développant sa théorie sur « le droit de clientèle », Roubier s'inspirait directement des doctrines utilitaristes anglaises: « Ils [les droits intellectuels] n'ont pu trouver leur reconnaissance qu'avec l'apparition d'une forme de société comme la nôtre, à la base d'une économie industrielle et commerciale. Le but de cette forme d'économie est de chercher à obtenir la satisfaction des besoins du plus grand nombre conformément aux doctrines utilitaires anglo-saxonnes, par la multiplication des richesses: la recherche, par les producteurs, de débouchés auprès de la clientèle des consommateurs va constituer l'un des buts principaux de l'activité humaine ». P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, *op. cit.*, note 176, p. 104.

[246] *Millar* v. *Taylor*, *précité*, note 138. Dans les deux affaires qui nous intéressent, les parties n'étaient pas des auteurs, mais des éditeurs.

[247] Référence originale, *Donaldsons* v. *Becket*, 98 *E.R.* 257 (1774) (House of Lords)

[248] Le mécanisme de gestion du stationer's copyright était fort simple: une fois le privilège d'édition concédé à l'un des membres de la corporation par la couronne, chaque copie était inscrite sur un registre. L'inscription, si elle ne conférait pas le droit en lui-même, constituait une présomption de propriété sur la copie (copy-right). John Feather rapporte un exemple concernant la traduction de l'oeuvre allemande Faust intitulée « The Book of Dr. Faustus ». La propriété d'une copie était disputée entre deux éditeurs qui se réclamaient chacun du copy-right. Le 18 décembre 1592, la cour chargée d'élucider le litige décida que la copie devait appartenir à celui qui pouvait présenter une inscription à son nom sur le registre. John FEATHER, « From Rights in Copies to Copyright: The Recognition of Authors' Righs in English Law and Practice in the Sixteenth and Seventeenth Centuries », (1992) 10 *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 455, pp. 462 et 465. Également, L.R. PATTERSON, *Copyright in an Historical Perspective*, *op. cit.*, note 73, pp.4-11.

[249] En fait depuis 1637 puisque le *Licensing Act* de 1662 reprend le décret de la Star Chamber de 1637. *Id.*, p. 136.

protection, limitée à 14 ans sans, cependant, prévoir le sort des œuvres une fois ce délai expiré.

Dans l'affaire *Millar* v. *Taylor*, le titulaire du droit d'auteur, Andrew Millar, tente d'empêcher l'impression et la distribution de l'œuvre de James Thomson, intitulée « The Seasons »[250]. La durée de protection de quatorze ans renouvelable prévue par la loi d'Anne étant venue à expiration en 1757, le défendeur, Robert Taylor, décide de publier la même œuvre en 1763. Millar invoque le droit commun et motive sa demande en faisant siennes les théories des jusnaturalistes. La finalité de cette rhétorique était bien évidemment de faire reconnaître la subsistance de son droit passé le délai de protection prévu par la loi. La demande est accueillie à une majorité de trois contre un - dissidence du juge Yates. Le juge Willes conclut à ce sujet que : « It is certainly not agreeable to natural justice, that a stranger should reap the beneficial pecuniary produce of another man's work »[251].

Le juge Yates, dissident, s'oppose à l'existence d'un droit de propriété sur l'œuvre. Dans l'exposé de ses motifs il s'oppose à l'appropriation de choses qu'il juge inappropriables. Pour Yates, tant que le livre n'est pas publié, la distinction création-support n'est d'aucune utilité. Il répond donc à l'argument du juge Mansfield selon lequel le propriétaire du manuscrit ne détient pas forcément le droit de l'imprimer[252]. Il n'exclut pas la possibilité d'une propriété matérielle sur le manuscrit unique, mais, selon ses mots, « nothing can be an object of property, which has not a corporeal substance ». De plus, à sa publication, l'œuvre devient une propriété commune[253]. L'œuvre, dissociable ou non du manuscrit, ne

---

[250] Pour un exposé plus détaillé de cette jurisprudence, voir L.R. PATTERSON, *Copyright in an Historical Perspective*, *op. cit.*, note 73, pp. 168-179.

[251] *Millar v. Taylor*, *précité*, note 138, p. 218. Dans le même sens, lire l'opinion du juge Aston. En conclusion de la décision, on peut lire: « Because it is just, that an author should reap the pecuniary profits of his own ingenuity and labour, It is just that another should not use his name, without his consent. It is fit, he should not only choose the time, but the manner of publication: how many, what volume; what print. It is fit, he should choose to whose care he will trust the accuracy and correctness of the impression ; to whose honesty he will confide, not to foist in addition », *Id.*, p. 252.

[252] *Id.*, p. 251.

[253] « With regard to books, the very matter and contents of the books are by the author's publication of them, irrevocably given to the public; they become common; all the sentiments contained therein rendered universally common; and when the sentiments are made common by the author's own act, every use of those sentiments must be equally common », *Id.*, p. 234. Pour le juge Mansfield, cet argument est elliptique : « The argument turns in circle. « The copy is made common, because the law does not protect it ; and the law can not protect it , because it is made common » ». *Id.*, p. 253.

peut faire l'objet d'un droit de propriété, encore moins d'un droit perpétuel. Elle est avant toute chose composée d'idée et, conclura Yates, « the mere intellectual ideas are totally incorporeal; and therefore incapable of any distinct separate possession »[254]. Pour cette raison, le droit de l'auteur ne peut être qu'une construction de la loi et non un droit de *common law*.

Le juge Mansfield, écrivant pour la majorité, traite le droit de l'auteur comme un droit personnel. Il n'y a pas lieu de traiter différemment l'auteur après qu'il ait décidé de rendre public son oeuvre. Si l'existence du droit de l'auteur devait être soumise toute entière au délai de protection prévue par la loi, l'auteur serait non seulement privé des profits d'exploitation, mais serait également spolié de tout contrôle sur son oeuvre elle-même. Les conséquences vont au-delà des intérêts pécuniaires, elles visent également sa réputation, son droit moral dans l'œuvre : « He is no more master of the use of his own name. He has no control over the correctnesss of his own work. He can not prevent additions. He can not retract errors. He can not amend; or cancel a faultry edition. Any one may print, pirate, and perpetuate the imperfections, to the disgrace and against the will of the author; may propagate sentiments under his name which he disapproves, repents and is ashamed of. He can exercise no discretion as to the manner in which, or the persons by whom his work shall be published »[255].

Selon une majorité de commentateurs, l'arrêt *Millar* v. *Taylor* consacre le droit de propriété naturel de l'auteur sur son œuvre. En limitant la durée du droit d'auteur à 14 ans, la loi d'Anne succède au droit commun, mais ne le précède pas. Et, rappelons-le, les parties en

---

[254] «The light, the air, the sun, are of value inestimable: but who can claim a property in them? », juge Yates, *Id.*, p. 230. Il poursuivra un peu plus loin: « The author's unpublished manuscript will indeed very properly fall under this class of property; because that is corporeal. But after publication of it, the mere intellectual ideas are totally incorporeal; and therefore incapable of any distinct separate possession. They can neither be seized, or forfeited, or possessed. If they could be matter of property, they must be subject to the same several changes of possession, as property is subject to; the same charges, seizures, forfeitures; the same circumstances to which all other chattels are liable ». Il conclut en soulignant « the dangerous snares which this ideal property will lay, as it carries no property marks in itself ».

[255] *Id.*, p. 252.

cause sont toutes deux des éditeurs et non des auteurs. Ce sont donc les marchands qui se voient conforter dans leurs revendications d'un droit de propriété perpétuel[256].

Cinq années plus tard, la Chambre des Lords est saisie de la question et infirme la décision rendue dans *Millar* v. *Taylor*. Dans la non moins célèbre décision *Donaldson* v. *Becket*[257], sept des onze juges présents concluent cette fois que « the [common law] right is impeached, restrained and then taken away by the Statute of 8th Ann »[258]. Le droit d'auteur de *common law* disparaît dès le moment où l'œuvre est publiée. En d'autres mots, le *statutory copyright* chasse le *common law copyright* à la publication de l'œuvre[259]. Dès ce moment, en effet, c'est la loi qui circonscrit l'étendue des droits. En pratique, cette doctrine soumet les œuvres non publiées et les œuvres publiées à deux régimes de droit distincts. En effet, la jurisprudence Donaldson vaut pour les œuvres publiées. Il pouvait donc toujours être allégué que les œuvres non publiées pouvaient bénéficier d'un droit de *common law* perpétuel. La loi de 1911 mettra un terme à la distinction[260].

---

[256] Par exemple, M. ROSE, *Authors and Owners - The Invention of Copyright*, Londres, Harvard University Press, 1993, pp. 78 et s.. L. R. PATTERSON, *Copyright in an Historical Perspective*, *op. cit.*, note 73, pp. 168 et s.

[257] *Donaldson v. Becket*, *précité*, note 247.

[258] Les juges devaient se prononcer sur une série de cinq questions que nous nous contenterons de mentionner :

1) Whether at common law an author of any book or literary composition had the sole right of first printing and publishing the same for sale; and might bring an action against any person who printed, published and sold the same without his content ? (huit oui contre trois non)

2) If the author had such right originally, did the law take it away, upon his printing and publishing such book or literary composition; and might any person afterward reprint and sell, for his own benefit, such book or literary composition, against the will of the author ? (quatre oui contre sept non)

3) If such action would have lain at common law, is it taken away by the Statute of 8th Ann. ? And is an author, by said statute, precluded from every remedy, except on foundation of the said statute and on the terms and conditions prescribed thereby ? (six oui contre cinq non)

4) Whether the author of any literary composition and his assigns, had the sole right of printing and publishing the same in perpetuity, by the common law ? (dix oui contre un non)

5) Whether this right is any way impeached restrained or taken away by the Statute 8th Ann. ? (sept oui contre quatre non). *Donaldson v. Becket*, *précité*, note 247, pp. 257-258.

[259] Jacqueline Seignette précise qu'au préalable des juges de différentes juridictions avaient été consultés. Les avis étaient partagés, ce qui n'avait pas facilité la tâche de la Chambre des Lords: « Although the reports on this advisory opinion are anything but unanimous, a small majority of judges is said to have acknowledged that a perpetual right existed in common law, but also that the Statute of Anne, with its limited term of protection, superseded this protection once the work was published ». J. SEIGNETTE, *Challenges to The Creator Doctrine*, *op. cit.*, note 73, p. 16.

[260] « Thus it was established that published works were protected solely by statute, although, apparently, unpublished works still maintained their perpetual common law copyright. Common law copyright was however abolished by Section 31 of the Copyright Act 1911, which Act, like the Copyright Act 1956, provided that no copyright should subsist otherwise than by virtue of that Act », P. F. CARTER-RUCK, E. P .

Donaldson v. *Becket* peut être lu comme mettant un terme à la prégnance du droit naturel dans la théorie du *copyright*[261]. La majorité s'aligne sur la position du juge Yates dans l'arrêt *Millar* v. *Taylor*, position selon laquelle la durée légale de protection suffit à récompenser l'auteur de ses efforts. C'est là l'unique objectif de la loi[262]. Après la vente de son manuscrit, et une fois le délai de protection expiré, l'auteur ne doit pas pouvoir réclamer la rémunération pour un travail pour lequel il a déjà reçu paiement.

Si la publication est l'événement qui, selon l'arrêt *Donaldson* v. *Becket*, permet de passer d'un droit de propriété *jusnaturaliste* à un monopole temporaire, c'est parce qu'elle marque la limite entre le domaine de l'auteur et celui de l'exploitation commerciale, l'auteur étant exclu du second. Nous verrons que cette conception marquera profondément la compréhension de notre matière et mènera à l'atrophie du droit d'auteur dans son application relative à la distribution des œuvres. En infirmant la décision *Millar* c. *Taylor*, la House of Lords suit l'objectif de la loi d'Anne, c'est-à-dire celui de démanteler les monopoles d'impression et de publication. Ce faisant, les arguments de droit naturel seront accueillis dans la stricte mesure où l'auteur se voit désormais reconnaître un droit de première publication - droit quelque peu comparable au droit moral de divulgation des pays civilistes. Au-delà de la publication, le droit d'auteur est associé entièrement à la politique législative de concurrence. Il n'est que l'image de la loi et sa nature est assimilée à sa fonction. Malgré le fait que les textes de loi feront plus ou moins état de la présence de l'auteur, le droit d'auteur est clairement perçu comme un droit anti-concurrentiel et non

---

SKONE JAMES, F. E. SKONE JAMES, *Copyright - Modern Law and Practice*, Londres, Faber and Faber, 1965, p. 30.

[261] A. C. YEN, « Restauring the Natural Law: Copyright as Labor and Possession », *loc. cit.*, note 21, p. 522. Gary Kauffman exprime une opinion contraire : « *Donaldson* is known for deciding, once for all, that the only rights of an author are those provided by the statute. This is unfortunate. Since it specifically affirmed the common law right, it should have led to the conclusion that the natural right was *codified* in the Statute. Sadly however, *Donaldson* came to be cited for the proposition that a copyright is *not* natural *because* of the fact that it is exclusively confined to the statute ». G. KAUFFMAN, « Exposing the Suspicious Foundation of Society's Primacy in Copyright Law : Five Accidents », *loc. cit.*, note 232, p. 401.

[262] Comme le dira plus tard Macaulay, « [The copyright is] a tax on readers for the purpose of giving a bounty to writers », cité dans Stephen Breyer, « The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs », (1970) 84 *Harvard L. Rev.* 281, p. 281. Le juge Yates écrivit également: « It is of use, certainly, that learning and science, and valuable improvements should be encouraged, and every man's labour properly rewarded. But every reward has its proper bounds: and an entire

comme un droit de *l'auteur*. Cette interprétation sera reprise quelques années plus tard par les juges américains.

c) L'alignement du droit américain sur le droit anglais

C'est à l'occasion de la célèbre décision *Wheaton* v. *Peters* de 1834[263] que la Cour suprême des États-Unis va reprendre pour son compte les conclusions de la décision *Donaldson v. Becket*[264]. Saisie d'une revendication comparable, visant à faire reconnaître la survivance du droit d'auteur passé le délai légal de protection, la Cour suprême consacre l'effacement du droit naturel au profit du droit statutaire. Ici comme là-bas, c'est l'acte de publication qui réalise la permutation. La Cour reconnaît à l'auteur un droit absolu de *common law* sur

---

monopoly for fourteen, or if the author remains alive, for twenty-eight years, seems encouragement enough for his labours ». *Millar v. Taylor*, *précité*, note 138, p. 249.

[263] *Wheaton v. Peters*, 8 *Pet.* 591 (U.S. 1834). Peters avait décidé de publier des décisions de jurisprudence antérieurement imprimées par Wheaton. Ce dernier reprit les arguments avancés quelques années auparavant par Donaldson. Sur l'historique détaillé de cette affaire voir C. JOYCE, « The Rise of the Supreme Court Reporter: An Institutional Perspective on Marshall Court Ascedancy », (1985) 85 *Michigan L. Rev.* 1291, pp. 1369-1375. J. Whicher fait également remarquer que l'aspect monopolistique et positiviste du droit d'auteur vient des enseignements de la guerre des brevets sur les bateaux à vapeur. En faisant l'analogie avec les brevets, les juges de l'arrêt Wheaton auraient perçu le danger de conférer un monopole sur les idées. C'est à ce titre qu'ils refusèrent de consacrer un copyright de droit commun. J. Whicher ajoute: « This confusion between patents and copyrights was further encouraged by their «marriage» in the Constitution ». J. WHICHER, « The Ghost of *Donaldson v. Becket:* An Inquiry Into the Constitutional Distribution of Powers Over the Law of Literary Property in the United States », Part II, (1962) 9 *Bulletin of the Copyright Society of U.S.A.* 102, p. 197.

[264] La référence à l'affaire *Donaldon* y est explicite : « Not long after that decision, however, the question as to the perpetuity of an author's property, was brought before the house of lords; and it was there decided, that it was not perpetual, its duration being limited by the statute of Anne. Yet even upon this point, the twelve judges were equally divided (if we include Lord Mansfield, who did not vote, as he was a peer), and there were eleven out of twelve who maintained, that an author had a property at common law, in his copy. See Donaldson v. Becket, 4 Burr. 2408; 2 Br. P. C. 129 [...] », *précité*, note 247, p. 596. La Cour identifie clairement le droit anglais comme étant la source du droit américain : «The question of a common law right has not been decided favourably to the author; and if it had been, the existence of a statute is thus recognized as superseding both the right and the remedy which may have previously existed. The marginal note of Sir James Burrow to Miller v. Taylor, 4 Burr. 2303, itself is, 'authors have not by common law the sole and exclusive copyright in themselves or their assigns in perpetuity after having printed and published their compositions, etc. If in England, the source and fountain of the common law, no such right exists, what can be alleged in favour of its existence in these United States? We contend that there could be no such common law right here, even if there were no statute: and that if there could be, it is incompatible with the provisions of the statute ». *Id.*, p. 625.

l'œuvre non publiée[265]. L'*évènement* de la publication le fait entrer dans l'ordre positif et devient une matière purement législative. Il s'épuise à la vente du manuscrit:

> That an author, at common law, has a property in his manuscript, and may obtain redress against any one who deprives him of it, or by improperly obtaining a copy endeavours to realise a profit by its publication, cannot be doubted; but this is a very different right from that which asserts a perpetual and exclusive property in the future publication of the work, after the author shall have published it to the world. The argument that a literary man is as much entitled to the product of his labour as any other member of society, cannot be controverted. And the answer is, that he realises this product by the transfer of his manuscripts, or in the sale of his works, when first published.[266]

La structure pleine et régulière du droit de l'auteur plie donc devant la primauté de l'intérêt social. Cette soumission aux intérêts politiques est d'autant plus marquée que la Cour justifie sa position en faisant référence à la clause constitutionnelle. Elle créera le précédent de l'interprétation restrictive du droit de l'auteur qui versera dès lors davantage vers la prise en considération des intérêts du public et déviera, peut-être, selon certains commentateurs, vers une tendance consumériste[267].

---

[265] La distinction cessera avec l'adoption de la loi de 1976, soit quelques 65 années après son abandon par la loi anglaise en 1911. Notamment, articles 102(a), 104(a), 107 17 U.S.C. La protection de droit commun aux oeuvres non publiées était devenue particulièrement problématique notamment en raison de son extension controversée aux oeuvres publiées mais pour lesquelles les procédures d'enregistrement n'avaient pas été correctement effectuées. Ces formalités étant constitutives de droit, les oeuvres ainsi publiées mais qui ne rencontraient pas les exigences du dépôt n'étaient pas éligibles à la protection de la loi. Par exemple, *King* v. *Mister Maestro, Inc*, 223 *U.S.* 424 (1963) (S.D.N.Y).

[266] *Wheaton v. Peters*, *précité*, note 263, p. 657. C'est sur la base de son mandat constitutionnel que le Congrès adopta la loi de 1790. La Constitution prévoyait en effet que le Congrès veillerait à « promote the progress of the science and the useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive rights to their respective writings and discoveries ». *U.S. Const.*, art. I, 8, cl. 8. Dans un arrêt de 1954, la cour du neuvième circuit rappelle l'interprétation suivie dans les décisions *Donaldson* et *Wheaton* : « By the common law, the author of a writing possesses the sole and exclusive right to publish it, but upon and after the first publication the writing may be published by anyone including the author, since the writing has gone into the public domain [...]. The copyright statute extends the author's sole and exclusive right in accordance with its terms and provisions...In other words, it reserves the writing from the public domain for the effective period of the copyright. What we have just said is what is meant by courts when they say: When the copyright comes in, the common law right goes out ». *Warner Bros. Pictures v. Columbia Broadcasting System*, 216 F. 2d 945 (9th Circuit.) 1954, p. 948. Voir, A. C. YEN, « Restauring the Natural Law: Copyright as Labor and Possession », *loc. cit.*, note 21, p. 530.

[267] Sur ce point, lire Jane C. GINSBURG, « Essay : Copyright and Intermediate Users' Rights », (1999) 47 *Columbia-VLA Journal of Law & Arts* 67. L'auteur mettant en garde contre cette dérive du droit d'auteur. En introduction de son essai, Jane Ginsburg souligne la tendance voulant que le droit d'auteur devienne un droit

Ici, plusieurs précisions doivent être apportées. Premièrement, la Cour oppose l'intérêt social au droit de l'auteur, alors que ces deux éléments ne sont pas en opposition dans la clause constitutionnelle : ils y font corps. C'est une première critique. Ainsi que l'exposera très justement le professeur Ginsburg, « The Constitution does not set copyright in tension with the public interest; on the contrary, it equates the public interest with the guarantee of authors' exclusive rights; thus encouraged, authors in turn enrich society and further knowledge by creating works that promote learning »[268]. Deuxièmement, l'affaire *Wheaton* met en lumière la fragilité du syllogisme qui consiste à distinguer entre *statutory* et *common law copyright*. Bien que la jurisprudence anglaise en soit l'inventeur, c'est aux juristes américains que l'on doit son exposé le plus clair. On se souviendra que la décision *Donaldson* n'est pas motivée, elle consiste seulement en une série de questions soumise à chacun des onze juges présents. La décision *Wheaton* remédie à cette lacune et, ce faisant, met en lumière les failles du raisonnement. Tout comme dans les décisions anglaises *Millar* et *Donaldson* - concurrente sur ce point mais opposées quant au sort du droit d'auteur après la publication la décision *Wheaton* repose sur la prémisse selon laquelle l'auteur jouit d'un droit de propriété de *common law* sur son manuscrit. Cette qualification serait sans grande conséquence si la Cour ne lui avait pas attaché l'attribut de la *perpétuité* comme l'avait fait, avant elle, la décision *Millar* v. *Taylor*. Reprenant ses conclusions, elle alimente l'illusion d'un droit de *common law* absolu :

> And in this case of Millar v. Taylor, it was found by the special verdict, « that before the reign of her late majesty, queen Anne, it was usual to purchase from authors the perpetual copyright of their books, and to assign the same from hand to hand for valuable consideration, and to make the same the subject of family settlements, for the provision of wives and children ». This usage is evidence of the common law, and shows that the copyright was considered and treated

---

d'utilisateurs: « The impending « Digital Millennium » has amplified the assertion of users' rights in U.S. copyright law. Copyright has been reimagined as a « law of users' right » whose acolytes caution copyright owners not stand as piggish impediments to the progress of learning and culture in the Digital Age. Proponents advance a variety of arguments in support of a user rights construct of copyright law, from the historical to the philosophical to the pragmatic. I propose to address some of these », *Id.*, p. 67. Également, V.-L. BÉNABOU, « Puiser à la source du droit d'auteur », *loc. cit.*, note 71, p. 5 et s.

[268] J. C. GINSBURG, « Authors and Users in Copyright », (1998) 45 *J. Copr Soc'y* 1, p. 6

> as property, transferable from party to party; and property, too, of a permanent nature, suitable for family settlement and provisions.[269]

Or cet absolu heurte les principes de la libre entreprise. Il est tout bonnement inconcevable. La décision s'explique pourtant par la difficulté de conceptualiser un droit qui couvre différentes étapes, de la création de l'œuvre à son exploitation. En fait, si la Cour accède à la théorie du droit perpétuel de *common law* c'est qu'elle confond différents objets : le droit, l'œuvre et le manuscrit. La rhétorique est la suivante : la propriété du manuscrit est perpétuelle puisque l'exemplaire est unique et inédit, cette distinction importe peu au regard de la *loi*. Préalablement à la publication il n'y a pas lieu de distinguer et le droit américain ne distingue pas. La propriété du manuscrit comprend également celle de l'œuvre, la possession de l'objet emportant la maîtrise des idées. La publication change la donne. C'est à ce moment qu'il faut confiner, museler, le droit de l'auteur, car cette fois la possession du manuscrit ne résout plus la question des droits sur l'œuvre. Le manuscrit est multiplié. L'œuvre est communiquée du propre consentement de son auteur. Difficile alors de concevoir un droit de propriété, sans possession cette fois, qui se multiplie en autant de démembrements qu'il existe d'exemplaires. La publication provoque la dégénérescence du droit de propriété dans son application matérielle. Comment pourrait-il exclure le droit de propriété de l'acheteur auquel l'œuvre, le livre est destiné ?

Commentant l'arrêt *Wheaton*, le professeur Yen écrira encore que « [...] the Court accepts the general proposition that a person is entitled to enjoy the fruits of her labor » mais « refuses to recognize common law copyright because publication somehow divests the owner of rights « under the rules of property which regulate society » »[270]. Il conclura: «When one combines these observations with the knowledge that « the rules of property which regulate society » - i.e., the natural law - are defined by occupation and possession, it seems that the Court was stating that publication of a work makes further possession of a work impossible. [...] »[271]. Tout ce qui n'est pas publié appartient à son auteur à titre de premier occupant. C'est dans cette généralité que l'on résout la difficulté.

---

[269] *Wheaton* v. *Peters*, *précité*, note 262, p. 670.
[270] A. C. YEN, « Restauring the Natural Law: Copyright as Labor and Possession », *loc. cit.*, note 21, p. 550.
[271] *Id.*, p. 550.

Troisièmement, l'assimilation du droit de propriété de *common law* à un droit perpétuel est tout aussi inexacte en droit anglo-américain qu'elle l'est en droit français. Ces systèmes connaissent des tempéraments à l'immuabilité du droit de propriété. On songera à l'éviction, à l'expropriation. L'idéal de la propriété perpétuelle est pourtant largement répandue aux XVIII^{ième} et XIX^{ième} siècles. Il sera défendu par le plus éminent des auteurs américains, Drone, dans son Traité de 1879 qui dénonce la division retenue par la Cour entre œuvres publiées et œuvres non publiées. Pour Drone, l'œuvre demeure la pleine et entière propriété de son auteur en tout temps. Cette position contraste avec la perception utilitariste du droit d'auteur américain et que l'on place souvent en opposition avec la tradition française. La pensée de Drone est pourtant ici bien plus française, si l'on peut dire, que celle, par exemple, d'un Renouard :

> The conclusion, then, is inevitable, that the copyright statute which deprives authors of property in their intellectual productions after a term of years, cannot be defended on any principle which sanctions the taking of private property for public uses, or which justifies the regulation of private property for the common welfare. No one will contend that the State has any right to control proprietary rights in an unpublished work, that it may compel the author to publish his production for the benefit of society. And, yet, to interfere with the author's rights in a manuscript is the same in principle as to regulate his right in a printed composition. The right of property is the same after as before publication. It is as inviolable in one case as in the other.[272]

Finalement, l'alternance droit naturel et droit statutaire - à laquelle correspond la division oeuvre publiée, œuvre non publiée - offre une solution pratique à la Cour afin d'évacuer la difficulté qui réside dans la qualification d'une propriété sans possession mobilière. Si cette distinction paraît aujourd'hui superfétatoire, elle aura pourtant des effets inattendues : la publication est perçue comme le moment où le droit d'auteur devient temporaire et, plus

---

[272] DRONE, *A Treatise of Law of Property in Intellectual Productions*, *op. cit.*, note 98, pp. 19-20. Et Drone conclura son introduction sur l'origine et la nature du droit d'auteur en ces mots: « Literary property, like all property, has its origin in natural law, and not in legislation; it is, therefore, a natural and not an artificial right », *id.*, p. 26.

généralement, perd son caractère de droit naturel, de là un affaiblissement important des prérogative de l'auteur.

Encore une fois, à notre avis, la reconnaissance d'un droit naturel n'oblige pas que l'on lui assigne l'attribut de la perpétuité. Pourtant, en mettant de l'avant les limites du droit d'auteur, la jurisprudence *Donaldson*, puis *Wheaton*, ferme définitivement la voie à l'épanouissement d'un droit d'auteur plus personnaliste. Cette jurisprudence va très nettement attirer le droit d'auteur dans la sphère des théories utilitaristes. La thèse jusnaturaliste du droit d'auteur est ici réduite à de simples énoncés de principes. Mis à part Drone, les partisans de l'assimilation du droit d'auteur à un droit de propriété naturel et perpétuel ne sont pas légions[273]. En ces temps de colonisation et d'industrialisation, l'utile passe avant le juste. Placés devant cette option politique, les cours anglaises et américaines ont tranché : le droit d'auteur doit être maintenu dans sa stricte manifestation législative en ce qui concerne l'exploitation des oeuvres.

Cette orientation du droit américain n'était pas évidente. En 1787, l'intérêt du public ne constitue qu'une branche de l'équation soumise au droit d'auteur. Elle a une contrepartie tout aussi essentielle : l'auteur. Certains éléments du droit américain militent en sa faveur même si la décision *Wheaton* en a fait oublié jusqu'à l'existence. D'abord, la décision *Wheaton* n'éclipse pas totalement les enseignements de l'arrêt *Millar* c. *Taylor*. Le juge M'Lean, pour la Cour suprême, s'y réfère expressément pour consacrer le droit absolu de l'auteur sur l'œuvre non publiée[274]. On notera ensuite que certaines lois américaines, adoptées préalablement à 1787, semblent épouser une vision très personnaliste du droit

---

[273] Refusant l'idée d'une propriété utile, Drone écrira encore que: « It is a ridiculous doctrine which recognizes the existence of a species of property, and yet pronounces its only use unlawful and self-destructive. If the property is recognized, a mode of use must be conceded. To say that authors have rights of property in their literary productions and that they are lost by publication, which is their only source of value, is absurd. It is destructive of the first principles, the essence, the very notion, of the right of property ». *Id.*, p. 13.

[274] « That an author, at common law, has a property in his manuscript, and may obtain redress against any one who deprives him of it, or by improperly obtaining a copy endeavours to realise a profit by its publication, cannot be doubted; but this is a very different right from that which asserts a perpetual and exclusive property in the future publication of the work, after the author shall have published it to the world », *Wheaton* v. *Peters*, *précité*, note 262, p. 657.

d'auteur[275]. En témoigne le texte du préambule de la loi de l'État de New York : « [...] it is agreable to the principles of natural equity and justice, that every author should be secured in receiving the price that may arise from the sale of his or her works, and such security may encourage persons of learning and genius to publish their writings, which may do honor to their country and service to mankind [...] »[276]. Enfin, les thèses jusnaturalistes, dont il est permis de voir quelques germes dans les écrits de grands juristes tels Blackstone[277], ont certainement influencé la rédaction de la Constitution. James Madison, qui fut étroitement associé à la rédaction de la clause constitutionnelle concernant le droit d'auteur et les brevets d'invention, semble placer l'auteur et le public sur un même plan[278] :

> The utility of this power will scarcely be questioned. The copyright of authors has been solemnly adjudged, in Great Britain, to be a right of common law. The right to useful inventions seems with equal reason to belong to the inventors. The public good fully coincides in both cases [patents and copyrights] with the claims of individuals.[279]

La décision *Wheaton* v. *Peters* peut donc être vu comme une étape importante. La loi américaine sera dès lors interprétée comme étant la seule source du droit d'auteur pour les oeuvres publiées. Privilégiant l'intérêt du public, elle exclut l'auteur de l'exploitation de

---

[275] À la veille de l'adoption de la Constitution en 1787, douze des treize États fédérés ont déjà leur loi sur le droit d'auteur. Inspirées à la fois par les théories européennes sur la propriété et par le texte de la loi d'Anne, on retrouve énoncé au sein de ces lois les deux idées qui nous occupent ici, l'une structurelle, l'autre justificatrice : celle d'encourager le savoir et celle du droit naturel de l'auteur. Voir par exemple les extraits et préambules de ces lois dans Francine CRAWFORD, « Pre-constitutionnal Copyright Statutes », (1975) 23 *Copyright Society of the U.S.A.* 11, pp. 12-16. Pour un aperçu historique des projets qui ont précédé l'adoption de la constitution américaine, voir Donald W. BANNER, « La célébration du bicentenaire de la promulgation des lois sur les brevets et sur le droit d'auteur des États-Unis », (1990) 103 *D.A.* 360.

[276] 1 *Laws of The State of New York* 274 (1786), cité dans F. CRAWFORD, « Pre-constitutionnal Copyright Statutes », *id.*, p. 14.

[277] La quatrième édition du traité de Blackstone fut publiée après la décision *Millar v. Taylor,* mais avant la décision *Donaldson v. Becket.* Blackstone semble être un partisan de la théorie du droit naturel qui justifie la propriété de l'auteur sur son oeuvre. Dans cette quatrième édition, il expose sa théorie selon laquelle le droit de propriété de l'auteur est fondé, par analogie avec le droit de propriété sur la terre et les *chattels*, sur l'occupation. Voir Mary SOKOL, « Bentham and Blackstone on Incorporal Hereditaments », (1994) 15 *Legal History* 287, p. 295.

[278] Jane Ginsburg notera d'ailleurs ce rapprochement avec le système continental qui semble émaner de la documentation immédiatement précédente à l'adoption de la clause constitutionnelle. J. C. GINSBURG, « A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America », *loc. cit.*, note 59, p. 143.

[279] A. HAMILTON, J. JAY, J. MADISON, *The Federalist*, No 43, 279 (Modern Lib. Ed.), Cité dans J. WHICHER, « The Ghost of *Donaldson v. Becket:* An Inquiry Into the Constitutional Distribution of Powers Over the Law of Literary Property in the United States », *loc. cit.*, note 262, p. 115.

son œuvre. L'auteur est considéré tant et en autant qu'il demeure l'unique personne responsable de l'injection de l'œuvre dans le circuit économique. Au-delà, le contrôle de l'œuvre lui échappe. À cet égard, la publication revêt une importance plus marquée dans le droit américain que dans le droit anglais. Elle détermine ce qui doit relever du droit commun ou du droit statutaire, mais, surtout, elle est le moment où le droit d'auteur fait incursion dans l'ordre public. L'intérêt du public s'oppose alors à l'extension des droits privatifs perçus comme une entrave injustifiée au savoir. L'argument de la propriété utile, que l'on trouve dans l'effort des législateurs français et anglais afin de limiter le monopole des éditeurs des capitales, renforce l'idée du rôle régulateur de la loi. La préoccupation sociale apparaît moins clairement dans l'évolution du droit anglais alors que, sous l'impulsion de la clause constitutionnelle, elle devient l'élément moteur du droit d'auteur américain. Par la suite, la Cour suprême des États-Unis va se prévaloir de l'objectif social de la loi sur le droit d'auteur afin d'en limiter le caractère exclusif. En 1984, à l'occasion de la célèbre affaire *Sony Corporation of America* v. *Universal City Studios*, Inc., elle énonce que : « The monopoly privileges that Congress may authorize are neither unlimited nor primarily designed to provide a special private benefit. Rather, the limited grant is a mean by which an important public purpose may be achieved. It is intended to motivate the creative activity of authors and inventors by the provision of a special reward, and to allow the public access to the products of their genius after the limited period of exclusive control has expired »[280].

Enfin, et dans la mesure où elle désigne la *propriété utile* que nous venons de décrire, on notera que la conception américaine du droit d'auteur s'accommode fort bien du terme « propriété ». Certes, on ne retrouve pas, au sein de la loi américaine, une déclaration de principe similaire à celles des articles 1(1) du *Copyright, Designs and Patents Act* (1988) et L.111-1 *C. prop. Intell.* Sa présence est même rare, consignée dans quelques dispositions, soit pour décrire la propriété de l'utilisateur d'un exemplaire d'un phonogramme dans des

[280] *Sony Corporation of America* v. *Universal City Studios, Inc.*, (1984) 464 *U.S.* 417, p. 429. Et encore, *Twentieth Century Music Corp.* v. *Aiken*, (1975) 422 *U.S.* 15, p. 154. Voir également sur ce vaste sujet, A. C. YEN, « Restoring the Natural Law: Copyright as Labor and Possession », *loc. cit.*, note 20.

cas très particuliers[281], soit pour préciser que la titularité du droit d'auteur n'emporte pas la propriété de l'objet matériel[282]. De ce bref examen de la loi américaine, nous retiendrons encore l'article 201(d)(2) qui précise que le droit d'auteur est transférable à titre de succession au même titre qu'une propriété personnelle[283].

La jurisprudence est plus prolixe et s'autorise parfois certains écarts relativement à la doctrine dominante[284]. Par exemple, la Cour d'appel du second circuit dans une décision *Itar-Tass Russian News Agency* v. *Russian Kurier, Inc.*[285], assimile expressément le droit d'auteur à une forme de propriété. Elle déduit de cette qualification une règle de détermination de la loi applicable eu égard à la titularité initiale du droit dans cette propriété : « Copyright is a form of property, and the usual rule is that the interests of the parties in property are determined by the law of the state with « the most significant relationship » to the property and the parties »[286]. Cette solution aurait sans nul doute été différente si l'on avait consigné le droit d'auteur dans son acception de *droit exclusif*. La loi sur le droit d'auteur formant dans cette dernière hypothèse un code complet, elle est imperméable à toute interprétation visant à importer, comme dans le cas *Itar-Tass*, du droit étranger. Nous ne multiplierons pas les exemples. Nos propos tendent plutôt à souligner la

---

[281] Section 108 (Limitations on Exclusive Rights - Reproduction by librairies and archives), 17 *U.S.C.*. Cet article parle de « property of the user » à l'endroit de phonogrammes.

[282] Section 202, 17 *U.S.C.* « Ownership of a copyright, or of any of the exclusive rights under a copyright, is distinct from ownership of any material object in which the work is embodied. Transfer of ownership of any material object, including the copy or phonorecord in which the work is first fixed, does not of itself convey any rights in the copyrighted work embodied in the object; nor, in the absence of an agreement, does transfer of ownership of a copyright or of any exclusive rights under a copyright convey property rights in any material object ».

[283] 201(d)(2), 17 *U.S.C.* Ceci n'est pas sans rappeler la rédaction de l'article 25 de la loi anglaise de 1842 : « And be it enacted, That all Copyright shall be deemed Personal Property, and shall be transmitted by Bequest, or, in case of Intestacy, shall be subject to the same Law of Distribution as other Personal Property, and in Scotland shall be deemed to be Personal and Moveable Estate », *An Act to Amend the Law of Copyright*, 5 & 6 Vict., c. 45 (1842) (R.-U.).

[284] Patterson et Lindberg voient d'ailleurs dans la liberté d'emploi un problème endémique. Les tribunaux qui tendent vers une analyse jusnaturaliste, selon eux, se placent dans une position contraire à l'esprit de la loi : « But contemporary courts still following the proprietary trend are acting contrary to the design of the 1976 Copyright Act. Indeed, the regulatory pattern of the current act is so clear that the judicial treatment of copyright as more proprietary than regulatory is a mystery that can be explained only by judicial confusion as to the nature and purpose of copyright ». L. R. PATTERSON et S. W. LINDBERG, *The Nature of Copyright : A Law of Users' Rights*, *op. cit.*, note 5, p. 12.

[285] *Itar-Tass Russian News Agency* v. *Russian Kurier, Inc.*, 153 *F.*3d 82 (1998) (Court of Appeal, Second Circ.)

[286] *Id.*, p. 90.

liberté de langage dont font preuve les tribunaux américains eu égard à l'usage du terme « propriété ». Il importe surtout de rendre compte de la nature de cette propriété qui, dans l'acception dominante, est une propriété légale non une propriété naturelle[287]. Le professeur Yen résume assez bien l'état de la discussion à ce sujet lorsqu'il écrit que « [...] the inclusion of natural law in modern copyright jurisprudence has encountered considerable resistance. Although some of this resistance is based upon the overstated position that copyright developed strictly as an economic instrument, the real heart of the resistance comes from the belief that natural law implies an unprincipled expansion of author's rights which will run amok over the public interest in free access to works »[288]. Et nous retrouvons dans ces explications les raisons avancées pour justifier la doctrine américaine de la première vente, expression consacrée qui marque encore une fois l'importance de la publication. L'évanescence du droit naturel et donc, dans son prolongement, du droit de l'auteur, est très certainement corrélative à la polarisation particulière du droit d'auteur américain sous l'effet de la clause constitutionnelle : l'intérêt du *public*, par opposition aux droits privatifs exclusifs, y tient une place prépondérante[289]. Certes, cette idée n'est pas nouvelle puisqu'elle apparaît déjà dans le préambule de la loi d'Anne. Mais en 1709, elle est principalement utilisée pour s'opposer à la reconduction des privilèges des imprimeurs

---

[287] « [...] copyright is a highly regulated property right that can most accurately be described as a regulatory-proprietary concept. The problem is that both the regulatory and the proprietary premises are available to use in dealing with copyright issues, and the choice of which to use has not been uniform. As might be expected, copyright owners and others with vested interests in the resulting industry choose the proprietary premise and in general downplay or ignore the regulatory premise. Congress, on the other hand, has enacted copyright legislation on the basis of the regulatory premise, as a review of the copyright acts from 1790 to 1976 demonstrates. And courts have varied in their approach ». L. R. PATTERSON et S. W. LINDBERG, *The Nature of Copyright : A Law of Users' Rights*, *op. cit.*, note 5, p. 12. En 1909, le législateur accompagne l'adoption de la loi qu'il vient d'adopter de la déclaration suivante : « [...] The Constitution does not establish copyrights, but provides that Congress shall have the power to grant such rights if it thinks best. Not primarily for the benefit of the author, but primarily for the benefit of the public, such rights are given ». H.R. Rep. No 2222, 60th Cong., 2d Sess. 7 (1909). Une certaine doctrine américaine, même si elle semble minoritaire, milite cependant en faveur de la restauration des théories naturalistes. Voir en particulier, l'excellent article de G. KAUFFMAN, « Exposing the Suspicious Foundation of Society's Primacy in Copyright Law: Five Accidents », *loc. cit.*, note 231. Voir également, Justin HUGHES, « The Philosophy of Intellectual Property », (1986) 77 *Geo. L. J.* 287.

[288] A. C. YEN, « Restauring the Natural Law: Copyright as Labor and Possession », *loc. cit.*, note 21, p. 546.

[289] J. C. GINSBURG, « A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America », *loc. cit.*, note 59, p. 125. Comparant les fondements du droit français et du droit anglo-américain, Jane Ginsburg énonce que « By contrast, echoing the English Statute of Anne, the U.S. Constitution's copyright clause makes the public's interest equal, *if not superior*, to the author's » (nos italiques), *Id.*, p. 125. On notera la nuance dans l'interprétation retenue par l'auteur quelques années plus tard lorsque l'auteur écrit : « [...] it

et des libraires, alors qu'en 1787 elle est tournée cette fois contre l'auteur lui-même. En d'autres termes, alors qu'en droit anglais l'auteur a hérité, malgré lui, d'un système qui ne lui était pas destiné, la reconnaissance constitutionnelle de l'intérêt public américain donne une définition négative de l'auteur[290], l'assimilant complètement aux autres titulaires. L'auteur Gary Kauffman dira que la clause constitutionnelle est un accident résultant à la fois d'un emprunt hors contexte fait au préambule de la loi d'Anne et au droit des brevet d'invention : « [...] it is probable that Madison's original proposal was altered to resemble the Statute of Anne. If so, the phrase as it now stands can have no more meaning than its source. To wit, the phrase is probably ornamental, and nothing more. Alternatively, the copyright clause would have to be read as a social justification for giving rights to an *English* publishing cartel. Clearly not. In addition to the influence of the Statute of Anne, the clause was probably affected by the patent provision »[291].

Par leur filiation avec la législation anglaise, le droit canadien et le droit américain doivent être classés au sein des systèmes de *copyright*. Cette parenté explique certaines ressemblances. Le juge Estey dans l'affaire *Compo Co. Ltd.* c. *Blue Crest Music* note à cet effet que « la *Copyright Act* des États-Unis présente actuellement autant qu'autrefois, plusieurs points communs avec la Loi canadienne actuelle de même qu'avec l'ancienne *Copyright Act* impériale »[292]. Cette histoire commune ne doit cependant pas servir à

---

equates the public interest with the guarantee of authors' exclusive rights; [...] », J. C. GINSBURG, « Authors and Users in Copyright », *loc. cit.*, note 268, p. 6.

[290] Gary Kauffman, parlant du second des cinq accidents qui jalonnent l'histoire du droit d'auteur américain, note à juste titre que l'intention première du législateur anglais n'était pas d'encourager la dissémination du savoir « [...] in 1710 Parliament faced a « product-monopoly » - the copyright, and an « enterprise-monopoly » - the Stationers' Company. The second accident then was caused by confusion between two types of monopoly. The preamble was written to address enterprise monopoly, ignoring the distinction between the Stationers's Company and ordinary copyrights. [...] To be sure, the primary purpose of antitrust laws is to benefit the public. Since Parliament viewed the copyright as a sanctioned monopoly, it was crucial to characterize it as serving some vital public interest. Thus when Parliament declared the Statute of Anne to be « an act for the Encouragement of Learning », it was emphasizing the public benefit over the private one. [...] In actuality, however, there is nothing to show that the public goal of encouraging learning was Parliament's primary purpose in passing the Statute of Anne », G. KAUFFMAN, « Exposing the Suspicious Foundation of Society's Primacy in Copyright Law: Five Accidents », *loc. cit.*, note 232, p. 395.

[291] *Id.*, p. 404. On ne manquera pas de faire les liens avec l'exposé de la théorie de Renouard, très influencé par ses écrits en matière de droit des brevets.

[292] *Compo Co. Ltd.* c. *Blue Crest Music et autres,* (1980) 1 *R.C.S.* 357, pp. 366-367. Du même avis, D. VAVER, » Canada's Intellectual Property Framework : A Comparative Overview », (2003-2004) 17 *I.P.J.* 125, p. 135 : « Canadian and US copyright laws are presently quite similar, despite developing along different paths since the 19th century to reflect each country's perception of its economic and political welfare ».

multiplier les comparaisons ni même justifier l'importation en droit canadien de solutions juridiques qui demeurent *étrangères*. Tels qu'ils se présentent aujourd'hui, les droits de ces trois pays, ont leur propre identité. Le juge Estey poursuit d'ailleurs la réflexion et nous met en garde contre les conclusions trop hâtives : « La jurisprudence américaine, poursuit-il, doit cependant être analysée avec prudence même si elle porte sur des faits semblables car la loi américaine repose sur des conceptions du droit d'auteur fondamentalement différentes des nôtres »[293]. Première de toutes les différences, il n'existe pas en droit canadien de clause constitutionnelle, ni de déclaration d'aucune sorte à l'endroit de la nature ou des objectifs du droit d'auteur[294]. Ensuite, le droit moral y est consacré depuis 1931. Enfin, pour des raisons principalement historiques et géopolitiques - la présence du Québec-, il reste ouvert, voire influencé, par le droit continental et, plus précisément, par le droit français. Ceci fera dire à Sunny Handa que le droit d'auteur canadien moderne tente de réconcilier deux solitudes, la pensée de *copyright* et celle du droit d'auteur[295].

Voilà donc qui nous amène naturellement à traiter des *nuances* du droit canadien.

d) Les nuances du droit canadien

Possession française puis *Dominion* du *Commonwealth*, le Canada a une législation résultant en majeure partie des lois impériales du XIX^{ième} siècle. Dans ce sens, la situation canadienne est fort différente de celle des États-unis, qui accèdent à l'indépendance en 1776. Cependant, par convention constitutionnelle, le Parlement de Londres a progressivement refreiné son ingérence pour laisser aux colonies de plus amples prérogatives. En 1911, signe de relaxe, la loi anglaise permet aux états désormais indépendants d'adopter leur propre législation sur le droit d'auteur[296]. Le Parlement canadien s'en autorise et vote la loi de 1921 qui, quoi que copiée sur la loi anglaise de

---

[293] *Id.*, p. 367.
[294] Sunny HANDA, *Copyright Law in Canada*, (2002), Markham, Ontario, Butterworths, p. 99.
[295] *Id.*, p. 118. Sunny Handa note que le titre de la loi en anglais, *Copyright Act*, renvoie à la notion du droit de copie du système de copyright, alors que l'expression droit d'auteur utilisée dans l'intitulé français renvoie plutôt à celui du droit continental.
[296] Article 26, *Copyright Act*, 1 & 2 Geo. 5 (1911).

1911, est ainsi présentée comme la première loi canadienne moderne[297]. Jusque-là, législation impériale et coloniale cohabitent avec plus ou moins bonne fortune. Le droit d'auteur canadien évolue avant tout en fonction des relations que la colonie entretient avec l'Empire britannique. C'est ici la première spécificité canadienne. Jusqu'au début du XX^{ième} siècle, peu d'écrits sont consacrés à la nature du droit d'auteur. La préoccupation est ailleurs. L'histoire du droit d'auteur colonial canadien est celle d'une difficile accession à l'autonomie législative (1). Elle est aussi celle du contrôle de la distribution internationale des œuvres, mais ce point sera traité au titre suivant.

L'émergence d'une doctrine proprement canadienne doit également être signalée comme étant un élément important de distinction du droit canadien (2).

Enfin, nous examinerons successivement deux autres spécificités canadiennes qui affectent directement la compréhension de notre sujet : l'article 89 *Lda.* (3), disposition unique qui semble confirmer le caractère purement *statutaire* de notre droit et qui, corrélativement, exclurait, *a priori*, l'application des dispositions supplétives du *Code civil du Québec* ou de la *common law*. L'article 89 *Lda.* serait également au nombre des éléments qui contribueraient à maintenir la loi sur le droit d'auteur dans une interprétation stricte et donc moins favorable à l'auteur (4).

1) Le droit colonial

Le Parlement de la Province du Bas-Canada vote en 1832 la première loi coloniale sur le droit d'auteur intitulée un « Acte pour protéger la propriété littéraire ». La version anglaise reprend quant à elle les termes de « Copy Rights »[298]. Comme les lois qui suivront, elle ne

---

[297] La loi anglaise de 1911 donne expressément aux *dominions* le choix de transposer ou non la loi anglaise. La *Loi de 1921 concernant le droit d'auteur*, 11-12 Geo. V, c. 24 (Ca), modifiée par 13-14 Geo. V, c. 10 entrera en vigueur le 1er janvier 1924, 27 Gaz. C. no 26,2157. L'article 5 de la loi de 1923 fixe au 1er janvier 1924 l'entrée en vigueur du texte de 1921.

[298] *An Act for the protection of Copy Rights*, en français, *Acte pour protéger la propriété littéraire* (1832), précité, note 2. Le Parlement de Grande-Bretagne avait en effet facilité l'administration de la Province du Bas-Canada en édictant une loi donnant un pouvoir assez étendu au Conseil Législatif et à l'Assemblée de

concerne que les résidents canadiens, les sujets britanniques bénéficiant de l'ensemble des prérogatives prévues par les lois impériales. En 1832, le Canada est alors une jeune colonie anglaise dont la concession par la France remonte à 1763 lors de la signature du Traité de Paris[299]. On est loin, à cette époque, des débats juridiques sur cette nouvelle forme de propriété. Le texte de la loi, dépourvu de préambule, ne laisse discerner aucune orientation particulière si ce n'est qu'elle utilise en titre le vocable de « propriété »[300]. La loi de 1832 est votée pour une période de 8 ans. Son terme coïncide avec la réunification en 1840 des Provinces du Haut-Canada et du Bas-Canada, provinces formant ainsi la Province du Canada[301]. Elle est donc abrogée et remplacée en 1841 par un *Acte pour protéger les Droits d'Auteurs dans cette Province*[302]. On s'abstiendra de spéculer sur ce changement de terminologique. La prudence est de rigueur dans un contexte où le Parlement de la nouvelle province n'a pas acquis officiellement son autonomie et demeure sous haute surveillance diplomatique.

Seul changement notable, la loi de 1841 porte à 28 années la durée de protection garantie à l'auteur. Elle s'aligne ainsi sur la loi anglaise de 1777[303].

Techniquement, l'enregistrement du livre est un préalable obligatoire pour bénéficier de cette protection. Depuis 1832 la loi est sur ce point très claire : « [...] aucune personne n'aura droit au bénéfice de cet Acte, à moins qu'elle n'ait déposée avant la publication un exemplaire du titre de tel livre ou livres, carte, plan, oeuvre de musique, estampe, figure en

---

cette province. Sur l'historique législatif, voir Antonio PERREAULT, « La propriété des oeuvres intellectuelles », (1924) 3 *La Revue du droit* 107, 112.

[299] (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3.

[300] L'article XIII reprend également l'expression « droit de propriété d'Auteur », *Acte pour protéger la propriété littéraire* (1832), *précité*, note 2. L'emploi du terme « propriété » dans l'intitulé de la loi disparaît aussitôt avec les modifications de texte apportées par la loi de 1841 (*Acte pour protéger les Droits d'Auteurs dans cette Province*), pour réapparaître ensuite en 1868, 1875 et 1886. Il sera abandonné à partir de la loi de 1906. Le nouvel article 13 parlera de « droits d'auteur ».

[301] *An Act to reunite the Provinces of Upper and Lower Canada, and for the Government of Canada de l'Union*, 3 & 4 Vict., c. 35 (R.U.) (1840).

[302] *Acte pour protéger les Droits d'Auteurs dans cette Province* (1841), *précité*, note 2.

[303] Voir *Acte pour protéger la propriété littéraire* (1832), *précité*, note 2, art. 1. *Prints Copyright Act*, 1777, 7 Geo. III, c. 38, art. 7. Cette période passera en Angleterre à la vie de l'auteur et sept ans ou quarante-deux ans après la première publication. Voir *An Act to Amend the Law of Copyright*, (1842), *précité*, note 283, art. 3.

taille douce ou gravure dans le Bureau du Greffier de la Cour Supérieure »[304]. Les ouvrages visés doivent au surplus porter une mention spécifiquement prévue par loi certifiant que les procédures de dépôt et d'enregistrement ont bien été effectuées. Rappelons que la personne qui procède à l'enregistrement doit résidée dans la Province[305]. En raison de cette exigence, la Grande-Bretagne va exiger que les sujets de Grand- Bretagne et d'Irlande soient éligibles à la protection de la loi canadienne au même titre que les résidents. Ceci donnera lieu au vote de la loi de 1847, un *Acte pour étendre l'Acte Provincial des Droits d'Auteur aux personnes résidant dans le Royaume Uni*, qui accorde aux sujets britanniques non résidents le bénéfice la protection de la loi canadienne à la condition que les œuvres soient imprimées et publiées dans la province[306].

La *Loi constitutionnelle de 1867* attribue au Parlement fédéral une compétence législative exclusive à l'endroit du droit d'auteur[307]. Un an après cette dévolution, le Parlement fédéral vote l'*Acte de la propriété littéraire et artistique* de 1868[308] et soumet l'administration du droit d'auteur au Ministère de l'Agriculture du Canada. Outre cette singularité, la loi de 1868 n'apporte que peu de changements au régime législatif mis en place pour la protection du droit d'auteur depuis 1832. Cependant, la coexistence des deux ordres de juridiction va provoquer de nombreuses frictions entre Ottawa et Londres notamment en raison de la persistance du gouvernement canadien à obtenir des auteurs britanniques et irlandais qu'ils procèdent à la première publication de leurs œuvres sur le sol canadien pour qu'elles soient

---

[304] *Acte pour protéger la propriété littéraire*, (1832), art. 4 et article 5, *Acte pour protéger les Droits d'Auteurs dans cette Province* (1841), *précité*, note 2. En 1841, l'enregistrement se fait non plus au Bureau du Greffier de la Cour Supérieure mais au Bureau du Registraire.

[305] Articles 1, *Acte pour protéger la propriété littéraire*, (1832) et *Acte pour protéger les Droits d'Auteurs dans cette Province* (1841), *précité*, note 2.

[306] *Acte pour étendre l'Acte Provincial des Droits d'Auteur aux personnes résidant dans le Royaume Uni, à certaines conditions*, 10 & 11 Vict. C. 28 (1847). Une loi de 1859 va codifier les dispositions des lois de 1841 et 1847. *Acte concernant les droits d'auteurs*, 22 Vict. C 81 (1859).

[307] Voir la *Loi Constitutionnelle de 1867*, (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3., art. 91(23). Cette loi organise les pouvoirs des gouvernements fédéral et provinciaux. Elle ne leur apporte pas l'autonomie législative qui demeure toute relative jusqu'au début du XXI[ième] siècle. Les lois votées par le Parlement fédéral devaient obtenir la sanction de Londres. C'est bien entendu le cas pour les lois sur la propriété littéraire. De la même manière les lois britanniques sur le droit d'auteur étaient applicables au Canada jusqu'en 1924. Nous reviendrons plus loin sur cette double législation. Voir à ce propos la décision *Hubert* c. *Mary* (1906), 15 *B.R.* 381, 29 *C.S.* 334 : « The Imperial Parliament is supreme. The expression « exclusive », in the British North America Act, in the section referring to copyright does not deprive the Imperial Parliament of the right of legislating on the same subject in so far as Canada is concerned ». *Id.*, p. 383, juge Lavergne.

[308] *Acte de la propriété littéraire et artistique*, 31 Vict., c. 54 (22 mai 1868).

protégées au Canada. Cette exigence n'est pas expressément prévue dans la loi de 1868 mais sera proposée quatre ans plus tard, au plus fort de la crise, dans un projet de loi de 1872[309]. L'enjeu est de rétablir un certain équilibre dans la répartition du marché de l'édition. L'industrie canadienne avait trop longtemps souffert de l'exode des œuvres, les auteurs canadiens ayant pour usage de procéder à la première publication à Londres. Et pour cause, de par ce choix, leurs œuvres bénéficient de la protection dans l'ensemble de l'Empire. Par opposition, une première publication canadienne accorde le bénéfice de la loi canadienne et donc d'une protection limitée géographiquement aux frontières canadiennes. Cette fois le gouvernement canadien veut attirer au pays les premières publications d'auteurs étrangers. Le Canada n'obtiendra pas l'exigence de première publication sans l'assentiment du Parlement britannique. Œuvre de compromis, une nouvelle loi canadienne sera votée en 1875. Elle prévoit plus modestement - ce sera là d'ailleurs le seul changement important apporté à la législation canadienne que « les ouvrages sur lesquels le droit d'auteur aura été accordé et existera dans le Royaume-Uni, mais ne sera pas assuré en n'existera en Canada en vertu d'aucun acte canadien ou provincial, pourront, en étant imprimés et publiés, ou réimprimés et republiés en Canada, faire l'objet d'un droit d'auteur sous l'empire du présent acte; [...] »[310]. La loi de 1875 fut reconduite en 1886 et, avec quelques modifications, en 1906[311].

Très peu a été écrit sur le droit colonial. Il constitue pourtant une législation unique qui contribue à l'identité du droit canadien. C'est en son sein que l'on doit chercher ses particularismes, si particularismes il y a, car jusqu'en 1921, elle est l'unique place où s'exprime la très relative indépendance législative du Canada. Ceci explique, par ailleurs, que l'étude de la nature du droit canadien soit généralement perçue comme un exercice de prospection en droit anglais. Et il est vrai que, sous réserve de la très singulière législation coloniale, ce n'est qu'à partir de 1921 que le droit canadien écrira sa propre histoire.

---

[309] Au demeurant le projet de loi ne deviendra jamais loi puisqu'il ne recevra pas la sanction royale. H. G. FOX, *The Canadian Law of Copyright*, 1ère éd., Toronto, The University of Toronto Press, 1944, p. 24

[310] Nos soulignés. *Acte concernant la propriété littéraire et artistique*, 38 Vict. c. 88 (1875), article 15. La loi canadienne fut ratifiée la même année par le vote d'une loi anglaise : *An Act to give effect to an Act of the Parliament of the Dominion of Canada respecting Copyright*, 38 & 39 Vict. c. 53 (1875). Sur ce point, lire les explications de P. B. MIGNAULT, « La propriété littéraire », (1881) 3 *La Thémis* 1, p. 6 (suite du deuxième article).

[311] *Acte concernant la propriété littéraire et artistique*, 49 Vict. c. 62 (1886).

Il n'est donc pas surprenant de rencontrer le droit anglais à chaque fois - même si ces occasions sont rares - que les tribunaux canadiens se prêtent à une analyse théorique sur la nature du droit d'auteur. Tel est le cas, par exemple, de la décision *Planet Earth Productions Inc.* v. *Rowlands*[312]. L'opinion exprimée dans cette décision ontarienne montre à quel point le droit canadien y plonge ses racines. Il s'agissait de savoir si, dans le cadre d'une saisie après jugement, le droit d'auteur grevant une photographie pouvait faire l'objet d'une procédure d'exécution forcée au même titre que le négatif. La loi ontarienne applicable à l'époque des faits reprochés prévoyait que les « choses in action », notion que nous avons rencontrée précédemment au titre de l'examen du droit anglais, étaient aux nombre des objets susceptibles d'une exécution forcée[313]. La question soumise au juge est double. Elle revient d'abord à déterminer si le droit d'auteur entre dans la catégorie des « choses in action » spécifiquement visée par la loi ontarienne et, ensuite, de savoir si une propriété incorporelle peut faire l'objet d'une saisie. Après avoir exposé la controverse, le juge Carter, pour la cour, conclut que le droit d'auteur est une « chose in action » et peut donc faire l'objet d'une saisie:

> What then is the meaning of the words « choses in action » in s. 19(2) of the Execution Act. A rather comprehensive definition is given in the Oxford Companion to Law (Walker, David M., Oxford, Clarendon Press, 1980) :
>
> Choses in action or things in action :
>
> Personal rights of property claimable or enforceable by legal action as distinct from choses in possession, things capable of physical possession. This class of rights includes a great variety of rights of an intangible character. They are divided into legal and equitable choses in action, according as they may be recovered or enforced by action at law or, formerly, only by suit in equity. The former includes such as debts, claims under insurance policies and shares in companies, the

[312] *Planet Earth Productions Inc. et al.* v. *Rowlands et al.*, (1990) 30 *C.P.R.* (3d.) 129 (Ontario Supreme Court, 6 avril 1990).

[313] Article 19(2), *Execution Act, R.S.O.* 1980, c. 146. Abrogée et remplacée par l'*Execution Act, R.S.O* 1990, E. 24. La rédaction de l'article 19(2) demeure inchangée: « (2) The sheriff may seize any book debts and other choses in action of the execution debtor and may sue in his or her own name for the recovery of the money payable in respect thereof » (nos soulignés).

> latter includes equitable rights in property such as interests under trusts, arising from those kind of rights as to which the Court of Chancery formerly had exclusive jurisdiction. Choses in action arise from contracts, will and trusts, by virtue of statutes and from other sources. They are in general assignable by the person entitled to another by legal or equitable assignment, intimated to the debtor or fund holder, or in accordance with statute or in the case of negotiable instruments, by delivery of the document of title, and pass on death or bankruptcy. Certain kinds of choses in action, such as certain salaries and pensions, are not assignable. The rights may be discharged in various ways, notably by payment.
>
> It would seem to me that copyright would fall within this definition, and falls within the ambit of the words « any... interest...in or in respect of any goods, chattels or personal property...of the execution debtor » : s. 19(1)
>
> [...]
>
> A similar argument would seem to apply with equal validity to the seizure and sale of copyright. While it may be registered, a copyright does not depend on registration, but is a property right that arises from authorship alone...
>
> We recommend that copyright should be made exigible specifically.[314]

Commentant la décision *Planet Earth*, le professeur Vaver s'accorde à dire avec la Cour que le droit d'auteur peut être considérée comme une « chose in action », c'est-à-dire une espèce particulière de propriété. Il s'interroge cependant sur la portée de l'interprétation législative : « The question of whether the sheriff could legally seize copyrights was, as the Court saw it, reducible to a simple syllogism : Ontario's *Execution Act* allows personal property or choses in action to be seized; Copyrights are personal property or choses in action; therefore, copyrights may be seized. The minor premise, that copyrights are personal property in the nature of choses in action, may be accepted. It is the major premise

---

[314] *Planet Earth Productions Inc. et al.* v. *Rowlands et al, précité*, note 312, pp. 138-139. Le juge fait référence à une décision anglaise de 1858 (*Re Baldwin, Ex p. Foss*, (1858) 44 *E.R.* 977) qui avait retenu une solution contraire au motif qu'un meuble incorporel ne peut pas faire l'objet d'une saisie. Il maintient cependant son interprétation au motif que « Although some may view my decision on this point as extreme temerity, I am nevertheless convincedthat the growth of the common law should not be impeded by the dead hand of a mid-nineteenth century judge », *id.*, p. 139.

that requires examination; for if it is wrong, then so is the conclusion »[315]. Et l'auteur s'interroge: « Does Ontario's Act indeed allow execution on *all* personal property and *all* choses in action? »[316]. Le professeur Vaver répond par la négative notamment en raison du fait que la majorité des photographies saisies n'avaient pas été publiées. Selon lui, les œuvres non publiées devraient être insaisissables puisque les droits qui s'y rattachent présentent un caractère éminemment personnel même si la loi ne distingue pas entre les œuvres publiées et celles qui ne sont pas publiées[317]. Dans ces circonstances, l'expression « choses in action » dans le sens employé par la loi ontarienne sur l'exécution forcée n'aurait pas du être interprétée comme visant spécifiquement les droits d'auteur.

On pourra dire en conclusion que le droit d'auteur canadien s'est développé de manière asymptotique au droit anglais : la proximité des deux ordres est frappante au XIX^{ième} siècle et s'estompe au XX^{ième}. Le droit canadien est désormais un droit autonome. Il emprunte encore au droit anglais mais seulement pour combler l'insuffisance de ses propres sources, de ses lois, de sa jurisprudence. Le droit anglais demeure donc une source supplétive. La décision *Planet Earth* illustre bien la place du droit anglais dans l'épistémologie juridique canadienne.

C'est au cours du XX^{ième} que le droit canadien va réellement se distinguer. Cette évolution sera largement le fait de l'émergence d'une doctrine canadienne. On notera ainsi un détachement sensible de la tradition de *common law* en raison de l'infiltration, par le droit québécois, de la pensée civiliste.

2) La doctrine

---

[315] D. VAVER, « Can Intellectual Property Be Taken to Satisfy a Judgment Debt? », *loc. cit.*, note 198, p. 282.
[316] *Id.*, p. 282.
[317] « The Copyright Act does not explicitly distinguish copyright in published from copyrights in unpublished works; but precedent and policy suggest that, while the former copyright is property in the full sense, the copyright in unpublished works is not so, at least for involuntary dispositions such as bankruptcy and execution », *Id.*, p. 296.

Nous présenterons en premier lieu les écrits des civilistes Mignault (1880) et Perrault (1924), deux juristes canadiens à qui l'on doit la première doctrine canadienne en droit d'auteur (i). Ils ont, les premiers, tenté de cerner la nature de ce droit dans une perspective canadienne. Le sujet connaîtra un regain d'intérêt notable dans les années 1970 sous la plume des auteurs Brunet, Keyes et Roberts (ii).

i) De Mignault à Perreault

En 1880, Mignault publie dans la jeune revue québécoise La Thémis (1879) une série d'articles ayant pour objet la propriété littéraire[318]. Son premier article, apparu en novembre 1880, traite de la nature et des fondements de ce droit. Il saisit l'ensemble des thèmes dégagés pas ses pairs - droits de propriété ordinaire, droit naturel, propriété utile - avant de laisser cour à sa propre opinion. Il compose avec les travaux auxquels il a accès, c'est-à-dire principalement ceux de la jurisprudence britannique mais aussi de Renouard auxquels il fera référence[319]. La doctrine canadienne est inexistante. L'exercice est donc celui d'un auteur civiliste soumis dans ce domaine à l'application générale de la *common law* et des lois fédérales et impériales. Quant à son rapprochement à la propriété ordinaire, propriété énoncée à l'article 406 de *Code civil du Bas-Canada*[320], Mignault développe la comparaison mais refuse l'assimilation. Si le manuscrit peut faire l'objet d'une telle propriété, les idées qui y sont exprimées en sont exclues. L'auteur, pour Mignault, est un collaborateur de la société, il puise sa matière première dans le patrimoine commun[321]. Il lui est donc, à son tour, redevable. S'il mérite qu'on lui reconnaisse une propriété littéraire, c'est dans une acception législative stricte et dans le seul dessein de le récompenser pour son apport à la société. La distinction idées/expression n'est pas encore bien comprise. Ignorant ce subtil distinguo, tout comme le juge Yates avant lui, Mignault exprime

---

[318] P. B. MIGNAULT, « La propriété littéraire », (1880) 2 *La Thémis* 289 (1er article); (1880) 2 *La Thémis* 367 (2nd article); (1881) 3 *La Thémis* 1 (suite du 2nd article); (1881) 3 *La Thémis* 11 (3ième article); (1881) 3 *La Thémis* 43 (suite du 3ième article); (1881) 3 *La Thémis* 49 (4ième article); (1881) 3 *La Thémis* 65 (suite du 4ième article); (1881) 3 *La Thémis* 97 (5ième article); (1881) 3 *La Thémis* 161 (6ième article).

[319] *Id.*, (1er article), p. 298.

[320] Article 406 *C.c.B.C.*, « La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et les règlements ».

[321] P. B. MIGNAULT, « La propriété littéraire », (1er article), *loc. cit.*, note 318, p 292.

clairement son aversion à soumettre les idées à un droit privatif. Il reconnaît, en revanche, que la loi doit accorder une protection suffisante à l'auteur d'une œuvre afin qu'il puisse vivre de son exploitation[322].

Mignault, avocat canadien, civiliste, francophone, est immédiatement confronté à la polysémie, phénomène qui rend notre matière si souvent opaque : « Et d'abord que doit-on entendre par propriété littéraire, droits d'auteurs, droit de copie (*copyright* des anglais) car je me servirai indistinctement de ces trois expressions dans le cours de ce travail? »[323]. Il esquive rapidement le débat terminologique et propose de s'attacher à la fonction du droit bien plus qu'à sa signification. L'idée d'un droit exclusif temporaire, émanation d'une concession étatique, domine la pensée de Mignault. Il en donne lui-même cette définition : « [...] c'est le droit exclusif, accordé pour un certain temps à l'auteur ou ses ayants cause, de reproduire, pour la circulation générale, les ouvrages littéraires, scientifiques ou artistiques »[324]. Il justifie cette analyse en reprenant l'argument peu convainquant selon lequel, si le droit d'auteur devait être une propriété véritable, celle-ci devrait être absolue et donc perpétuelle. Nous avons déjà vu quel tort cette idée largement répandue aura causé à la théorie du droit d'auteur.

> D'ailleurs si les droits d'auteurs constituaient une véritable propriété, ils devraient à coup sûr être perpétuels, or il est au contraire de leur essence, et cela dans toutes les législations modernes, de ne durer que pendant un espace de temps limité. Donc l'auteur n'a pas un droit de propriété ordinaire sur ses ouvrages.[325]

---

[322] « Donc il n'y a que le produit matérialisé de la pensée, ou le manuscrit, qui puisse devenir l'objet du droit de propriété ordinaire. Cependant, on le comprend bien, ces idées, ce livre sont le fruit de mon travail, ils m'ont coûté bien des veilles et beaucoup d'étude, et il serait manifestement injuste qu'un autre puisse les faire passer pour siens ou les publier à mon détriment. Donc la loi, dont le seul but est que justice se fasse et que tout soit disposé suivant les principes de l'équité, est venue porter remède à un tel état de choses, et a reconnu à l'auteur un certain droit de propriété sur ses idées. Cette propriété littéraire est naturellement distincte de la propriété ordinaire et ne peut être soumise aux même règles », *id.*, p. 291. Cette vision est quelque peu naïve puisque la loi n'a guère pris en compte les intérêts des auteurs avant la fin de la seconde moitié du XX^{ième} siècle.

[323] *Id.*, p. 291.

[324] P. B. MIGNAULT, « La propriété littéraire », (1er article), *loc. cit.*, note 318, p 291.

[325] *Id.*, p. 293.

Enfin, s'agissant du droit naturel, Mignault y voit le « fondement » et la « raison d'être » de la propriété littéraire[326]. Bien qu'il cite la décision *Donaldson* c. *Becket*[327], il ne s'attardera pas à la distinction entre œuvres non publiées et œuvres publiées[328], distinction à l'origine, rappelons-le de la survivance du droit d'auteur de *common law*. D'ailleurs il ne semble envisager la question du droit naturel qu'à l'égard du droit de l'auteur sur son manuscrit et donc probablement à l'égard de l'œuvre non publiée. Sous-estimant, à notre avis, la signification de la distinction, il conclut de manière laconique que « cette question n'a pas grande importance car depuis longtemps nous avons eu des statuts spéciaux qui seuls peuvent faire autorité sur cette matière »[329].

On doit à Mignault d'avoir mis la table du droit canadien. Connaisseur des conceptions françaises, civiliste conscient de l'héritage britannique, il propose une analyse du droit d'auteur davantage centrée sur l'ordonnancement législative, très positiviste donc et peu critique. Nous verrons que la loi canadienne semble codifier cette conception en affirmant que « [n]ul ne peut revendiquer un droit d'auteur autrement qu'en application de la présente loi ou de toute autre loi fédérale [...] »[330].

C'est sur ce ferment intellectuel que, quelques décennies plus tard, l'éminent Perreault apportera sa contribution à la doctrine canadienne. Son travail sera publié dans la *Revue du droit* en 1924[331] - revue publiée en français et apparue en 1922 - et coïncide donc avec l'entrée en vigueur de la loi canadienne de 1921. La loi de 1921 marque le début de l'indépendance législative du Canada, le Parlement de Westminster laissant aux colonies le soin de légiférer en matière de droit d'auteur. Cette conjoncture explique peut-être que les écrits de Perreault paraissent plus audacieux, moins respectueux en tout cas, de la tradition britannique que ceux de Mignault. Alors que pour le second le droit d'auteur est confiné à

---

[326] *Id.*, p. 294 : « Donc la propriété littéraire est de droit naturel ».
[327] *Donaldson v. Becket*, *précité*, note 247.
[328] Il traitera par contre, de manière technique, du sort réservé aux œuvres non publiées dans son second article. P. B. MIGNAULT, (2nd article), *précité*, note 318, p. 371 et s.
[329] P. B. MIGNAULT, « La propriété littéraire », (1er article), *loc. cit.*, note 318, p. 295.
[330] Article 89 *Lda*.
[331] Antonio PERREAULT, « La propriété des oeuvres intellectuelles », (1924) 3 *La Revue du droit* 49 (première partie) et (1924) 3 *La Revue du droit* 107 (suite et fin).

son expression législative, un droit exclusif statutaire, le premier y voit un droit de propriété *lato sensu* :

> Chaque État légifère pour reconnaître des droits sur les choses immatérielles. Le problème à résoudre se ramène donc à celui-ci : sans législation spéciale, disent les uns, inventeurs et écrivains n'auraient aucun droit particulier sur les œuvres; l'État crée ce droit en octroyant à l'inventeur et à l'auteur un privilège, un monopole d'exploitation. Non, répondent les autres; d'après la loi naturelle et même d'après le droit positif - dans la province de Québec, d'après le Code civil -, inventeurs, écrivains, artistes ont sur leur pensée, les manifestations de leur pensée, les productions de leur esprit, un véritable droit de propriété. Quelle solution faut-il retenir? La seconde croyons-nous.
>
> [...]
>
> Mais la loi civile ne crée ni la propriété industrielle ni la propriété littéraire ou artistique; elle ne fait qu'indiquer les conditions et les limites de leur exercice.[332]

Perreault se défend d'associer propriété et perpétuité comme l'avait fait Mignault. Il n'abandonne pourtant pas le terme propriété. Et pourquoi faudrait-il l'abandonner : comme les autres espèces de propriété, les prérogatives du droit d'auteur peuvent être restreintes pour des raisons d'ordre public. L'analyse de Perreault est plus moderne. Elle est surtout plus personnaliste - et nous emploierons ici le terme avec une grande prudence - dans la mesure où il s'oppose à l'interprétation qui voudrait que l'acte de publication mette fin aux prérogatives de l'auteur. Il s'inscrit ainsi contre une définition stricte du droit d'auteur :

> Au jugement de quelques-uns, l'auteur est véritablement le propriétaire de son œuvre, avant et après sa publication, bien qu'il soit convenable - ainsi qu'il arrive pour d'autres espèces de propriété - que l'État intervienne et limite, aux fins de l'intérêts public, cette propriété particulière. Erreur, soutiennent les autres; tout ce que nous concédons, c'est que le public a l'obligation de ne pas enlever à l'auteur les profits pécuniaires résultant de son travail; celui-ci a droit à une récompense, à une rémunération dénommée « droits

[332] (nos soulignés), *id.*, (première partie), pp. 56-57.

> d'auteurs »; d'où le privilège concédé par l'autorité publique ou monopole exclusif de tirer avantages pécuniaires de la publication de son œuvre.
> Entre ces deux catégories de juristes, celle des premiers nous paraît devoir être acceptée.[333]

Pour Perreault, le bien immatériel est susceptible d'appropriation même en l'absence d'une possession effective. La volonté de devenir propriétaire suffit. Cette propriété transcende donc la distinction entre la possession du manuscrit et sa dépossession inévitable résultant de la publication puisque l'objet immatériel, l'œuvre, demeure en possession. Il s'ensuit, en toute logique, que pour Perreault le droit de l'auteur ne se résume pas au droit de reproduction, mais accompagne l'œuvre dans ses différents transports. La théorie de Perreault, d'inspiration civiliste, vaut d'être rappelée puisqu'elle se situe dans un pays dont l'histoire législative est principalement nourrie par ses rapports avec l'Empire britannique. Elle constitue donc une présence remarquable de la pensée continentale. Perreault avait d'ailleurs ouvert la voie à une interprétation unique à laquelle nous adhérons et qui porte le droit d'auteur au-delà d'un simple droit exclusif, au-delà du droit des imprimeurs et des éditeurs à être payés pour leurs investissements, au-delà du droit du « public » à jouir des livres[334] :

> Quelques juristes, admettant que la propriété de l'écrivain sur son œuvre est même plus légitime qu'une autre parce que cette propriété s'exerce sur un objet que l'auteur a lui-même formé, prétendent cependant que ce droit cesse dès que le livre est publié. Jusque-là l'auteur aurait bien sur sa pensée et son manuscrit un pouvoir absolu et exclusif. [...]. À partir de ce moment la société aurait des droits acquis; l'auteur n'aurait plus titre qu'à une simple rémunération. [...]. Les droits de l'auteur ne découleraient plus que de la loi, du bon vouloir de l'État.

---

[333] *Id.*, p. 61.

[334] On pourrait même parler, toutes proportions gardées, de l'*omniprésence* de la pensée continentale. En effet, comme nous le verrons, la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Théberge*, devait se prononcer sur la réception en droit canadien du *droit de destination*. *Théberge* c. *Galerie d'art du Petit Champlain Inc.*, *précité*, note 9, p. 354 : « À mon humble avis, cette interprétation large des droits économiques décrits au par. 3(1) fait trop pencher la balance en faveur du titulaire du droit d'auteur et ne reconnaît pas suffisamment les droits de propriété des appelants sur les affiches qu'ils ont achetées. En retenant cette interprétation élargie, on introduirait la notion civiliste de « droit de destination » sans que la Loi ne le permette, et on estomperait la distinction entre les droits économiques et les droits moraux que le législateur a pourtant imposée ».

> L'hon. M. Doherty, alors Ministre de la Justice, et Sir Robert Borden se firent l'écho de cette théorie lors de la discussion de la Loi des auteurs, au Parlement fédéral en 1921. Les raisons données par l'hon. M. Doherty ne sont guère convaincantes. Relativement à un ouvrage littéraire ou scientifique, il place, à côté de l'effort intellectuel de l'auteur, le travail matériel de l'imprimeur et de l'éditeur. Mais les droits de ces derniers ne peuvent pas entrer en ligne de compte avec ceux de l'auteur lorsqu'il s'agit du droit de propriété. Que l'imprimeur et l'éditeur aient le droit au prix convenu, c'est bien ; ils ne sauraient, du seul titre de leur travail manuel ou de leur influence commerciale, prétendre à la propriété du livre. En parlant de l'auteur, M. Doherty ajoutait : « En tant que son travail lui rapporte, le public y contribue. Son travail ne lui donne pas d'argent à moins que le public ne l'achète ... ».
>
> « Le public », c'est un mot. Il ne faut pas ici considérer l'auteur d'une part et « le public » d'autre part. Des relations juridiques se forment, mais entre l'auteur et des individus, acheteurs de certains exemplaires. À ces derniers et à l'auteur il convient d'appliquer la théorie des contrats en droit civil. Quels sont les droits de l'acheteur d'un exemplaire ? Droit de propriété absolu sur cet exemplaire; droit non seulement de le lire, de s'assimiler idées et sentiments qu'il contient, de le prêter, de le faire lire à d'autres, de le vendre, même de le détruire. A-t-il la faculté de ré-imprimer l'ouvrage, d'en tirer des milliers de copies et de réaliser un profit sur leur revente ? [...] L'auteur garde le droit de modification de son œuvre, de disposition et de reproduction. Le public n'est que l'ensemble des acheteurs; cette collectivité n'a pas plus de droit que chacun d'eux.[335]

Selon la doctrine de la destination, le contrat de vente entre l'auteur et l'acheteur ne fait pas obstacle au droit de l'auteur de contrôler la destination de l'exemplaire, et donc de l'œuvre. Perreault ne franchira pas le pas, il est vrai. Il reconnaît toutefois que la publication de l'œuvre n'entraîne pas l'abandon par l'auteur de son droit exclusif de la reproduire et d'en tirer profit. Elle fait naître un « intérêt social dont il importe de tenir compte »[336] mais n'est

---

[335] A. PERREAULT, « La propriété des oeuvres intellectuelles », (première partie), *loc. cit.*, note 331, p. 67-68.

[336] *Id.*, p. 69

pas supérieur à l'intérêt pécuniaire de l'auteur. Il conçoit pour cette raison que la durée de protection du droit de l'auteur puisse être limitée[337].

Les travaux de Perreault sont instructifs. Ils témoignent d'abord d'un intérêt nouveau et réel dans l'analyse juridique. Avant les écrits de Mignault et Perreault on ne pouvait guère parler de doctrine canadienne en droit d'auteur. Il fallait chercher ailleurs, chez Pouillet ou Blackstone. Ces auteurs ont donc contribué à former la doctrine canadienne, ce qui déjà en soit est remarquable. Ensuite, et même si l'on ne peut assurément pas parler de *modèle canadien*, on doit noter chez Mignault et Perreault l'effet singulier de la coexistence des systèmes civiliste et de *common law*, coexistence bénéfique puisqu'elle élargit considérablement le champ des solutions. C'est ainsi que Perreault, dans un texte pourtant destiné à expliciter la loi canadienne sur le droit d'auteur, cite abondamment la doctrine et la jurisprudence françaises. On peut ainsi, par le fait même de ces références, observer un phénomène d'infiltration de la pensée civiliste dans les théories du droit d'auteur canadien. Cette influence discrète expliquerait que le droit canadien sera peut-être plus porté vers les théories *jusnaturalistes* ou *personnalistes* avec cette réserve importante qu'il s'agit toujours d'un système de *copyright*. La présence homéopathique de la pensée civiliste aura pourtant suffit au droit canadien de se singulariser.

L'étude de la doctrine moderne sur la nature du droit d'auteur nous permettra peut-être de vérifier cette hypothèse. Examinons donc les travaux de Keyes, Brunet et Roberts.

ii) Keyes, Brunet et Roberts

L'intérêt de la doctrine pour de la nature du droit d'auteur fluctue au gré des périodes de réformes. Ce sont elles qui éveillent et animent les controverses. La *Loi concernant le droit d'auteur* de 1921, entrée en vigueur en 1924, a subi peu de modification jusqu'en 1988, date du vote de la *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*. 1988 marque donc la « Phase I » du processus de révision de la loi canadienne et signale du même coup l'entrée dans la

[337] *Id.*, p. 71

« Phase II » qui s'achèvera avec le vote de la loi actuelle de 1997[338]. Pendant cette première période de 19504 jours, pas moins de « 19 études » auront été publiées[339]. Toutes n'ont pas connue la circulation ou l'impact escompté, mais le rapport Keyes et Brunet, intitulé « Le droit d'auteur au Canada - Proposition pour la révision de la loi », est de celles qui doivent être retenues pour son analyse juridique[340]. « Ce dernier rapport, note Stéphane Gilker, se démarquait par une analyse plus juridique des propositions à apporter à la Loi et tentait de pondérer les intérêts relatifs des consommateurs et des créateurs d'œuvres protégées »[341].

Dans ce rapport, les auteurs Keyes et Brunet posent un certains nombre de principes généraux à partir desquels ils entendent « proposer le fondement logique d'une loi du droit d'auteur » et « faciliter la marche de la révision de la loi »[342]. Ils définissent d'abord la loi sur le droit d'auteur comme l'expression juridique des droits accordés aux créateurs pour s'opposer aux utilisations non autorisées de leurs œuvres. Ensuite, quant à la nature du droit, ils l'assimilent à un droit de propriété tout en relevant les difficultés que cette classification peut faire naître :

> Le droit anglais, dont la loi canadienne découle, a élaboré une loi du droit d'auteur à l'intérieur des droits de propriété, donc distincts des droits personnels, en dépit des difficultés qu'il y a à concilier les particularités des droits des auteurs de l'époque moderne avec la notion de propriété. Ces difficultés résident par exemple dans la durée limitée du droit d'auteur (les droits de propriété sont en général perpétuels) et dans la notion de droit moral [...].[343]

---

[338] *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, 45-46 Elizabeth II, c. 24 (1997)

[339] Stéphane GILKER, « Une nouvelle loi sur les droits d'auteur : 19504 jours et 19 études plus tard », (1988) 1 *C.P.I.* 31. Zénaïde LUSSIER, « Nouvelles du Canada : six projets de réforme et toujours pas de loi », (1987) 132 *R.I.D.A.* 29. Voir également, D. VAVER, « The Canadian Copyright Amendments of 1988 », (1989) 4 *I.P.J.* 121.

[340] A. A. KEYES et Claude BRUNET, *Le droit d'auteur au Canada*, Ottawa, Consommation et Corporations Canada, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1977. On mentionnera également le rapport de la Commission Ilsley de 1957, *Commission royale sur les brevets, le droit d'auteur, les marques de commerce et les dessins industriels: Rapport sur le droit d'auteur*, Imprimeur de la Reine, Ottawa, 1957.

[341] S. GILKER, « Une nouvelle loi sur les droits d'auteur : 19504 jours et 19 études plus tard », *loc. cit.*, note 339, p. 33.

[342] Rapport A. A. KEYES et C. BRUNET, *Le droit d'auteur au Canada*, *op. cit.*, note 340, p. 1.

[343] *Id.*, p. 4.

Cette observation ne contient rien qui soit sujet à contestation[344]. Nous l'avons vu, une partie de la doctrine, principalement d'origine civiliste, s'oppose à la qualification de propriété pour les raisons qui tiennent à la force du terme, mais la pensée contemporaine ne se choque pas de cet emploi d'autant que la versatilité de la notion de « property » en droit anglais défait les préjugés[345]. Il ne s'agit pas tant, à notre avis, d'une prise de position en faveur des théories jusnaturalistes que d'une simple commodité de langage, d'autant que les auteurs Keyes et Brunet, se plaçant dans une perspective de droit comparé, ajoutent que « le droit canadien, copié sur le droit anglais, n'a pas particulièrement attaché d'importance aux « droits personnels » de l'auteur »[346]. Ils font même preuve d'une relative neutralité vis-à-vis du débat. Présentant la théorie des droits exclusifs, qu'ils rattachent à l'école pragmatique, ils émettent l'opinion suivante : « Peu importe que l'on considère ou non ces droits comme un droit de propriété ou un droit d'un autre genre, car les résultats sont inévitablement les mêmes. La préoccupation de la philosophie sociales sur laquelle repose la loi du droit d'auteur ne se justifie pas, sauf si des théories différentes aboutissent à des conclusions différentes »[347]. C'est ce dernier passage - plutôt obscur, il faut en convenir - qui va amener le professeur Richard J. Roberts à réagir et à publier en 1979 une réponse virulente au rapport Keyes et Brunet dans un article « Canadian Copyright : Natural Property or Mere Monopoly »[348]. Roberts y fustige Keyes et Brunet. Il dénonce la dérive du droit d'auteur vers une théorie à laquelle il le considère étranger, celle du droit naturel. Pour Roberts le droit d'auteur n'est pas un droit de propriété: « It is not a right of property

---

[344] Dans la première édition du traité de Harold G. FOX, après avoir présenté les théories en présence, il est dit que : « It would seem now firmly established that copyright is a form of property [...] ». H. G. FOX, *The Canadian Law of Copyright*, 1ère éd., 1944, *op. cit.*, note 309, pp. 10-11, citant la décision *Underwriter's Survey Bureau Ltd.* Et al. v. *Massie & Renwick Ltd.*, (1938) *Ex. C.R.* 103, p. 110. La seconde édition ajoutera la décision *Hould* v. *Minister of National Revenue*, (1965) 31 *Fox Pat. C.* 89 (Tax Appeal Board), H. G. FOX, *Canadian Law of Copyright and Industrial Design*, 2nd éd. (1967), *op. cit.*, note 92, p. 90.

[345] Plus tard, dans la réponse adressée à la critique de Roberts, Keyes et Brunet feront état de cette commodité de langage, précisant l'élasticité de la notion de propriété. A. KEYES et Claude BRUNET, « A Rejoinder To Canadian Copyright : Natural Property or Mere Monopoly » », (1979) 40 *C.P.R.* (2d.) 54, p. 55, note 10. Les auteurs se réfèrent à différentes sources pour appuyer leur point de vue, notamment à la décision *Nokes* v. *Doncaster Amalgameted Collieris, Ltd.*, (1940) 3 *All E. R.* 549 dans laquelle il est dit (p. 574) : « In truth the word « property » is not a term of art but takes its meaning from its context and from its collocation in the document or Act of Parliament in which that Act or document is intended to deal ».

[346] A. A. KEYES et C. BRUNET, *Le droit d'auteur au Canada*, *op. cit.*, note 340, p. 5.

[347] *Id.*, p. 5.

[348] R. Jack ROBERTS, « Canadian Copyright: Natural Property or Mere Monopoly », (1979) 40 *C.P.R.* 33.

entitling the creator to compensation for every conceivable use thereof »[349]. Cette rhétorique mène forcément à rejeter le vocable même de propriété pour y substituer celui de droit exclusif ou de monopole : « [...] as to the published works Canadian copyright is most appropriately regarded as a limited bundle of monopoly rights offered by the state in order to persuade creators to make their works available to the public »[350]. Cette proposition rejoint le schéma du droit américain. L'intérêt du public et non celui du créateur doit être au centre des considérations législatives. Roberts décrie la tendance continentale qu'il perçoit dans le rapport Keyes et Brunet. Il en critique les effets, notamment au regard des droits des utilisateurs d'œuvres protégées :

> Users have never been blind to the fact that regarding creator's interests as property is an approach to copyright revision which is highly unlikely to lead to the same conclusion as other approaches. « Property » favours creators. It is for this reason that creators' and publishers' interest groups generally contend that copyright is property, while users' interest groups contend that copyright is a mere right conferred by the state in order to persuade creators to make their works available to the public, i.e., to publish. [...]. This question of principle - natural property or mere statutory right - arises so often when copyright revision is in the wind because it *does* affect the conclusions reached by the drafters. For the legislative draftsman to accept that creators have a natural property in their published works is to put users, *ab initio*, at a tremendous disadvantage, This principle leads directly to the inference that a creator has a natural right to remuneration every time his published work or « property » is used by someone else.[351]

Roberts s'inscrit contre la recommandation de Keyes et Brunet d'instituer un régime particulier pour les reprographies effectuées par les bibliothèques[352]. L'accès du public aux œuvres constitue un intérêt supérieur à celui de l'auteur sur le contrôle de son oeuvre. Cette

---

[349] *Id.*, p. 36. Et encore, p. 35, « The principle that copyright is property is, more or less, offered as an article of faith ».
[350] *Id.*, p. 36.
[351] *Id.*, p. 34.
[352] *Id.*, p. 35. Roberts énumère les recommandations qui, autrement, n'auraient pas été possible en application de la théorie des droits exclusifs. Il vise particulièrement le rejet par le Rapport Keyes et Brunet de certaines exceptions à des fins d'enseignement, à des fins d'archivage, le renforcement des prérogatives de droit moral, etc.

proposition frappe au cœur de notre sujet, car si elle devait être suivie, elle anéantirait, en théorie, toute thèse qui tendrait à l'élargissement des droits d'auteur, notamment pour y inclure un droit à rémunération en raison de la distribution des œuvres. *A fortiori*, donc, le droit de destination serait résolument impossible en droit canadien. L'opinion de Roberts préfigure déjà les positions radicales prises par la Cour suprême dans les arrêts *Théberge*[353] et surtout *CCH*[354] qui introduisent la notion de droit des utilisateurs pour justifier des restrictions au droit d'auteur. Nous y reviendrons.

C'est à la suite de cette recension doctrinale qu'il faut replacer les discussions sur l'article 89 *Lda.*, car il semble bien que si les théoriciens ne se sont pas entendu sur la nature du droit, si le débat perdure, le législateur, lui, semble avoir tranché en énonçant que « [p]ersonne ne peut revendiquer un droit d'auteur ou un droit similaire quelconque sur une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique autrement qu'en vertu et en conformité des dispositions de la présente loi ou de tout autre acte statutaire en vigueur à l'époque [...] ».

3) L'article 89 de la Loi sur le droit d'auteur

L'article 44 de la *Loi sur le droit d'auteur* de 1921 - désormais article 89 *Lda.* - prévoit que « [p]ersonne ne peut revendiquer un droit d'auteur ou un droit similaire quelconque sur une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique autrement qu'en vertu et en conformité des dispositions de la présente loi ou de tout autre acte statutaire en vigueur à l'époque : mais le présent article ne devra nullement être interprété comme abrogeant un droit ou une juridiction quelconque permettant d'interdire un abus de confiance »[355]. Cette disposition, si l'on écarte de notre analyse la deuxième branche qui fait référence à l'abus de confiance[356], se prête à deux lectures. Soit elle confirme le domaine alloué à l'exercice de la

---

[353] *Théberge* c. *Galerie d'art du Petit Champlain Inc.*, *précité*, note 9.
[354] *CCH Canadienne Ltée* c. *Barreau du Haut-Canada*, , [2004] 1 *R.C.S* 339.
[355] Article 63, puis 89 *Lda.*
[356] Cette partie de la disposition législative fait, semble-t-il référence, aux cas où il y aurait interférence entre le droit d'auteur et des questions de vie privée à l'exemple des faits de l'espèce *Albert* c. *Strange*, (1849) 18 *L.J. Ch.* 120. Dans cette affaire, des amis personnels du Prince Albert et de la Reine Victoria auraient subtilisé

compétence fédérale en matière de droit d'auteur et répond ainsi au paragraphe 91(23) de la *Loi constitutionnelle* de 1867, soit elle constitue une déclaration sur l'état du droit d'auteur. Selon cette dernière hypothèse, l'article 89 *Lda.*, ne serait pas seulement une clause d'attribution de compétence, ce que suggère la première hypothèse : en désignant la loi comme seule source de revendication, elle peut être interprétée comme confirmant le caractère *statutaire* du droit d'auteur[357]. Or, cet argument de texte, s'il devait se vérifier, rigidifie le droit d'auteur, le rend imperméable à toutes solutions supplétives et peut-être même à tout exercice d'interprétation! Une telle lecture s'opposerait donc radicalement à la réception en droit canadien d'une théorie extensive du droit d'auteur.

Nous ne croyons pas que le législateur ait voulu donner ce sens à l'article 89 *Lda.* Il s'agit bien plutôt d'une simple réservation de compétence. Hypothèse que semble confirmer les précisions apportées à cet article en 1997 par la *Loi modifiant la loi sur le droit d'auteur*[358]. L'article 89 *Lda.* se lit désormais comme suit : « Nul ne peut revendiquer un droit d'auteur autrement qu'en application de la présente loi ou de toute autre loi fédérale; le présent article n'a toutefois pas pour effet d'empêcher, en cas d'abus de confiance, un individu de faire valoir son droit ou un tribunal de réprimer l'abus » (nos soulignés).

Pourtant, le système canadien doit être justement classé, et nous empruntons ici l'expression du professeur Strowel, au nombre des systèmes dits « fermés » du droit d'auteur. Il offre une résistance évidente à l'interprétation et l'article 89 *Lda.*, gageons-nous, n'est certainement pas étranger à cette réaction. Le rejet en droit canadien de la

---

des exemplaires de gravures réalisées par leurs soins. Les œuvres avaient ensuite été publiées par le défendeur Strange, toujours sans leur autorisation, dans un catalogue. L'un des moyens soulevés par le demandeur était le recours en équité concernant l'abus de confiance (*breach of trust*). De là, très certainement, la précision contenue à l'article 89 *Lda.* Normand TAMARO, « La dissociation de la propriété du Code civil des droits d'auteur: l'exemple de la saisie », dans *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, Montréal, éd. Yvon Blais, 1991, 153, p. 191.

[357] N. TAMARO relève, à ce propos, que le juriste anglosaxon dirait du droit d'auteur canadien que c'est «un droit statutaire», *id.*, p.189 et s. Rappelons également ici que la distinction entre oeuvres publiées — *statutory copyright* — et oeuvres non publiées — *common law copyright* — durera quelques années. Seule l'application du droit anglais permet d'arriver à cette conclusion puisque aucune jurisprudence canadienne ne peut à notre connaissance faire foi de l'existence de cette dichotomie qui demeure donc théorique. Le *common law copyright* sur les oeuvres non publiées resta donc en vigueur jusqu'à l'adoption du *Copyright Act* de 1911 en Angleterre et au Canada jusqu'au premier janvier 1924. Voir, H. G. FOX, *Canadian Law of Copyright and Industrial Design*, 2nd éd., 1967, *op. cit.*, note 92, p. 26.

[358] *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, 45-46 Elizabeth II, c. 24.

doctrine de la destination et, en général, la réticence du droit canadien à étendre les contours du droit d'auteur en sont de claires manifestations. Toute altération, voire rectification, du droit d'auteur canadien par les tribunaux reste fort peu probable, les cours en appelant plus souvent à l'intervention du législateur[359]. Les systèmes « fermés » dira encore le professeur Strowel, « détaillent, comme dans un catalogue, les droits, énoncent précisément et limitativement les actes d'exploitation soumis au droit d'auteur, et sont, de ce fait plus rigides »[360]. Et le terme « catalogue » est plutôt bien choisi ici puisque la doctrine autant que la jurisprudence n'hésitent pas à parler du droit d'auteur canadien comme d'une « closed list »[361]. On dit encore que la loi parle « d'elle-même »[362] ou qu'elle

---

[359] Par exemple, dans la décision *Bishop* c. *Stevens*, le juge McLachlin pour la Cour fait preuve d'une grande retenue dans l'interprétation de la loi: « On peut soutenir que le droit implicite et illimité de faire des enregistrements éphémères n'est pas nécessaire ou encore que les tribunaux pourraient imposer des restrictions à ce droit. Cependant, les questions de nature politique qu'une telle décision mettent en cause ne sont pas du ressort des tribunaux. Sur quel fondement juridique un tribunal pourrait-il fixer la durée de rétention de ces enregistrements éphémères ou encore le nombre d'utilisations? Ces questions relèvent nettement du pouvoir législatif. Notre Cour a dit dans l'arrêt *Watkins* c. *Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750, aux pp. 760 et 761: Il y a de solides raisons qui justifient [les] réticences du pouvoir judiciaire à modifier radicalement des règles de droit établies. Une cour de justice n'est peut-être pas l'organisme le mieux placé pour déterminer les lacunes du droit actuel et encore moins les problèmes que pourraient susciter les modifications qu'elle pourrait apporter. La cour de justice est saisie d'un cas particulier; les changements importants du droit doivent se fonder sur une perception plus générale de la façon dont la règle s'appliquera à la grande majorité des cas. De plus, une cour de justice peut ne pas être en mesure d'évaluer pleinement les questions économiques et de principe qui sous-tendent le choix qu'on lui demande de faire. Les modifications substantielles du droit comportent souvent la formulation de règles et de procédures subsidiaires nécessaires à leur mise en oeuvre, ce qui devrait plutôt se faire par voie de consultation [...] que par décision judiciaire. La question des droits relatifs aux enregistrements éphémères (comme celle des droits relatifs aux enregistrements d'archives) est depuis longtemps au calendrier législatif comme en témoigne l'extrait cité du Livre blanc. [...]. En raison des questions de principe soulevées et des nombreux examens du sujet par le Parlement et ses organes législatifs, notre Cour, à mon avis, ne devrait pas intervenir ». *Bishop* c. Stevens, [1990] 2 *R.C.S.* 467, p. 484. Plus récemment encore, le juge Harrington dans l'affaire *Kraft Canada Inc.* c. *Euro Excellence Inc*, (2004) *C.F.* 652 (non publiée) dira que ce n'est pas à la cour de dire ce que le droit devrait être : « Since copyright is a creature of statute, and the rights and remedies provided for the Act are exhaustive, and given my view of the compelling language of the Act, it is not strictly necessary to mention the arguments advanced as to what the law ought to be », paragraphe 61.

[360] A. STROWEL, *Droit d'auteur et Copyright, Divergences et convergences*, *op. cit.*, note 13, p. 146.

[361] S. HANDA, *Copyright Law in Canada*, *op. cit.*, note 294, p. 195. « Under Canadian law, the specific rights set out in the Copyright Act form a closed list; there are no other, e.g., common law, rights that apply ».

[362] *Compo Co Ltd.* v. *Blue Crest Music et autres*, *précité*, note 292, p. 373 : « La loi concernant le droit d'auteur crée simplement des droits et obligations selon certaines conditions et circonstances établies dans le texte législatif. En droit anglais, il en est ainsi depuis la reine Anne, sous laquelle fut promulguée la première loi relative au droit d'auteur. Il n'est pas utile, aux fins de l'interprétation législative, d'introduire les principes de la responsabilité délictuelle. La loi parle d'elle-même et c'est en fonction de ses dispositions que doivent être analysés les actes de l'appelante ». Voir également, *Télé-Métropole Inc.* c. Michael Bishop, [1990] 2 *R.C.S.* 467, 72 *D.L.R.* (4th) 97.

constitue un « code complet »[363]. D'autres encore, citant la disposition en cause, décrivent le droit d'auteur comme un droit « fictif »[364]. En tout état de cause, le droit d'auteur canadien n'est pas une matière très malléable.

L'article 89 *Lda.* renforce faussement cette perception; d'une règle d'attribution de compétence elle devient une règle d'interprétation. Cette dérive est manifeste. Tamaro se compromet également lorsqu'il énonce au sujet de l'ancienne version de l'article 89 *Lda.*, l'article 63, que : « Bien sûr, ce n'est pas l'article 63 qui permet de déterminer quels sont les droits visés par la loi. Mais, comme dirait un juriste anglo-saxon, l'article 63 signifie que le droit d'auteur est un droit statutaire. Aussi, hormis certaines lois spécifiques, comme la Loi sur la faillite limitant les pouvoirs du syndic dans certaines circonstances, ou encore les règles relatives à l'abus de confiance, pouvant notamment découler pour le Québec de la responsabilité délictuelle, il faut s'en tenir exclusivement à la loi sur le droit d'auteur pour connaître les droits d'auteur »[365]. Or, qualifier le droit d'auteur de droit *statutaire* c'est en dire plus que la loi elle-même, c'est valider l'interprétation restrictive donnée par les tribunaux anglais dès le XVIII^{ième} siècle. Ce que nous aurions pu prendre pour une simple formule constitutionnelle mène malheureusement à une interprétation littérale de la loi. Dès lors, même si l'article 89 *Lda.* n'est pas le verrou principal de la loi, elle tient en respect son interprète. Il semble constituer d'une partie silencieuse à l'effet que le droit d'auteur puise son sens uniquement dans le texte de la loi et non autrement. Sa présence a donc un effet

---

[363] Normand TAMARO, « La dissociation de la propriété du Code civil des droits d'auteur: l'exemple de la saisie », dans *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, note 356, p. 161. L'auteur écrit également que : « Probablement qu'un common lawyer, habitué à concevoir que le « property » peut faire l'objet d'une importante stratification, dirait que le droit d'auteur procède d'un « statute » qui prend en considération des droits spécifiques présentés sous une forme systématique. Partant, dire que la *Loi sur le droit d'auteur* constitue un code complet comportant divers droits d'auteur, signifierait *grosso modo* que la common law et l'équity ne peuvent pas ou ne peuvent plus aider à découvrir les règles régissant l'existence des droits d'auteur. Le « statute » suppléerait complètement à toute autres sources du droit, du moins quant aux règles de fond applicables en matière de droits d'auteur », *id.*, p. 161. Voir également, *Durand et Cie* c. *La Patrie Publishing Co. Ltd.*, (1960) *R.C.S.* 649, p. 653. *Vigneux* c. *Canadian Performing Right Society*, (1945) 4 *Fox Pat. C.* 183 (Conseil privé), p. 186.

[364] S. HANDA, *Copyright Law in Canada*, *op. cit.*, note 294, p. 432. Faisant référence à l'article 89, il écrit: « Copyright is a purely fictive right to be granted, controlled and, if necessary, taken away or altered by the State ».

[365] Nos soulignés, N. TAMARO, « La dissociation de la propriété du Code civil des droits d'auteur: l'exemple de la saisie », dans *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, note 356, p. 191. Voir également les affaires *Compo Co. c. Blue Crest Inc.*, *précité*, note 292. Dans cette affaire le juge Estey

dissuasif évident sur l'évolution du droit, il provoque, soumettrons-nous, son asphyxie. L'éminent Pierre-André Côté, dans son traité sur l'interprétation des lois, rappelle la confusion trop souvent faite entre le texte et la règle de droit; Il combat avec véhémence l'interdit que semble présenter la lettre des textes législatifs, des *statutes* : « La clarté du texte justifierait d'appliquer celui-ci même si cela conduit à des conséquences absurdes. Dans la tradition de la common law, cette directive d'interprétation, également reçue en droit civil, est rattachée à la « Règle de l'interprétation littérale » (*Literal Rule of Interpretation*) [...]. À ce stade introductif, il convient toutefois de marquer mon profond désaccord avec l'idée que l'interprétation n'est légitime ou opportune qu'en présence d'une obscurité textuelle. Cette idée repose sur une fausse assimilation du sens de la règle de droit au sens littérale de l'énoncé législatif. [...] Le sens littéral fournit tout au plus une hypothèse de départ pour la construction de la règle, hypothèse que la prise en compte des autres éléments pertinents infirmera ou confirmera »[366]. L'article 89, même si ce n'était là certainement pas son dessein, envoie un message erroné à l'interprète de la loi. Il ne doit pas, selon nous, constituer une directive d'interprétation. On verra d'ailleurs que si la Cour suprême du Canada, plus récemment, semble s'ouvrir à l'interprétation téléologique, ce changement d'attitude reste principalement de nature déclaratoire. La Cour suprême demeure soumise à l'ordre législatif et rares sont les sursauts d'hardiesse. L'intention est là, voilà tout. C'est ainsi que dans l'affaire *CCH*, le juge en chef McLachlin, faisant siens les propos du juge Iacobucci dans l'arrêt *Bell ExpressVu*[367], écrira que « [p]our définir les

---

rappelle que le droit d'auteur a pour seule source la législation qui « crée simplement des droits et obligations selon certaines conditions et circonstances établies dans le texte législatif »

[366] Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3ième éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 1999, p. 319.

[367] *Bell ExpressVu Limited Partnership* c. *Rex,* [2002] 2 *R.C.S.* 559, pp. 580-581. Il s'agissait en l'espèce de l'interprétation d'une disposition législative visant à interdire le décodage de signaux de télécommunication. « Voici comment, à la p. 87 de son ouvrage *Construction of Statutes* (2e éd. 1983), Elmer Driedger a énoncé le principe applicable, de la manière qui fait maintenant autorité : « [TRADUCTION] Aujourd'hui, il n'y a qu'un seul principe ou solution : il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur ». Notre Cour a à maintes reprises privilégié la méthode moderne d'interprétation législative proposée par Driedger, et ce dans divers contextes : voir, par exemple, *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, p. 578, le juge Estey; *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3, p. 17; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, par. 25; *R. c. Araujo*, [2000] 2 R.C.S. 992, 2000 CSC 65, par. 26; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, par. 33, le juge en chef McLachlin; *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, 2002 CSC 3, par. 27. Je tiens également à souligner que, pour ce qui est de la législation fédérale, le bien-fondé de la méthode privilégiée par notre Cour est renforcé par l'art. 12 de la *Loi d'interprétation*, *L.R.C.* 1985, ch. I-21, qui dispose que tout texte « est censé apporter une solution de droit

droits et recours conférés par la Loi sur le droit d'auteur, les tribunaux doivent recourir à l'approche moderne en matière d'interprétation législative selon laquelle « il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur »[368].

Quoi que il en soit, l'objectif fondamental de l'article 89 *Lda.* est d'exclure à fois l'application de la *common law* et du droit civil du champ de compétence du Parlement fédéral en matière de droit d'auteur. « Le « statute », dira encore Tamaro, suppléerait complètement à toutes autres sources du droit »[369]. Le droit commun réapparaît cependant principalement dans la définition des droits contractuels et dans le régime des saisies. C'est ce que nous allons brièvement abordé en traitant de la question de la place du droit civil en terme de droit d'auteur.

4) Droit civil et droit d'auteur

Notons d'abord que le droit commun ne peut pas être totalement évacué par la *Loi sur droit d'auteur*. C'est ainsi que, par exemple, les aspects contractuels[370], les règles gouvernants

---

et s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet ». Cette méthode reconnaît le rôle important que joue inévitablement le contexte dans l'interprétation par les tribunaux du texte d'une loi. Comme l'a fait remarquer avec perspicacité le professeur John Willis dans son influent article intitulé « Statute Interpretation in a Nutshell » (1938), 16 *R. du B. can.* 1, p. 6, [TRADUCTION] « les mots, comme les gens, prennent la couleur de leur environnement ». Cela étant, lorsque la disposition litigieuse fait partie d'une loi qui est elle-même un élément d'un cadre législatif plus large, l'environnement qui colore les mots employés dans la loi et le cadre dans lequel celle-ci s'inscrit sont plus vastes. En pareil cas, l'application du principe énoncé par Driedger fait naître ce que notre Cour a qualifié, dans *R. c. Ulybel Enterprises Ltd.*, [2001] 2 R.C.S. 867, 2001 CSC 56, par. 52, de « principe d'interprétation qui présume l'harmonie, la cohérence et l'uniformité entre les lois traitant du même sujet ». (Voir également *Stoddard c. Watson*, [1993] 2 R.C.S. 1069, p. 1079; *Pointe-Claire (Ville) c. Québec (Tribunal du travail)*, [1997] 1 R.C.S. 1015, par. 61, le juge en chef Lamer.) ». Et l'arrêtiste note également dans le résumé de cet arrêt que « Le tribunal appelé à interpréter une disposition législative doit, dans chaque cas, se livrer à une analyse contextuelle et téléologique privilégiée avant de décider si le texte de la disposition est ambigu », *id.*, p. 561.

[368] Nos soulignés, *CCH Canadienne Ltée* c. *Barreau du Haut-Canada, précité*, note 354, paragraphe 9.

[369] N. TAMARO, « La dissociation de la propriété du Code civil des droits d'auteur: l'exemple de la saisie », dans *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, note 356, p. 161.

[370] L'article 13 *Lda.* qui concerne notamment les questions de titularité et de cessibilité du droit d'auteur est très incomplet en raison de l'extranéité de certaines règles relevant cette fois de la compétence des Provinces, notamment en ce qui concerne le droit des obligations.

les saisies[371], dans une certaine mesure, les règles concernant les relations de travail entre titulaires de droit d'auteur ou encore, comme l'a pu récemment en juger la Cour suprême du Canada, celles régissant l'arbitrage en droit d'auteur[372], appartiennent au domaine de la réglementation provinciale. Cette répartition des pouvoirs parlementaires rend donc inévitables le rattachement avec le droit civil en ce qui concerne le Québec. Ce lien est-il suffisamment fort, puisque c'est là finalement la question que l'on doit se poser, pour imprimer un trait civiliste au droit d'auteur ? Nous ne le pensons pas. D'ailleurs, la réforme du Code civil du Québec de 1994 n'a finalement apporté que peu de changements, le rédacteur se gardant bien de ne pas faire incursion dans le domaine fédéral. À côté d'une ancienne disposition concernant le régime matrimoniale des revenus et produits des droits de propriété intellectuelle[373], l'article 909 C.c.Q. de droit nouveau vient ajouter que ces droits sont des biens en capital[374]. Cette précision appelle peu de commentaires. Elle n'en a d'ailleurs suscité aucun, ni de la part de la jurisprudence ni de celle de la doctrine. Enfin, et même si certains auteurs notent le renforcement des droits personnels, notamment par des références directes à la réputation, à la vie privée, à l'image, à l'utilisation de la

---

[371] Les règles concernant la saisie sont contenues dans le Code de procédure civile du Québec (articles 734 C.c.Q. et suivants) en ce qui concerne les saisies exécutées au Québec. Ces règles sont d'ailleurs peu différentes de celles en vigueur dans les autres provinces et la saisie des droits ou des biens incorporels est désormais bien acceptée. On rapprochera la récente décision *Tri-tex* de la Cour d'appel du Québec de la décision *Planet Earth Productions* que nous avons examinée plus haut. *Tri-Tex Co. Inc.* c. *Gideon*, (1999) *R..J.Q.* 2324 (Cour d'appel du Québec) notamment p. 2333 : le juge Nuss faisant la distinction entre les différents formes de propriétés incorporelles, au titre desquelles il classe les droits de propriété intellectuelle, qui peuvent être qualifiées de biens meubles au sens du Code civil du Québec et l'information ou les secrets commerciaux qui sont exclus de cette classification et par conséquent insaisissables. Voir également sur le sujet, P.B. MIGNAULT, « La propriété littéraire », (suite du 4ième article), *loc. cit.*, note 318, p. 67. Également, l'étude de N. TAMARO, « La dissociation de la propriété du Code civil des droits d'auteur: l'exemple de la saisie », dans *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, note 356. D. VAVER, « Can Intellectual Property Be Taken to Satisfy a Judgment Debt? », *loc. cit.*, note 198. Voir également *Théberge* c. *Galerie d'art du Petit Champelain*, *précité*, note 9 (saisie avant jugement en vertu du Code de procédure civile du Québec).

[372] Voir *Desputeaux* c. *Les Éditions Chouette*, [2003] 1 *R.C.S.* 178.

[373] Article 458 *C.c.Q.* (anciennement 1266 puis 490 *C.c.B.C.*): « Les droits de propriété intellectuelle et industrielle sont propres, mais sont acquêts tous les fruits et revenus qui en proviennent et qui sont perçus ou échus au cours du régime ».

[374] Article 909 *C.c.Q.* : « Sont du capital les biens dont on tire des fruits et revenus, les biens affectés au service ou à l'exploitation d'une entreprise, les actions ou les parts sociales d'une personne morale ou d'une société, le remploi des fruits et revenus, le prix de la disposition d'un capital ou son remploi, ainsi que les indemnités d'expropriation ou d'assurance qui tiennent lieu du capital.
Le capital comprend aussi les droits de propriété intellectuelle et industrielle, sauf les sommes qui en proviennent sans qu'il y ait eu aliénation de ces droits, les obligations et autres titres d'emprunt payables en argent, de même que les droits dont l'exercice tend à accroître le capital, tels les droits de souscription des valeurs mobilières d'une personne morale, d'une société en commandite ou d'une fiducie ».

correspondance ou des manuscrits d'une personne[375], nous ne croyons pas qu'elles soient une invitation, ni même le véhicule d'un rapprochement avec le système de droit d'auteur civiliste. La Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Desputeaux*, interdit d'ailleurs toute extrapolation en ce sens lorsqu'elle énonce que « [d]ans le cadre de la législation canadienne sur le droit d'auteur, bien que l'oeuvre constitue une « manifestation de la personnalité de l'auteur » on se trouve fort loin des questions relatives à l'état et la capacité des personnes et aux matières familiales au sens de l'art. 2639 C.c.Q. »[376]. Cette opinion fait immédiatement suite à une analyse plutôt restrictive relativement au caractère personnaliste du droit d'auteur canadien. Si le Canada est le premier pays de tradition de *copyright* à avoir adopté une disposition consacrant le droit moral dans sa législation[377] il ne faut pas se

---

[375] Articles 35 et 36 *C.c.Q.* L'article 3 *C.c.Q.* pose également le principe des garanties fondamentales relativement aux droits de la personne : « Toute personne est titulaire de droits de la personnalité, tels le droit à la vie, à l'inviolabilité et à l'intégrité de sa personne, au respect de son nom, de sa réputation et de sa vie privée ». Ces droits sont incessibles. Voir à ce sujet Y. GENDREAU, « La nature du droit d'auteur selon le nouveau code civil », *loc. cit.*, note 13, pp. 104-107.

[376] *Desputeaux* c. *Les Éditions Chouette*, *précité*, note 372, p. 215. Dans un pourvoi visant la validité d'une sentence arbitrale, la Cour devait trancher la question de savoir si la titularité du droit d'auteur était matière d'ordre public ou familial au sens de l'article 2639 *C.c.Q.* L'article 2639 *C.c.Q.* réserve ces matières à la compétence des tribunaux judiciaires et interdit de soumettre à l'arbitrage un différend portant soit sur l'état ou la capacité d'une personne, soit sur une matière familiale. La Cour refusera d'exclure de l'arbitrage les matières relevant du droit d'auteur, infirmant ainsi le jugement d'appel qui avait invalidé la décision de l'arbitre. La Cour cite le professeur Mistrale GOUDREAU, « Le droit moral au Canada », (1994) 25 *R.G.D.* 403, p. 404.

[377] Le droit d'auteur canadien comprend un droit moral seulement depuis 1931, date de son adhésion à la Convention de Berne. Il s'agissait en effet de mettre la loi canadienne en conformité avec l'article 6 du traité. Le droit moral resta inchangé jusqu'à la révision de la loi de 1988. Le législateur a ajouté à l'occasion de cette réforme de nombreuses références au droit moral, ce qui a permis d'en préciser sa portée. Les articles pertinents sont: l'article 2 qui renvoie à l'article 14.1 pour la définition des droits moraux; 14.1, 14.2 qui concerne la renonciation; 28.1 et 28.2. Voir Ysolde GENDREAU, « Moral Rights » dans Gordon F. HENDERSON, *Copyright and Confidential Information Law of Canada*, Toronto, Carswell, 1994, 161, du même auteur, « Digital Technology and Copyright: Can Moral Rights Survive the Disappearance of the Hard Copy? », (1995) 6 *Ent. L. Rev.* 214. Voir également, Elizabeth ADENEY, « Moral Rights : A Brief Excyrsion Into Canadian History », (2000-2001) 15 *I.P.J.* 205. Les décisions de jurisprudence qui portent sur le droit moral et les nouvelles technologies sont rares. Voir la décision *Gnass v. Cité d'Alma*, 30 juin 1973, Cour supérieure, Roberval; Cour d'appel du 30 juin 1977, 09-0000032-745. Récemment, le juge canadien a eu l'occasion de préciser l'étendue des droits moraux. La société Camerica avait mis sur le marché un logiciel permettant de modifier les paramètres des jeux vidéos de la société Nintendo. Notamment, la vitesse d'exécution des actions pouvait être modifiée, ainsi que les couleurs...Le concepteur du jeu s'est joint à l'action intentée par Nintendo pour invoquer ses droits moraux. La Court rejette l'action, mais rappelle de manière lapidaire que l'auteur qui invoque ses droits moraux doit prouver l'atteinte à sa réputation et/ou à son honneur. *Nintendo of America Inc. v. Camerica Corp*, (1991) 34 *C.P.R.* (3d) 173. Pour la reconnaissance du droit moral dans un cadre plus traditionnel, voir *Vaillancourt* c. *Carbon 14*, (1998) *R.E.J.B.* 9955 (Cour supérieure du Québec), condamnant les défenderesses pour mutilation fautive de l'œuvre du sculpteur Vaillancourt.

méprendre sur son étendue. Il n'y a pas - *encore*, voudrions-nous ajouter, au Canada, de véritable tradition de droit moral[378] :

> Ces droits moraux sont certes déclarés incessibles, mais le législateur permet à leurs titulaires de renoncer à leur exercice. La législation canadienne reconnaît ainsi l'imbrication des droits économiques et des droits moraux dans la définition du droit d'auteur. Notre Cour a d'ailleurs souligné l'importance attachée aux aspects économiques du droit d'auteur au Canada. En effet, la Loi sur le droit d'auteur traite d'abord celui-ci comme une institution destinée à organiser la gestion économique de la propriété intellectuelle. Elle y voit avant tout un mécanisme de protection et de transmission des valeurs économiques reliées à ce type de propriété et à son utilisation. (Voir *Théberge* c. *Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336, 2002 CSC 34, par. 11-12, le juge Binnie.[379]

Nous ne croyons pas possible de lire dans les amendements de 1994 du Code civil les signes d'une orientation civiliste du droit d'auteur canadien ou encore, plus généralement, une contribution quelconque à l'étude du droit d'auteur[380]. Tout au plus pouvons-nous observer que les droits de propriété intellectuelle sont intégrés au chapitre des biens. Le Code civil, pour des raisons évidentes de réserve, ne précise pas le régime de ces droits. La promiscuité du droit civil et du droit d'auteur n'est donc qu'apparente et on ne peut conclure qu'à une interpénétration superficielle des normes. Bien au contraire, l'évolution du droit civil et du droit d'auteur s'inscrit dans le plus haut niveau de conscientisation des

---

[378] Immédiatement après avoir consacré le droit de paternité et le droit d'intégrité, la loi prévoit la possibilité de renoncer au droit moral. Comme le relève Madame le professeur Gendreau: « [...] but that provision was fraught with difficulties for anyone who wanted to rely on it. While they helped to solve most of the problems that were associated with it, the changes that were introduced with Phase I of the copyright revision process continue to reflect the same attitude towards moral rights. In particular, the existence of a waiver provision ...undermines the *raison d'être* of the moral right system ». Y. GENDREAU, « Digital Technology and Copyright: Can Moral Rights Survive the Disappearance of the Hard Copy? », *id.*, p. 217.

[379] *Desputeaux* c. *Les Éditions Chouette*, *précité*, note 372, p. 214.

[380] Malgré l'invitation que faisait le professeur Gendreau à cet égard, à l'aube de l'entrée en vigueur du nouveau Code. Faisant référence aux articles 3, 35, 36 et 909 C.c.Q., elle écrit: « Grâce à ces textes, il est possible de mieux préciser la nature du droit d'auteur selon les notions du Code civil et, par la même occasion, de rechercher si le législateur provincial a adhéré à une conception particulière du droit d'auteur », admettant toutefois plus loin que « [...] le législateur québécois ne s'est pas expressément penché sur la question de la qualification du droit d'auteur ». L'évolution récente du droit d'auteur tend plutôt à minimiser l'interrelation qui pourrait exister entre droit civil et droit d'auteur. Y. GENDREAU, « La nature du droit d'auteur selon le nouveau code civil », *loc. cit.*, note 13, p. 90 et p. 102.

limites imposées par la *Loi constitutionnelle de 1867* à chaque système. Même imparfaite, cette cartographie des pouvoirs est toujours à l'esprit du juriste canadien.

Nous devons nous rétracter, ou du moins nuancer, l'opinion que nous avions émise ailleurs au regard de la nature du droit canadien. Il n'est pas rigoureusement exact de dire que le droit d'auteur canadien se situe à la croisée des systèmes de droit de type continental et ceux de *common law*[381]. Il faut plutôt dire que le droit canadien est réceptif aux enseignements d'autres systèmes, au sein desquels le droit français prend une place particulière pour des raisons historiques ainsi qu'en témoigne la dualité de tradition qui existe au Québec[382]. Si le droit canadien est perçu comme un droit aux *atours jusnaturalistes* c'est en raison d'une combinaison de facteurs qui vont de la présence de la culture civiliste - et ici la doctrine québécoise, fort active, joue un rôle indéniable[383] - à la présence du droit moral depuis 1931, à l'influence de la langue française sur l'attention apportée à la terminologie employée. Facteurs auxquels on ajoutera, pour clore la généralité

---

[381] Pierre-Emmanuel MOYSE, « La nature du droit d'auteur: droit de propriété ou monopole », (1998) 43 *McGill L.J.*, 507, p. 558.

[382] Dans ce sens, l'extrait du même texte cité par la Cour suprême dans l'affaire *Théberge* est plus juste : « D'autre part, il est important de rappeler que les sources du droit d'auteur canadien sont multiples et s'inspirent notamment de la tradition de common law et des notions civilistes continentales. Comme le souligne l'auteur Moyse, *loc. cit.*, p. 562: « Ce que révèle très certainement le terme de « copy-right », c'est la fonction même du droit d'auteur. Il s'agit d'un droit exclusif et, pour ce qui est de la partie relative à l'exploitation commerciale de l'oeuvre, d'un véritable monopole de reproduction. [...] Le droit canadien a hérité de ce trait tout en restant, du fait notamment de l'influence du Québec, réceptif aux doctrines françaises. C'est ici tout à l'honneur de notre droit puisque le législateur canadien est porté plus que tout autre à rester attentif aux développements extérieurs afin de modeler ses propres règles. On trouve ainsi dans les lois canadiennes la volonté de consacrer un droit centré autour de la personne de l'auteur -- ce qui reste une émanation des structures civilistes du droit de propriété -- et un droit définitivement dynamique, orienté vers sa fonction économique -- ce qui reprend les théories soutenant le concept de monopole ». La législation canadienne doit donc s'interpréter à la lumière du contexte historique, des développements jurisprudentiels et législatifs internes et des conventions internationales », *précité*, note 9, p. 389.

[383] William L. HAYHURST, Q.C., « Intellectual Property Law in Canada: The British Tradition, the American Influence and the French Factor », (1996) 10 *I.P.J.* 265, 279-287. Voir également C. BRUNET, « Copyright : The Economic Rights » dans G.F. HENDERSON, dir., *Copyright and Confidential Information Law of Canada*, Scarborough (Ont.), Carswell, 1994, 129. M. Brunet, soulignant la dualité des influences sur le droit d'auteur canadien, précise que « jurists from the common law system will analyze copyright from a traditional common law (U.K.) point of view. [...] Conversely, jurists from the civil law system will analyze copyright from the continental European civilist concept of « droit d'auteur », one that protects the act of creation itself, including the expression of the personality of the author, as that personality is expressed in the work of the mind of the author », *id.*, p. 132.

de nos propos, la volonté dirigiste du gouvernement de protéger la jeune culture canadienne soumise à la rude concurrence des pays exportateurs de biens culturels[384].

Conclusion du Titre I :

Il nous faut trancher désormais. Que nous enseignent ces développements historiques sur l'émergence, la nature et la justification du droit d'auteur ?

Il faut relever d'abord la force métaphorique de la notion propriété. Elle a servi à articuler toutes les discussions sur la nature du droit d'auteur. Sur le plan rhétorique donc, elle est cette notion *omnibus*, à partir de laquelle des positions variées ont été prises. Ainsi que l'énonce justement Marie-Angèle Hermitte, « [...] la propriété, fondée sur la nature de l'homme devait être le point de départ d'une véritable « anthropologie ». Facteur de libération de l'individu et de la société, elle devait rester à terme son mode d'être et féconder tous les autres rapports sociaux »[385]. On l'a employée pour justifier la place de l'auteur au sein d'un ordre législatif qui l'avait, jusqu'alors, bien peu considéré. L'auteur est le premier des propriétaires, dira-t-on en France comme en Angleterre. Malgré les exhortations des éditeurs, le droit d'auteur puisera également dans la conception moderne de la propriété les raisons de son caractère temporaire : comme pour toute institution, la propriété intellectuelle doit s'exercer dans les limites de la loi et donc dans celui de l'objectif social. C'est ainsi que l'*utilité publique* va apparaître comme la limite externe du droit d'auteur. Et l'on retrouve d'ailleurs cette variante dans l'ensemble des débats actuels relatifs au contrôle de la distribution des œuvres par le droit d'auteur. « L'intérêt général, dira encore Hermitte, émanation de la souveraineté populaire, sera probablement la catégorie juridique dominante du XX^{ième} siècle, comme la propriété a dominé le XIX^{ième} »[386]. La rapide recension que nous avons faite de l'usage du terme propriété dans les lois ou par les tribunaux confirme ce point. Il y a eu un zénith de la propriété. Durant

[384] Le Canada est identifié dans l'étude de Keyes et Brunet comme un pays « importateur net ». A. A. KEYES et C. BRUNET, *Le droit d'auteur au Canada*, *op. cit.*, note 340, pp. 17- 20.

[385] Marie-Angèle HERMITTE, « Le rôle des concepts mous dans la technique de déjuridicisation - L'exemple des droits intellectuels », (1985) 30 *Archives de philosophie du droit* 331, p. 334.

cette période, le droit d'auteur a été exposé à son rayonnement tant et si bien qu'on l'y a assimilé, au moins en idée. Mais de la métaphore on est rapidement passé à la catachrèse. La notion de propriété a pu véhiculer l'idée de selon laquelle l'individu libre se perpétue dans ses biens, dans la maîtrise de ceux-ci, jusqu'à ce que le système des privilèges fut aboli. Au-delà, le concept de propriété se décomposa sous le poids de son propre succès. On découvrit alors un droit de propriété fort réglementé et donc limité. Ceci eut pour effet de rendre compte de la nature effectivement réglementaire du droit d'auteur. La doctrine actuelle a donc relancé la question : « what kind of property right? »[387]. La force représentative du droit de propriété s'affaiblit considérablement. Ceci semble démontré par le fait que le législateur n'hésite plus vraiment à employer le terme désormais inoffensif de propriété en matière de droit d'auteur. La thèse « perpétuétiste » s'est définitivement dissoute avec la juridicisation constante du droit d'auteur; celle des « absolutistes », née des premières pensées économistes, en revanche, conserve son influence dans le débat sur « la balance des intérêts ».

Ensuite, une fois l'illusion de la propriété disparue, la science juridique nous laisse avec un droit aux fonctions plus limitées : celui de réglementer la distribution commerciale des livres et, plus spécifiquement, le jeu de la concurrence entre imprimeurs et libraires[388]. Cette fonction de la loi se traduit dans des lois courtes qui reposent toutes sur la consécration du caractère patrimonial, c'est-à-dire transmissible, du droit d'auteur. Cette constitution simpliste des premières lois contraste de manière évidente avec l'architecture complexe que présente aujourd'hui le droit d'auteur. Que s'est-il passé ? Il faut, croyons-nous, voir ici un véritable dévoiement des fondations du droit d'auteur sous l'effet de théories de la propriété. Elles ont provoqué plus d'interrogations qu'elles n'auront amené

---

[386] *Id*, p. 336

[387] Jessica D. LITMAN, « Copyright, Compromise, and Legislative History », (1987) 72 *Cornell Law Review* 857, p. 857

[388] Hermitte écrira encore que : « L'évolution de la terminologie au XXe siècle dans nos matières est intéressante; on a certes jamais réussi à éliminer complètement le terme propriété, mais on a relié de plus en plus fréquemment les « propriétés intellectuelles » au fonds de commerce, en les qualifiant d'abord de droits intellectuels (E. Picard), puis de droits de clientèles (P. Roubier). L'évolution ne doit pas s'analyser comme un rejet par la propriété foncière triomphante d'une descendance douteuse, mais au contraire comme la reconnaissance de la véritable nature des droits intellectuels, dont la fonction est de donner accès à une part de marché ». M.-A. HERMITTE, « Le rôle des concepts mous dans la technique de déjuridicisation - L'exemple des droits intellectuels », *loc. cit.*, note 385, p. 338.

de réponses : durée, titularité, exceptions, justification, auteur, un chapelet de nuances accrochés à l'idée de la propriété. Passe encore. Mais surtout, elles ont diverti le législateur à plusieurs égards.

À l'exemple de la Loi d'Anne de 1709 ou de la Loi française de 1793, l'auteur est ajouté au schéma normatif sans pour autant en être le sujet central. L'auteur et le propriétaire des droits sont traités comme sujets conjoints du droit d'auteur alors que l'ensemble des prérogatives vise à l'origine le marchand. Où est l'encadrement contractuel du contrat d'édition, où sont les prérogatives de droit moral, où sont les garanties de rémunération ? Ce déséquilibre dans la constitution même de la matière est dû, à notre avis, à l'aménagement hâtif de la loi - sans intention d'y donner réellement suite - pour reconnaître la *propriété* de l'auteur mais désamorcer l'effet de cette propriété sur le marché. Tant pour l'auteur que pour l'éditeur cette propriété a été domestiquée, elle divisée puis limitée : l'auteur la cède rapidement à l'éditeur et l'éditeur ne peut réclamer plus de droit que la loi lui en confère. Ce transport de droits fait en sorte que la loi n'ait qu'un seul interlocuteur. C'est en tout cas l'intention initiale du législateur. La faculté de ne céder qu'une partie de ses droits ou de les diviser territorialement viendra compliquer ce schéma.

De la même manière, l'association inexacte de la propriété à la perpétuité, a crée une vigilance accrue à l'égard des droits qui doivent être accordés par la loi. Les premières lois sur le droit d'auteur prévoient naturellement les droits d'*imprimer*, de *réimprimer* et de *publier,* mais elles prévoient également les droits de *vendre* et de *distribuer* dans un contexte où l'imprimeur est le plus souvent éditeur et libraire, cette quinte confère un véritable droit de distribution au titulaire. Tant que l'imprimeur et l'éditeur sont la même personne ces dispositions ne dérangent pas. Le livre est fabriqué et mis sur les étales. Les effets de la loi s'arrêtent dans l'officine de l'imprimeur. On ne songe pas véritablement à réglementer les marchés secondaires. Mais le marché du livre va changer rapidement. Bientôt l'essor de la librairie va faire renaître le conflit entre les imprimeurs de province et ceux des capitales mais cette fois il s'agit de distribution et non plus d'impression. Les libraires les plus puissants ont intérêt à trouver dans la loi les moyens d'une protection contre la concurrence d'autres libraires, c'est alors que les droits de *vendre* et de *distribuer*

prennent une toute autre dimension : ils pourraient s'appliquer de façon à exclure du marché de la distribution les revendeurs non autorisés. Le monopole se déplace donc des mains de l'imprimeur vers ceux du distributeur. La fonction du droit sera donc amplifiée et la question est posée plus franchement : le droit d'auteur doit-il être un droit d'imprimer ou doit-il régir également le marché de la distribution ? Tribunaux et légistes hésiteront, ils éviteront même la discussion. Le spectre des privilèges les en éloigne. Il ne faut pas que le droit d'auteur introduise une exclusion qui affecterait directement le marché. On préfère rester avec un droit d'auteur monolithique dans sa composition, un droit qui s'organise autour d'un droit *sec*, le droit de reproduction, et qui ne crée aucune prérogative d'exploitation pour l'auteur, le marché se chargera du reste.

L'interrogation, irrésolue, va revenir sans cesse, mais progressivement elle prendra une autre forme : l'auteur n'a-t-il pas droit aux revenus de la distribution de son œuvre ? Il ne s'agit plus de contrôle mais de rémunération.

C'est ainsi que l'on découvre un autre paradoxe de la propriété intellectuelle, plus troublant cette fois. On aurait pu penser que le divorce de la propriété intellectuelle avec la propriété privée aurait ouvert la voie à un régime spécifique des biens proprement incorporels. Il semble que cette disjonction de régimes ait plutôt eu un effet néfaste sur la propriété intellectuelle. Puisque les éditeurs ont vu la possibilité de contrôler l'objet physique en revendiquant des droits dans l'œuvre qu'elle enferme, le législateur a automatiquement empêché le développement de la propriété intellectuelle. Il a eu recours généralement à la théorie de l'épuisement pour refuser à l'éditeur la main mise sur les marchés secondaires des exemplaires. Mais qu'en est-il des intérêts de l'auteur ici ? Ne serait-il pas justifié à avoir un droit de contrôle sur la distribution des exemplaires ? Car après tout c'est son œuvre qui donne la valeur au papier. Mais le législateur va encore une fois l'ignorer et songer plutôt aux conséquences de ses actes sur le commerce du livre. Il va refuser toute extension du droit d'*auteur* vers un droit de distribution alors qu'il aurait et qu'il a clairement cette fonction. Cette évolution est incontournable : « Once the law recognized property in abstract objects, the significance of the materiality which governed property relations in the physical world grew stronger and not weaker. It grew stronger because

through abstract objects many more material objects, both in number and kind, could be reached by individual owners. *The abstract object became a way of gaining control over the material object* »[389].

Nous verrons dans le Titre II que cette proposition est particulièrement vraie dans le cadre de la distribution internationale des livres au XIX^{ième} siècle.

[389] P. DRAHOS, *Philosophy of Intellectual Property*, *op. cit.*, note 193, p. 21.

Titre II - L'avènement d'un concept économique : la distribution

Introduction

L'examen de la nature du droit d'auteur révèle un droit réglementaire, un droit que le législateur fait et défait en fonction des priorités politiques. D'abord au service de la censure, il devient un monopole d'impression au bénéfice de l'imprimeur. Les libraires, éditeurs de l'époque, voudront ensuite en faire un monopole de distribution. C'est en réponse à cette dernière revendication que le droit d'auteur est né et s'est développé dans sa forme la plus brute. Naturellement, cette proposition laisse peu de place à la théorie du droit naturel. Nous avons vu que sa réception en droit d'auteur est par ailleurs toute relative. L'idée selon laquelle les prérogatives de droit d'auteur s'inscrivent dans le prolongement des droits fondamentaux reconnus à chacun sur sa personne ne doit pas faire oublier qu'elle a servi le dessein des entrepreneurs et non des auteurs. Si l'on doit parler d'une propriété, « intellectuelle » en ce qui nous concerne, c'est plutôt en raison de son caractère cessible et donc fonctionnel, bien peu en raison de sa nature. C'est ce que l'histoire nous a appris.

La *controverse* sur la nature du droit d'auteur a finalement servi à ponctuer les revendications mercantiles que les éditeurs voulaient voir inscrites à la loi. Elles y ont mis un terme, si l'on préfère. Point de droit perpétuel, une forme de reconnaissance presque condescendante du droit de propriété de l'auteur sur l'œuvre non publiée. Voilà, en résumé, la signature que nous laisse le législateur du XVIII^{ième} siècle. Pour dire vrai, le contenu du droit d'auteur est largement tourné vers l'édition. C'est l'impression que nous laisse la lecture des premières lois. Elles concernent très peu l'auteur. Ainsi que John Feather a pu conclure, dans une brillante étude historique, le droit d'auteur demeure au XVIII^{ième} siècle un droit du commerce :

> [...][these] rights remained trade rights. The so-called Copyright Act of 1710 mentions neither copyright nor authors; it was little more than a codification, an inadequate

> and inaccurate codification as it proved, of existing book trade practices.[1]

D'ailleurs, la Loi d'Anne de 1709 place au côté du droit d'imprimer les droits de « vendre » et d'« importer ». Les lois américaines de 1790 à 1909 comprennent également un droit de vendre[2]. Même constat en droit français. L'article premier de la loi française de 1793 introduit les droits exclusifs de « vendre, faire vendre, distribuer leurs ouvrages »[3]. À cette époque déjà le droit d'auteur n'est pas seulement un droit de reproduction; sa physionomie commerciale est très nettement perceptible. A bien des égards, la mesure de ces droits de distribution dépasse ceux qui prévalaient durant l'Ancien régime. Certes, leur exercice est limité dans le temps et on doit admettre que le législateur révolutionnaire a fait cesser ici l'arbitraire. Mais pour le reste, il semble qu'il ait procédé à une codification consciencieuse des pratiques antérieures. Pour s'en convaincre, reproduisons ici le privilège accordé par François 1[er] à Geoffroy Tory en 1526. Il est question d'impression certes, mais surtout de distribution. L'ordonnance, concernant les ouvrages intitulés *Ses Heures* et le *Champ Fleuri*, enjoint quiconque de cesser de « [...] ne imprimer, ne exposer en vente aucunement desdicts livres et qu'il en étoit apporté par gens étranges d'autres que ceux de l'impression dudict Tory qu'ils ne les puissent vendre en notre Royaume durant le tems et espace de quatre ans [...] »[4]. Vu ainsi, les premières lois confortent les éditeurs dans leurs droits antérieurs. Les droits de vendre, d'importer, de faire vendre et distribuer sont bien plus

---

[1] John FEATHER, « From Right in Copies to Copyright: The Recognition of Authors' Right in English Law and Practice in the Sixteenth and Seventeenth Centuries », (1992) 10 *Cardozo Arts & Entertainment* 455, pp. 472-473.

[2] *An Act for the Encouragement of Learning by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies, During the Times therein Mentioned*, 8 Anne c. 19 (1710) (R.-U.). En droit américain : *An Act To amend and consolidate the Acts respecting copyright*, ch. 320, articles 1(a), (d), 35 Stat. 1075 (1909) (É.-U.); *An Act to revise, consolidate, and amend the Statutes relating to Patents and Copyrights*, ch. 230, article 86, 16 Stat. 198 (1870) (É.-U.); *An Act to amend several acts respecting copy rights*, ch. 16, article 1, 4 Stat. 436 (1831) (É.-U.); *An Act supplementary to an act, entitled « An Act for the encouragement of learning, by securing the copies of maps, charts, and books, to the authors and proprietors of such copies, during the times therein mentioned » and extending the benefits thereof to the arts of designing, engraving, and etching historical and other prints*, ch. 36, articles 2 et 3 (1802) (É.-U.); *An Act for the encouragement of learning, by securing the copies of maps, charts, and books, to the authors and proprietors of such copies, during the times therein mentioned*, ch. 15, article 1, 1 Stat. 124 (1790) (É.-U.).

[3] Article premier du *Décret relatif aux droits de propriété des auteurs d'écrits en tout genre, des compositeurs de musique, des peintres et des dessinateurs*, 19-24 juillet 1703, an II de la République, reproduit dans Eugène POUILLET, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, Marchal & Billard, 1879, p. 681.

[4] Cité dans Marie-Claude DOCK, « Privilèges et contrefaçon », (1964) 42 *R.I.D.A.* 91, p. 101.

d'ailleurs que ce que la plupart des lettres patentes prévoyaient. Celles-ci étaient souvent rédigées en de termes généraux et imprécis.

Aurait-on fait grand cas de la question de la perpétuité pour nous éloigner de l'essentiel? Au point, peut-être, d'oublier d'examiner le contenu du droit d'auteur? Si elle s'y était attardée juste un instant la doctrine aurait certainement, comme nous le faisons ici, conclu au caractère éminemment fonctionnel, voir *industriel* du droit d'auteur.

Cette tension naturelle du droit d'auteur vers la réglementation du marché est encore plus marquée au siècle suivant, c'est-à-dire au XIX^{ième} siècle. Ce sera le principal cadre temporel de cette section. Le XIX^{ième} siècle est celui de la librairie plus que de l'imprimerie. Le commerce de l'imprimé suscite un intérêt marqué chez les juristes, notamment en ce qui concerne la question de la distribution internationale des œuvres. Et pour cause, la force motrice du droit d'auteur durant ce siècle sera la protection internationale des œuvres. Au droit national « qui venait de s'imposer définitivement au cours de la seconde moitié du XIX^{ième} siècle, succéda le droit d'auteur international [...] »[5].

Il est vrai que l'on s'interroge également au sujet des catégories d'œuvres, c'est-à-dire du champ d'application de la loi. Mais cette ouverture à de nouvelles créations se fait sans réelle résistance. Elle n'est pas l'essentiel de la question du droit d'auteur. On observera également l'amorce discrète d'une orientation plus protectrice des intérêts de l'auteur[6]. Ce

---

[5] Wilhelm NORDEMANN, Kai VINCK et Paul Wolfgang HERTIN, *Droit d'auteur international et droits voisins*, Bruxelles, Bruylant, 1983, p. 11.

[6] Amorce marquée principalement en Angleterre par le passage de la durée de protection à 42 ans après la date de la première publication ou 7 ans *post mortem*. Voir, *An Act to Amend the Law of Copyright*, 5 & 6 Vict., c. 45 (R.-U.), art. 3 (ci-après, *Copyright Act*, (1842) (R.-U.)). Les points de vue sont toutefois partagés au regard de cette redirection des objectifs législatifs. David Saunders notera, dans un chapitre de son texte intitulé « English copyright in the nineteenth century : The Missing Person », que le droit anglais n'a pas été imprégné des théories personnalistes comme le droit continental : « At the end of the nineteenth century in England there was no Josef Kohler or *Uheberpersönlichkeitsrecht* elaborated in the sphere of legal doctrine, no Morillot or droit moral emerging from a corpus of judicial decisions ». David SAUNDERS, *Authorship and Copyright*, Londres, Routledge, 1992, p. 122. En France, ce redressement est marqué par les Amendments législatifs de 1810 puis 1854 qui font accordent aux héritiers de l'auteur la jouissance des droits d'auteur du défunt pour une durée de trente ans. Auparavant cette évolution était faite pour une durée de dix ans. L'auteur Frederic Pollaud-Dulian écrira notera l'ironie des lois françaises qui « tout en proclamant le caractère particulièrement digne de respect du droit de l'auteur, reviennent sur cette avancée : la durée des droits consacrés par les lois de 1791 et 1793 est assez dérisoire ; la vie de l'auteur et dix ans au profit des

que nous appellerons le « redressement » du droit d'auteur est commencé mais trop peu encore: les considérations économiques occupent tous les débats. L'attention n'est pas non plus dirigée vers les sciences techniques, pas encore. L'imprimerie ne crée pas de nouvelles catégories d'œuvres mais va plutôt accélérer le passage à une économie de marché des produits culturels. Les instruments à jouer de la musique, l'invention la plus importante à la suite de l'imprimerie, ne seront appréhendés par le droit qu'au début du XX^{ième} siècle. Catherine Seville écrira très justement que « the twentieth century has come to regard copyright as, broadly, an economic right. In fact, twentieth century law is heavily based on nineteenth century law, with the obvious changes needed to take account of developments in technology »[7]. Ainsi, bien que l'*orgue de barbarie* ou *orgue mécanique,* fasse son apparition dès 1811[8] et annonce l'arrivée d'utilisations nouvelles des œuvres, les efforts du législateur sont concentrés ailleurs.

Le sujet de l'heure au XIX^{ième} siècle est celui de la protection internationale du droit d'auteur qui culminera avec les négociations de la Convention de Berne[9]. La mutation de l'économie est irrémédiable. Le droit d'auteur doit cette fois répondre à l'accélération des échanges commerciaux. La distribution du livre et l'industrie de la librairie surclassent le secteur de l'imprimerie. Après l'imprimerie et sa profession, c'est désormais la distribution du livre qu'il faut réglementer. De toute évidence, s'agissant de la profession d'imprimeur, nous pouvons dire que le droit d'imprimer fait l'affaire.

---

héritiers. On ne peut que relever, d'ores et déjà, le paradoxe qui consiste à qualifier le droit d'auteur de propriété et de surcroît de l'affirmer comme la plus absolue et la plus digne de respect, tout en lui refusant le caractère perpétuel, qui est un trait caractéristique de la propriété ». Frederic POLLAUD-DULIAN, « La durée du droit d'auteur », (1998) 176 *R.I.D.A.* 83, p. 89.

[7] Catherine SEVILLE, « Talfourd and His Contemporaries: The Making of the 1842 Copyright Act », dans *The Prehistory and Development of Intellectual Property Systems*, (Alison Firth, éd.), Londres, Sweet & Maxwell Limited, 1997, p. 49, 52.

[8] Skone James fait le même constat: « In the Year 1886, the date of the Berne Convention, the only mechanical means generally known for reproducing music were musical boxes and Barbary organs ». F. E. SKONE JAMES et E. P. SKONE JAMES, *Copinger and Skone James on Copyright*, 10^{ième} éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1965, p. 288. Le nom de barbarie vient de l'altération de Barberis, nom d'un fabricant d'orgues de Modène.

[9] André et Henri-Jacques LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2^{ième} éd., Paris, Litec, 2001, p. 847. Les auteurs rappellent que la Convention de Berne « a toujours eu pour ambition d'assurer au droit d'auteur une protection internationale aussi large et uniforme que possible ».

En revanche, le droit traditionnel d'impression, conceptualisé en droit de reproduction, est largement insuffisant pour réglementer la distribution[10]. S'il est un pilier du droit d'auteur, il en est un qui serait bien inutile sans contreforts.

C'est sans aucun doute pour cette raison que les premières lois sur le droit d'auteur l'ont complété par des droits de distribution, tels les droits de vendre et d'importer. Le contrôle des exemplaires de leur source de production à leur destination étant la préoccupation essentielle des éditeurs, le droit d'auteur se devait d'être non pas seulement « un droit de copie », comme l'affirme Renouard, mais également un droit de distribution, c'est-à-dire un droit de contrôler l'écoulement des copies de l'oeuvre sur le marché. Il faut un cadre adéquat pour répondre à l'expansion du marché et sauvegarder l'économie nationale. C'est de distribution dont on veut entendre parler. Comment enrayer les importations d'œuvres étrangères ou d'œuvres pirates ? Comment contrôler la circulation des exemplaires hors du pays? Ces questions sont invariablement posées au législateur par les libraires.

La protection internationale est ainsi demandée par les imprimeurs et libraires essentiellement pour parer à deux phénomènes corrélatifs: l'introduction sur le marché domestique d'exemplaires concurrents imprimés à l'étranger (importation et distribution) et la distribution à l'étranger d'œuvres réimprimées sans le consentement du titulaire du droit d'auteur (reproduction et distribution). Une même préoccupation anime ces deux sujets, celle de préserver via le droit d'auteur l'industrie nationale. Même préoccupation mais réponse différente puisque les solutions nationales varient selon la position économique du pays considéré. Pour les pays exportateurs, le principe de première publication permet de maintenir un haut niveau de production : en publiant pour la première fois en France ou en Angleterre, l'auteur étranger bénéficie, au choix et selon la langue de l'ouvrage, des lois françaises ou anglaises. L'intérêt est évident pour l'industrie dominante de l'impression et de l'édition : le rayonnement des lois françaises et anglaises ainsi que les multiples accords bilatéraux constituent un incitatif important pour les écrivains. En revanche, pour les pays importateurs, fonctionnant sur l'emprunt, le principe de première publication est inadéquat.

[10] Le droit de représentation ou d'exécution apparaîtra en France en 1791, précédant ainsi l'adoption du droit de reproduction. La nature de ce droit n'interfère pas dans le commerce des exemplaires. C'est pour cette raison que nous l'omettons.

Il est un mécanisme pour retenir la production en contrepartie d'une protection élargie par le pays où est réalisée cette publication. Or les pays *consommateurs* cherchent plutôt à fabriquer des éditions concurrentes ou à distribuer les inventaires disponibles sans contraintes. Le pays importateur n'a, *a priori*, aucun intérêt à faciliter l'accès à sa législation aux auteurs étrangers par l'introduction d'un critère souple de première publication. Ce critère va devenir un verrou parmi d'autres plutôt qu'une clef. De manière générale, les pays importateurs vont ainsi durcir l'accès à leur législation en introduisant des barrières supplémentaires empêchant ou réduisant l'inférence étrangère. D'autres mesures discriminantes peuvent limiter encore l'effet de la première publication : il peut s'agir, pour prendre l'exemple de la législation américaine, de la condition de citoyenneté et des clauses de fabrication[11]. C'est ainsi que les législations américaine et canadienne vont être particulièrement hermétiques aux auteurs étrangers.

---

[11] Les clauses de fabrication sont une forme extrêmement contraignante de protectionnisme économique. La première publication n'exige pas forcément que les exemplaires aient été fabriqués dans le pays où l'auteur recherche la protection. Les clauses de fabrication viennent renforcer le principe de publication en imposant à l'éditeur étranger de procéder à la fabrication des exemplaires sur place. Cette exigence est extrêmement contraignante pour l'éditeur étranger qui doit supporter les coûts d'une seconde édition. Elle donne la mesure du protectionnisme dont peuvent faire preuve les gouvernements. La loi américaine contient une telle clause depuis la loi *Chace* de 1891, loi qui, ironiquement, était sensée améliorer le sort des œuvres étrangères : Article 3, amendant l'article 4956 « No person shall be entitled to a copyright unless he shall, on or before the day of publication in this or any foreign country, deliver at the office of the Librarian of Congress, or deposit in the mail within the United States, addressed to the Librarian of Congress, at Washington, District of Columbia, a printed copy of the title of the book, map, chart, [...] for which he desires a copyright, nor unless he shall also, not later than the day of publication thereof in this or any foreign country, deliver at the office of the Librarian of Congress [...], two copies of such copyright book, map, chart, [...] : *Provided* That in the case of a book, photograph, chromo or lithograph, the two copies of the same required to be printed from type set within the limits of the United States, or from transfers made therefrom. [...] ». *An act to amend title sixty, chapter three, of the Revised Statutes of the United States, relating to copyrights*, ch. 565, 26 Stat. 1106 (1891) (É.-U.) (ci-après, « Chace Act »). Plus tard, on retrouve la clause à l'article 16, *An Act To amend and consolidate the Acts respecting Copyrights*, c. 320, (1909) (É.-U.). Étonnamment, elle demeure à la loi actuelle, dans une forme certes différente et assortie de nombreuses exceptions. Des amendements y furent par la suite apportés dans les lois successives jusque dans la loi actuelle. Voir l'article 601, 17 U.S.C. L'intention d'adopter une telle clause avait été avancée bien avant la loi *Chace*. Ces clauses ont certainement été un outil de pression diplomatique dans les relations avec l'Angleterre - les éditeurs anglais risquant d'être encore exclus de la protection des lois américaines - puisque le rapport de la Commission royale de 1878 lui réserve une mention spéciale : « These fears have been indeed urged with a discouraging effect upon the negotiations and proposals for international copyright, and have induced the Americans to claim that the privilege of copyright in the United States should only be granted on condition that the book is wholly re-manufactured and re-published in America ». « Extract From the Report of The British Commission Appointed in 1878 by The Queen, For The Investigation of The Subject of Copyright » (ci-après, *Report of the Commission of 1878*), dans George Haven PUTNAM, *The Question of Copyright*, 2e éd., Londres, G. P. Putnam's Sons, 1896, 214, p. 272, para. 249. Également dans John Mounteney LELY, *Copyright Law Reform - An Exposition of Lord Monkswell Copyright Bill now Before Parliament with Extracts from the Report of the Commission of 1878*, Londres, Eyre and Spottiswoode, 1891, p. 62.

En absence de réciprocité, le pays de la première publication devait correspondre au lieu où l'exploitation commerciale serait la plus lucrative. Il va sans dire que l'élection du pays excluait, dans son principe même, toute chance de protection dans les autres pays adhérant au principe de première publication[12]. Ceci explique que de nombreux auteurs canadiens procédaient à la première publication de leurs œuvres en Angleterre. La Convention de Berne aura naturellement pour effet d'atténuer les conséquences pernicieuses d'un tel *forum shopping*.

Dans ce contexte de distribution internationale la situation des états coloniaux tient une place particulière. La colonie est d'abord perçue comme un marché secondaire pour le pays colonisateur qui y applique encore une politique dirigiste. Elle est bien souvent une plate-forme d'écoulement des œuvres même si, à l'image des relations anglo-canadiennes, elle se voit conférer au cours du siècle une autonomie grandissante relativement à la gestion des affaires domestiques. La question de la distribution des œuvres sur le territoire de la colonie prend donc une coloration particulièrement politique.

On le comprendra aisément, le Canada, comme les autres colonies, aspire au contrôle de la distribution des œuvres sur son territoire. Il n'en aura pourtant pas les moyens avant le XX^{ième} siècle, le pouvoir législatif lui échappant encore largement. Comme les autres colonies, ou Dominions, le Canada souhaite bâtir sa propre identité à travers la promotion et la publication, au pays, d'œuvres nationales et, corrélativement, limiter l'introduction d'œuvres provenant de la métropole ou de France. Finalement, de la bataille des éditeurs, le droit d'auteur passe à celle des colonies. Ou mieux encore : de la bataille entre éditeurs de province et des capitales, le droit d'auteur vit désormais celle entre éditeurs des colonies et ceux du pouvoir central. L'attention particulière portée au droit d'auteur « colonial » nous permettra, nous l'espérons, de mettre en évidence l'aspect purement régulateur du droit d'auteur. Elle est également l'occasion de présenter les effets de la fragmentation des

[12] La question posée par Renouard dans le contexte français devient universelle : « Les ouvrages publiés, pour la première fois, à l'étranger se trouvent-ils, par cette publication, dévolus en France au domaine public ; ou bien, au contraire, conserve-t-on privilège en France pour un ouvrage antérieurement publié en pays

marchés - en ce qui nous concerne, la France, l'Empire britannique et les États-Unis - sur l'organisation du commerce du livre.

Sur un plan technique, les droits de *vendre*, *faire vendre*, *distribuer*, des droits faits pour la distribution, ont curieusement rarement trouvé à s'appliquer. La jurisprudence ne nous éclairera donc pas. Constatation surprenante donc qui semble, *a priori*, contredire notre théorie de la distribution. Si le droit d'auteur est pensé comme un droit de distribution, comment expliquer cette désaffection ? Nous soumettons d'abord que cette fonction de distribution sera dévolue au droit de reproduction. Couplé avec le principe du traitement national, il agit comme un droit de distribution. Ensuite, et c'est là un enseignement de la pratique, les droits de vendre, de faire vendre, ou de distribuer ont été principalement dévolus au droit des contrats. Ils y ont été progressivement abandonnés et ce n'est que récemment que le droit d'auteur a constaté leur *absence*. Une fois l'œuvre reproduite, il appartient au propriétaire de l'exemplaire d'organiser son marché. Le contrat suffit à cette fin. Il suffit certes, mais il suffit tant et en autant que l'imprimeur reste libraire et que l'exploitation des exemplaires est confinée à la mise en vente sur les étals. Cette forme rudimentaire de commerce, qui dure jusqu'au XIX^{ième} siècle ignore les marchés secondaires. Ces formes d'exploitation sont négligeables. Il semble donc que la fonction de distribution du droit d'auteur se soit inscrite à la suite du droit de reproduction. En quelque sorte, le droit d'auteur dans sa conception originale emporte avec lui *de facto* les droits satellites de *vendre*, *faire vendre*, *publier* ou *distribuer*. L'explication reste naturellement à développer, et le sera plus avant dans notre thèse, mais il n'est pas inutile d'en présenter la ligne conductrice dès à présent. Gageons également que les droits d'*imprimer* et de *représenter* suffisaient très certainement au niveau national. Les modes d'exploitation des œuvres ou de communication au public étaient plutôt réduits à la librairie et aux représentations théâtrales. Dans ce contexte, point de fuite, point de détournement de la destination de l'oeuvre. La location et le prêt, par exemple, demeurent des modes d'accès marginaux ou, selon le cas, acceptés.

étranger ? ». Augustin-Charles RENOUARD, *Traité des droits d'auteur*, Vol. II, Paris, Jules Renouard et Cie, 1838, p. 175.

L'inertie du droit d'auteur, qui se suffisait alors, va être rompue une première fois sous l'effet de l'évolution de la distribution internationale. Le droit d'auteur va cette fois être sollicité mais pas sous une forme attendue. Ainsi que nous venons de le suggérer et contre toute attente, les droits de *vendre*, *faire vendre* ou *distribuer* ne seront pas concernés. La distribution transfrontalière des livres va mettre à l'épreuve le droit d'auteur dans trois de ses manifestations: celui du droit de réimpression, du droit d'importation et celui du droit de traduction. Ces droits, soutenus par une réglementation douanière outrancière, serviront à préserver les intérêts locaux ou nationaux. Ils seront présentés dans le cadre de la protection nationale des auteurs étrangers ou de ce que l'on a appelé, dans un premier temps, l'*International Copyright* (Chapitre I). Le thème de la protection internationale du droit d'auteur mènera bien évidemment à la négociation de la Convention de Berne. Nous analyserons donc dans une seconde partie les réponses apportées par la Convention de Berne à la distribution internationale des œuvres (Chapitre II).

Chapitre I - L'International Copyright

Réimpression, importation et, dans une moindre mesure, traduction; voilà les thèmes qui seront abordés dans cette partie. L'existence de quotas et de barrières tarifaires douanières à l'importation favorise d'abord la réimpression des livres. Les œuvres étrangères sont reproduites hors de leur lieu de publication d'origine. Les plaques d'impression sont d'abord importées, généralement par bateau ou, plus rarement, fabriquées sur place à l'étranger. Dans tous les cas, la réimpression est généralement faite sans le consentement de l'auteur.

La protection du droit d'auteur étant nationale, il est impossible de récupérer les revenus des ventes faites à l'étranger, les livres y étant plus souvent qu'autrement imprimés et vendus sans l'autorisation de l'éditeur ni paiement de redevances. La réimpression à l'étranger est, en d'autre terme, la source du mal. Elle est l'acte sans lequel la question de l'importation ne se poserait pas, la première de ces activités précédant nécessairement la seconde.

Mais il y a plus encore. Que le droit de reproduction se perde là où la souveraineté étatique cesse est chose compréhensible. Que les exemplaires imprimés sans l'autorisation de l'auteur viennent parasiter le marché domestique est une situation intolérable. Expliquons-nous. Avec la levée timide mais progressive des entraves au commerce international, le volume de l'importation de livres et des périodiques augmente cette fois de manière substantielle à partir de 1830. La menace va poindre rapidement : les éditions étrangères des œuvres domestiques, autorisées ou non, souvent plus abordables que l'édition originale, sont importées sur le marché domestique, créant du même coup une concurrence à l'édition locale, concurrence jugée déloyale et contre laquelle il est difficile de lutter.

Quant à la traduction, sujet dont on parle peu dans la littérature du droit d'auteur, elle mérite quelques développements. La réglementation dont elle fait l'objet varie encore une fois en fonction des intérêts commerciaux. Elle affecte directement la distribution d'une œuvre lorsque la langue de l'œuvre et celle de son lectorat n'est pas la même. En effet, traduire une œuvre c'est déjà la destiner à un autre marché, c'est la rendre accessible, la communiquer. C'est ici que le droit d'auteur intervient en tant qu'instrument de régulation. L'histoire de la traduction, en tant qu'elle habille l'œuvre de signes différents, préfigure l'arrivée du numérique, à la fois langage et véhicule de commercialisation.

Les droits de reproduction et d'importation quant à la distribution internationale des exemplaires seront examinés conjointement dans une première section (Section 1). Le sort de la traduction fera l'objet d'une seconde (Section 2)

Section 1 - Reproduction et importation comme éléments moteurs de la distribution

Le droit saisit les activités de la reproduction et de l'importation à travers les droits correspondants de reproduction et d'importation. Nous examinerons donc tour à tour les spécificités nationales et coloniales de leur application. Nous présenterons d'abord la

situation américaine (a), puis, plus brièvement, la situation française (b), avant de nous attarder à l'étude des relations coloniales entre l'Angleterre et le Canada (c)

a) Les États-Unis et l'économie de la réimpression

Une Amérique « pirate »! Voilà qui résume l'opinion des Européens à l'endroit du nouveau monde en ce début de ce XIX^{ième} siècle. Nous n'écrirons pas pour sa défense, mais l'interpellation doit être tempérée. Techniquement, le terme « pirate » est peut-être mal choisi puisque les activités de reproduction visées ne sont pas illégales au sens strict du terme. En vertu des lois en vigueur à cette époque, la réimpression ou la traduction d'ouvrages étrangers n'est pas interdite.

Ensuite, s'il doit ici être maintenu pour les fins de cette recension historique et fait montre d'une certaine opinion sur le caractère déloyal des activités qui avaient lieu en Amérique, l'emploi de ce terme doit s'appliquer tout aussi bien à l'Angleterre qui, à la même période, réimprime sans plus d'autorisation des œuvres d'auteurs américains. Le Canada s'est également illustré par l'importation systématique et massive de réimpressions américaines d'ouvrages britanniques. Certes, les conséquences du *piratage* ne sont pas du même ordre selon que l'on considère le préjudice causé à l'un ou l'autre de ces pays, les pays producteurs souffrant davantage de cette situation ; mais c'est bien là l'unique nuance que nous pouvons faire[13]. Le piratage au XIX^{ième} siècle est une question de mesure donc.

---

[13] D'ailleurs un examen de conscience, admission d'un tort passé, a récemment été passé par deux auteurs américains reconnus : « U.S. ratification came one hundred and two years after the United States' official observer at the initial international conference from which the Convention emerged recommended U.S. participation in the Berne Union. At the time, the U.S. had no international copyright relations. We were, and had long been, a « pirate nation » for whom protection abroad offered fewer attractions than free copying at home of foreign, particularly British, works ». Jane C. GINSBURG et Jack KERNOCHAN, « One Hundred and Two Years Later : The U.S. Joins The Berne Convention », (1989) 141 *R.I.D.A.* 57, p. 59. Et à son tour l'éminent professeur Nimmer se livre à une confession semblable : « — Creeping Internationalism. Like certain far-eastern locales about which American artists and publishers indignantly complain at present, the United States was a copyright piracy haven from the first copyright statute of 1790 until the Chace Act of 1891. During that century, foreigners were utterly without rights under United States copyright law, and American publishers busied themselves bootlegging the works of Dickens, Trollope, Hugo, et al. The International Copyright Act of 1891, more commonly known as the Chace Act, began the process of according some protection to foreigners ». Melville B NIMMER, *Nimmer On Copyright*, Matthew Bender & Company, 1963, éd. 2000, Chapter 17, p. 12. Enfin, nous renverrons le lecteur à une récente étude du

L'écrivain Charles Dickens, ambassadeur du droit des auteurs britanniques à l'étranger, fait de cette cause d'intérêt public une cause tout aussi personnelle. Il est un des auteurs de langue anglaise les plus lus à l'époque et, par le fait même, l'auteur le plus *piraté*. Il ne ménage pas ses mots à l'endroit de certains éditeurs américains : ceux qu'il accuse d'imprimer et de réimprimer ses œuvres sans autre rétribution pour l'auteur que la remise de paiements volontaires, sous la forme d'un cachet, le plus souvent forfaitaire et dérisoire. Son parti pris pour la cause de *l'International Copyright* est notoire. Il l'affiche sans détours. Ayant pris le marché américain dans la mire de sa plume, il dénonce sans vergogne les flibustiers. Il pointe un doigt accusateur vers les éditeurs américains, ceux qui, selon ses propres termes « [...] can gain a very comfortable living out of the brains of other men, while they would find it very difficult to earn bread by the exercise of their own »[14]. Et il poursuit, vindicateur, « They are, for the most part, men of very low attainment and of more than indifferent reputation; I have frequently seen them, in the same sheet in which they boast of the rapid sale of many thousand copies of an English reprint, coarsely and insolently attacking the author of that very book, and heaping scurrility and slander upon his head »[15].

Les accusés rétorquent avec autant de virulence. Barnes rapporte les propos anonymes de l'un d'entre eux :

---

professeur Warner, étude qui traite des circonstances particulières qui ont fait des États-Unis le paradis de la contrefaçon. L'étude est particulièrement intéressante en ce qu'elle place en perspective la Chine actuelle et les États-Unis du XIX^{ième} siècle. Julian WARNER, « Information Society or Cash Nexus ? A Study of the United States as a Copyright Haven », (1999) 50 *J. of the American Soc. for Information Science* 461. L'auteur écrit notamment que : « There are a number of similarities and contrast between copyright in the 19th century United States and late 20th century China. A principal commonality is the use of material copyrighted in other nations without the permission of, or compensation paid to, holders of copyrights. Some dissimilarities lie in: the nature of the copyrighted material used; the legislative sanction given to the unrestricted use of foreign works in the United States in the period to 1891 as contrasted with the contravention of agreements in late 20th century China; and differing understandings of copyright, particularly with regard to the conflict of freedom of expression and dissemination of information as contrasted with personal property rights. A factor which should be emphasized, and which forms one rationale for this paper, is the disturbing lack of historical consciousness in current discussions of intellectual property relations between the United States and China. The general lack of references to the United States as a copyright haven in these discussions (for instance, Oppenheim, 1993; Economist, 1996), combined with a rather moralistic tone, does give the impression of a collective forgetting or repression », *id.*, p. 462.

[14] Extraits tirés de l'excellente étude de James J. BARNES, *Authors, Publishers and Politicians - The Quest for an Anglo-American Copyright Agreement 1815-1854*, Columbus, Ohio State University Press, 1974, p. 28.

> If Mr. Dickens prefers dollars and cents to literary fame - selfish, sordid gratification to a position of commanding respect - and a flash waistcoat to a laurel wreath, it is his own misfortune - the result of traits inseparable from his character. [...]. Mr D. has not strength of character and mind enough to prove the European axiom that a parvenu must betray himself by his vulgarity.[16]

Le constat est effectivement accablant. La réimpression étouffe toute concurrence. En 1842, l'écrivain anglais G. P. R. James écrit ces mots à l'attention du ministère britannique des affaires étrangères:

> Cheapness of labour, materials and advertising, and the total saving of payment for copyright, enabled the piratical publishers to sell the works thus reprinted at a very low rate; and the system is so well organized, and so terribly extended, that not a week elapses between the publication of a work in London and its republication in Paris; and thus the sale of English editions is totally at the end on the Continent, in the Channel Islands, in America, and all our own colonies. Vast number are also now thrown into England itself.[17]

Bien que les relations commerciales entre éditeurs de Londres et de New York s'améliorent au gré de la structuration des échanges commerciaux transatlantiques, la protection des auteurs anglais sur le sol américain demeure inexistante. Au mieux, les plus connus obtiennent une forme de paiement compensatoire. Il s'agit là d'une somme forfaitaire payée à l'éditeur ou directement à l'auteur dont le montant était déterminé arbitrairement et parfois, mais plus rarement, en fonction des profits tirés de la vente des réimpressions américaines[18]. On comprendra que ce geste visait essentiellement à polir les aspérités des

---

[15] *Id.*, p. 28-29.
[16] *Ib.*, p. 29.
[17] *Ib.*, p. 105.
[18] J. J. Barnes note que Sir Walter Scott ou son éditeur aurait reçu de 1822 à 1832, date de sa mort, plusieurs paiements effectués à titre volontaire de la part de Carey & Lea : « The amount paid varied from as little as $250 for *Canongate* to $1,475 for the *Life of Napoleon*, [...] ». L'auteur précise que cette forme d'entente non écrite permettait à Carey & Clea d'obtenir très certainement les planches d'impression en priorité et ainsi de devancer sa concurrence: « In due course this arrangement proved valuable to the Philadelphia firm because other American reprinters abandoned the competition for Scott's writings and purchased complete copies from Carey & Lea at wholesale prices ». *Id.*, p. 53.

relations commerciales anglo-américaines. Il faut reconnaître que si cette situation lèse les auteurs et éditeurs britanniques, elle contribue, au moins pour quelques temps, à l'émergence d'une puissante industrie américaine. L'auteur J. J. Barnes rend ici bien compte de cette situation:

> In the years immediately following the Napoleonic Wars, the issue of international copyright was of little concern to America. She imported most of her general literature from England at a time when comparatively few books were published at home. By the mid-1820s the situation had changed considerably. The writings of Porter, Edgeworth, Scott and Byron had become extremely popular and were the subject of many an American reprint. An increase in the tariff on imported books had also encouraged the American manufacture of books.[19]

La loi américaine, comme bien d'autres législations de cette époque, n'accordait de protection qu'aux résidents et citoyens américains[20]. Les amendements de 1831, introduits par une loi intitulée *An Act to Amend the Several Acts Respecting Copyright* [21], contiennent même une disposition excluant spécifiquement les étrangers du bénéfice de la protection du droit d'auteur. Cette disposition sera reprise dans la loi refondue de 1870 sous son article

---

[19] *Ib.*, p 49. L'éditeur de Philadelphie, Carey & Lea, dominait le marché des réimpressions, position qu'il laissera par la suite, dans les années 1830, à Harper & Bros de New York.

[20] Eaton S. DRONE, *The Law of Property in Intellectual Productions in Great Britain and the United States*, (1879), New Jersey, Rothman Reprints, 1972, p. 231. La condition de citoyenneté existe dès la première loi passée par le Congrès américain. *Article 1, An Act for the encouragement of learning, by securing the copies of maps, charts, and books, th the authors and proprietors of such copies, during the times therein mentioned*, (1790) (É.-U.), *précité*, note 2. Voir également le tempérament introduit par la décision *Boucicault* v. *Wood*, (1867) 2 *Biss.* 34 en faveur d'un citoyen britannique résident aux États-Unis. L'exigence de citoyenneté est d'ailleurs constitutive d'une grave injustice selon le Rapport de la Commission royale de 1878 qui aborde la question américaine. En effet, l'auteur américain non citoyen anglais peut toujours obtenir la protection dans l'Empire à condition qu'il procède à la première publication de son œuvre en Angleterre : « It may be stated that American authors have not the same need of a convention as those of Great Britain, since our law affords copyright protection throughout the British dominions to foreigners as well as to Your Majesty's subjects, provided they publish their books in the United Kingdom before bringing them out elsewhere, while the American law, unlike ours, does not make first publication at home a condition for obtaining copyright. It is consequently the practice of some American authors to publish their books first in England, and so to obtain British copyright, and then to re-publish them in the United States and obtain American copyright, or to publish in the two countries almost simultaneously ». *Report of the Commission of 1878*, dans G. H. PUTNAM, *The Question of Copyright*, 2e éd., *op. cit.*, note 11, p. 272, para. 245.

[21] *An Act to Amend the Several Acts Respecting Copyright*, (1831) (É.-U.), *précité*, note 2. Cette loi est la première à employer le terme *Copyright* dans son intitulé. Elle vise essentiellement à étendre la durée de la protection à 28 ans, le double de la durée initiale, et ajoute à la liste des objets du droit d'auteur les œuvres musicales.

4971. Il prévoit que : « Nothing in this chapter shall be construed to prohibit the printing, publishing, importation, or sale of any book, map, chart, dramatic or musical composition, print, cut, engraving, or photograph, written, composed, or made by any person not a citizen of the United States nor resident therein »[22]. Il va sans dire que cet article, abrogé seulement en 1891[23], est l'expression politique flagrante de la priorité accordée à l'expansion du marché domestique, une illustration du protectionnisme de l'époque.

La cause - la reconnaissance des droits des auteurs anglais sur le sol américain n'est pourtant pas sans défenseurs aux États-Unis. Parmi eux, Henry Clay lui sera particulièrement dévoué. Le 2 février 1837, accompagné d'un rapport signé par lui-même, l'éminent éditeur Webster, Buchanan, Preston et Irving, il présente devant le Sénat une pétition signée par plusieurs écrivains et éditeurs américains[24], la première d'une longue série à laquelle se joindra bientôt un groupe hétérogène de femmes et d'hommes d'influence[25]. Cette initiative est suivie de la présentation le même mois du projet de loi no. 223. Réintroduit plusieurs fois devant le Sénat, il contient une disposition unique visant à étendre la protection de droit d'auteur aux auteurs britanniques et français. Voici le texte du projet 223, tel que présenté en première lecture devant le Sénat par le sénateur Henry Clay le 16 février 1837:

---

[22] *Revised Statutes of the United States of America, being the Act of July 8, 1870*, (É.-U.) dans E. S. DRONE, *The Law of Property in Intellectual Productions in Great Britain and the United States*, *op. cit.*, note 20, p. 698. Commentant l'effet de l'article 4971 sur les rapports diplomatiques anglo-américains de l'époque (1887), J. H. G. Bergne notera : « Under these conditions it is not surprising that the record of diplomatic negotiations for an International Copyright Convention between the two countries is one of monotonous failure. Great Britain has little direct inducement to offer, since under existing English law first publication by an American author in the United Kingdom, or simultaneous publication therein and in the United States, gives title to copyright throughout the British Empire ». J. H. G. BERGNE, « The International Copyright Union », (1887) 3 *L.Q.R.*. 14, p. 17. La loi anglaise de 1886 (*International Copyright Act*, (1886) 49 & 50 Vict. c. 33 (R.-U.)), transposant les principes dégagés lors de la première conférence de Berne pour la protection internationale des œuvres, permettait alors la protection des auteurs américains sur le sol britannique. L'*International Copyright Act* de 1886 ne reconduira pas l'exigence de la réciprocité parfaite qui était prévue à l'article 14 de la loi de 1844 (*International Copyright Act* de 1844, 7 & 8 Vict. c.12 (R.-U.)).

[23] Article 10, *Chace Act* (1891) (É.-U.), *précité*, note 11.

[24] William BRIGGS, *The Law of International Copyright*, Londres, Stevens & Haynes, 1906, pp. 78-79. Voir à ce sujet l'excellente présentation de Bowker, Richard Rogers BOWKER, *Copyright Its History and Its Law*, New York, Constable & Co., 1912, pp. 341-371 et Thorvald SOLBERG, « Copyright Law Reform », (1925-26) *Yale L. J.* 48, p. 72.

[25] L'éminent Putnam écrira que « Between 1837 and 1842 numerous petitions favoring International Copyright were presented to Congress, which were noteworthy as containing the signatures of nearly all the leading authors of the country », G. H. PUTNAM, *The Question of Copyright*, 2e éd., *op. cit.*, note 11, pp. 40-41.

> Be it enacted, That the provisions of the act to amend the several acts respecting copyrights, which was passed on the third day of February eighteen hundred and thirty-one, shall be extended to, and the benefits thereof may be enjoyed by, any subject or resident of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, or of France, in the same manner as if they were resident of the United States, upon depositing a printed copy of the title of the book or other work for which a copyright is desired, in the clerk's office of the district court of any district in the United States, and complying with the other requirements of the said act : provided That this act shall not apply to any of the work enumerated in the aforesaid act, which shall have been etched or engraved, or printed and published , prior to the passage of this act : And provided, also, That unless an edition of the work for which it is intended to secure the copyright, shall be printed and published in the United States simultaneously with its issue in the foreign, or within one month after depositing as aforesaid the title thereof in the clerk's office of the district court, the benefits of copyright hereby allowed shall not be enjoyed as to such work.[26]

Les efforts répétés de Henri Clay seront vains. Le projet est rejeté. Ses détracteurs manient fort bien les arguments économiques et diffusent habilement un message de crainte : l'*International Copyright* est présenté comme un empêchement à la reprise économique. Ces mots pèsent. L'Amérique des années 1837-1843 est en pleine crise financière. Fortement endettée auprès d'investisseurs étrangers, elle se recroqueville, s'écrase sous les cours plongeants des marchés boursiers. L'ampleur de cette crise n'aura pas d'équivalent avant 1929. Dans ce contexte, le protectionnisme l'emporte, l'étranger n'aura pas sa place dans le schéma législatif. Qui plus est, une telle protection aurait très certainement dû être négociée dans le cadre d'un accord de réciprocité, procédé d'usage à l'époque, ce qui présuppose que le gouvernement américain ait été ouvert aux pourparlers. Or, rien n'indique qu'il ait eu l'intention d'agir en ce sens.

---

[26]Reproduit avec le rapport du sénateur Clay l'accompagnant dans G. H. PUTNAM, *id.*, pp. 33-38. Ce projet fut présenté 5 fois : par Clay, les 17 décembre 1938, 6 janvier 1840 et 6 janvier 1842, par Robertson le 7 juillet 1838 et Tillinghast le 6 juin 1844. G. H. PUTNAM, *id.*, p. 40 et R. R. BOWKER, *Copyright Its History and Its Law*, *op. cit.*, note 24, pp. 346 et s.

En 1837, pour répondre aux demandes pressantes de Clay, P. H. Nicklin fait paraître ses *Remarks on Literary Property* dans lequel on peut y lire l'opinion alors très répandue que la protection des auteurs étrangers, sur une base de réciprocité ou autrement, mènerait l'industrie à la ruine et entraînerait, avec elle, de nombreuses pertes d'emplois :

> An immense amount of capital is employed in publishing books, in printing, in binding, in making paper and types, and stereotype plates, and printing presses, and binders' presses and their other tools ; in making leather and cloth, and thread, and glue, for binders ; in copper plates, in copyrights, and in buildings in which these various occupations are conducted. [...] It is probable that one-fourth of the business done by the publishers is in re-printing foreign books and this large portion of their business would be reduced perhaps as much as nine-tenths, certainly as much as three-fourths, if copyright be granted to foreign books.[27]

Le 25 juin 1838 le *Patent Committee* publie un rapport fortement inspiré des conclusions de Nickling, ce qui a pour effet d'augmenter le ressentiment négatif à l'endroit de l'*International Copyright*.

Mais l'histoire connaît une autre version. L'industrie américaine de l'édition, incluant les secteurs de la réimpression et de l'importation, aurait longtemps souffert de l'absence de réglementation. Même si des ententes donnent l'exclusivité à certains éditeurs américains, généralement les plus importants tels Carey & Lea ou Harper & Bros, celles-ci ne sont pas opposables aux concurrents. Pour ces derniers, les œuvres des auteurs étrangers demeurent libres de réimpression. Dans ces circonstances, les prix et la rapidité de mise en marché des réimpressions deviennent les seuls instruments d'éviction.

Pour obtenir les prix les plus bas, certains éditeurs se livrent à la pratique de *dumping* : l'Amérique découvre les excès du libéralisme économique. L'exemplaire est vendu à un prix défiant toute concurrence dans les pays où il est exporté. Dans tous les cas, la qualité

---

[27] Extraits rapportés par J. J. BARNES, *Authors, Publishers and Politicians - The Quest for an Anglo-American Copyright Agreement 1815-1854*, *op. cit.*, note 14, p. 67.

du papier et le travail d'édition sont souvent sacrifiés[28]. Par le jeux d'accords ou de fusions entre grands groupes industriels, une certaine forme de monopole est recréée[29]. Même si cette concentration permet de contourner la concurrence et les prix excessivement bas pratiqués par certains éditeurs cupides, la solution est temporaire et largement insatisfaisante. La situation est identique dans tous les nouveaux pays. C'est dans ce contexte qu'il faut, à notre avis, replacer notre critique de Nickling. Précisons que ce n'est qu'une partie de l'industrie de l'édition qui demandera l'intervention du législateur. Devant son immobilisme, c'est elle qui va être à l'origine de ce que l'on a appelé le *courtesy copyright*. Afin de pallier l'absence de force obligatoire des ententes d'exclusivité, les éditeurs américains les plus importants s'accordent pour respecter la priorité de la

---

[28] On notera encore ce commentaire de la Commission royale de 1878 : « The works of her authors and artists may be and generally are taken without leave by Americans publishers, sometimes mutilated, issued at cheap rates to a population of forty million, perhaps the most active readers in the world, and not seldom in forms objectionable to the feelings of the original authors or artist ». *Report of the Commission of 1878*, dans G. H. PUTNAM, *The Question of Copyright*, 2e éd., *op. cit.*, note 11, p. 270, para. 238.

[29] La *lex mercatoria* s'infiltre dès lors que la loi se retire ou est imprécise. Le *Courtesy copyright* est l'une des formes de cette auto-réglementation, mais elle n'est pas la seule. Hugh Amory, dans une étude intitulée « « De facto Copyright? » Fielding's Works in Partnership, 1769-1821 », explique la tentative des éditeurs londoniens d'instaurer un système d'actionnariat afin d'évincer du marché les contrefacteurs. Devant le rejet d'un droit d'auteur perpétuel, ils tentèrent de faire durer leurs prérogatives au-delà de la durée prévue à la loi de 1709 en créant un mécanisme d'association. Les droits étaient considérés comme des parts et conféraient à leurs titulaires certains avantages dont la réservation d'un nombre d'exemplaires équivalant à leur part dans l'association. L'auteur écrit qu'à compter de la décision *Donaldson* v. *Beckett*, qui rejette les théories perpétuitistes, « [...] an English author's « natural » right to his work was (in contrast to the *droits moraux* of his French brother) perpetual and unlimited only so long as he never published it. So much for *de jure* copyright, in the eyes of legal historians, who also pass quietly over circumstances that plaintiffs were well-peopled partnerships, for this in no way affects the legal point of the decision. In another perspective, however, the partnerships were in some sort reason for the suits, since perpetual property entails a corporate life. Since the seventeenth century, English booksellers had divided their copyrights into lots, and auctioned them off the trade sales. The resulting shares (confusingly known as « *copies* ») might be exchanged, assigned, bequeathed, or further subdivided, just like other intangible rights; and partners met from time to time to reprint their stock and for other matters common concern. Sharing copyright certainly meant that the partners had common interest in fixing price, as well as substantial power to smoother competition. [...] Millar v. Kincaid and Becket v. Donaldson undermined the economic rationale of these partnerships by depressing the value of the shares and requiring the partners to realize on their investment in a shorter period than they had expected. [...] Goldsmith, indeed, predicted that the trade's monopoly would survive the decision, and Pollard accepts this prophecy as historic fact: the « share-book system continued to exclude all but the leading lights of the London trade from the market for copyrights down to the first quarter of the nineteenth century. This monopoly in turn allowed somehow (Pollard is not entirely clear on the point) to control the retail trade, achieving, in the teeth of the law, « de facto copyright »». Hugh AMORY, « « De facto Copyright » ? Fielding's Works in Partnership, 1769-1821 », (1984) 17 *Eighteenth-Century Studies* 449, pp. 453-455. Hugh Amory semble cependant douter de l'efficacité, de l'existence de ce « de facto copyright » : « If there ever was anything like « de facto copyright », the leading booksellers were quite unaware of it », *id.*, p. 455.

distribution au premier d'entre eux qui publie un titre ou qui en annonce la parution[30]. Il s'agit ici de la reconnaissance volontaire par certains acteurs du commerce de l'exclusivité contractuelle accordée à un éditeur sur un livre nonobstant l'absence de protection légale. Cette forme d'auto-réglementation a un effet non négligeable jusque dans les années 1850. Elle stabilise pour un temps la concurrence et les prix. Voilà ce qu'écrira Barnes à ce propos :

> To claim this privilege a publisher had only to secure the first copy of the foreign work to reach American shores. This induced leading publishers like Carey & Lea to arrange the prompt dispatch of new books by an agent in London. Once such book reached America, publishers hastily decided which ones to reprint and announced their intentions in the press, expecting that by so doing their brethren of the trade would acknowledge this priority, and would not reprint copies themselves. It was understood that they would then place orders with those publishers who had been first in the market.[31]

Cette solution ingénieuse en vertu de laquelle certains auteurs anglais auraient reçu des paiements confortables procure encore d'autres avantages à l'éditeur. En particulier, les épreuves du livre à publier lui sont communiquées en exclusivité afin de faciliter le travail d'impression. La reconnaissance de ces règles non écrites ne peut être que la manifestation d'une volonté unilatérale de s'obliger, volonté rétractable à tout moment, une forme d'obligation naturelle. Autant dire que l'effet contraignant de ces règles est relativement faible. Les éditeurs qui ne les respectent pas risquent peu, sinon d'être mis à l'index du marché. L'indiscipline reprit rapidement. Le marché ne put résister aux méthodes sans

---

[30] Le rapport de la Commission royale de 1878 explique fort bien de quoi il s'agit : « American publishers were thus obliged to take steps for their own protection. This was effected by an arrangement among themselves. The terms of this understanding are that the trade generally will recognise the priority of right to republication of a British work as existing in the American publisher who can secure priority of issue in the United States. The priority may be secured either by arrangement with the author, or in any other way. The understanding, however, is not legally binding, and is rather a result of convenience and of a growing disposition to recognise the claims of British authors, than of actual agreement ». *Report of the Commission of 1878*, dans G. H. PUTNAM, *The Question of Copyright*, 2e éd., *op. cit.*, note 11, p. 270-271, para. 241. Également, W. BRIGGS, *The Law of International Copyright*, *op. cit.*, note 24, pp. 112-114. L'auteur Briggs distingue effectivement le *courtesy of the trade* que nous venons de décrire et à laquelle la citation précédente fait référence et *le courtesy copyright.*

[31] J. BARNES, *Authors, Publishers and Politicians - The Quest for an Anglo-American Copyright Agreement 1815-1854, op. cit., note14* , pp. 84-85.

cesse renouvelées des éditeurs sans scrupules qui ignorent les règles du *courtesy copyright*. Ladas résume ainsi cette période de l'histoire du droit d'auteur américain :

> The so-called « courtesy copyright » among American publishers, protecting the first American reprinter, did not last long. Competition ensued, as in Belgium, with bad print, at cheap price [...]. For this reason, the most important publishers in America took their place at the head of the movement to secure protection to foreign authors. The were joined by those American authors who could not find a publisher or a market for their book due to the disastrous prices of cheap reprints. This movement, which started with Henry Clay's report of February 6, 1837, did not achieve success until 1891, when, after a tremendous amount of educational work and strong pressure by publishers of American books and of American authors, the Chace Act was passed.[32]

Ainsi donc, les États-Unis furent longtemps réfractaires à la signature d'une convention internationale - et ne signeront la Convention de Berne qu'en 1989[33]. Dans l'intervalle et après plusieurs démarches infructueuses, aussi bien parlementaires que diplomatiques, les États-Unis adoptent en 1891 le *Chace Act*[34]. C'est en vertu de ce texte que certains accords bilatéraux seront conclus, notamment avec la France, le Royaume-Uni, la Belgique, la Suisse et l'Italie. Les auteurs de ces pays vont ainsi bénéficier, en principe, d'une certaine protection aux États-Unis. En principe seulement car la protection accordée par la nouvelle loi est conditionnelle à la première publication (ou première publication simultanée), à la composition (typesetting) aux États-Unis[35], au paiement des frais d'enregistrement et,

---

[32] Stephen P. LADAS, *The International Protection of Literary and Artistic Property*, Vol. I, New York, The Macmillan Company, 1938, pp. 26-27. Également, Harry G. HENN, « The Quest For International Copyright Protection », (1953-54) 39 *Cornell L. Q.* 43.

[33] Voir notamment David NIMMER, « The Impact of Berne on United States Copyright », (1989) 8 *Cardozo Arts & Entertainment L. J.* 26.

[34] *Précité*, note 11. Pour l'historique des campagnes pour la défense des droits des étrangers menées jusqu'en 1891 par, entre autres, Clay, puis Putnam, Webster, Prime, Bryant, Curtis, Baldwin, Lowell, voir G. H. PUTNAM, *The Question of Copyright*, 2e éd., *op. cit.*, note 11, pp. 40- 63 et R. R. BOWKER, *Copyright Its History and Its Law*, *op. cit.*, note 24, pp. 346 et s.

[35] Putnam relève que cette exigence a été introduite à la demande des syndicats de typographes et acceptée aussi bien par les auteurs que par les éditeurs afin de faciliter l'adoption de la loi. Il écrit : « [...] [T]he Typographical Union insisted that a provision for American type-setting was essential for their trade interests, and that unless such a provision were inserted they would be under the necessity of opposing the bill. It was the opinion of Senator Chace, and others of the congressional friends of copyright, that the cooperation of the unions would be very important, while their influence against the bill in committee and through their friends

finalement, à la réciprocité. De plus, jusqu'en 1905, seule la traduction anglaise des œuvres étrangères est éligible à la protection aux États-Unis[36]. Nous y reviendrons. La protection accordée aux étrangers par la loi de 1891 s'avère donc en pratique souvent illusoire[37].

Voilà donc introduite la problématique que les juristes ont appelée la question de l'*International Copyright*[38]: l'absence de protection extra-nationale dans un marché international. Plus que les lois ou les accords internationaux, c'est la langue qui dessine les contours de ce marché. Le marché des œuvres de langue anglaise portera donc le sujet de l'*International copyright* jusque dans les relations de l'Empire britannique avec ses colonies. Bien évidemment, le marché des œuvres de langue française subira les mêmes maux.

---

in the House would probably be sufficiently powerful to prevent its passage, at least at any early date. It was, therefore, decided by the authors and publishers of the two leagues to meet the views of the typographers on this point, [...] ». G. H. PUTNAM, *id.*, p. 52. Briggs notera également que : « When the Chace Act was under discussion, a special « Manufacturing Clause » making copyright dependent upon type-setting within the States, was inserted with the very object of securing the interests of the American printing industry, by preventing the foreign author from following the natural and convenient course of having his work set up in type in his own country, and sending the new work to the United States, in moulds, stereos, electros, or quires, for first (or simultaneous) publication. [...]. The foreign author is also required to fulfil all the other conditions of the American law, such as registration, deposit of copies, and notice of copyright ». W. BRIGGS, *The Law of International Copyright, op. cit.*, note 24, p. 642.

[36] Article 4956, *Chace Act* (1891) (É.-U.), *précité*, note 11, p. 1108 : « [...] Provided, Nevertheless, That in the case of books in foreign languages, of which only translations in English are copyrighted, the prohibition of importation shall apply only to the translation of the same, and the importation of the books in the original language shall be permitted ». Briggs écrira encore que: « [...] an Act of 3rd March, 1905, has now enabled authors of foreign works in a foreign language to obtain copyright upon complying with the necessary conditions within twelve months ». W. BRIGGS, *The Law of International Copyright, op. cit.*, note 24, p. 641.

[37] W. BRIGGS, *id.*, pp. 78-80 et 640 à 645. Putnam, dans la préface de la seconde édition de son ouvrage sur la question internationale du droit d'auteur se rendra à la même conclusion: « The most serious and most legitimate criticisms of the law have come from the authors of France, Germany, and Italy, who have found that, under the requirements of American manufacture and of simultaneous publication, the difficulties were almost insuperable in the way of securing American copyright for books which required to be translated before they were available for American readers », G. H. PUTNAM, *The Question of Copyright*, 2e éd., *op. cit.*, note 11, pp. v-vi. Voir également, T. E. SCRUTTON, « English Authors and American Copyright », (1888) 15 *L.Q.R.* 345.

[38] L'expression est consacrée dans de nombreux manuels de droit américain. L'auteur Rothenberg écrivait en 1960, dans l'introduction de son chapitre consacré à ce sujet: « International copyright, for the purpose of this book, deals with the foreign rights of Americans and the American rights of foreigners ». Stanley ROTHENBERG, *Legal Protection of Literature, Art, and Music*, New York, Clark Boardman, 1960, p. 140. Voir plus généralement, Georges JOSEPH, « Charles Dickens, International Copyright, and the Discretionary Silence of Martin Chuzzlewit », (1992) 10 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 535 et N. N. FELTES, « International Copyright: Structuring « The Condition of Modernity » in British Publishing », (1992) 10 *Cardozo Arts & Ent. L. J.* 523.

b) Une France prosélyte?

La France a peut-être hérité de « ce génie particulier » de faire des lois et d'être « la terre privilégiée du Droit »[39], il reste que les lois de 1791 et de 1793 ne contiennent rien qui touche de près ou de loin à la dimension internationale du droit d'auteur. La loi de 1793, votée par la Convention Nationale, ne se soucie guère du sort des auteurs étrangers et ne règle certainement pas la question de la circulation, en France, d'ouvrages contrefaits. L'article premier énonce sur un ton déclamatoire que « [l]es auteurs d'écrits en tout genre, [...] jouiront durant leur vie entière du droit exclusif de vendre, faire vendre, distribuer leurs ouvrages dans le territoire de la république et d'en céder la propriété en tout ou en partie »[40]. Nulle part ne considère-t-on le sort des livres imprimés à l'étranger. Les lois révolutionnaires sont, nous l'avons déjà dit, de constitution largement insuffisante et ont vocation à s'appliquer au territoire français seulement. La France est pourtant un pays phare en matière de production intellectuelle. Son patrimoine rayonne bien au-delà de ses frontières, ce qui lui vaut d'être bien souvent exploité à l'étranger sans autorisation. Sa conservation est en tout cas une préoccupation majeure.

On comprendra naturellement que la France du XIX^{ième} siècle se situe dans une position diamétralement opposée à celle dans laquelle se trouvent les Amériques. Pays *producteur* et non *importateur* comme ces derniers, elle tente d'endiguer la contrefaçon de ses œuvres à l'étranger, notamment en Belgique et en Hollande[41]. Il s'agit à la fois d'éteindre les foyers de la piraterie, mais également de protéger les éditeurs contre l'introduction d'ouvrages contrefaisants dans son territoire. Dupont parlera de la contrefaçon qui sévit à l'époque comme d'une « plaie honteuse » :

---

[39] Propos de M. SACASE, président de l'Académie dans son rapport sur le concours relatif au prix de *Son Excellence Monsieur le Ministre de l'Instruction public*, Séance publique du 11 avril 1869, Fête de Cujas, (1868) 17 *R.A.L.T.* 460, p. 500.

[40] Loi du 19-24 juillet 1793, *relative aux droits de propriété des auteurs d'écrits en tout genre, des compositeurs de musique, des peintres et des dessinateurs.*

[41] Il faut également ajouter ici l'Allemagne. Ces pays se spécialisent en réimpressions de tout genre et de toutes langues. Selon Briggs, « Holland and Germany, the nurseries of the printing trade, led the way in this piratical industry; and other countries were not slow to follow. Belgium in the eighteenth century has been described as a veritable hotbed of infringement ». W. BRIGGS, *The Law of International Copyright*, *op. cit.*, note 24, p. 39.

> Si le gouvernement, comme tout le fait présumer, parvient à fermer pour jamais cette plaie honteuse de la contrefaçon, ce sera un immense service qu'il aura rendu au pays tout entier; car le nombre de volumes que la contrefaçon répand en Europe aux dépens de nos éditeurs est, dit-on, cinq fois plus grand que celui des éditions originales.[42]

Chose singulière, la loi française s'appliquant à l'hexagone seulement, c'est en repoussant ses frontières et par des faits d'armes, que la France a d'abord tenté de refermer la plaie. La Belgique et la Hollande, qui se partagent alors le titre de haut lieu de la piraterie littéraire, seront en effet annexées à la France. Pour la Belgique, la conclusion en 1801 du Traité de Lunéville donne une première chance aux éditeurs français de contenir les presses belges. Jusque là, les réimpressions d'ouvrages français en Belgique étaient hors d'atteinte de la loi française, mais étaient faites en parfaite conformité aux lois alors en vigueur en Belgique[43].

Après l'annexion de la Belgique, les espoirs des éditeurs français ne seront qu'en partie assouvis. L'industrie de la réimpression est certes devenue illégale, mais les ouvrages détenus par les éditeurs belges dans leurs inventaires au moment de l'annexion ne peuvent être traités comme des ouvrages contrefaisants à moins d'une loi spéciale. Le principe de non-rétroactivité des lois françaises s'y oppose catégoriquement[44]. Un Avis du Conseil de 1807 sur l'exécution de la loi du 19 juillet 1793, concernant les droits de propriété littéraire,

---

[42] Paul DUPONT, *Histoire de l'imprimerie*, Vol. I, Paris, 1854, réimpression Westmead, Farnborough, Hants, Gregg International Publishers, 1971, pp. 389-390.

[43] Dupont écrira que « Malgré la loi du 19 juillet 1793 et le décret du 5 février 1810, la contrefaçon, tant à l'intérieur qu'à l'étranger, était restée le fléau aussi bien des auteurs que des librairies françaises. Elle avait pris, en 1837, des proportions vraiment effrayantes. [...] Malgré les efforts des librairies pour se garantir des effets de cette piraterie odieuse, dont la Belgique fut le principal théâtre, leurs intérêts continuèrent à en souffrir, et, plus que jamais, ils en sentirent le préjudice, pendant les cinq ou six années qui précédèrent la chute du trône de Louis-Philippe ». *Id.*, pp. 337 et 338. Cette situation cessa en 1886 par l'adoption d'une nouvelle loi contenant dans son article 38 la proposition suivante : « Les étrangers jouissent en Belgique des droits garantis par la présente loi, sans que la durée de ceux-ci puisse, en ce qui les concerne, excéder la durée fixée par la loi belge. Toutefois, s'ils viennent à expirer plus tôt dans leur pays, ils cesseront au même moment en Belgique ». Voir, « Rapport de M. DIFFRE au sujet de divers opuscules de Maurice Benoidt en hommage à l'Académie de législation », (1888-1889) 37 *R.A.L.T.* 247, p. 265.

[44] Cependant, la Cour de cassation, dans un arrêt *Vahlen*, semble adopter une position contraire. Elle conclut, en effet, que la loi de 1793 est applicable au libraire belge qui, avant la réunion de la Belgique à la France, avait imprimé des ouvrages français sans autorisation de l'auteur lorsque, postérieurement à la réunion, il expose pour vendre ces ouvrages contrefaits. *Vahlen* c. *Guillaume*, Cour de cassation, Sect. crim., 29 frim. An 14, Recueil Sirey, An III à 1808, Vol. 2, I, p. 197.

rend compte de cette difficulté juridique et demande que le législateur intervienne afin de préciser la protection des éditeurs français et notamment :

> 1 - Que les libraires de la Belgique ne peuvent, sous aucun prétexte, débiter les éditions dont il s'agit sur le territoire de l'ancienne France.
> 2 - Qu'il est très difficile d'accorder aux libraires belges la faculté de débiter même leurs éditions dans les départements qui composaient l'ancienne Belgique; car ce serait non seulement une restriction, mais une sorte d'anéantissement des droits que nos lois assurent en France aux propriétaires des ouvrages français; car les éditions faites par ces derniers ne supporteraient jamais la concurrence des réimpressions faites à beaucoup moins de frais par les libraires étrangers [...].[45]

L'Avis de 1807 propose de soumettre les libraires belges à l'interdiction d'imprimer ou *vendre*, sans l'accord du titulaire des droits, les ouvrages d'auteurs français dans les limites géographiques de la nouvelle France, désormais composée de ses quelque 130 départements. Eut-il été suivi, seule l'impression d'ouvrages français pour l'exportation aurait été permis. Les exemplaires destinés à l'exportation auraient porté un sceau officiel certifiant leur destination. Le Conseil d'État répondra par une fin de non-recevoir et déclinera toute demande de modification de la loi de 1793 pour prendre en compte cette nouvelle réalité géopolitique. Le Conseil s'en remet aux tribunaux : Le Conseil « est d'avis qu'il n'y a pas lieu de modifier aucune disposition de la loi, et que c'est aux tribunaux chargés de son application à apprécier les circonstances particulières et les cas divers, et à prononcer en conséquence »[46]. La question de la contrefaçon belge est ravivée à la chute de l'Empire, la loi Belge de 1817 assujettissant la protection d'une œuvre à la première publication de celle-ci en Belgique[47]. Les œuvres françaises vont donc continuer d'être

---

[45] A. C. RENOUARD, *Traité des droits d'auteur*, Vol. I, *op. cit.*, note 12, pp. 358-360.
[46] *Id.*, 361.
[47] BRIGGS emprunte à Darras l'analyse suivante eu égard à la magnitude de la contrefaçon belge : « The extent to which the trade in foreign reprints was at one time carried on was enormous. The Belgian pirate companies formed between 1834 and 1838 employed fourteen million francs in typefounding, printing, and paper-making. In 1840 the catalogue of Méline, a Belgian bookseller, embraced 1290 works, seveneighths of which were piracies of French works [...]». W. BRIGGS, *The Law of International Copyright*, *op. cit.*, note 24, p. 42. Alcide DARRAS, *Du droit des auteurs et des artistes dans les rapports internationaux*, Paris, Arthur Rousseau, 1887, p. 140 et s.

copiées et réimportées en France par des réseaux de passeurs professionnels. La contrefaçon cessa seulement en 1852, date à laquelle un arrangement fut trouvé entre la France et la Belgique pour mettre fin à ce commerce[48].

Quant à la Hollande, autre possession française jusqu'en 1813, le décret impérial du 29 décembre 1811 - l'année où Amsterdam fut proclamée troisième capitale française - prévoit que les ouvrages qui y seront imprimés après le 1er mars 1812 seront considérés comme des contrefaçons[49]. Voilà qui met ainsi un terme aux activités de réimpression. Fort de l'expérience belge, le décret prévoit cette fois le sort des ouvrages édités légalement en Hollande, c'est-à-dire ceux imprimés antérieurement au 1er janvier 1811. Ils sont dits non contrefaisants, mais le décret oblige l'éditeur hollandais à remettre le douzième des ouvrages aux propriétaires français[50]. L'autorisation du titulaire est donc nécessaire pour

---

[48] W. BRIGGS, *The Law of International Copyright*, *op. cit.*, note 24, p. 52. S. P. LADAS, *The International Protection of Literary and Artistic Property*, *op. cit.*, note 32, pp. 24-25. Ladas note que même après la ratification du traité de 1852 signé entre la France et la Belgique afin de mettre un terme à la piraterie de livres d'auteurs français, les conditions et formalités pour sa mise en œuvre n'offraient qu'une protection limitée.

[49] Décret impérial du 29 décembre 1811 relatif aux éditions d'ouvrages imprimés en France, faites en Hollande avant le 1er janvier 1811. Rapporté dans A. C. RENOUARD, *Traité des droits d'auteur*, Vol. I, *op. cit.*, note 12, pp. 400-406. A. DARRAS, *Du droit des auteurs et des artistes dans les rapports internationaux*, *op. cit.*, note 47, pp. 148-149.

[50] Les articles 1 et 4 du décret se lisent ainsi : « Article premier - Les éditions antérieures au 1er janvier 1811, faites en Hollande, d'ouvrages imprimés en France antérieurement à la même époque, et faisant partie de la propriété littéraire privée, ne pourront être considérées comme des contrefaçons, lorsqu'elles auront été estampillées avant le 1er mars prochain », « Article 4 - les libraires seront tenus de payer aux auteurs ou propriétaires le douzième de la totalité des exemplaires, déclarés par eux, existant actuellement dans leurs magasins ou à leur disposition; et cela tous les six mois, dans la proportion des ventes qu'ils feront, et qui se seront évaluées par le nombre d'exemplaires qui leur resteront et qu'ils représenterons », (*Id.*, p. 406). Le Ministre de l'intérieur de l'époque, Montivet, fera référence à la Belgique lors de la présentation du décret: « Après la réunion de la Belgique, il se trouva que les imprimeurs de ce pays avaient imprimé, sous la garantie de leurs anciennes lois, des ouvrages d'auteurs français encore vivants, ou dont la propriété n'était pas éteinte, et que des exemplaires de ces éditions existaient encore dans leurs magasins. Ces éditions étaient bien des contrefaçons relativement à la France; mais elles n'étaient pas des délits, puisqu'elles n'avaient pas été faites en contravention aux lois. Il suit de là qu'on n'aurait dû ni les saisir, ni poursuivre leurs auteurs, ni, en un mot, leur appliquer la disposition de nos lois concernant les contrefaçons faites en France ou sous l'empire des lois françaises. D'un autre côté, on ne pouvait les laisser se répandre en France, sans courir le risque de les voir se multiplier tous les jours; car, quel moyen de distinguer les éditions faites antérieurement à la réunion, de celles qui auraient été faites après ? Dans l'impossibilité de prendre, à cet égard, des mesures plus sages, quelques imprimeurs français commencèrent à requérir des visites et par faire opérer des saisies. De là naquirent des discussions, des procès, des frais et des inquiétudes pour les imprimeurs poursuivis, et, ce qu'il faut compter pour beaucoup, la perte de leur temps et une interruption notable dans la suite de leurs affaires. [...] Le directeur général de l'imprimerie craint que les mêmes discussions ne se renouvellent en Hollande au 1er janvier prochain [...]. Il y a deux objets à remplir: l'un, de mettre les libraires de Hollande à l'abri des

toute reproduction ultérieure. Naturellement, tout comme pour la Belgique, la question de la contrefaçon renaît après la chute de l'Empire. Les *avantages* de l'annexion y prendront fin en 1813. Il faudra également attendre la signature en 1855 d'un traité de réciprocité avec les Pays-Bas pour que la situation des auteurs français se trouve améliorée[51].

En 1810, le code pénal français avait également subi des modifications afin d'y intégrer l'infraction spécifique de débit d'ouvrages contrefaits[52], une autre démonstration que le droit d'auteur français traite également de l'exemplaire lui-même. En vertu des articles 426 et 427, constitue désormais un délit punissable d'une amende l'introduction sur le sol français « d'ouvrages qui, après avoir été imprimés en France, ont été contrefaits chez l'étranger » (article 426). L'article 427 vient préciser les sanctions qui assortissent le délit et les personnes qui sont susceptibles d'être condamnées en raison de leur participation à l'infraction :

> La peine contre le contrefacteur, ou contre l'introducteur, sera une amende de cent francs au moins et de deux mille francs au plus; et contre le débitant, une amende de vingt-cinq francs au moins et de cinq cents francs au plus.
>
> La confiscation de l'édition contrefaite sera prononcée tant contre le contrefacteur que contre l'introducteur et le débitant.
>
> Les planches, moules ou matrices des objets contrefaits seront aussi confisqués.

En fin de compte, ainsi que l'écriront les professeurs H.-J. et A. Lucas, le législateur français en ce début de XIX^{ième} siècle se souciera donc moins de la protection des auteurs étrangers que de réprimer l'importation d'ouvrages contrefaits à l'étranger[53].

Nous devons mentionner deux textes qui ont été présentés comme la manifestation d'une ouverture vers l'assimilation des auteurs étrangers aux nationaux. C'est d'abord dans un

---

poursuites des auteurs et libraires français, dont ils auraient imprimé les ouvrages; l'autre d'assurer les droits des auteurs et libraires français » (*Id.*, pp. 400-401).

[51] W. BRIGGS, *The Law of International Copyright*, *op. cit.*, note 24, pp. 51 et 125.

[52] E. POUILLET, *Traité de la propriété littéraire et artistique, op. cit.*, note 3, pp. 479-481.

[53] A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2^{e} éd., *op. cit.*, note 9, p. 717-718.

décret de 1810 concernant la cession des droits que l'on a cru apercevoir le principe[54]. L'article qui nous intéresse, l'article 40, n'en formule pourtant aucun. Sa rédaction est bien laconique. La référence aux auteurs étrangers aurait suffi à délier les interprétations :

> Les auteurs, soit nationaux, soit étrangers, de tout ouvrage imprimé ou gravé, peuvent céder leur droit à un imprimeur ou libraire, ou à toute autre personne qui est alors substituée en leur lieu et place [...] (nos italiques).[55]

Cette disposition énonce « clairement »[56], selon certains commentateurs, le principe de l'assimilation. Renouard ira plus loin. Il commente ainsi les largesses dont le législateur semble alors faire preuve: « C'est une disposition libérale et prévoyante que celle par laquelle le décret de 1810 confère aux étrangers les mêmes droits qu'aux français, pour les ouvrages dont la première publication a lieu en France. Cette assimilation, digne d'un pays hospitalier, est favorable à notre industrie, à nos relations sociales, à la propagation de notre langue, à l'éclat de notre littérature »[57]. Nous nous plions à cet avis, mais sommes loin d'en reconnaître le caractère indubitable[58]. Le décret de 1810 laisse en tout cas de nombreuses zones d'incertitudes dont celle de la protection en France des ouvrages publiés d'abord à l'étranger. Sur cette grave question, Renouard notera que « la loi se tait et la jurisprudence se divise »[59]. Il semble cependant que la jurisprudence dominante refuse de reconnaître un

---

[54] *Id.*, p. 718, note 7 : « L'objet particulier - la cession des droits - n'a jamais été considéré comme une limite par une jurisprudence pourtant peu suspecte de complaisance à l'égard du nouveau principe ». Voir également, pour une opinion concordante, A. C. RENOUARD, *Traité des droits d'auteur*, Vol. II, *op. cit.*, note 12, pp. 178, 205 et 206.

[55] *Id.*, Vol. I, p. 391. Dans ce sens également mais précisant qu'avant 1810 la solution est rarement acceptée par la jurisprudence, A. DARRAS, *Du droit des auteurs et des artistes dans les rapports internationaux*, *op. cit.*, note 47, p. 225 et s. Darras plus loin reconnaît toutefois que la résistance des tribunaux survivra au décret de 1810 : « Quoi qu'il en fût de l'interprétation proposée, les tribunaux français continuèrent à refuser aux étrangers cette large protection inscrite dans nos lois. On ne protégeait que les étrangers qui avaient publié leurs œuvres en France. Il fallait une véritable publication. L'impression du livre ne suffisait pas, il fallait la faire suivre en France de la publication habituelle et de la mise en vente », *id.*, p. 231.

[56] A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2e éd., *op. cit.*, note 9, p. 718.

[57] C. RENOUARD, *Traité des droits d'auteur*, Vol. II, *op. cit.*, note 12, p. 206.

[58] Notamment parce que le projet initial du décret du 13 janvier 1810 comportait un troisième article qui ne fut pas retenu en dernière lecture et qui, à notre avis, posait de manière plus convaincante le principe de l'assimilation. « L'individu qui aura fait le premier sa déclaration pour la traduction ou publication d'un ouvrage imprimé et publié à l'étranger, jouira en France des droits d'auteur ». Cité dans A. C. RENOUARD, *Traité des droits d'auteur*, Vol. II, *op. cit.*, note 12, p. 206.

[59] *Id.*, Vol. II, p. 173.

droit aux auteurs étrangers si les deux conditions cumulées, celle du dépôt et de première publication en France, ne sont pas respectées.

Loin d'être généreuse, la France adopte tout comme l'Angleterre une attitude plutôt nationaliste réservant aux citoyens français le bénéfice de ses lois[60]. Les tribunaux concluront généralement que l'intention du législateur n'est pas de donner aux auteurs étrangers les privilèges dont jouissent les Français à moins qu'ils ne remplissent les exigences légales précitées (exigences qui favorisent la production des exemplaires d'œuvres étrangères en France et donc l'industrie française). Cette position est clairement rappelée dans une décision de la Cour royale de Paris de 1828 au sujet de la protection en France d'œuvres musicales non déposées:

> Considérant que de l'économie des lois sur la contrefaçon d'œuvres musicales, il résulte que tout auteur ou éditeur qui met au jour, c'est-à-dire publie pour la première fois en France un ouvrage en accomplissant les formalités du dépôt, assure à lui et à ses ayants-cause la propriété exclusive dudit ouvrage pour le temps déterminé par ces lois; que, dès-lors, si l'auteur ou ses ayants-cause ont publié un ouvrage sans accomplir la formalité du dépôt, ou non fait cette publication qu'après que d'autres l'avaient déjà faite en France sur les

[60] Dans un arrêt mettant en cause la protection d'une œuvre composée par un auteur britannique, M. Cramer, mais non publiée en Angleterre, la Cour de cassation accorde le bénéfice de la loi au cessionnaire français de l'œuvre anglaise. La Cour décide : «[...] mais de ce que le sieur Cramer n'aurait pas pu, en sa qualité d'étranger, réclamer l'exécution des lois françaises, contre les usurpateurs de sa propriété, s'ensuit-il que les lois françaises doivent refuser leur protection aux français à qui sa propriété a été transmise par le traité qu'il a fait avec eux ? Non : car l'obstacle qui s'opposerait dans sa personne à ce qu'il réclamât en France l'autorité des tribunaux, n'existe plus dans la personne de ses cessionnaires : ses cessionnaires, par cela seul qu'ils sont à la fois propriétaires par l'effet de sa cession, et Français, réunissent dans leurs personnes tout ce qu'il faut pour que les lois françaises protègent leur propriété ». *Pieber* c. *Erard*, Cour de cassation, Sect. crim., 26 mars 1810, Recueil Sirey, 1809-1811, Vol. 3, I, p. 167. On mentionnera également, au sujet des effets de la citoyenneté, la solution de l'arrêt de cassation *Chaumerot*. Selon cet arrêt, l'auteur français ne renonce pas à l'exercice de son droit d'auteur en France du seul fait qu'il a procédé à une première publication à l'étranger. La réimpression de cette œuvre en France, par une personne autre que l'auteur, constitue une contrefaçon dès lors que l'auteur français a rempli les formalités prescrites par la loi. Il faut noter que les parties à l'action s'entendent pour dire que les ouvrages imprimés à l'étranger sont du domaine public en France. Le litige porte donc uniquement sur la question de savoir si cette règle s'applique à l'auteur français. La Cour refusera d'assimiler l'auteur français à l'auteur étranger et le maintient dans ses droits. Elle confirme ainsi l'exception, exception qui ne peut avoir d'autre justification que l'état civil de l'auteur. *Chaumerot* c. *Michaud*, Cour de cassation, Sect. crim., 30 janvier 1818, Recueil Sirey, 1809-1811, Vol. 5, p. 415. Après avoir examiné la jurisprudence française Renouard conclut qu'un « ouvrage imprimé à l'étranger, sans l'avoir été en France, peut devenir, en France, l'objet d'un privilège si l'auteur est français, mais ne le peut pas si l'auteur est étranger ». A. C. RENOUARD, *Traité des droits d'auteur*, Vol. II, *op. cit.*, note 12, p. 176.

> éditions déjà imprimées ou gravées à l'étranger, ledit éditeur ou ses ayant-cause ne se trouvent pas dans les conditions prévues par les lois pour l'obtention du privilège qu'elle concède, et ne peuvent plus se ressaisir d'un droit qu'ils ont négligé d'acquérir ou de conserver, à moins qu'avant toute publication faite par un éditeur, ils n'aient accompli la formalité du dépôt qu'ils n'avaient pas remplie.[61]

La formalité du dépôt semble être une condition incontournable pour agir[62], alors que celle de publication est un prérequis essentiel à l'existence du droit. La même cour énoncera en 1832 que les ouvrages d'abord publiés à l'étranger sont dévolus en France au domaine public. La Cour conclut que:

> Attendu que si Giraldon-Bovinet a acquis la propriété des sujets poursuivis, il a perdu le privilège privatif de leur publication en éditant les mêmes sujets en pays étrangers, ce qui les a mis dans le domaine public et a autorisé les prévenus à les faire graver et à les vendre à leur profit; que le dépôt postérieur à ces publications n'a pu avoir pour résultat d'anéantir les conséquences de ces faits ; [...][63]

Ce repli n'empêche pas une certaine doctrine de maintenir une interprétation libérale et d'abonder dans le sens de la protection, en France, des auteurs étrangers même si elle n'est pas le pays de la première publication. Pour cela, on avance l'idée intéressante qu'il ne peut y avoir de déchéance des droits puisque les faits survenus à l'étranger sont inexistants aux yeux de la loi française, rendant ainsi vaine toute discussion sur la première publication à

---

[61] Citée dans A. C. RENOUARD, *Id.*, p. 175, note 1.

[62] *Chapsal et Noël* c. *Simon*, Cour de cassation, Ch. crim., 30 juin 1832, *Recueil Sirey*, 1832, I, 634. Cependant, en sens contraire, *Terry* c. *Marchand*, Cour de cassation, Ch. Crim., 1er mars 1834, Receuil Sirey, 1834, I, p. 65. Précisons que dans cette dernière affaire l'auteur avait effectué le dépôt à la Direction de la librairie alors que la loi précisait qu'il devait être fait à la Bibliothèque nationale. La Cour refuse de voir dans ce vice de procédure une cause de déchéance.

[63] Voir A. C. RENOUARD, *Traité des droits d'auteur*, Vol. II, *op. cit.*, note 12, p. 175, note 2. La solution est encore confirmée dans une décision de 1853. Déboutant la veuve d'Escriche Ortega, auteur du *Dictionnaire raisonné de législation espagnole* imprimé par Dupont en 1831 mais jamais publié en France, la Cour de Paris, saisie d'une action récursoire en contrefaçon, conclut que : « [...] en déposant, en 1850, des exemplaires d'un livre qui n'a jamais été mis au jour en France, la veuve Escriche n'a pu créer à son profit une propriété dont la cause n'existe pas ; qu'elle n'a pu davantage porter atteinte au droit qui, jusqu'au traité fait avec l'Espagne, appartenait aux libraires français, de reproduire les ouvrages édités en pays étranger ; [...] ». *Dame Escriche* c. *Bouret, Rosa et autres*, Cour de Paris, 22 novembre 1853, *Journal du Pal.*, 1854, Tome 62, 174, p. 176.

l'étranger[64]. Renouard ne sera pas de cette opinion. Pour ce qui est des auteurs étrangers qui procèdent à une première publication de leurs ouvrages à l'étranger, il reconnaît que le législateur français est face à une difficile question de droit international pour laquelle la réciprocité semble être la solution incontournable. « La France ne peut se condamner, dira t-il, à ne fabriquer les livres étrangers que grevés du renchérissement que la rétribution payée à l'auteur ferait peser sur chaque exemplaire, tandis que l'étranger fabriquerait les livres français avec affranchissement de cette rétribution. Une telle largesse nationale ne pourrait dériver que d'un texte formel de loi; jusque-là, comme les privilèges garantis aux auteurs sont des stipulations du droit civil, il faut s'en tenir à l'application du principe qui ne permet pas d'étendre d'un pays à l'autre le bénéfice de pareilles concessions »[65]. La situation des auteurs étrangers est donc bien incertaine.

Enfin, le décret du 28 et 30 mars 1852, rendu sous le second Empire, assimile la contrefaçon des ouvrages publiés à l'étranger à celle des ouvrages français. Il a donc pour objet de sanctionner pénalement les actes d'importation en France d'ouvrages contrefaits ailleurs. Selon les professeurs A. et H.-J Lucas, le législateur français a voulu ainsi « répondre à la résistance de la jurisprudence en élargissant le domaine de la protection internationale du droit d'auteur sur le terrain pénal »[66]. La jurisprudence persistera malgré tout dans son élan nationaliste, limitant considérablement le champ d'application du décret de 1852. Tout comme le décret de 1810, il s'agit d'un texte spécial dont l'intention n'est peut-être pas aussi claire au regard du droit international privé, car il vise plutôt l'importation des œuvres. En ce sens, il s'agit bien moins de la reconnaissance du principe d'assimilation que de la création d'un délit spécial[67].

---

[64] A. C. RENOUARD, Vol. II, *Id.*, p. 177.

[65] *Id.*, Vol. II, p. 177. Et Renouard continue : « Je me garderais de blâmer la loi qui ferait respecter en France le privilège de Walter Scott ou de Byron, de Schiller ou de Goethe, mais je dis que, sous notre législation, telle qu'elle existe, les productions de ces auteurs appartiennent, en France, au domaine public ; et que cette interprétation est conforme à l'usage universel et de la France et de tous les autres pays. Si les ouvrages étrangers sont du domaine public en France, ainsi que les publications françaises sont du domaine public à l'étranger, je n'aperçois pas sur quels motifs on ferait reposer une exception en faveur du Français qui s'est fait étranger, en publiant, hors de France la première édition de son ouvrage ». *Id.*, p. 177.

[66] A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2e éd., *op. cit.*, note 9, p. 719.

[67] Jean-Sylvestre BERGÉ, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 174. Briggs écrira encore que « The principle adopted by France and Belgium in 1852 an 1886 respectively is not that of the complete assimilation of the rights of foreigners to those of natives ». W. BRIGGS, *The Law of International Copyright*, *op. cit.*, note 24, p. 108.

Il est temps de répondre à la question que nous avions posée en titre de la présente section. La France est-elle prosélyte? On doit répondre par la négative. Le droit commun français sera loin d'être favorable aux étrangers et fera même montre d'une certaine rigueur afin d'inciter les États concernés à trouver une solution sur le terrain du droit conventionnel et à se rappeler la règle de « l'œcuménisme des droits d'auteur »[68].

Voyons maintenant la situation du droit canadien.

c) L'exemple d'une industrie asservie: le Canada

La proximité du Canada avec les États-Unis, pays où le droit d'auteur des non-citoyens est inexistant, inquiète particulièrement l'Angleterre et les représentants de la couronne au Canada. Le marché américain, malgré la crise économique de 1837, laisse présager de sa puissance et diffuse déjà un volume important de littérature anglaise et étrangère, notamment en distribuant les œuvres britanniques sous forme d'édition bon marché ou en les reproduisant dans des journaux. Cette distribution sera continentale et placera donc le Canada au cœur des discussions relatives au droit d'auteur colonial. Le Canada devient, pour reprendre les termes de Parker, « un champ de bataille pour les éditeurs américains et britanniques »[69].

Jusque là, la place des colonies sur le marché littéraire importait peu. Ce n'est pas sans une certaine forme de complaisance d'ailleurs que le parlement britannique laissera aux gouvernements des provinces la liberté d'édicter leur propre législation[70] pour les œuvres publiées pour la première fois dans le territoire de leur législature. Concession sans grand effet, croit-on alors, puisque très peu de livres sont imprimés dans les colonies. Plusieurs raisons à cela. D'abord, la colonie est encore peu peuplée et fort dispersée. La production

---

[68] Henri DESBOIS, *Le droit d'auteur*, 3e éd., (1978), p. 924.
[69] George L. PARKER, *The Beginnings of the Book Trade in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1985, p. 258.

canadienne est, on le comprendra, très marginale au XVIII[ième] siècle. Ensuite, la disponibilité des formats économiques pratiqués par les éditeurs américains[71] empêche l'essor d'une industrie nationale de l'édition. Enfin, l'auteur canadien n'a pas avantage à procéder à la première publication de son œuvre au Canada car son œuvre ne bénéficie alors que d'une protection locale, géographiquement limitée au Canada[72]. Notons tout de suite l'injustice: celui qui publie à Londres jouit de ses droits dans tout l'Empire.

Pour l'Angleterre, l'édition coloniale ne deviendra d'intérêt qu'au moment où le contrôle de la distribution des ouvrages anglais dans la colonie sera menacé. La menace provient non pas de l'émergence de la culture canadienne, mais de l'importation de réimpressions des États-Unis. La question de la protection des auteurs canadiens est en quelque sorte secondaire puisqu'il faut l'avouer, il y a peu à protéger. Évidons tout de suite le sujet : il y peu à dire donc des dispositions canadiennes concernant l'importation si ce n'est qu'elles reproduisent celles des lois anglaises. La loi canadienne de 1832 est fort semblable sur ce point à la loi d'Anne. Il y a peu à dire, car ces dispositions resteront lettres mortes jusque dans la deuxième moitié du XX[ième] siècle. Pour quelles fins pourraient-elles être utiles? La loi canadienne ne vise qu'un petit nombre d'oeuvres inscrit au Bureau du Greffier de la Cour Supérieure et l'importation au Canada d'œuvres canadiennes qui auraient été imprimées à l'étranger reste un phénomène inconnu. Quant à l'importation au Canada des œuvres anglaises ou françaises, il en va de la compétence des lois impériales. Comme nous le verrons, les accords franco-britanniques ainsi que le jeu des lois impériales font qu'il est plus intéressant pour un auteur canadien, anglais ou français de procéder à la première publication de son œuvre à Londres et de revendiquer ainsi au Canada les droits prescrits aux lois impériales. L'avantage de cette première publication est sans égal au regard du droit canadien. Cette situation changera avec l'évacuation progressive de l'impérialisme juridique, c'est-à-dire au moment où la protection des œuvres étrangères relèvera

---

[70] C'est ainsi que le parlement du Bas-Canada adopte en 1832 la première loi sur le droit d'auteur au Canada. *Un Acte pour protéger la propriété littéraire*, 2 Guil. IV c. 53 (1832) (Ca.).

[71] William Lyon MACKENZIE, « On Printers and Publishers », (6 avril 1826) The Colonial Advocate (Toronto), cité par G. L. PARKER, *The Beginnings of the Book Trade in Canada*, *op. cit.*, note 69, p. 91, note 105.

[72] La loi vise exclusivement les personnes « résidentes en cette Province qui sera ou seront les Auteurs de quelques livre ou livres, carte, plan ou œuvre de musique déjà faits ou composés [...] ». Article premier, *Acte pour protéger la propriété littéraire*, (1832) (Ca.), *précité*, note 70.

entièrement du parlement canadien. En attendant, le combat doit être mené sur un autre front, diplomatique celui-là, qui concerne en premier lieu l'accès des Canadiens à la littérature étrangère. Ici le droit d'auteur est loin de remplir la mission qu'on voudrait lui attribuer.

La *culture canadienne* en tout cas voudrait bien se libérer de se collet qui l'étreint. Veut-elle imprimer des œuvres anglaises qu'on lui en interdit ! Veut-elle avoir recours à l'importation directement des éditeurs britanniques, voilà qu'on lui impose des tarifs exorbitants et des délais déraisonnables ! Veut-elle encore, comme dernière solution, importer des réimpressions des États-Unis, voici que l'éditeur anglais lui applique toute la rigueur des lois anglaises et l'importation lui est également interdite. Quant aux auteurs français, ils obtiendront protection au Canada par le jeu d'un accord de réciprocité signé avec l'Angleterre et policeront donc également la distribution de leurs œuvres en territoire canadien.

Afin de faire ressortir l'importance de la question coloniale dans le développement du droit d'auteur comme règle de gouvernance des rapports commerciaux, nous proposons de présenter d'abord la législation anglaise en matière d'importation (1). Elle est le modèle qui sera repris dans l'ensemble des colonies. Tout comme ailleurs, la question de l'importation est fort présente et marque très nettement les lois de cette époque. Riche en production législative, cette période est celle du contrôle des œuvres réimprimées à l'étranger. Ceci est particulièrement vrai en droit d'auteur colonial, comme nous le verrons. Il faut dire que le commerce colonial est traditionnellement un commerce d'échange et donc d'importation. L'empire cherche naturellement à conserver l'exclusivité d'approvisionnement de ses colonies qui constituent ainsi des marchés secondaires. Tout approvisionnement parallèle remet en cause le contrôle des marchés coloniaux. Non seulement les biens culturels ne font pas exception à cette proposition, mais leur nature particulière aggrave encore l'enjeu du contrôle impérial pour des raisons éminemment politiques. L'exercice du pouvoir s'accompagne souvent de politiques d'orientation culturelle.

Nous traiterons ensuite de l'application concurrente des lois coloniales et impériales dans les colonies. Les tensions et la coexistence entre ces deux systèmes s'expliquent principalement par la lutte pour le contrôle de la distribution des œuvres anglaises au Canada. Ce n'est qu'au moment où le Canada aura apporté la preuve d'une protection suffisante des auteurs britanniques que le Parlement impérial se désintéressera de la question (2).

1) Un droit nationaliste: la politique anglaise en matière d'importation

Pour les éditeurs anglais, la menace extérieure est triple. Il s'agit d'abord de préserver le marché intérieur contre l'importation des œuvres britanniques imprimées sans permission à l'étranger. Il faut ensuite obtenir le même niveau de sécurité pour les colonies, marché secondaire réservé des éditeurs britanniques. Enfin, dès le milieu du XIX^{ième} siècle, les éditeurs britanniques mettent sur marché des colonies les premières éditions économiques, des formats « *poche* » plus abordables pour les lecteurs des colonies. Les éditeurs cherchent dès lors à se prémunir contre le risque de retour en Angleterre de ces éditions spéciales dont le prix au détail est nettement plus avantageux que celui des éditions britanniques. Leur introduction sur le marché national risquerait de créer d'importantes distorsions de prix à l'intérieur de l'Empire.

Le droit d'importation est donc non seulement l'instrument d'un protectionnisme étatique omniprésent, mais également celui de l'exercice des prérogatives impériales sur les colonies. Nous examinerons successivement l'origine et le régime du recours en importation en droit anglais (i) puis sa finalité, c'est-à-dire principalement une protection nationale contre l'introduction de réimpressions étrangères d'œuvres anglaises (ii). Nous aborderons enfin la question de la divisibilité territoriale du droit d'auteur et de l'importation d'œuvres dont la reproduction à l'étranger a été autorisée par l'ayant droit, c'est-à-dire de ce que nous appelons aujourd'hui l'importation parallèle. On doit en effet au droit colonial d'avoir révélé le sujet (iii).

i) Genèse du recours en importation

En Angleterre, le métier d'imprimeur fut librement exercé jusque sous le règne d'Henry VIII. Le régime alors en vigueur émanait d'un décret-loi de 1483 édicté par Richard III[73] qui n'apportait aucune restriction quant à la nationalité de l'imprimeur où l'importation de livres. En 1523 et 1528, Henri VIII restreint considérablement l'importation de livres jusqu'à ce qu'en 1533 il prononce purement son interdiction pour des raisons religieuses mais également économiques[74]. Henri VIII est d'avis alors qu'il y avait suffisamment d'imprimeurs et de libraires à Londres. Cela faisait l'affaire également des censeurs qui voyaient d'un mauvais œil la littérature importée, le plus souvent jugée blasphématoire, hérétique ou menaçant la sécurité de l'État. Bien entendu la constitution par ordonnance de la *Star Chamber* de la corporation des imprimeurs en 1556 est une phase décisive. La Couronne et l'Église s'en remettent à la corporation pour présenter les livres à la censure[75].

---

[73] 1 Ric. III c. 9, citée dans Lyman Ray PATTERSON, *Copyright in Historical Perspective*, Nashville, Vanderbilt University Press, 1968, p. 22.

[74] 25 Hen. VIII c. 15, citée dans L. R. PATTERSON, *Id.*, p. 23.

[75] Le décret de la *Star Chamber* de 1637 fait notamment interdiction à toute personne non membre de la corporation d'imprimer, vendre, importer ou de relier des livres ou des pamphlets (article 2). En application des articles 5, 6 et 7, l'importateur devait soumettre préalablement à toute importation la liste des livres concernés à l'Archevêque de Canterbury. Les livres enregistrés au registre du *Stationers' Hall* sont frappés d'interdiction. L'article 11 interdit également de manière absolue l'importation de livres de langue anglaise. La violation de cette disposition ouvrait droit à un recours en contrefaçon. Elle fut reconduite en 1643, 1647, 1649, 1652 puis 1662 et son application prolongée jusqu'à 1694. Sur ce sujet, voir L. R. PATTERSON, *Copyright in Historical Perspective, op. cit.*, note 73, pp. 119-126 et E. S. DRONE, *The Law of Property in Intellectual Productions in Great Britain and the United States*, *op. cit.*, note 20, pp. 58-59. . L'autorité du prince, délégué à la « Stationers' Company », était sans limites. Les corporations ou les agents du pouvoir avaient, en Angleterre comme ailleurs, des pouvoirs d'enquête et de saisie très étendus. On notera par exemple le témoignage de ce marchand de la ville anglaise de Hanse qui en 1526 a fait l'objet d'une perquisition de son atelier. On le soupçonnait de posséder et d'importer des livres luthériens. Il raconte ses déboires dans une lettre adressée au maire de la ville de Cologne « Prudent dear gentlemen, this is the reason why the merchants on Friday night the seventy-sixth of January, sitting down at their meal, were surprised by some of the King's Council, knights and noblemen. The Steelyard was occupied inside and outside by many men, and they took the doorkeeper's keys by force, and the gentlemen, accompanied by a great number of servants, went upstairs to the Hall. [...]. Then, on the twenty-seventh day of January, after dinner, His Majesty's and the Lord Cardinal Counsil again came to the Steelyard [...] and insisted upon the company bringing forth any Lutherian books which might still be there. Thereupon young and old, [...], had to swear before a doctor to shun such books in future, and if they did not, every one, guilty of this fact, would be prosecuted ». Voir, M. E. KRONENBERG, « A Printed Letter of The London Hanse Merchants, 3 March 1526 », (1947) 1 *Oxford Bibliographical Society Publications*. Le contrôle de la circulation des imprimés est similaire en France. Les imprimeurs français ont de plus l'obligation d'avoir leur boutique ou magasin dans le quartier de l'université, université qui exercait le rôle de censeur. Voir P. DUPONT, *Histoire de l'imprimerie*, Vol. I, *op. cit.*, note 42, p. 166. Drone écrira également que: « The Star Chamber decree of 1637 ordered that no person should « print

En conséquence, de nombreux ouvrages traduits ou importés furent mis à l'index. L'autorité du prince était sans limites.

Cette réglementation fut poursuivie avec quelques nuances jusqu'en 1662, date de l'adoption du dernier *Licensing Act*[76]. Avec la disparition progressive de la censure et la libéralisation des médias, le droit d'importation connut une vocation plus économique: celle de protéger la distribution des produits domestiques contre l'entrée d'exemplaires imprimés à l'étranger.

L'existence de dispositions législatives relatives à l'importation d'ouvrages n'est pas aussi documentée en droit français. Il semble que le droit d'importation apparaît plus tardivement, à la suite des modifications apportées au Code pénal en 1810, pour préciser, à côté du délit de débit d'ouvrages contrefaits, celui plus spécifique de l'introduction « sur le territoire français d'ouvrages qui, après avoir été imprimés en France, ont été contrefaits à l'étranger »[77]. Le Décret impérial du 5 février 1810[78] portait déjà une définition de la contrefaçon mais ne visait pas encore explicitement le délit d'importation. Son article 46 faisait seulement état de l'impression ou de la vente sans la permission de l'auteur ou de son cessionnaire[79]. On peut cependant supposer que la circulation transfrontalière des ouvrages imprimés sans permission avait été à l'étude puisque l'on retrouve un peu plus loin, à l'article 56, une référence à la police des douanes[80].

La protection du marché national est donc très tôt une priorité, et d'un contrôle du contenu elle passera rapidement à un contrôle d'échanges. Nous avons vu qu'au XVIII[ième] siècle, en

---

or import (printed abroad) any book or copy which the Company of Stationers, or any person, hath or shall, by any letters-patent, order, or entrance in their register book, or otherwise, have the right, privilege, authority or allowance, solely to print ». *Id.*, p. 59

[76] L. R. PATTERSON, *Id.*, pp. 134 et s.

[77] P. DUPONT, *Histoire de l'imprimerie*, Vol. I, *op. cit.*, note 42, p. 337. « L'introduction en France d'ouvrages contrefaits forme un délit distinct de celui qui résulte du débit de ces mêmes ouvrages ». Voir les très intéressants commentaires reproduits au Journal du Palais, *Répertoire Général*, jurisprudence de 1791 à 1850, 1850, p. 771.

[78] *Décret impérial contenant règlement sur l'imprimerie et la librairie*, 5 février 1810. Rapporté dans C. RENOUARD, *Traité des droits d'auteur*, Vol. II, *op. cit.*, note 12, p. 373.

[79] Article 46 «La contrefaçon est l'impression et vente d'un ouvrage contre le consentement et au préjudice de l'auteur ou cessionnaire ». Cité dans A. C. RENOUARD, *ib.*, p. 382.

France comme en Angleterre, les imprimeurs de Londres et de Paris luttent contre les presses clandestines de province qui leur font une concurrence qu'ils jugent « déloyale ». L'épithète relève d'abord du paradoxe dans la mesure où le système des privilèges d'imprimerie et de librairie alors en place est largement discriminatoire. L'arbitraire étant à la base de ce système, il est en effet difficile de qualifier de « déloyale » une situation favorisant cette fois un imprimeur non-privilégié. Ensuite, le conflit reste territorialement limité. Le mal[81] - la circulation d'œuvres imprimées sans l'autorisation de son auteur - s'était certes répandu rapidement aux pays limitrophes, mais demeurait dans une mesure encore contrôlable. L'Angleterre trouva un remède singulier avec l'*Acte de l'Union* de 1800[82]: l'Irlande, principal pourvoyeur avec la Hollande des livres piratés[83], devient par la signature de ce traité membre du Royaume-Uni et, ce faisant, est assujettie aux lois de Westminster sur le droit d'auteur. La production non autorisée d'ouvrages est tarie à la source: l'impression de livres d'auteurs anglais ne peut se faire désormais sans leur autorisation expresse. L'annexion, au même titre d'ailleurs que la colonisation, repousse les limites de l'application territoriale des lois. Cette extension géographique naturelle des lois impériales est également un atout important pour contrôler à distance l'importation des œuvres depuis les colonies. En plaçant l'industrie de la réimpression sous haute surveillance, le risque d'introduction en Angleterre d'éditions coloniales est ainsi considérablement réduit. Ceci explique, comme nous le verrons plus avant, que les éditeurs anglais refuseront systématiquement d'accorder des licences de reproduction aux éditeurs canadiens. Quoi qu'il en soit, l'assimilation forcée ne peut être une solution universelle ! Elle n'est qu'une conjoncture, une conséquence indirecte de l'annexion sur notre matière.

---

[80] Article 56 « Les préposés aux douanes et droits réunis ne pourront s'immiscer que dans la visite des halles et ballots entrant ou circulant dans l'intérieur ». Cité dans A. C. RENOUARD, *Id.*, p. 383.

[81] Lord Brougham lors des débats parlementaires de 1842 dira d'ailleurs que la piraterie « [...] committed both by printers at home, and more extensively by printers in foreign countries, is the great evil under which publishers and authors now laboured ». *Hansard's Parliamentary Debates*, 5 Vict. 1842, Vol. 63, p. 792.

[82] *An Act for the Union of Great Britain and Ireland*, 39 & 40 Geo. 3 c. 67, (1800) (R.-U.). Également, W. BRIGGS, *The Law of International Copyright*, *op. cit.*, note 24, p. 39.

[83] Jusqu'à l'Acte de l'Union et selon l'auteur Briggs, « [t]hough importations into England from Ireland and Holland, which had been the principal offenders, were checked by this Act [Act of 1739 prohibiting the importation from abroad of any book first published in England], booksellers of these countries still continued to print and sell outside England. We are told that in 1753 the « scramble of the Irish bookseller » as to « who should first entitle himself to the reprinting of a new English book » was still keen; and happy was he who could get his agent in England to send him a copy of a supposed saleable piece as soon as it was printed and ready to be published ». W. BRIGGS, *The Law of International Copyright*, *op. cit.*, note 24, pp. 45-46. Voir sur ce point, l'excellent historique de la contrefaçon internationale préparé par Darras, A. DARRAS, *Du droit*

De toute évidence, en raison de l'extranéité des conduites visées, le droit de reproduction ne suffit pas. Il ne peut s'appliquer au-delà des pays conquis et des possessions. Il faut lui associer un droit d'importation, un droit capable d'arrêter aux frontières les livres contrefaits.

L'importation est ainsi expressément visée à l'article 1 de la loi d'Anne :

> That if any other bookseller, printer or other person whatsoever, from and after the tenth day of April, one thousand seven hundred and ten, within the times granted and limited by this act , as aforesaid, shall print, reprint, or import, or cause to be printed, reprinted, or imported, any such book or books, without the consent of the proprietor or proprietors thereof first had and obtained in writing, signed in the presence of two or more credible witnesses; or knowing the same to be so printed or reprinted, without the consent of the proprietors, shall sell, publish, or expose to sale, or cause to be sold, published, or exposed to sale, any such book or books, without such consent first had and obtained, as aforesaid: then such offender or offenders shall forfeit such book or books, and all and every sheet or sheets, being part of such book or books, to the proprietor or proprietors of the copy thereof, who shall forthwith damask, and make waste paper of them; and further [...].[84]

De l'avis des éditeurs anglais, cette protection n'est pas suffisante. La loi d'Anne prohibe en effet l'importation de livres fabriqués sans le consentement du propriétaire des copies, mais cette interdiction est toute relative. D'une part elle exclut les livres de langue étrangère imprimés à l'étranger. L'article 7 de la loi édicte que « [...] nothing in this act contained do extend, or shall be construed to extend, to prohibit the importation, vending, or selling of any books in Greek, Latin, or any other foreign language printed beyond the seas; [...] ». Ce tempérament au droit d'importation ne sera abrogé qu'en 1838. D'autre part, un doute subsiste quant à son application aux ouvrages en provenance des colonies puisqu'elle concerne spécifiquement les ouvrages réimprimés à l'*étranger*. Or, les colonies ont un

---

des auteurs et des artistes dans les rapports internationaux, op. cit., note 47, pp. 142-144.

[84] *Précité*, note 2.

statut juridique spécifique et ne peuvent être considérées comme pays étrangers. Enfin, la mise en œuvre de la loi est rendue caduque en raison de l'absence totale de politique douanière.

En réponse, le Parlement britannique vote en 1739 une loi pour empêcher l'importation *en vue de leur vente en Angleterre* des livres d'abord composés, écrits et imprimés en Angleterre mais réimprimés à l'étranger[85]. Contrairement à la formule adoptée par la loi d'Anne, l'interdiction oblige les ayants droit comme les importateurs autorisés. Elle est absolue en ce qui concerne l'importation en vue de la vente et relative, c'est-à-dire sujette à l'autorisation des ayants droits, dans les autres situations, par exemple dans le cas d'importation à des fins privées. Les dispositions de cette loi de 1739[86], à l'origine introduites pour une période de sept années, furent reprises sans limite d'application dans le temps en 1794, dans une loi intitulée *An Act for repealing the Duties on Paper, Pasteboard, Millboard, Scaleboard, and Glazed Paper; and for granting other Duties in lieu thereof*[87]. Il est également étonnant de trouver dans un texte visant l'imposition de droits d'accises sur

---

[85] *An Act for prohibiting the Importation of Books reprinted abroad, and first composed or written, and printed in Great Britain*, 12 Geo. 2 c. 36 (1739) (R.-U.).

[86] Le préambule de cette loi nous apporte de plus amples explications sur les raisons économiques du renforcement du régime de l'importation tel qu'initialement introduit par la loi d'Anne : « Whereas the Duties payable upon Paper imported into this Kingdom, to be made use of in Printing, greatly exceed the Duties payable upon the Importation of printed Books, whereby Foreigners and others - are encouraged to bring in great Numbers of Books originally printed and published in this Kingdom and reprinted Abroad, to the *Diminution of his Majesty's Revenue*, and the Discouragement of the Trade and Manufacture of this Kingdom » (nos italiques). *Statute of Anne, précité*, note 2.

[87] 34 Geo.3 c.20 (1794). Cette législation fut reprise de manière successive depuis 1739 : *An Act to continue Several Laws for prohibiting the Importation of Books reprinted Abroad; and first composed or written and printed in Great Britain*; [...], 20 Geo. 2 c. 47 (1747) (R.-U.); *An Act to continue Several Laws for prohibiting the Importation of Books reprinted Abroad; and first composed or written and printed in Great Britain*; [...], 27 Geo. 2 c. 18 (1754) (R.-U.); *An Act to continue Several Laws therein mentioned, [...] to the prohibiting the Importation of Books reprinted Abroad, and first composed, written, and printed in Great Britain*; [...], 33 Geo.2 c.16 (1759) (R.-U.); *An Act to continue Several Laws therein mentioned*; [...] *and to the prohibiting the Importation of Books reprinted Abroad, and first composed, written, and printed, in Great Britain*, 7 Geo. 3 c.35 (1767) (R.-U.); *An Act to continue Several Laws therein mentioned;* [...] *to the prohibiting the Importation of Books reprinted Abroad, and first composed, written, and printed in Great Britain*; 14 Geo.3 c. 86 (1774) (R.-U.), *An Act to continue Several Laws therein mentioned;* [...] *to the prohibiting the Importation of Books reprinted Abroad, and first composed, written, and printed in Great Britain*; 22 Geo. 3 c.13 (1782) (R.-U.), *An Act to continue Several Laws therein mentioned;* [...] *to the prohibiting the Importation of Books reprinted Abroad, and first composed, written, and printed in Great Britain*, 29 Geo. 3 c.55 (1789) (R.-U.). La prohibition absolue dont fit ainsi l'objet l'importation fut répétée en 1801, *An Act to further Encouragment of Learning, in the United Kingdom of Great Britain and Ireland, by Securing the Copies and Copyright of printed Books, to the Authors of such Books, or their Assigns for the Time herein mentioned*, 41 Geo. 3 c.107 (1801) (R.-U.).

le papier des dispositions que l'on retrouve d'ordinaire dans les lois sur le droit d'auteur. L'article LVII de ladite loi se lit ainsi:

> And be it further enacted, That it shall not be lawful for any Person or Persons whatsoever to import or bring into this Kingdom, for sale, any Book or Books first composed, written, or printed, and published in this Kingdom, for sale, any printed Book or Books first composed, written, or printed and published in this Kingdom, and re-printed in any other Country or Place as aforesaid, or shall knowingly sell, publish, expose to Sale, or shall be forfeited, and shall and may be seized by any Officers of Customs or Excise, [...], and further, that every Person and Persons to offending, being duly convicted thereof, shall for every such Offence forfeit the sum of ten Pounds, and double the Value of each and every Copy of such Book or Books which he, she, or they shall import or bring, or cause to be imported or brought, into this Kingdom [...].[88]

Les lois anglaises de 1801 puis de 1814 comportent également des dispositions afin de renforcer les pouvoirs de police et de contrôle douanier[89]. Puis, en 1842[90], point culminant de l'interventionnisme étatique, l'importation d'éditions anglaises imprimées à l'étranger est prohibée d'une manière absolue et sans limite de temps. La loi sur le droit d'auteur de 1842, *An Act to Amend the Law of Copyright*, qui abroge les lois de 1709, 1801 et 1814, réitère expressément le principe de l'interdiction pour les œuvres composées, écrites, publiées et imprimées d'abord en Angleterre et réimprimées hors du royaume.

Là encore, un doute subsiste sur le point de savoir si cette interdiction concerne les importateurs et ceux qui participent à ladite importation seulement ou si elle s'étend également au titulaire du droit d'auteur dans l'œuvre ou la personne autorisée par lui. On a cru d'abord que cette prohibition n'était pas opposable au titulaire du droit d'auteur, contrairement à ce qui était prévu dans les lois précédentes. En théorie donc, la permission

---

[88] *An Act for repealing the Duties on Paper, Pasteboard, Millboard, Scaleboard, and Glazed Paper; and for granting other Duties in lieu thereof,* (1794) (R.-U.), *précité*, note 87.

[89] Respectivement, Article 4, du *Copyright Act*, 54 Geo. 3 c. 156 (1814) (R.-U.) et les articles 3 & 4 d'une loi de 1833 : *A Table of Prohibitions and restrictions*, Gui. IV, c. 52 (1833) (R.-U.).

[90] *Copyright Act*, (1842) (R.-U.), *précité*, note 6. Deux articles concernent spécifiquement la contrefaçon par importation. Il s'agit des articles 15 et 17. Ils ont fait l'objet d'une interprétation *in obiter* dans l'affaire *Pitt*

de l'auteur pouvait lever l'interdiction et permettre ainsi l'entrée sur le sol britannique de livres importés. Mais la loi de 1842 fut suivie quelques jours plus tard par le vote d'une loi sur les mesures d'applications douanières[91]. Cette dernière prohibe de manière absolue l'importation de livres et s'applique indistinctement au titulaire du droit d'auteur comme au tiers. Cette législation devient rapidement impopulaire. Elle va jusqu'à interdire l'importation pour un usage personnel. Les touristes et autres voyageurs se voient donc privés du droit de rapporter dans leurs bagages les ouvrages répertoriés sur une liste dont les douaniers et inspecteurs portuaires avaient la charge. Autant dire que la mise en œuvre de cette législation par les agents de douanes fut grand-guignolesque[92].

Dans les faits, la loi est très peu observée et l'importation de livres édités à l'étranger sans l'autorisation de l'auteur ou de l'éditeur trouvera une solution d'abord dans les accords de réciprocité puis dans les dispositions de la Convention de Berne. En assimilant l'auteur étranger à un citoyen de l'État où la protection est recherchée, cet auteur avait enfin les

---

Pitts v. *George & Co.*, (1896) 2 *Ch.* 866.

[91] *An Act to amend the Laws relating to the Customs*, (1842) 5 & 6 Vict. c. 47 (R.-U.).

[92] « In the end the only feasible place to seize foreign reprints was at ports of entry, but inevitably this caused a certain amount of individual hardship. In October 1843 Col. W.H. Clavering returned to Britain from an extended residency abroad. Among his personal effects were French reprints of Byron's works and Scott's Life of Napoleon. He claimed exemption from the new legislation because he had purchased the reprints years ago, had paid duty on them previously when conveying them to Britain, and had re-exported them on his last trip abroad. The Customs thought otherwise and confiscated the books, retaining them for only the minimum length of time before destroying them as authorized by the new law. The drama which followed was worthy of Charles Dickens's 'Circumlocution Office', for try as he might, Clavering could not get round Customs and the Board of Trade. When he was informed that his books were subject to seizure regardless of when he had originally acquired them, he petitioned the Board to have them re-exported to his residence in France. Unaware that the books had already been destroyed, he referred to a similar case where an American sea captain had been permitted to export confiscated reprints. HM Customs assured the Board of Trade that no such exception had been made in favour of an American captain. [...] ». Par la suite, les douanes, submergées par les plaintes de particuliers, adoucirent la forme et la pratique des fouilles, rendues moins systématiques : « It is thereby directed that pirated works found in the baggage of passengers shall not be immediately destroyed, but shall be retained three months, - an account containing a list of the same being sent quarterly to the Board, in order to obtain the order for their destruction. Which is not to take place till the expiration of a month from the date of the order. It is not generally known that there is a provision in the act [S. 23 of 5 & 6 Vict., c. 45], to the effect that the owners of the copyrights are entitled to import pirated editions of their works. Therefore persons who may be possessed of pirated editions, and are anxious to retain them, should apply for the sanction of the owner of the copyright to their admission; which being obtained, they will experience no difficulty in obtaining their delivery », James J. Barnes conclut : « Such an idea dismayed authors and publishers who had visions of being besieged by hordes of pirate travellers seeking permission to keep their acquired bargains.». J. J. BARNES, *Authors, Publishers and Politicians - The Quest For An Anglo-American Copyright Agreement 1815-1854*, *op. cit.*, note 14, pp. 109-111.

moyens d'y interdire la réimpression de ses œuvres et donc de contrôler, au moins dans la mesure géographique du pays où la protection est reconnue, la distribution d'ouvrages contrefaisants.

ii) Une protection accordée aux nationaux

Bien qu'à sa lecture il ne fasse aucun doute qu'elle ait eut pour seul et unique objectif de s'appliquer au royaume britannique, la *Loi d'Anne* ne pose aucune condition relativement à la citoyenneté de l'auteur. La loi de 1842 ne changera rien à cet état du droit. Briggs notera que « The English Act of 1842, though designed « to afford greater encouragement to the production of literary works of lasting benefit to the world », was, like the statutes of other countries, intended primarily not for the protection of authors throughout the world but for the benefit of British subjects »[93]. Toutefois, tout comme en France, les formalités de publication, d'enregistrement et de dépôt constituent les seules exigences légales. Voilà qui diffère de la législation américaine. L'étranger peut donc jouir, en principe et sous réserve de remplir les exigences légales, du droit d'interdire l'importation de ses œuvres au Royaume-Uni. Il en va de même, naturellement, pour le droit de reproduction.

Dans les premiers temps, l'incertitude quant à la protection des auteurs étrangers donne lieu à d'importantes divergences au sein de la jurisprudence, voire de la même juridiction. Certains tribunaux britanniques semblent être, au moins au début, assez favorables à la protection des œuvres étrangères. L'absence de condition quant à l'état civil des ayants droit laisse en tout état de cause une porte ouverte à cette interprétation. Et, de fait, certaines cours anglaises accueillent les revendications d'auteurs ou d'ayants droit étrangers relativement à des œuvres d'auteurs étrangers, lorsque celles-ci sont publiées pour la première fois en Angleterre[94]. Il est cependant difficile de tirer un précédent stable de ces décisions qui émanent toutes cours inférieures et souvent de juridictions différentes.

---

[93] W. BRIGGS, *The Law of International Copyright, op. cit.*, note 24, p. 34

[94] Voir R. A. FISHER, *A Digest of Reported Cases*, Vol. 1, Londres, H. Sweet, Stevens & Sons, W. Maxwell, 1870, p. 1873-4. Accordant la protection à des œuvres étrangères publiées en Angleterre, *D'Almaine* v. *Boosey* (1835) 1 *Y. & Col.* 287 (Ex. in Eq.); *Bentley* v. *Foster* (1839) 10 *Sim.* 328; *Cocks* c. *Purday*, (1849) 5 *Com. B. Rep.* 800, 17 *L. J. Rep. C.P.* 273; *Boosey* v. *Davidson*, (1849) 13 *Q. B. Rep.* 257; *Ollendorff* v. *Black*,

Il faudra attendre l'affaire *Boosey* c. *Jefferys* pour connaître la position des cours supérieures. C'est d'abord à la Chambre de la Cour de l'échiquier (Court of Exchequer Chamber) de dire le droit dans une affaire de contrefaçon mettant en cause deux éditeurs. Rappelons brièvement les faits. Le demandeur Boosey avait acquis les droits pour l'Angleterre et l'Irlande dans une œuvre italienne crée par Bellini *La Somnambula.* L'oeuvre n'ayant jamais été publiée en Angleterre ni même en Italie Boosey procède le 10 juin 1831 à sa publication et à son enregistrement au Sationers' Hall. Boosey reproche au défendeur Jefferys d'avoir illégalement publié, reproduit et mis en vente des copies de l'oeuvre en litige. Il fut débouté en première instance après que le juge Baron, pour la Cour de l'échiquier, ait donné des directives au jury à l'effet que « the evidence so induced on the part of the plaintiff was not sufficient to entitle the plaintiff to a verdict »[95]. La Chambre de la Cour de l'échiquier infirme le jugement de première instance sur une requête en révision et obtient une ordonnance *venire de novo*. La Cour d'appel accueille cette fois les prétentions de l'éditeur anglais *Boosey* et précise le régime des oeuvres étrangères :

> [...] we think, that if an alien residing in his own country were to compose literary work there, and continuing to reside there, without having before published his work anywhere, should cause it to first published in England in his own name and on his own account, he would be an author within the meaning of our statutes for the encouragement of learning; and that he might maintain an action in our Courts against anyone who, in this country, should pirate his work. We wish to be understood always as speaking of the rights of a foreigner who first publishes his work in England. It seems to be understood that in America and on the continent of Europe, when a literary work has once been published in any country,

---

(1950) 20 *L. J. Rep. Chanc.* 1080; *Boosey* v. *Jefferys,* (1851) 20 *L. J. Ex.* 354 (en appel d'un jugement de la Cour de l'échiquier, infirmée, *Jefferys* v. *Boosey*, (1854) 24 *L. J. Ex.* 81 (House of Lords)). Dans *Bentley* c *Foster*, l'affaire mettait en cause les droits d'un éditeur anglais dans une œuvre littéraire d'un auteur américain reproduite sans autorisation en Angleterre. L'éditeur anglais, cessionnaire des droits dans l'oeuvre, obtient gain de cause au motif que : « [...] protection was given by the law of copyright to a work first published in this country, whether it was written abroad by a foreigner or not : that if an alien friend wrote a book, whether abroad or in this country, and gave the British public the advantage of his industry and knowledge by first publishing the work here, he was entitled to the protection of the law relating to copyright in this country ». *Bentley* v. *Foster*, (1851), *id.*, p. 328.

[95] *Jefferys* v. *Boosey*, (1854), (House of Lords), *précité*, note 94, p. 82, rapportant les conclusions de première instance.

> the author can only claim the copyright vested in him by the law of the country where he publishes, and as to all other countries it become publicis juris.[96]

Cette solution prétorienne n'emporte malheureusement pas l'unanimité au sein de la communauté juridique. Pour certains, la protection des étrangers ne peut être acquise qu'à la condition supplémentaire d'obtenir la citoyenneté ou au moins d'être résident. D'autres y ajouteront même celle de réciprocité. La libéralisation de la condition des étrangers est donc loin d'être acquise. C'est ainsi, par exemple, que dans l'affaire *Boosey* v. *Purday*[97] la Cour de l'Échiquier cette fois rejette l'action portée devant elle par Boosey, toujours pour la même œuvre, *La Somnanbula* de Bellini, contre l'éditeur non autorisé Purday[98].

Il faut attendre 1854 pour que la Chambre des Lords tranche le débat. En appel de la décision *Boosey* v. *Jefferys*[99], elle infirme la décision la Cour d'appel et met un terme à la protection des étrangers dont les œuvres ne sont pas publiées d'abord en Angleterre. La solution vise particulièrement les œuvres publiées aux États-Unis, au grand dam des

---

[96] *Boosey* v. *Jefferys,* (1851), *précité*, note 94, p. 388.

[97] *Boosey* v. *Purday*, (1849) 4 *Exch. Rep.* 145, 18 *L. J. Rep. Ex.* 378. La même année la Cour du banc de la Reine avait accueilli l'action de Boosey contre un autre éditeur non autorisé, Davidson. La publication de l'œuvre de Bellini, *La Somnanbula*, était encore une fois au cœur du litige. *Boosey* v. *Davidson*, *précité*, note 92, (citant les causes *D'Almaine* c. *Boosey*, *Bentley* c. *Foster*, *Cocks* c. *Purday*). Le défendeur Davidson fut débouté au motif qu'il n'avait pas apporté de preuve suffisante pour remettre en cause la première publication en Angleterre.

[98] L'exigence de première publication pouvait facilement être satisfaite mais elle laissait en suspens celle, plus contraignante, de la citoyenneté. Les éditeurs autorisés, notamment Bentley, Murray et Blackwood, avaient de nombreux contacts avec les auteurs et éditeurs américains et travaillaient donc de concert avec eux pour la réimpression de leurs ouvrages. D'ailleurs des ententes de collaboration existaient, ententes que prolongeait, sur le sol britannique, un « courtesy copyright » plus ou moins respecté. D'autres entrepreneurs vont profiteront de l'incertitude juridique au regard du régime des œuvres étrangères et se spécialiseront dans l'importation. On retiendra à ce titre les éditeurs John Miller, John Chapman et Sampson Low. Pour le reste, il s'agit essentiellement de maisons *pirates* telles qu'on les désignait à l'époque: George Routledge, Henry George Bohn, H. G. Clarke, William Smith. Ces derniers tout comme leurs *alter ego* américains misaient sur la mise en circulation de livres bon marché imprimés en franchise de droits d'auteur. Par exemple en 1852, en quelques semaines, l'ouvrage *Uncle Tom's Cabin* s'est vendu à plus d'un million d'exemplaires, sans autre contrepartie pour l'auteur que sa notoriété auprès du public anglais. J. J. BARNES, *Authors, Publishers and Politicians - The Quest for an Anglo-American Copyright Agreement 1815-1854*, *op. cit.*, note 14, p. 154. Barnes note également à titre anecdotique la concurrence effrénée entre Routledge et Bohn pour la publication en Angleterre des œuvres d'auteurs américains. « Three other American authors, Emerson, Irving, and Melville were unwitting contributors to one of the major legal battles within the London book trade. It began in February 1850 when Henry G. Bohn arranged to publish an English edition of Ralph Waldo Emerson's Representative Men as the first number in his new Shilling Series only to discover it shortly thereafter in Routledge's Popular Library. Bohn regarded this as a breach of trade courtesy by a fellow reprinter and decided to retaliate », *id.*, p. 155.

[99] *Jefferys* v. *Boosey*, (1854), (House of Lords), *précité*, note 94.

éditeurs autorisés qui ne peuvent plus compter sur la loi pour faire valoir leurs droits[100]. Lord Cranworth, pour la Chambre des Lords conclut en effet que :

> Prima facie the legislature of this country must be taken to make laws for its own subjects exclusively. [...]. I do not doubt that a foreigner resident here, and composing and publishing a book here, is an author within the meaning of the statute. [...]. I go further; I think that if a foreigner having composed, but not having published, a work abroad were to come to this country, [...] to print and publish it here, he would be within the protection of the statute. [...] But if at the time when copyright commences by publication the foreign author is not in this country, he is not, in my opinion, a person whose interests the statute meant to protect.[101]

« The effect of *Jefferys* v. *Boosey*, dira encore Barnes, was to throw open the floodgates to the republication of American works. Reprinters no longer feared court injunctions, and publishers like Sampson Low could only appeal to a sense of honour within the trade not to reprint a new work assigned to him by Harriet Beecher Stowe »[102].

L'adoption dès 1838 d'une législation au titre pourtant évocateur d'*International Copyright Act*, abrogée successivement et remplacée en 1844, 1852, 1875 puis 1886, ne règle pas la question[103]. Au contraire, on peut dire que ces lois spéciales rendent plus obscur le régime

---

[100] Le témoignage de Bentley suite à la décision de la House of Lords est poignant. Dans une lettre adressée à Lord Brougham pour quémander l'aide du gouvernement, il s'écrie : « I was the most largely engaged with London publishers in the purchase of the copyright [...] of American authors, paying for them at the same rate as those of English authors [...]. These contracts were made in reliance on the decision of the various courts. Some of the works then purchased by me were only recently acquired, and therefore have not repaid the consideration given for them. By the late decision the provision which I had thought I had made for my family in the latter years, has been at once taken from me. Editions upon editions of the works purchased by me are now issued by pirates, and an annual amount taken from me which I am not able to ascertain exactly, but I know to be very large. [...] If you would kindly interest yourself for me, I feel convinced that your Lordship would be able to point out peculiar hardship of my case ; and that some compensation should be awarded to me for thus throwing open to the public what was at the time of several purchases believed to possess all the value of English copyrights ». Extrait de correspondance rapporté dans J. J. BARNES, *Authors, Publishers and Politicians - The Quest for an Anglo-American Copyright Agreement 1815-1854*, *op. cit.*, note 14, p. 176.

[101] *Jefferys* v. *Boosey*, (1854), (House of Lords), *précité*, note 94, pp. 97-98.

[102] J. J. BARNES, *Authors, Publishers and Politicians - The Quest for an Anglo-American Copyright Agreement 1815-1854*, *op. cit.*, note 14, p. 172.

[103] Ci-après, dans le texte, « International Copyright Act » : *An Act for securing to Authors, in certain Cases, the Benefit of International Copyright*, (1838) (R.-U.) et *An Act to amend the Law relating to International Copyright*, (1844) (R.-U.), respectivement, 1 & 2 Vict. c. 59 et 7 & 8 Vict. c. 12. Ces deux lois furent

des œuvres étrangères[104]. En théorie, l'*International Copyright Act* confère à la Couronne le pouvoir spécial d'accorder, par arrêté en conseil, un traitement dérogatoire aux œuvres d'abord publiées à l'étranger. Son bénéficiaire, l'éditeur ou l'auteur étranger, se voit ainsi investi du droit d'interdire l'importation de son œuvre dans le Royaume-Uni[105]. En réalité, cette législation aux contours plutôt généreux trouve rarement à s'appliquer. D'abord, la loi de 1838 ne concerne en aucun cas les œuvres publiées pour la première fois en Angleterre par un auteur citoyen ou étranger. Le cas des œuvres étrangères publiées pour la première fois en Angleterre est donc exclu. L'hypothèse diffère donc de celle qui a donné lieu à la jurisprudence précitée concernant la protection des auteurs étrangers. Ensuite, son exercice est conditionnel à l'obtention d'un arrêté en conseil qui ne sera délivré qu'à la condition *sine qua non* de réciprocité : « Provided always, that no such order in council shall have any effect unless it shall be therein stated, as the ground for issuing the same, that due protection has been secured by the foreign power so named in such order in council for the benefit of parties interested in works first published in the dominions of Her Majesty similar to those comprised in such order »[106].

Les lois de 1838 et 1844 n'abordent aucunement la question coloniale ni même établissent le principe de l'assimilation. La protection ainsi obtenue est révocable en tout temps[107] et, étant de nature régalienne, s'apparente finalement aux privilèges d'antan. La lecture de ces

---

complétées par une loi de 1852, notamment pour donner effet à un traité de réciprocité intervenu avec la France et introduire un droit de traduction pour les œuvres littéraires, *An Act to enable Her Majesty to carry into effect a Convention with France on the Subject of Copyright*, (1852) 15 & 16 Vict. c.12 (R.-U.), puis pour préciser le sort des traductions d'œuvres dramatiques publiées à l'étranger, désormais pouvant faire l'objet d'un arrêté en conseil afin d'obtenir la protection du droit d'auteur en Grande-Bretagne et dans l'Empire, *An Act to amend the Law relating to International Copyright*, (1875) 38 & 39 Vict. c. 12 (R.-U.), (article unique). Finalement, la loi de 1886 transpose en droit anglais la Convention de Berne, *An Act to amend the Law respecting International and Colonial Copyright*, (1886) 49 & 50 Vict. c. 33 (R.-U.). Voir E. S. DRONE, *The Law of Property in Intellectual Productions in Great Britain and the United States*, *op. cit.*, note 20, p. 214.

[104] Walter Arthur COPINGER, *The Law of Copyright*, 2e éd., Londres, Stevens and Haynes, 1881, p. 478. Sur ce point, J. H. G. BERGNE commentera que : « The first International Copyright Act (1 & 2 Vic. c. 59) was accordingly passed in 1838, but did not by any means fulfil the objects for which it had been undertaken. It was found in the course of negotiations which the took place, that continental States urged, with much insistence, that the rights granted to their subjects in England should be equivalent to those which they were prepared to grant on their part to British subjects », J. H. G. BERGNE, « The International Copyright Union », *loc. cit.*, note 22, p. 22.

[105] Respectivement, article 8 puis 10, *International Copyright Act*, (1838) et (1844) (R.-U.), *précité*, note 103.

[106] Respectivement, article 9 puis 14, *id.*, abrogé en 1886 et remplacé par le paragraphe 4(2) de la loi de 1886, *International Copyright Act*, (1886) (R.-U.), *précité*, note 103. Le principe de réciprocité y est atténué mais demeure.

[107] Article 10 puis 12, *International Copyright Act*, (1838) et (1844) (R.-U.), *précité*, note 103.

lois indique clairement qu'il ne peut exister de protection autrement que part la délivrance des ordonnances royales. Autrement dit, leur apport se limite à avoir accéléré le processus international d'harmonisation du droit d'auteur. La notion de réciprocité qu'elles intègrent comme exigence légale ont éveillé à l'étranger l'intérêt nécessaire pour travailler sur des accords bilatéraux. Le traité signé avec la France en 1851 en est la première illustration[108]. Il semble que ces lois n'ont eu aucun autre effet pratique. Nous n'avons pas trouvé dans nos recherches de témoignages d'éditeurs ou d'auteurs qui auraient pu en bénéficier directement. Nous noterons seulement que dans une décision *Pitt Pitts* v. *George & Co.* de 1896[109], décision que nous examinerons plus loin et qui met en œuvre les différents recours en importation de la législation anglaise, la Cour précise que l'œuvre en cause bénéficie de la protection de l'*International Copyright Act* de 1844. Le recours en importation serait donc en principe ouvert au titulaire enregistré du droit d'auteur. En principe seulement, car l'article 10 de l'*International Copyright Act* qui traite de l'importation comporte une restriction qui sera fatale en l'espèce : le titulaire du droit d'auteur dans l'œuvre étrangère possède le droit absolu d'interdire l'importation de toute réimpression étrangère *à l'exception* des œuvres provenant du pays de la première publication[110]. Ce tempérament est pour le moins énigmatique et confirme une fois de plus l'inefficacité du texte. Le juge Lindley, perplexe, commentera ainsi cette *curiosité* : « It will be observed that this section expressly excepts from its operation the importation of copies made in the country in which the copyright book was first published. This exception is quite new, and the reason for it is not stated. [...] Copies printed in that country or in any part of the British dominions cannot be so seized under the section in question. The reason for this is difficult to discover »[111].

Nous soumettons donc que les lois sur le droit d'auteur international ont figé les textes de lois domestiques dans une interprétation stricte[112]. En effet, elles semblent imposer l'idée de la réciprocité comme seuil minimum de protection internationale.

---

[108] Convention du 3 novembre 1851, conclue entre la France et la Grande-Bretagne, *Au sujet de la propriété littéraire et artistique*, reproduite dans Paul LABOULAYE, *Études sur la propriété littéraire en France et en Angleterre*, Paris, Auguste Durand, 1858, pp. 183-190. Également, *International Copyright Act*, (1852) (R.-U.), *précité*, note 103.

[109] *Pitt Pitts* v. *George Co.*, *précité*, note 90.

[110] Article 10 « And be it enacted, That all Copies of Books wherein there shall be any subsisting Copyright under or by virtue of this Act, or of any Order in Council made in pursuance thereof, printed or reprinted in any Foreign Country except that in which such Books were first published, shall be and the same are hereby absolutely prohibited [...] ».

[111] *Pitt Pitts* v. *George Co.*, *précité*, note 90, pp. 871-872.

[112] « The passage of the International Copyright Act of 1838 introduced additional complications. Some solicitors construed it as displacing all previous legislation and legal opinion, and maintained that reciprocity was henceforth the only basis upon which Britain would confer copyright on foreigners », J. J. BARNES,

Dans sa construction initiale, le droit d'importation ignore les nuances qui résultent de la division territoriale du droit d'auteur. On peut soumettre que cette division n'était pas encore entrée dans la pratique. En réalité, avant la fin du XIX^{ième} siècle, le droit ne s'est pas raffiné au point de distinguer entre l'exemplaire fabriqué à l'étranger avec la permission du titulaire des droits dans le pays importateur, l'exemplaire fabriqué à l'étranger avec la permission du détenteur des droits dans le pays de fabrication et l'exemplaire imprimé à l'étranger sans autorisation. Ces distinctions quant à la légalité de la source de l'exemplaire importé auront des conséquences importantes sur le rôle du droit d'importation quant au contrôle de la distribution internationale des œuvres.

2) Un recours contre l'importation d'ouvrages imprimés avec l'autorisation de l'auteur?

Voyons d'abord la situation dans laquelle l'œuvre est imprimée à l'étranger avec le consentement de l'auteur (i) avant de traiter plus particulièrement du sort des réimpressions faites dans les colonies (ii).

i) L'œuvre importée a été imprimée à l'étranger

Nous l'avons vu, l'insécurité juridique et l'élan protectionniste élèvent la question de l'*International Copyright* au plus haut rang des préoccupations. Signe ostensible de cette agitation, le Parlement britannique adopte en 1838 une loi sur le droit d'auteur international[113] qui, il faut le dire, ajoutera un peu plus à la confusion[114]. Cette loi prévoit un régime de protection pour les œuvres imprimées pour la première fois à l'étranger, œuvres qui auparavant ne bénéficiaient d'aucune protection. L'*International Copyright Act* ne concerne pas les oeuvres dont la première publication a été faite au Royaume-Uni. Le

---

Authors, Publishers and Politicians - The Quest for an Anglo-American Copyright Agreement 1815-1854, *op. cit.*, note 14, p. 153.

[113] *International Copyright Act*, (1838) (R.-U.), *précité*, note 103.

[114] Concernant l'articulation, des lois de 1842 et de l'*International Copyright Act* de 1844, amendant le texte de 1838, voir *Pitt Pitts* v. *George & Co.*, (1896), *précité*, note 90.

juriste est donc renvoyé dans ce dernier cas à l'examen des lois générales sur le droit d'auteur, celle de 1709, 1801, 1814 et enfin, la plus importante peut-être, celle de 1842.

Les œuvres éligibles à la protection de l'*International Copyright Act* sont assimilées aux œuvres anglaises. Elles bénéficient ainsi du traitement de droit commun[115]. Que l'on envisage l'une ou l'autre des hypothèses, soit celle de l'œuvre d'abord publiée au Royaume-Uni ou celle de l'œuvre sujette à la protection de l'*International Copyright Act*, la loi anglaise est indifférente à la question de savoir si l'œuvre importée est une réimpression autorisée ou non. Elle manque donc clairement de répondre au cas particulier de l'importation d'ouvrages imprimés avec l'autorisation de l'auteur[116]. La problématique ne semble pas avoir été clairement identifiée avant le milieu du XIX^{ième} siècle.

Examinons la loi de 1842 puisque c'est sous son application que la problématique générale de l'importation parallèle apparaîtra et c'est elle qui, à titre supplétif, s'applique aux œuvres non protégées en vertu de l'*International Copyright Act*. La loi de 1842 introduit sous ses articles 15 et 17 deux dispositions spécifiques concernant le droit d'importation[117]. L'article 17 est de composition plutôt classique. Il prévoit que seul le titulaire du droit d'auteur peut autoriser l'introduction au Royaume-Uni d'œuvres anglaises circulant à l'étranger[118]. La loi vise ici spécifiquement les exemplaires de livres d'abord imprimés, écrits et publiés dans le

---

[115] L'article 3 de l'*International Copyright Act* de 1844 est particulièrement clair à ce sujet : « And be it enacted, That in case any such Order shall apply to Books, all and singular the Enactments of the said Copyright Amendment Act, and of any other Act for the Time being in force with relation to the Copyright in Books first published in this Country, shall, from and after the Time so to be specified in That behalf in such Order, and subject to such limitation as to the Duration of the Copyright as shall be therein contained, apply to and be in force in respect of the Books to which such Order shall extend, and which shall have been registered as herein-after is provided, in such and the same Manner as if such Books were first published in the United Kingdom, [...] » (nos soulignés). On comparera avec le texte de l'article premier de la loi de 1838, moins explicite sur ce point, *International Copyright Act*, (1838), *précité*, note 103.

[116] Les procureurs de l'appelant Pitt Pitts se rendent également à la même conclusion. Ils diront au sujet de l'*International Copyright Act* de 1844 que : « It is loosely framed, and omits to provide for the case of the copyright abroad belonging to one person and copyright here to another ». *Pitt Pitts* v. *George & Co, précité*, note 90, p. 870.

[117] *Copyright Act,* (1842) (R.-U.), *précité*, note 6.

[118] Article 17 « And to be enacted, That after the passing of this Act it shall not be lawful for any Person, not being the Proprietor of the Copyright or some Person authorized by him, to import into any Part of the United Kingdom, or into any other Part of the British Dominions, for Sale or Hire, any printed Book first composed or written or printed and published in any part of the said United Kingdom, wherein there shall be Copyright, and reprinted in any Country or Place whatsoever out of the British Dominions [...] ». Pour un exemple de son application, *Cooper* v. *Whittingham*, (1880) 18 *L.T.* 16 (Chanc. Div.).

royaume ou ses possessions[119]. Il fait écho aux anciennes dispositions relativement à l'importation[120]. L'article 15 concerne les livres dont la première publication a eu lieu à l'étranger sans le consentement du titulaire britannique des droits dans l'œuvre[121]. Aucune de ces dispositions n'aura été rédigée afin de répondre à la question de l'importation de livres imprimés à l'étranger avec le consentement de l'auteur. La construction de l'article 15 mérite que l'on s'y attarde. Sa rédaction est plus obscure. En effet, l'article 15 vise l'importation des livres *illégalement* imprimés à l'étranger.

> And be it enacted, That if any Person shall, in any Part of the British Dominions, after the passing of this Act, print or cause to be printed, either for Sale or Exportation, any Book in which there shall be subsisting Copyright, without the Consent in Writing of the Proprietor thereof, or shall import for Sale or Hire any such Book so having been unlawfully printed or imported, shall sell, publish, or expose to Sale or Hire, or cause to be sold, published, or exposed to Sale or Hire [...] such Offender shall be liable to a special Action on the Case at the Suit of the Proprietor of such Copyright [...] (nos italiques).

La contradiction est évidente. Comment l'impression d'un livre à l'étranger peut-elle être illégale au sens de la loi anglaise ?[122]

Une lecture stricte de l'article 15 mènerait inévitablement à désamorcer son application relative aux importations d'œuvres publiées d'abord à l'étranger. Dans ce cas, en effet, l'impression hors du domaine d'application de la loi anglaise ne peut revêtir un caractère illégal. Drone et ses contemporains tenteront de réconcilier le texte de l'article 15 avec son objectif. Pour Drone, la loi s'applique dès lors que l'auteur ou son ayant droit en Angleterre n'a pas consenti à la reproduction de l'oeuvre importée : « [...] by « unlawfully printed »,

---

[119] *Pitt Pitts* v. *George & Co.*, *précité*, note 90. Le juge Lindley écrira notamment que : « This section, however, is confined entirely to printed books first composed or written or printed and published in the United Kingdom. It does not apply to other books ». *Id*, p. 872.

[120] Voir les propos du juge Rigbie, pour la majorité : « [...] the Act which seems to have afforded the basis for s. 17 of the Act of 1842 is an Act of 1739 (12 Geo. 2, c. 36) », *id.*, p. 879 et 880.

[121] Dans ce sens, voir les propos du juge Rigbie rapprochant l'article 15 de l'article 8 de l'*International Copyright Act* (1838), *Pitt Pitts* v. *George Co.*, *précité*, note 90, p. 880.

[122] Cette problématique sera finalement celle qu'aura à résoudre le droit international privé du XIX^{ième} siècle et dont la solution fut trouvée, en partie, dans les multiples accords internationaux et la Convention de Berne.

Parliament doubtless meant those printed « without the consent in writing of the proprietor » of the copyright; which, of course, would apply to books printed in a foreign country, as well as those printed in Great Britain »[123]. L'expression *unlawfully printed* signifierait donc logiquement *sans le consentement du titulaire du droit d'auteur.* Or, cette explication n'évacue pas la problématique créée par la pluralité d'ayants droit. La question des œuvres imprimées en vertu d'une concession faite à un éditeur étranger demeure irrésolue. La jurisprudence n'est pas plus à l'aise que la doctrine et nous apporte peu de lumière à cet endroit.

La décision *Pitt Pitts v. George & Co.,* rendue en 1896, est l'une des rares décisions britanniques à s'être prêtée à un examen approfondi des articles 15 et 17 de la loi de 1842. Les faits de l'espèce sont relativement simples. Il s'agit de l'appel d'un jugement déboutant Pitt Pitts d'une requête visant à interdire l'importation par la défenderesse d'une œuvre musicale publiée en Allemagne intitulée « La Fileuse ». L'appelant Pitt Pitts avait acquis, par contrat, les droits dans l'œuvre musicale pour l'Angleterre et ses colonies. Son titre et ses droits ne sont pas contestés, l'œuvre ayant dûment été enregistrée au *Stationers' Hall.* Les copies en litige ont été imprimées en Allemagne avec l'autorisation du titulaire du droit d'auteur dans ce pays puis elles ont été importées par le concurrent de Pitt Pitts, George & Co. Les juges Lindley et Rigby, pour la Cour, accueillent l'appel[124] et, infirmant la décision de première instance, enjoignent l'intimée de cesser l'importation des partitions.

La solution est loin d'être évidente. La Cour se livre à un travail d'interprétation laborieux, tentant de faire le jour sur les contradictions et autres obscurités terminologiques de la loi. Premièrement, la Cour va rappeler que l'œuvre en litige bénéficie du privilège établi par l'*International Copyright Act* de 1844 mais qu'en raison d'une restriction spécifique visant l'importation des œuvres publiées dans le pays de la première publication il ne peut offrir

---

[123] E. S. DRONE, *The Law of Property in Intellectual Productions in Great Britain and the United States, op. cit.*, note 20, p. 470. Drone justifie son interprétation en faisant référence à l'opinion du juge Talfourd énoncée dans une décision *Novello* v. *Sudlow,* (12 C.B. 189) : « The language, however, of the clause [s. 15, 5 & 6 Vict. c. 45] is not new; it is adopted from the corresponding section of 54 Geo. III c. 156, s. 4, which follows, except that, instead of repeating the words, « without the consent in writing », to each condition of infringement, it uses the words, « so unlawfully printed », etc., which perhaps were incorrectly adopted to avoid repetition », *id.*, p. 470, note 2.

[124] Le juge Lopes dissident.

aucun remède[125]. Deuxièmement, la Cour écarte l'application de l'article 17 de la loi de 1842. Et elle le fait bien à propos puisqu'il vise les œuvres d'abord imprimées dans le Royaume-Uni. Il n'est donc d'aucun secours dans le cas de l'espèce.

Troisièmement, la Cour répond aux prétentions de l'appelante Pitt Pitts portées sur le visa de l'article 15. Les incohérences qu'il présente font douter de son application aux œuvres imprimées à l'étranger. Selon le procureur de l'intimée, l'article 15 ne peut se comprendre autrement que de façon à régir le sort des œuvres imprimées, réimprimées dans les *colonies* et importées dans le Royaume-Uni[126]. Nous l'avons vu, le texte vise uniquement les réimpressions *illégales* (« unlawfully printed or imported ») d'œuvres protégées en vertu du droit anglais (« Book in which there shall be subsisting Copyright »). Selon cet argument, les œuvres étrangères échappent à la loi puisqu'elles ne peuvent techniquement pas être qualifiées d'œuvres *illégales,* la loi anglaise n'ayant pas compétence hors du pays[127].

Difficile tâche donc pour la Cour qui devra trancher. Et elle le fera en deux temps. D'abord elle rejette la défense de l'importateur fondée sur l'inapplication de l'*International Copyright Act* qui prévoit une exception à l'égard de l'importation des livres publiés dans le pays d'origine. Ayant été établi que l'*International Copyright Act* (article 10) n'offrait aucune protection, il était mal fondé de considérer le régime général de la loi de 1842 ; celui-ci ne saurait avoir un effet supplétif. Le juge Lindley refuse l'argument. Selon lui, au contraire, la loi spéciale ne peut accorder moins de droits au cessionnaire étranger que ceux accordés aux auteurs anglais. Le principe d'assimilation prévu par la loi de 1844 n'aurait sinon aucun sens : « What, then, is the true inference from the express exception in s. 10? Is it to be inferred that the foreigner entitled to copyright in this country is liable to have that copyright infringed by any importer of books printed in his own country, or is the inference

---

[125] Article 10, « And be it enacted, That all Copies of Books wherein there shall be any subsisting Copyright under or by virtue of this Act, or of any Order in Council made in pursuance thereof, printed or reprinted in any Foreign Country except that in which such Books were first published, shall be and the same are hereby absolutely prohibited [...] ».

[126] Le juge Scrutton, *id.*, p. 870.

[127] Le juge Rigby : « I wish to do full justice to Mr. Srcutton's able arguments, which for a time went far towards convincing me that s. 15 of the Act of 1842 deals only with books unlawfully printed within the dominions. One point relied upon by him was that if s. 15 applied to books printed outside the British dominions there would be no need for s. 17. [...] », *id.*, p. 884.

to be that as regards such books he is entitled to same protection as a British author would have under the Act of 1842? The latter inference is most in accordance with legal principles and good sense, [...] »[128]. Ensuite, traitant de l'article 15 de la loi de 1842, la Cour fera majoritairement droit à son application et rejettera l'interprétation voulant qu'il s'applique seulement aux œuvres imprimées ou publiées dans les *dominions*. La légalité de la réimpression à l'étranger ne fait donc pas échec à l'exercice des recours à l'importation intentés par l'ayant droit britannique. Nous donnons la parole au juge Rigdy cette fois. Il clôt la discussion sur ce point :

> There may be some foundation for saying that as a matter of strict grammar and on a rigidly literal interpretation of the words of the section which precede the phrase « so having been unlawfully printed », the unlawfulness is made to depend upon the place of printing as well as on the want of consent of the proprietor, with the result that so far as that part of the section is concerned the phrase would not be satisfied without reading it both elements of unlawfulness. But the section is to be read and interpreted as one entire section; and as we proceed we find reasons for declining to limit the section in the way proposed. And, first, we may ask, what is the meaning of speaking of importation into any place in Her Majesty's dominions from parts beyond the sea? In the Act of 1709 the expression « beyond the sea » clearly refers to all places, foreign countries included, not within the United Kingdom. [...].[129]

La législation anglaise du XIX^ième^ siècle ne règle donc pas la situation dans laquelle le droit d'auteur est transféré à différentes personnes résidant dans différents pays. La compréhension par le droit d'auteur des phénomènes modernes de la distribution et des ententes internationales n'est pas complète même si, en pratique, et l'affaire *Pitt Pitts* en est une illustration, la cession de droits au bénéfice d'un étranger est une réalité déjà connue. Le traitement des œuvres réimprimées à l'étranger avec la permission du titulaire du droit d'auteur puis importées en Angleterre reste donc flou et oblige à de véritables contorsions intellectuelles.

---

[128] *Id.*, p. 876.
[129] *Id.*, p. 884.

Ce type d'activités était d'une importance capitale dans le cadre des relations diplomatiques avec le Canada, les éditeurs anglais craignant de voir le marché britannique inondé de réimpressions canadiennes. La réponse des éditeurs anglais fut donc sans équivoque : nulle autorisation d'imprimer au Canada ne sera accordée sans garantie qu'aucun exemplaire ainsi imprimé sera redistribué sur le marché domestique.

ii) L'œuvre importée a été imprimée dans les colonies

L'introduction en Angleterre d'ouvrages destinés au marché colonial pouvait résulter soit de l'importation d'ouvrages exportés depuis l'Angleterre, c'est-à-dire d'un retour d'exemplaires, soit d'ouvrages imprimés sous licence au Canada. Dans les deux cas le problème concerne, au moins jusque dans les années 1850, un nombre limité de titres. Deux raisons principales à cela. D'abord, les éditeurs britanniques refuseront généralement d'accorder des licences d'impression aux éditeurs canadiens. Ensuite, l'approvisionnement direct d'œuvres anglaises ne deviendra une préoccupation qu'au moment de la création des collections coloniales économiques (« cheap reprints »), ces éditions abordables fabriquées spécialement pour distribution dans les colonies. Jusque là le prix des œuvres importées au départ de Londres et les frais occasionnés par leur transport jusqu'à l'estuaire du Saint-Laurent rendaient fort peu probable leur retour sur le marché anglais. Un tel commerce n'aurait pas été viable. La question aurait donc été passablement académique si elle n'avait pas fait l'objet d'une disposition spécifique dans une loi de 1875. C'est donc à cette période que l'importation parallèle devient un nouveau défi qui échoit au législateur britannique[130]. Nous pouvons dire également que le droit anglais a été sensibilisé à la question de l'importation parallèle par la question coloniale[131].

---

[130] « A subject of great moment with reference to colonial copyright is the proprietary of permitting the introduction of colonial reprints into the United Kingdom. This question has given rise to much discussion, [...]. It is argued that, if importation is allowed, no copyright owner will consent to re-publication in the colonies by himself or others, because all such re-publication, being made with his consent, would be liable to be introduced here, and that the colonial readers would therefore suffer to a certain extent by the alteration in the law». *Report of the Commission of 1878*, dans G. H. PUTNAM, *The Question of Copyright*, 2e éd., *op. cit.*, note 11, p. 265, para. 217.

[131] Briggs indiquera que « There is a present danger to English authors that cheap reprints authorised in any particular colony by special arrangement may be imported thence to others in which the book sells at full price. In spite of customs officers thousands of Tauchitz and other English Books published abroad at low

Le marché colonial devient une filière commerciale convoitée à partir des années 1850. À cette époque, les colonies subissent encore le dirigisme impérial. Le gouvernement central facilite le commerce de l'exportation ou l'implantation de corporations britanniques surtout dans le domaine du papier. Malgré tout, la demande canadienne en livres de tout genre augmente considérablement. L'offre, quant à elle, est nettement insuffisante et le marché de l'édition, contrôlé en partie par la métropole, manque d'y répondre adéquatement, tant en volume qu'en choix. Le risque est grand que les Canadiens ne se tournent vers l'importation de livres réimprimés aux États-Unis[132]. Nous l'avons déjà souligné, la crainte des éditeurs britanniques d'être envahis de réimpressions étrangères concurrentes aux éditions britanniques explique leur réticence à concéder des droits de réimpressions au Canada. Ils privilégient ainsi la distribution directe par importation et exportation afin de rendre la comptabilité des exemplaires plus efficace.

La situation canadienne semble inextricable, voire intolérable.

En réponse aux tensions économiques, le Canada obtiendra du gouvernement britannique, en 1847, le droit d'importer, sous licence légale, les éditions américaines des œuvres anglaises[133]. Voilà qui soulage temporairement le marché canadien de l'édition.

---

price find their way into England ». W. BRIGGS, *The Law of International Copyright*, *op. cit.*, note 24, p. 41, note 5.

[132] La Commission royale de 1878 conclura : « [...] it is highly desirable that the literature of this country should be placed within essay reach of the colonies, and that with this view the Imperial Act should be modified, so as to meet the requirements of colonial readers. In this country the disadvantage arising from the custom of publishing books in the first instance at a high price, is greatly lessened by the facilities afforded by means of clubs, book societies and circulating libraries. These means are not available, and indeed are impracticable, owing to the great distances and scattered populations, in many of the colonies, and until the cheaper English editions have been published, the colonial reader can only obtain English copyright books by purchasing them at high publishing prices, increased as those prices are by the expense of carriage and other charges incidental to the importation of the books from the United Kingdom ». *Report of the Commission of 1878*, dans G. H. PUTNAM, *The Question of Copyright*, 2e éd., *op. cit.*, note 11, p. 258, para. 183-186.

[133] *An Act to amend the Law relating to the Protection in the colonies of Works entitled to Copyright in the United Kingdom*, 10 & 11 Vict. 95 (1847) (R.-U.), ci-après « Foreign Reprint Act, (1847) » et la première loi canadienne transposant le *Foreign Reprint Act*, *Acte pour étendre l'Acte Provincial des Droits d'auteur aux personnes résidant dans le Royaume-Uni, à certaines conditions*, 10 Vict. c. 28 (1847) (Ca.).

En 1875, le système de licence obligatoire est remplacé par le droit exclusif de réimpression et de republication au Canada des œuvres d'abord imprimées ou publiées en Angleterre ou dans l'une des ses possessions. Ce droit est cette fois conditionnel au consentement de l'auteur. En théorie donc, le système de licence légal prend fin. De plus, afin de rassurer les éditeurs anglais et de les inciter à autoriser cette réimpression, la loi impériale de 1875 - *An Act of the Parliament of the Dominion of Canada respecting Copyright* - fait interdiction à quiconque d'exporter vers le Royaume-Uni les exemplaires fabriqués sous licence canadienne. Elle prévoit que « it shall be unlawful for any person, not being the owner, in the United Kingdom, of the Copyright in such book, or some person authorised by him, to import into the United Kingdom any copies of such book reprinted or republished in Canada ». Et faisant expressément reférence à l'article 17 de la loi de 1842, le législateur poursuit, à l'article 4, que : « and for purposes of such importation the seventh section of the said act [...] shall apply to all such books in the same manner as if they had been reprinted out of the British dominions »[134]. Les copies canadiennes autorisées sont ainsi assimilées à des oeuvres étrangères. Elles sont placées sous haute surveillance.

L'article 4 de la loi de 1875 appelle quelques commentaires. D'abord, il s'agit, à notre avis, de la démonstration claire que le système de démembrement territorial des droits d'auteur, soit par licence ou par cession, est en train de voir le jour. L'article 4 présuppose qu'il puisse y avoir plusieurs titulaires de droits d'auteur, élément qui apparaît déjà dans la trame factuelle de l'affaire *Pitt Pitts* v. *George & Co*[135]. On se souviendra que le titulaire des droits en Angleterre, Pitt Pitts, cherchait à empêcher l'importation d'exemplaires imprimés par le titulaire des droits en Allemagne. Ensuite, il illustre toute la difficulté à laquelle est confronté le système canadien du droit d'auteur. L'autonomie législative ne s'accompagne pas forcément d'une libéralisation des échanges commerciaux. Bien au contraire, l'Angleterre impose unilatéralement les limites du marché canadien. Et pour preuve : elle lui interdit l'accès au Royaume-Uni à moins que l'auteur canadien y publie son œuvre pour la première fois, ce qui, force est de constater, coupe court au développement de l'industrie canadienne. Pour corriger cette distorsion, le Rapport de la Commission royale de 1878 dans son examen du droit d'auteur coloniale suggérait de soumettre le droit de réimpression

[134] Article 4, *Copyright Act,* (1842) (R.-U.), *précité*, note 6.

au Canada à un système de licence obligatoire, ce qui aurait eu pour effet logique d'affranchir l'industrie canadienne du *diktat* des ayants droit britanniques[136].

Finalement, le sort des ouvrages imprimés avec l'autorisation de leurs auteurs ou de leurs ayants droit ailleurs que dans le pays de l'importation demeure réellement problématique. En témoignent, les propos du juge Rigdy dans l'affaire *Pitt Pitts*. On se souviendra que l'intimé s'était opposé à l'application de l'article 15 de la loi de 1842 au motif que cette disposition ne concerne que les ouvrages imprimés, publiés ou importés dans le Royaume-Uni. Cherchant à rejeter l'argument le juge se confond dans les distinctions et aborde la difficile question de l'importation parallèle dans le commerce entre colonies. Favorable à l'application de l'article 15 aux œuvres imprimées légalement à l'étranger, il opine:

> The phrase may not be strictly accurate: but in the sense which I attribute to it is very intelligible. It would be strange, indeed, if the phrase were to be construed literally as not referring to importations by land, and still stranger if that literal interpretation were further limited by confining the words to transfers between one part of Her Majesty's dominions and another. What conceivable reason can we suppose the Legislature to have had for distinguishing a transfer between New Zealand and Australia from a transfer between one Australian colony and another; or, what may be a more striking case, a transfer between England and Ireland from a transfer between England and Scotland or Wales.[137]

L'éclatement régional des droits interpelle donc. L'organisation de l'industrie passe nécessairement par la fragmentation des droits d'auteur et leur distributivité. Or, au XIX^{ième} siècle, peu d'éditeurs prennent le risque de concéder l'exclusivité du droit d'impression à un éditeur étranger ou à un éditeur d'une colonie. Et pour cause, on doute encore de la divisibilité du droit d'auteur. On craint la circulation sauvage des exemplaires. Sur ce point, les conclusions de Shortt sont éloquentes. Dans l'édition de 1884 de son ouvrage intitulé *Law of Copyright*, il écrit : « The point has not been expressely decided in any case, but the

---

[135] *Pitt Pitts* v. *George & Co, précité*, note 90.
[136] *Report of the Commission of 1878*, dans G. H. PUTNAM, *The Question of Copyright*, 2^{e} éd., *op. cit.*, note 11, pp. 62-63, paragraphes 220 à 225.
[137] *Pitt Pitts* v. *George Co., précité*, note 90, p. 885.

opinions of several eminent judges are in favour of the view that copyright is not divisible as to locality »[138]. Il cite ensuite le juge Lord St Leonard qui, dans *Jeffreys* v. *Boosey*, se prononce pour l'indivisibilité du droit d'auteur : « If there is one thing which I should be inclined to represent to your lordships as being more clear than any other, in this case, it is that copyright is one and indivisible. (...) Nothing could be more absurd or inconvenient than that this abstract right should be divided, as if it were real property, into lots, and that one lot should be sold to one man, and another lot to a different man. It is impossible to tell what inconvenience would be. You might have a separate transfer of the right of publication in every county in the Kingdom »[139].

Voilà donc une explication supplémentaire à la pratique des éditeurs anglais qui refuseront de concéder leurs droits. L'absence de protection et la méconnaissance des lois étrangères n'incitent pas non plus à autoriser la publication d'une œuvre par un éditeur étranger. La disparité est grande entre les lois. L'allocation de territoires est une méthode efficace d'organisation du système de distribution du livre qu'en autant que les droits du concessionnaire y soient reconnus. En absence d'une telle protection l'exclusivité prévue au contrat de concession ne pourra pas être accueillie dans l'ordre législatif interne. L'œuvre échappe alors largement à la fois à la protection de la loi et à celle du contrat, le contrat de concession restant sans effet et inopposable aux tiers.

Quant aux marchés coloniaux, la question de la divisibilité territoriale du droit d'auteur apparaîtra au moment de la remise en cause du pouvoir impérial. En effet, jusque là, et puisque les lois impériales sont censées s'appliquer à l'ensemble des possessions, le régime du droit d'auteur des auteurs britanniques devrait logiquement être uniforme au sein de l'Empire. La loi ne crée pas de distinction géographique. Cet état des choses va pourtant changer comme nous allons le voir. L'accession progressive des colonies à une plus grande autonomie législative aura pour effet de repousser les marques du pouvoir impérial. C'est ainsi que les aspirations coloniales des éditeurs britanniques se heurteront au sursaut nationaliste du législateur canadien qui entend bien les soumettre à ses propres lois, ceci

---

[138] John SHORTT, *Law of Copyright*, 2e Édition, Londres, Reeves & Turner, 1884, p. 166.
[139] *Id*, p. 166.

afin de regagner son territoire et de faire prospérer l'industrie canadienne[140]. L'objectif est donc d'obtenir des éditeurs anglais qu'ils concèdent les droits d'auteur aux éditeurs canadiens pour qu'ils puissent enfin faire fonctionner leurs presses. Le commerce avec la métropole va s'organiser progressivement. C'est ainsi que l'on verra apparaître les premières ententes ayant pour objet la réimpression et la distribution d'éditions anglaises. On peut presque dire que c'est le droit colonial canadien qui a *inventé* la divisibilité territoriale du droit d'auteur[141]. L'organisation du commerce avec les maisons d'édition londoniennes ne prend toutefois pas la dimension espérée au Canada. Il demeure très difficile d'imprimer au Canada dans de bonnes conditions. Le marché canadien est considéré encore comme un marché colonial, soumis aux bonnes volontés anglaises. L'édition canadienne dépendra donc largement de la relaxe des lois impériales car tant et en autant qu'elles occuperont l'espace canadien, elles se feront l'instrument des décideurs anglais. Nous verrons que le mouvement de libéralisation de l'édition canadienne va dépendre largement de la mesure de l'application des lois impériales.

3) L'application des lois impériales au Canada

Pour le gouvernement anglais, le contrôle de la réimpression et de l'importation des œuvres anglaises au Canada passe par l'application stricte des lois impériales dans les possessions. Ceci n'est pas sans entrer en contradiction avec la relative autonomie qu'il entend leur concéder. Si l'on en juge par le nombre de lois passées par les colonies depuis le début du XIX^{ième} siècle, l'ingérence impériale peut apparaître plutôt anodine, voire inoffensive. Très tôt, en effet, en vertu d'une convention constitutionnelle, les colonies ont pu adopter leur

---

[140] Ces velléités se transformeront parfois en mutinerie législative ! On notera notamment que les lois canadiennes sur le droit d'auteur de 1872 et de 1889 ne recevront pas la sanction royale en raison des dissensions politiques opposant les gouvernements canadien et britannique. Devant l'immobilisme de Westminster, le Parlement canadien avait tenté d'introduire un système de licences légales autorisant les éditeurs canadiens à réimprimer des œuvres anglaises. W. BRIGGS, *The Law of International Copyright*, *op. cit.*, note 24, p. 115.

[141] La loi britannique de 1842, en son article 13, prévoyait déjà que le droit d'auteur pouvait faire l'objet d'une concession en tout ou partie, mais il s'agissait plutôt, dans l'acception de l'époque, d'une divisibilité dans le temps ou sur une partie de l'œuvre. Article 13, *Copyright Act,* (1842) (R.-U.), *précité*, note 6. Le droit français semble avoir été plus précoce sur ce point. Voir *Chaumerot* c. *Michaud*, Cour de cassation, Sect. crim., 30 janvier 1818, *précité*, note 60.

propre législation en matière de droit d'auteur. Cette liberté de légiférer ne sera pourtant qu'un prix de consolation, une pure concession de courtoisie, étant entendu que le champ d'application de ces lois est limité aux œuvres des auteurs canadiens. Le régime des œuvres des auteurs britanniques, c'est-à-dire l'essentiel du patrimoine culturel des colonies de langue anglaise, échappe à la législature coloniale.

En 1867, le Canada est doté d'une première Constitution. La *Loi Constitutionnelle* de 1867, une loi anglaise, organise le partage des compétences au sein de la fédération et investit expressément le Parlement fédéral des pouvoirs de légiférer en matière de droit d'auteur[142]. Il s'agit là d'une simple délégation et non d'une passation de pouvoir. Le transfert complet de compétence ne devient réalité qu'à la suite d'une période de transition relativement chaotique ponctuée par l'adoption en Angleterre de la loi sur le droit d'auteur de 1911. Cette loi de 1911, outre le fait qu'elle limite son champ d'application au Royaume-Uni[143], donne le choix aux colonies d'adopter leur propre législation ou de transposer la loi anglaise dans l'ordre législatif interne. Le Canada va se prévaloir de la première option et adopte sa propre loi en 1921, mettant ainsi un terme à la question de l'application de la loi impériale sur son territoire[144]. Jusque là les deux ordres de législations seront concurrents et souvent contradictoires. Ce système bicéphale sera la cause de nombreux paradoxes et créera un climat d'incertitude qui, tout comme le froid, gèlera le développement de l'industrie de l'édition au Canada.

Le droit colonial demeure une « sous catégorie » du droit international. C'est ce que nous nous proposons de démontrer dans une première partie (i). La cause coloniale n'est en tout

---

[142] *British North America Act*, 30-31 Vict. c. 3 (1867) (R.-U.) (« An Act for the Union of Canada, Nova Scotia, and New Brunswick, and the Government therof ». Article 91.23 : « 91 - [...] the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated ; that is to say, -
[...]
23. Copyrights. ».

[143] *An Act to amend and consolidate the Law relating to Copyright*, 1-2 Geo. V c. 46 (1911) (R.-U.). Article 37(2) « This Act shall come into operation -
(a) in the United Kingdom, on the first day of July nineteen hundred and twelve or such earlier date as may be fixed by Order in Council ;
(b) in a self-governing dominion to which this Act extends, at such date as may be fixed by the Legislature of that dominion ; [...] »

cas pas une priorité pour le pouvoir impérial. Et, lorsqu'elle le deviendra, dans la seconde moitié du XIX^{ième} siècle, ce sera non pas en raison d'une soudaine bonne prédisposition mais plus certainement en raison de la concurrence des réimpressions pirates provenant des États-Unis. Nous examinerons donc la politique impériale relativement à la distribution au Canada d'éditions étrangères d'œuvres anglaises. Nous présenterons d'abord le système de la licence légale de 1847 (implanté au Canada en 1850) (ii) puis le retour, après son abandon, au droit exclusif dès 1875 (iii).

i) Le droit colonial : un droit de seconde catégorie

Il faudra presque un siècle avant que l'on reconnaisse officiellement l'échec de la politique impériale en matière de droit d'auteur. Le rapport de la Commission royale de 1878 admet, à mots couverts, l'inadéquation de la loi impériale, rappelant que, déjà en 1846 « [...] the Colonial Office and the Board of Trade admitted the justice and force of the considerations which had been passed upon the Home Government, « as tending to show the injurious effects produced upon our more distant colonies by the operation of the Imperial law of copyright »»[145]. Le sujet est embarrassant. Les lois de 1709 à 1842 avaient déjà manqué d'adresser dans un cadre approprié la question coloniale. Quant aux lois sur le droit d'auteur international de 1838, 1844, 1852, 1875 et 1886, elles visaient uniquement les œuvres publiées pour la première fois à l'étranger. La colonie n'est pas une terre étrangère même si, à en juger par le peu de considération qu'elle attire, son traitement y est comparable, voire pire.

On peut parler d'une réglementation à sens unique, discriminatoire. Les auteurs canadiens ne disposent pas de protection dans le Royaume-Uni avant 1886[146] à moins qu'ils n'y

---

[144] *Loi modifiant et codifiant la législation concernant le droit d'auteur*, 11-12 Geo. V c. 24 (1921) (Ca.). Voir Harold G. FOX, *The Canadian Law of Copyright and Industrial Design*, 2^{e} éd., 1967, pp. 29-35.

[145] *Report of the Commission of 1878*, dans G. H. PUTNAM, *The Question of Copyright*, 2^{e} éd., *op. cit.*, note 11, p. 259, para. 187.

[146] Transposant les principes adoptés dans la Convention de Berne, les œuvres d'abord publiées dans les colonies seront protégées en Angleterre comme dans tout l'empire.

procèdent à la première publication[147]. Le jurisconsulte anglais à une toute autre perspective : le droit impérial s'applique *mutatis mutandis* aux possessions nord-américaines, c'est-à-dire le Canada, le Nouveau-Brunswick, la Nouvelle-Écosse, Terre-Neuve et l'Île-du-Prince-Édouard. Le territoire canadien n'est donc qu'une annexe jusqu'en 1911, date à laquelle le pouvoir législatif éclipse totalement celui du parlement britannique.

La protection des œuvres publiées au Royaume-Uni est donc réellement impériale et s'obtient *in extenso*.

Il est intéressant de noter que jusqu'à la loi anglaise de 1801 les dispositions législatives emploient le terme générique « Royaume-Uni » pour circonscrire l'étendue de leur application - « in the United Kingdom of Great Britain and Ireland »[148], sans autres spécifications. L'inclusion des nouvelles possessions comme le Canada est donc probablement présumée. Puis, en 1842, au cœur du débat sur le droit d'auteur colonial, le législateur exprime le besoin de préciser les termes « British Dominions » et en donne la définition suivante : ««« British Dominions » shall be construed to mean and include all Parts of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, the Islands of Jersey and Guernsey, all Parts of the East and West Indies, and all the Colonies, Settlements, and Possessions of the Crown which now are or hereafter may be acquired »[149]. Ces mots trahissent peut-être la fragilité de la politique coloniale et mettent ainsi en évidence la réaction possessive de l'Empire face à la décolonisation.

Et, de fait, jusqu'au début du XX^{ième} siècle, les éditeurs anglais tiendront la bride aux éditeurs canadiens et usent de toute la mesure du droit d'importer et de réimprimer des lois impériales. Les éditeurs canadiens, victimes de ce que certains qualifieraient peut-être

---

[147] Déjà en 1878 la Commission royale avait fait grand cas de cette inégalité de traitement: « We have already shown that in some important respects the state of the present copyright law, as regards the colonies, is anomalous and unsatisfactory, and we have suggested that a remedy may be found by providing that publication in any part of Your Majesty's dominions shall secure copyright throughout those dominions ». *Report of the Commission of 1878*, dans G. H. PUTNAM, *The Question of Copyright*, 2^{e} éd., *op. cit.*, note 11, p. 258, para. 182.

[148] *An Act to further Encouragment of Learning, in the United Kingdom of Great Britain and Ireland, by Securing the Copies and Copyright of printed Books, to the Authors of such Books, or their Assigns for the Time herein mentioned*, (1801) (R.-U.), *précité*, note 87.

[149] Article 2 et 29, *Copyright Act* (1842) (R.-U.), *précité*, note 6.

aujourd'hui d'un abus de droit d'auteur, imprimeront peu de livres anglais puisqu'ils n'y seront pas autorisés. Les dispositions concernant l'importation, en particulier les articles 15 et 17 de la loi impériale de 1842 sur le droit d'auteur, prennent également plein effet. L'importation est sévèrement contrôlée, les prix également. Cette projection colonialiste du protectionnisme britannique sur les *Dominions* provoque un vaste mouvement d'opposition et de contestation. Le prix de détail des livres importés d'Angleterre, bien trop élevé, limite l'accès à la culture[150].

> Moreover public opinion in Canada, prompted by self-interest, was ranged against the claims of the English author. In those days of dear books, the people of Canada could not afford to buy the authorised English editions, the publishers of Canada would not undertake their sale, and in Canada there were no lending libraries, as there were in England, to circulate expensive books at small charge. Canada had no great authors of its own, and if cheap American reprints were shut out from the colony, where, it was asked, were the people to go for their supply of English literature ?[151]

Qui plus est, la loi de 1842 relative au renforcement des mesures de contrôle douanier[152] donne aux agents canadiens les mêmes pouvoirs que leurs homologues britanniques. Agents de la couronne, ils recevront l'obligation d'intercepter toute importation d'éditions anglaises imprimées à l'étranger - principalement aux États-Unis - sans le consentement du titulaire du droit d'auteur, réservant ainsi le marché canadien aux livres légalement imprimés au Canada ou importés d'Angleterre. Pour les raisons que nous avons déjà évoquées, les éditeurs britanniques privilégient l'exportation, se retenant ainsi d'accorder les

---

[150] Un auteur note qu'à cette époque le prix des romans, publié généralement en trois volumes, était d'environ £1, 11s. W. BRIGGS, *The Law of International Copyright*, *op. cit.*, note 24, p. 613. À cette époque les auteurs populaires étaient notamment Sir Walter Scott, Lord Byron, Bulwer-Lytton, Dickens, G.P.R. James, Thackeray, Kingsley, Tennyson. Au titre des auteurs canadiens de langue anglaise on remarquera les premiers succès internationaux de Moodie, Richardson et Haliburton. Parker note encore que « for readers unable to afford expensive British books or cheap American reprints, the serialized and abridged popular fictions were a way of tasting the latest literary fashions. Here is a sampling :
Edward Bulwer-Lytton, Pelham (1828) in the Kingston Chronicle in 1829
Charles Dickens, A Chrismas Carol (1843) in The Palladium (Charlotte-town) in 1844
Harriet Beecher Stowe, Uncle Tom's Cabin (1852) in Haszard's Gazette (Charlottetown) in 1852
Charles Kingsley, Alton Locke (1850) in Mckenzie's Weekly Gazette (Toronto) in 1859 ». G. L. PARKER, *The Beginnings of the Book Trade in Canada*, *op.cit.*, note 69, p. 58.

[151] W. BRIGGS, *The Law of International Copyright*, *op. cit.*, note 24, p. 606.

[152] *An Act to amend the Laws relating to the Customs*, (1842) (R.-U.), *précité*, note 91.

droits pour la réimpression à l'étranger de peur que les éditions étrangères viennent à être distribuées sur leur propre marché. L'industrie canadienne souffrira de cet état des choses. On comprend également pourquoi elle doit son salut en grande partie à l'importation illégale.

Notons également que, déjà à l'époque, le Canada observait un certain détachement, tout empreint de courtoisie et de respect vis-à-vis de la mère patrie. Le choix de la littérature anglaise disponible ne semblait pas adapté au goût des lecteurs canadiens, ceux-ci étant plus enclins à s'approvisionner auprès des éditeurs/réimprimeurs américains. La littérature épique sur les campagnes napoléoniennes et les exploits de Waterloo semblait aussi loin du cœur canadien que leurs scènes en étaient éloignées. Le prix exorbitant de la littérature importée d'Angleterre s'explique également par la difficulté et le coût du transport transatlantique. Il va sans dire que la livraison et l'exécution des commandes relevaient d'un acte de bravoure qui rappelle les prouesses vikings, le St-Laurent étant pris dans les glaces pendant une bonne partie de l'année. Ainsi que le rapporte J. J. Barnes dans son chapitre sur l'analyse du marché canadien du début du XIX^{ième} siècle :

> Even if Britain could have supplied Canada with special and cheaper colonial editions, there were considerable obstacles in the way. To send publications across the Atlantic was a slow and costly business. Although newspapers were allowed to go by post at the reduced rate of one penny per printed sheet, no such concessions applied to books and periodicals. They had to be sent at the full letter rate and were limited in weight to sixteen ounces. An English magazine which might sell for 5s. in Canada required 2s-4s. postage, so the only practical method was to send magazines and books by freight, which inevitably involved delays of up to six months, insurance charges, Customs clearance, and additional handling. From November to May Canadian waterways were frozen, making it necessary to go overland, and though the postal service managed this trek twice a week, freight companies only made deliveries sporadically. Meanwhile American reprints continued filtering into Canada.[153]

[153] J. J. BARNES, *Authors, Publishers and Politicians - The Quest for an Anglo-American Copyright Agreement 1815-1854*, *op. cit.*, note 14, p. 140.

Les commerçants américains utilisent fréquemment la voie postale pour déjouer les douanes canadiennes et ce, dès l'adoption de la loi impériale de 1842. Et, même si les voies routières et maritimes sont surveillées, la dimension du territoire rend illusoire son imperméabilité. Le gouvernement britannique assiste donc, impuissant, à l'invasion de l'imprimé américain. L'édition britannique ne peut pas non plus résister à la concurrence des prix pratiqués par les éditeurs américains.

C'est à ce moment que certains éditeurs britanniques vont avancer une proposition singulière. Conscients du problème de l'insuffisance de l'offre, ils décident d'étudier la possibilité de mettre en vente une collection économique d'œuvres d'auteurs anglais dont le contenu pouvait plaire au lecteur canadien, d'où l'idée saugrenue du *Home and Colonial Library*, une liste de 37 titres visant à revigorer le sentiment d'appartenance à l'Empire, sentiment que la réalité à proprement parler canadienne avait gelé. En effet, John Murray, éditeur anglais de renom et homme de bonnes intentions - si on lui pardonne une légère tendance à l'endoctrinement - proposa avant l'heure un catalogue d'œuvres en format économique. Ce catalogue est composé d'œuvres classiques. À en juger par les titres qui le composent, on pourra questionner les réelles intentions de l'éditeur. On y retrouve, par exemple, *The Missionary Life in Canada*, *The Southey's Life of Nelson*, *The French in Algiers*, ...[154]. Supporter le joug fraternel mais patriarcal des lois de Westminster et maintenant se voir imposer une liste d'œuvres choisies, cela était trop pour les canadiens.

Le projet controversé de Murray n'aboutit pas. Par ailleurs, il ne réglait d'aucune manière la question des importations américaines. C'est alors qu'est étudiée l'idée d'instaurer une licence légale. Ce système permettrait l'importation sous licence d'ouvrages anglais imprimés aux États-Unis.

ii) Le système de licences légales de 1850

[154] *Ib.*, p. 144.

L'importation d'exemplaires pirates depuis les États-Unis est inévitable. Le phénomène prend une ampleur considérable dans les années 1840-1850. La surveillance de plusieurs milliers de kilomètres de frontières d'un vaste territoire limitrophe rend illusoire le contrôle des postes frontières et des ports.

De plus, même si le droit d'importation était prévu dans les lois impériales, l'ingérence du pouvoir impérial dans la régulation du commerce colonial irrite, d'autant que les législatures avaient été autorisées à voter leur propre loi en matière de droit d'auteur[155]. L'*Acte d'Amérique du Nord Britannique* de 1867 conforte le Canada dans sa poursuite d'autonomie[156]. La mise en œuvre du droit d'importation au bénéfice des auteurs anglais sur le territoire canadien est donc très controversée et se heurte aux idées de libre administration des gouvernements coloniaux. Situation paradoxale, donc, qui consiste, d'une part, à investir progressivement le parlement canadien des plus larges compétences législatives tout en maintenant, d'autre part, l'application des lois impériales pour le contrôle des frontières et de l'industrie de l'impression.

N'oublions pas que le droit de reproduction est l'instrument de contrôle par excellence du marché intérieur colonial. Puisque la réimpression des ouvrages anglais peut y être interdite en vertu de la loi impériale, le marché canadien s'approvisionne essentiellement par l'importation soit d'exemplaires destinés à l'exportation par le titulaire des droits ou encore

---

[155] Afin d'écarter toute ambiguïté concernant la validité des lois coloniales, le parlement britannique adopte en 1865 une loi spéciale afin de confirmer la légitimité des actes coloniaux. *An Act to remove Doubts as to the Validity of Colonial Laws*, 28 & 29 Vict. c. 63 (1865) (R.-U.). Leur validité est présumée : « No Colonial Law shall be or be deemed to have been void or inoperative on the Ground of repugnancy of the Law of England, unless the same shall be repugnant to the Provisions of some Act of Parliament, Order, or regulation as aforesaid» (article 3). « All Laws or reputed laws enacted or purporting to have been enacted by the said Legislature, or by Persons or Bodies of Persons for the Time being acting as such Legislature, which have received the Assent of Her Majesty in Council, or which have received the Assent of the Governor of the said Colony in the Name and on behalf of Her Majesty, shall be and be deemed to have been valid and effectual » (article 7). Bien entendu, cette loi alimente les prétentions coloniales en matière de droit d'auteur. Voir à ce sujet, *L'Union St. Jacques de Montreal* v. *Dame Julie Bélisle*, (1874) *L.R.* 31 (Conseil Privé).

[156] En ce sens, E. J. MACGILLIVRAY, *A Treatise Upon The Law of Copyright*, Londres, John Murray, 1902, p. 189. « The Canadians have, since the British North American Act, 1867, claimed that they have the exclusive power of legislating in respect of and regulating copyright within the dominion of Canada », *id.*, p. 189.

d'exemplaires pirates. Voilà comment, sous la pression du commerce international, le droit d'imprimer devient un droit de distribution. Cette fonction - même si parfois incomplète[157] - devient dès lors l'axe central de l'évolution du droit d'auteur.

Le 2 juillet 1847 le parlement britannique adopte le *Foreign Reprints Act*[158] pour tempérer la vigueur de l'opposition canadienne et des autres colonies. L'objectif est clair. La loi permet l'importation de l'étranger de réimpressions étrangères dans les colonies en contrepartie d'une redevance payée aux auteurs d'œuvres anglaises[159]. En dépit de sa généralité, il faut y voir une réponse spécifique au problème nord-américain. Le Rapport de la Commission royale de 1878 confirme ce point: « Although the Act is general in its terms, the British possessions in North America were specially in view when it was passed, and for the following reason: - Between this country and the United states there was no existing copyright treaty, and it was the practice of the United States publishers to reprint in their own country English works at very cheap rates. These cheap copies, owing to various difficulties in giving practical effect to the provisions of the law prohibiting the importation, were largely introduced into Your Majesty's North American possessions »[160].

Techniquement, la loi met en place un système dérogatoire à la loi sur le droit d'auteur de 1842 qui prévoit, comme nous l'avons étudié, un recours général contre l'importation. La colonie qui souhaite en bénéficier doit garantir aux auteurs anglais une protection raisonnable (« reasonable protection »). La loi n'indique pas ce qu'il faut entendre par protection raisonnable et laisse ainsi au gouvernement impérial la discrétion suffisante pour apprécier les soumissions qui lui seront faites par les colonies :

---

[157] En effet, avant la loi impériale de 1875, il était impossible aux éditeurs anglais d'interdire l'introduction au Royaume-Uni d'exemplaires imprimés pour le marché canadien et mis en vente à des prix nettement plus bas. Il s'agit là encore une fois de la découverte de l'importation parallèle qui reste un sujet très actuel comme nous le verrons plus loin dans notre étude.

[158] La première loi canadienne correspondante : *Un Acte pour étendre l'Acte Provincial des Droits d'auteur aux personnes résidant dans le Royaume-Uni, à certaines condition,* (1847) (Ca.), *précité*, note 133.

[159] « The principle of this Act, commonly known as the Foreign Reprints Act, is to enable the colonies to take advantage of reprints of English copyright books made in foreign states, and at the same time to protect the interests of British authors », *Report of the Commission of 1878*, dans G. H. PUTNAM, *The Question of Copyright*, 2e éd., *op. cit.*, note 11, p. 259, para. 188.

[160] *Id.*, p. 260, para. 190.

> [...] in the case Her Majesty shall be of the opinion that such act or ordinance is sufficient for the purpose, and shall be of the opinion that such act or ordinance is sufficient for the purpose of securing to British authors reasonable protection within such possession, it shall be lawful for Her Majesty [...] to issue an order in council declaring that so long as the provisions of such act or ordinance continue in force within such colony the prohibition [...] against the importing, selling, letting out to hire, exposing for Sale or Hire, or possessing Foreign Reprints of Books first composed, written, printed, or published in the United Kingdom, and entitled to Copyrights therein, shall be suspended so far as regards such Colony: [...] (nos soulignés).[161]

Le Canada va s'empresser de modifier sa législation afin d'être éligible au système de licence légal mis en place par le Parlement britannique[162]. Il vote ainsi le 28 juillet 1847, soit six jours plus tard, *l'Acte pour étendre l'Acte Provincial des Droits d'Auteur aux personnes résidant dans le Royaume-Uni*[163]. Interprétant à sa mesure l'exigence de *protection raisonnable* contenue dans la loi anglaise, la loi énonce que les sujets britanniques seront éligibles à la protection de la loi canadienne « de la même manière que si telle personne ou personnes résidaient dans cette province »[164], à condition que l'œuvre concernée soit *imprimée et publiée dans la province*. Le gouvernement canadien troque la protection canadienne contre le respect du droit de première publication dans la province. À défaut, l'auteur anglais ne serait pas protégé par la loi canadienne. Une réserve s'impose ici puisque cette solution unilatérale fait fi de l'application concurrente de la loi impériale de 1842 qui s'applique expressément aux colonies. En d'autres termes, le gouvernement canadien tente d'écarter subtilement la compétence impériale en matière du droit d'auteur.

---

[161] Article 1, *Foreign Reprint Act,* (1847) (R.-U.), *précité*, note 133.

[162] Par date des règlements impériaux, Les Bermudes, 13 février 1849, Bahamas, 21 mai 1849, Terre-Neuve, 30 juillet 1849, Saint-Christophe, 6 novembre 1849, Antigue, 19 juin 1850, Sainte-Lucie, 13 novembre 1850, Guinée, 23 octobre 1851, Mauritanie, 1 avril 1853, Grenade, 29 décembre 1853, Nevis, 10 mars 1855, Cap de Bonne-Espérance, 10 mars 1855, Natal, 16 mai 1857, Jamaïque, 23 avril 1859, Trinidad, 17 mars 1875, Saint-Vincent, 26 août 1881. Voir E. J. MACGILLIVRAY, *A Treatise Upon The Law of Copyright*, *op. cit.*, page 156, p. 187, note 2. La Nouvelle-Écosse, le Nouveau-Brunswick et l'Ile-du-Prince-Édouard, se prévaudront également de la loi de 1847, respectivement les 11 août 1848 pour les deux premières colonies et le 31 octobre 1848 pour la dernière. J. SHORTT, *Law of Copyright*, *op. cit.*, note 138, p. 136 et W. A. COPINGER, *The Law of Copyright*, 2[e] éd., 1881, *op. cit.*, note 104, p. 499.

[163] *Précité*, note 133. La loi canadienne de 1847 est constituée d'un seul article.

[164] *Id.*

Le gouvernement britannique ne sera pas dupe, mais tarde à réagir. En effet, dans un premier temps, le Conseil du Commerce approuve sans réserve la loi canadienne dans la forme qui lui avait été présentée. « Nothing in it directly alluded to the Foreign Reprints Act but instead granted copyright protection to British authors who « printed and published » their works in the Province. Since British authors were under the impression that they already enjoyed such privilege under the Imperial Act of 1842, they took little notice »[165].

Toutefois une irrégularité demeure. En vertu du *Foreign Reprints Act*, la disposition coloniale doit être validée par arrêt en conseil, procédure qui n'a pas été complétée en ce qui concerne le Canada. Le Gouverneur général de l'époque, Lord Elgin, entreprend alors de faire corriger le vice de procédure. Ce faisant et devant autant d'insistance, les autorités britanniques procèdent à un nouvel examen du texte canadien. Cette fois, il sera refusé. À bien l'examiner, la condition de première publication et d'impression au Canada est sans nul doute *ultra vires* de la compétence coloniale. Elle est en tout cas, pour le gouvernement britannique, une garantie de protection insuffisante. Le subterfuge ne passe pas inaperçu : la loi coloniale de 1847 tente un divorce que le droit impérial ne tolère pas. Le Canada est donc dans une impasse, malgré la finesse de cette botte législative.

Puis, selon Barnes :

> Canadians took the better part of two years to secure the passage of a new Act which conformed to the provisions of the Foreign Reprints Act, and in the meantime conditions became increasingly chaotic. [...] According to the prevailing Copyright and Customs Acts of 1842 British authors and publishers had to notify the Customs of their latest copyright works which were then incorporated into lists forwarded to the colonies every three months. Clever booksellers and publishers in Canada recognized the time-lag between the date of publication and the receipt of quarterly lists and simply imported all the American reprints they wished during the interval.[166]

---

[165] J. J. BARNES, *Authors, Publishers and Politicians - The Quest for an Anglo-American Copyright Agreement 1815-1854, op. cit.*, note 14, p. 149

[166] *Id.*, p. 150.

La loi canadienne du 28 juillet 1847 mort-née, le parlement de la province du Canada est rappelé à l'ordre colonial et adopte en 1850 une nouvelle législation[167]. Celle-ci, en partie dictée par Londres, semble satisfaire à l'exigence de protection raisonnable telle que perçue par le gouvernement britannique. En fait, il est bien plus question de compensation que de protection. En effet, cette loi propose d'instaurer un système de redevances payables aux auteurs britanniques des ouvrages importés. Le texte prévoit que le gouverneur en conseil a le pouvoir « d'imposer un droit *ad valorem*, n'excédant pas vingt pour cent sur les livres importés en cette province, sur lesquels le droit de propriété littéraire existera, et composés ou écrits, ou imprimés originairement dans le Royaume-Uni ». La redevance sera fixée à 12,5 pour cent[168].

Le Canada capitule sur ses tentatives, bien légitimes, d'être maître sur son territoire. Certes l'importation est désormais autorisée mais à quel prix ? Il ne sera encore que le nu-propriétaire de sa culture dont les fruits appartiennent à d'autres: privés du droit de réimprimer les œuvres anglaises, contraints à importer des oeuvres depuis l'étranger soit à

---

[167] G. H. PUTNAM, « The Status of Canada », (January 1896), dans G. H. PUTNAM, *The Question of Copyright*, *op. cit.*, note 11, 467, pp. 467-468. Putnam date l'entrée en vigueur du *Foreign Reprints Act* au Canada à 1858. Ceci n'est pas tout à fait exact. La loi impériale a été mise en application par une loi de 1850 : *Acte pour imposer un droit sur les impressions étrangères des ouvrages britanniques soumis au droit de propriété*, 14 Vict. c. 6. (1850) (Ca.). Confirmée ensuite par une loi de 1868, *Acte pour imposer un droit sur les ré-impressions étrangères des ouvrages britanniques soumis au droit de propriété littéraire*, 31 Vict. c. 56 (1968) (Ca.). Mais c'est effectivement une loi de 1858 qui met en œuvre le principe de la perception douanière : *Acte pour amender la loi relative aux droits de douane et d'excise, et pour imposer de nouveaux droits, et un impôt sur les aubergistes*, 22 Vict. c. 76 (1858) (Ca.). L'article second dispose que « [...] rien de contenu dans le présent acte n'abrogera ni n'affectera l'acte passé dans la session tenue dans les treizième et quatorzième années du règne de Sa Majesté, intitulé : Acte pour imposer un droit sur les impressions étrangères des ouvrages britanniques soumis au droit de propriété littéraire, ni aucun droit imposé ou qui sera imposé en vertu du dit acte ». Il est à noter, à titre anecdotique, que les « livres et dessins d'un caractère immoral ou indécent » sont mentionnés au tableau des prohibitions. En 1894, le législateur y ajoutera les livres de « nature à fomenter la trahison ou la sédition » (*Acte à l'effet de refondre et modifier les actes concernant les droits de douanes*, 57-58 Vict. c. 33 (1894) (Ca.). La disposition de l'article 2 est reconduite en 1859 par l'article 2 d'un *Acte pour amender l'Acte relatif aux Droits de Douane*, 22 Vict. c. 2 (1859) (Ca.). Outre les ouvrages anglais qui sont soumis à une redevance spéciale et les ouvrages religieux (bibles, testaments, livres de prières et de dévotion) qui en sont exempts, tous les livres imprimés sont désormais assujettis à une « taxe » d'importation de 10 pour cent. En 1867, les livres imprimés, à l'exception toujours des réimpressions étrangères d'ouvrages anglais toujours soumis à redevances, sont importés en franchise, *Acte imposant des droits de douane, et contenant le tarif des droits payables sous son autorité*, 31 Vic. c. 7 (1867) (Ca.), cédule C, puis à un droit de 5 pour cent en 1868 : *Acte pour amender l'acte de la présente session, intitulée : Acte imposant des droits de douane, et contenant le tarif des droits payables sous son autorité*, 31 Vict. c. 44 (1868) (Ca.) (cédule C).

[168] W. A. COPINGER, *The Law of Copyright*, 2e éd., 1881, *op. cit.*, note 104, p. 500.

un prix trop élevé (éditions anglaises), soit trop bas (éditions américaines), les éditeurs canadiens sortent grands perdants.

En revanche, conséquence heureuse pour eux, les imprimeurs américains bénéficient largement des mesures coloniales. Ils continueront à fabriquer et approvisionner le Canada en rééditions de livres anglais au grand dam des éditeurs canadiens qui subissent toujours le veto imposé par les éditeurs anglais.

Pour le gouvernement britannique, le système de redevances n'eut pas le succès escompté. Si les autorités douanières canadiennes reçoivent régulièrement de Londres la liste des œuvres protégées pour lesquelles un droit d'entrée doit être perçu, la perception demeure difficile et s'avère être un fardeau pour les autorités canadiennes. Sur une période de 10 ans se finissant en 1876, le montant total perçu par les 19 colonies anglaises en application de la loi de 1847 s'éleva à 1 155,13 livres sterling, le Canada ayant contribué durant cette même période à un montant total de 1 084,13[169]. La loi impériale de 1847 n'est pas plus bénéfique pour l'économie de l'édition canadienne[170]. L'importation de réimpressions et les formats économiques américains constituent une concurrence difficile à soutenir. L'édition canadienne ne peut créer d'emplois et le marché est inondé d'éditions américaines. Nous faisons nôtres les propos de Parker sur la situation de l'industrie du livre au Canada dans la deuxième moitié du XIX^{ième} siècle:

> It is difficult to predict all the long-term consequences of a compromise, except to assume there will be some good ones and some evil ones. Few people foresaw in the 1840s that the Americans would gain control of the Canadian market because a British act was passed in order to provide Canadians with cheap reading material; after all, one of the great liberal platforms of the nineteenth century was cheap

---

[169] W. BRIGGS, *The Law of International Copyright*, *op. cit.*, note 24, p. 608. Les chiffres proviennent du rapport de la Commission royale de 1878, *Report of the Commission of 1878*, dans G. H. PUTNAM, *The Question of Copyright*, 2^{e} éd., *op. cit.*, note 11, p. 260, para. 193. Le rapport précise également que de l'ensemble des colonies, sept d'entre elles ne collecteront aucune redevance.

[170] « They (the Canadians) contended that although they might import and sell American reprints on paying the duty, they were not allowed to republish British works, and to have the advantage of the trade, the sole benefit of which was, in effect, secured for Americans » (nos precisions). *Report of the Commission of 1878*, dans G. H. PUTNAM, *op. cit.*, note 11, p. 260, para. 195.

> reading for everyone. This situation led to the Canadian market becoming a battleground for American and British publishers, and skirmishes continued into the twentieth century because the British presence remained significant until the 1920s.[171]

À la fin des années 1850 les gouvernements canadien et impérial entament une nouvelle ronde de négociations afin d'arriver à un meilleur compromis. Le Canada se doit d'adopter rapidement une nouvelle législation. Le système de licences légales a déjà fait grand tort à l'industrie canadienne. Ses presses restent muettes et ses librairies sont submergées de livres imprimés aux États-Unis. De son côté, le gouvernement britannique presse le gouvernement canadien d'assurer une meilleure protection à ses auteurs. Le Canada s'y prendra par trois fois avant de mettre en vigueur, en 1875, une législation qui satisfasse l'Angleterre. Il s'essaiera d'abord avec une loi de 1859[172], mais il s'agit pour l'essentiel d'une refonte des lois antérieures - celle de 1841 avec celle de 1847 élargissant le champ de protection de la loi aux sujets britanniques - et ne constitue donc pas la réforme attendue par le pouvoir impérial. Le parlement canadien vote alors une nouvelle loi en 1868[173]. La sanction royale lui sera accordée mais le texte ne satisfait toujours pas aux exigences de Londres qui se montre plus pressant[174]. En 1872, une nouvelle copie est présentée. Cette fois la sanction royale sera refusée. Ces lois sont jugées trop contraignantes pour l'auteur britannique puisqu'elles lui imposent de faire imprimer et de publier l'œuvre au Canada[175]. Le Canada est obligé d'assouplir sa position et en 1875 une nouvelle loi sur le droit d'auteur est soumise pour approbation. Cette foi sera la bonne[176].

La loi de 1875 consacre la protection « [...], à compter de l'enregistrement du droit d'auteur dans la forme indiquée ci-après, [à] toute personne domiciliée en Canada ou dans une partie quelconque des possessions britanniques, ou tout citoyen d'un pays ayant fait avec le

---

[171] G. L. PARKER, *The Beginnings of the Book Trade in Canada*, *op.cit.*, note 69, p. 258.
[172] *Acte concernant les droits d'auteurs*, S.R.C. c. 81 (1859) (Ca.).
[173] *Acte concernant la propriété littéraire et artistique*, 31 Vict. c. 54 (1868) (Ca.).
[174] Can. Sess. Paper., (1875) vol. viii, no 28.
[175] Voir en particulier l'article 7 de la loi de 1859 et l'article 9 de la loi de 1868, *précité*, notes 172 et 173.
[176] *Acte concernant la propriété littéraire et artistique*, 38 Vic. c. 88. (1875) (Ca.), abrogeant la loi de 1868. Cette loi est publiée en annexe des lois de 1876 avec la mention suivante : « Réservé pour la signification du plaisir de Sa Majesté, le 8 avril 1875 ; sanction royale donnée le 26 octobre 1875, et proclamé le 3 décembre 1875 ; entrera en vigueur le 11 décembre 1875 ». Voir également, H. G. FOX, *The Canadian Law of*

Royaume-Uni une convention internationale sur la propriété littéraire et artistique, [...] »[177]. Elle est toujours conditionnelle à l'impression et à la publication des ouvrages au Canada à moins qu'ils y soient, et c'est ici la concession faite par le Canada, « réimprimés » ou « republiés »[178]. Le parlement britannique, satisfait du principe de réimpression et de republication, confirme la loi canadienne la même année par *An Act to give effect to an Act of the Parliament of the Dominion of Canada respecting Copyright*[179]. La loi impériale entérine l'acte de la législature canadienne. La loi canadienne y est d'ailleurs annexée. Elle y apporte même certaines précisions. Ainsi que nous l'avons précédemment exposé, l'article 4 de la loi impériale de 1875 prévoit que l'auteur britannique peut interdire l'importation en Angleterre de livres republiés ou réimprimés au Canada avec son consentement[180].

Malgré l'accession de l'auteur anglais à la pleine protection de la loi canadienne, le régime du *Foreign Reprints Act* (1847) demeure en vigueur et les réimpressions américaines d'ouvrages anglais continuent donc à circuler impunément au Canada. Techniquement, pourtant, l'auteur anglais qui réimprime son œuvre au Canada aurait pu invoquer les dispositions de la nouvelle loi canadienne pour interdire ces importations, facultés dont la loi impériale l'avait dépossédées. Il semble que cette voie n'ait pas été explorée.

En 1894 une loi canadienne sur les tarifs douaniers[181] vient supprimer la redevance de 12,5 pour cent perçue sur les éditions étrangères d'ouvrages anglais. En principe donc, la compensation abolie, la loi impériale de 1842[182] devait reprendre son plein effet. C'est en tout cas l'avis de McGillivray :

Copyright, 1ère éd, Toronto, University of Toronto Press, 1944, p. 24.

[177] *Acte concernant la propriété littéraire et artistique*, (1875) (Ca.), *id.*, article 4.1.

[178] Article 4.2, *id.*

[179] An *Act to give effect to an Act of the Parliament of the Dominion of Canada respecting Copyright*, 38 & 39 Vict. C. 53 (1875) (R.-U.).

[180] Article 4, *id.*

[181] *Acte à l'effet de refondre et modifier les actes concernant les droits de douane*, 57-58 Vict. c. 33 (1894) (Ca.), la section concernant les « livres et papier » établit une *taxe* à l'importation de 6 *centins* et annonce l'arrêt de la perception de la redevance de 12,5 pour cent : « Réimpressions d'ouvrage anglais enregistrés, six centins par livre, plus douze et demi pour cent ad valorem jusqu'à la fin de la prochaine session du parlement, et ensuite, six centins par livre » (Annexe A, article 101).

[182] Voir également *Morang and Co.* v. *Publishers' Syndicate*, (1900) 32 O.R. 393.

> Although Canada came under the Foreign Reprints Act, 1847, and in accordance therewith imposed duties on foreign reprints for the benefit of the owner of the copyright, the collection of those duties has now been abandoned by the Tariff Customs Act (Canada), 1894, the result of which is that as regards Canada the provisions of the Imperial Act, 1842, section 17, are revived and the importation of foreign copies of works having an Imperial copyright is again prohibited.[183]

L'importation d'éditions étrangères d'ouvrages anglais devait donc redevenir sujette à la permission du titulaire du droit d'auteur. Il reste que l'éditeur canadien qui voudrait procéder à la publication au Canada d'un ouvrage anglais reste sans recours contre l'importation. La loi impériale réserve ce droit à l'auteur ou à l'éditeur britannique. La loi ne lui donne pas encore les garanties dont il a besoin pour poursuivre ses activités au Canada. Après d'incessantes représentations à Londres, la Canada prend les devants et fait sauter un double verrou. D'abord celui du droit de reproduction, puis celui du droit d'importation, tout deux réservés à l'origine au titulaire anglais. En 1889 d'abord, le parlement adopte une loi autorisant l'éditeur canadien, sous certaines conditions, à imprimer et publier les ouvrages pour lesquels un droit d'auteur aura été obtenu mais qui n'auront pas été publiés en quantité suffisante pour répondre à la demande. Puis, en 1900, le législateur canadien passe une loi permettant à l'éditeur d'interdire toute importation ou distribution concurrente d'ouvrages protégés par les lois impériales[184]. La loi confère au Ministre de la culture le pouvoir de décréter l'interdiction d'importer un livre imprimé hors du Canada.

Les dissensions diplomatiques se lisent non seulement dans les multiples tractations et oppositions qui accompagnent les efforts canadiens d'indépendance législative, mais

---

[183] E.J. MACGILLIVRAY, *A Treatise Upon The Law of Copyright, op. cit.*, note 156, p. 188. La doctrine moderne semble indiquer toutefois que le texte de 1847 ne sera abrogé qu'en 1911. Voir, Kevin GARNETT, Jonathan RAYNER JAMES, Gillian DAVIES, *Copinger and Skone James on Copyright*, 14ième éd, Londres, Sweet & Maxwell, 1999, p. 1546.

[184] *Acte modifiant l'Acte concernant les droits d'auteur*, 63-64 Victoria c. 25 (1900) (Ca.), article premier : « Si un livre au sujet duquel il existe un droit d'auteur, en vertu de l'Acte concernant les droits d'auteur, a d'abord été légalement publié dans quelque partie des possessions de Sa Majesté autre que le Canada, et s'il est prouvé à la satisfaction du ministre de l'Agriculture que le possesseur de ce droit d'auteur et du droit d'auteur acquis par cette publication a légalement donné un permis de reproduire en Canada, [...] le ministre pourra nonobstant tout ce que contient l'Acte concernant les droits d'auteur, par un ordre sous son seing, interdire l'importation au Canada, si ce n'est du consentement écrit du porteur du permis, d'aucun exemplaire

également dans la manière dont les textes impériaux et coloniaux, souvent contradictoires, seront interprétés par les juges.

iii) Application concurrente ou prioritaire de la loi impériale

Au cours du XIX^{ième} siècle, le Canada redoublera d'effort pour se dissocier de la législation impériale, en tentant d'imposer sa propre législation. Efforts maintes fois déçus, notamment en raison de l'impossibilité de s'entendre sur le régime des œuvres anglaises. Le gouvernement de la métropole entend bien conserver ici la plénitude de ses pouvoirs législatifs, ce qui signifie que, sur ce sujet au moins, la législation canadienne devra au mieux être le miroir du droit impérial. Le pouvoir colonial est donc lié par la volonté impériale, il est bâillonné. Le régime des œuvres anglaises republiées ou réimprimées au Canada est donc aligné sur celui prescrit par la loi impériale qui s'applique *mutatis mutandis*. C'est la solution retenue de manière constante par les cours canadiennes. Le juge Burton, dans la décision *Smiles* v. *Belford*, ne peut pas être plus clair : « By the 29th section of the Imperial Act, 5 & 6 Vic. Ch. 45, that Act is extended to every part of the British Dominions, [...] »[185]. Il fait référence ici, bien entendu, à la loi anglaise de 1842.

Dans un sens, la situation coloniale va même aller en s'aggravant. Ce qui était déjà une friction apparente entre les deux gouvernements devient rapidement une réelle crise politique. 1875 marque d'ailleurs un certain recul. La loi canadienne de 1875 devait inciter les éditeurs anglais à concéder le droit de reproduction à leurs homologues canadiens. Même si la permission de réimprimer est toujours exigible en vertu des lois impériales[186], le

---

de ce livre imprimé ailleurs [...] ».

[185] Propos du juge Burton, *Smiles v. Belford*, (1876) 1 *Tupp. App Rep.* 443. Dans le même sens, *Black* v. *The Imperial Book Company*, (1904) 8 *Ont. L. R.* 9 (Cour d'appel d'Ontario). L'uniformité des lois impériales et coloniales, notamment quant à la durée de protection, doit, selon la Commission royale, être le premier des objectifs d'une réforme législative : « But important as uniformity is in matters of detail, it becomes still more important in respect of term to be fixed for the duration of copyright. As the law now stands, we apprehend that each colony has a right to decide what shall be the term during which an author who publishes in the colony shall have copyright therein». *Report of the Commission of 1878*, dans G. H. PUTNAM, *The Question of Copyright*, 2^{e} éd., *op. cit.*, note 11, p. 64, para. 228.

[186] Bien que de nombreux éditeurs canadiens de l'époque crurent un moment que la loi les exonérait d'obtenir une telle permission, la jurisprudence vint rapidement rétablir la juste interprétation de la loi. Dans *Smiles* v.

législateur veut promouvoir l'industrie de la réimpression canadienne et donc le système des licences. C'est avec cet objectif à l'esprit qu'il introduit la condition de première publication, condition qui a été ensuite aménagée, sur demande de Westminster, par l'introduction des notions de republication et de réimpression. Ces amendements ne vont pas dans le sens de la participation canadienne au marché de l'édition. La publication au Canada d'une oeuvre publiée une première fois en Angleterre semble pouvoir être le fait de son importation puis de sa mise en circulation au Canada. Cette distribution suffit donc, en principe, à lui faire bénéficier de la protection de la loi. L'éditeur anglais évite ainsi de faire fabriquer le livre au Canada.

Outre cette inégalité de traitement, clairement en défaveur des Canadiens, d'importantes lacunes subsistent. D'abord, l'importation de livres légalement imprimés en Angleterre est permise[187]. Pourquoi cette exception ? Certainement en raison du peu d'intérêt envers le système de licences, l'éditeur anglais voulant se réserver le droit de continuer à exporter ses livres malgré le fait qu'une autre personne que lui puisse être investie du droit d'auteur au Canada. En d'autres termes, par mesure de protection, l'éditeur anglais se réserve le droit de faire concurrence à son propre licencié. Ensuite, le système du *Foreign Reprints Act* entre clairement en contradiction avec les recours en importation que l'auteur anglais ou son licencié pourrait revendiquer en vertu de la loi canadienne de 1875. Nous l'avons vu, la loi impériale de 1842 et celle, coloniale, de 1875 replace l'auteur anglais dans la plénitude de ses droits sous réserve des formalités prévues à chacune d'elle. Le licencié est donc incapable de s'opposer à l'introduction de réimpressions américaines et de garantir l'exclusivité du marché canadien à son partenaire anglais[188]. Cette situation est donc loin

---

Belford, Smiles poursuit messieurs Belford, éditeurs canadiens, ces derniers ayant procédés à la réimpression du livre de Smiles intitulé *Thrift*. Accueillant la demande de Smile, le juge Burton rappela en effet que «... it was intended to preserve intact so much of the Imperial Act [of 1842] as prohibits the printing of a British copyright work in Canada, but giving to the author a further right on certain conditions of securing a Canadian copyright, and thus preventing the importation into Canada of foreign reprints ». *Smiles* v. *Belford*, *précité*, note 185.

[187] Le même article 15 continue en effet ainsi : « [...]; mais nulle disposition du présent acte ne sera censée prohiber l'importation du Royaume-Uni d'exemplaires d'aucun de ces ouvrages qui y aura été légalement imprimé ». *Acte concernant la propriété littéraire et artistique*, (1875) (Ca.), *précité*, note 176.

[188] La confusion la plus totale semble encore régner au début du XX^{ième} siècle lorsqu'il s'agit de déterminer les droits du licencié et de l'auteur pour les œuvres anglaises imprimées au Canada. Il semble que les effets du *Foreign Reprints Act* (1847) aient perduré malgré l'abolition de la redevance en 1894 et continuent à faire échec aux dispositions relatives à l'importation contenue dans les lois coloniales et impériales quant aux

d'être satisfaisante. Enfin, il semble que les notions de *republication* et de *réimpression* aient été comprises par un certains nombre d'éditeurs canadiens comme leur conférant la libre reproduction des œuvres anglaises. Copinger écrit que : « Under this law it appears the Canadian publishers considered themselves free to republish English copyright books in Canada without any consideration whatsoever »[189]. Bien entendu, les « déviants » seront vite rappelés à l'ordre impérial ! Le droit n'est évidemment pas de leur côté puisqu'au regard de la jurisprudence canadienne la loi coloniale doit suppléer et non se substituer au droit impérial. Cette solution est confirmée dans une décision *Smiles* v. *Belford* rendue en 1876[190]. Après avoir décidé que la loi impériale de 1842 s'applique sans restrictions au Canada, la Cour condamne l'éditeur canadien pour avoir réimprimer au Canada l'œuvre de Smiles sans autorisation. La loi canadienne de 1875 n'exonère pas l'éditeur canadien de la nécessité d'obtenir la permission de réimprimer l'œuvre au Canada. À défaut, Belford ne pouvait imprimer l'œuvre anglaise. Faisant référence à l'argument soulevé par la défense selon lequel la loi de 1875 confère aux éditeurs canadiens le droit inconditionnel de réimprimer les ouvrages anglais non enregistrés au Canada, le juge Burton rappelle le principe de préemption des lois impériales:

---

ouvrages anglais : « The thorniest part of the copyright problem, especially from the Parliamentary point of view, is concerned with « British Possessions ». [...]. It was not until 1886 that a reciprocal privilege was given to the colonies for books first produced in them, just as by the Act of 1842 British copyright for books produced in the United Kingdom was extended to the whole of the Queen's dominions. But in practice it was found difficult to supply the colonial public, unused to circulating agencies, with heavy and expensive books, that in 1847 Her Majesty was authorized by order in Council to allow the introduction of cheap foreign reprints of British books into any colony which provided for payment of certain royalty to the author in respect of each reprint imported. Books have accordingly been long imported, but, to the prejudice of the British author, the royalties have practically remained unpaid. The evil has only been slightly mitigated by a new custom of the book trade, whereby copyright owners in this country have granted licenses to the Canadian publishers to print in Canada or introduce into Canada editions of their works designed only for Canada. Last year Professor Mavor of Toronto, representing the Canadian Authors' Society of which Mr. Goldwin Smith is the honorary president and which consists of authors alone, gave evidence in London before the Committee. The unanimous opinion of his Society, corroborated by several leading publishers, was that the proposed bill should contain a clause enabling the Canadian Legislature to prohibit the importation into the Dominion without the written consent of the owner of the copyright in the book in respect of which an exclusive license for publication or importation had been granted to a Canadian publisher ». Warwick H. DRAPER, « Copyright Legislation », (1901) 17 *L.Q.R.* 39, pp. 49 et 50.

[189] W. A. COPINGER, *The Law of Copyright*, 2e éd., 1881, *op. cit.*, note 104, p. 128.

[190] *Smiles v. Belford*, *précité*, note 185. Confirmant une decision antérieure sur ce point, *Routledge* v. *Low*, (1868) *L.R.* 3 H.L. 100. Dans le même sens, *Black* v. *The Imperial Book Company et Al.*, (1904), *précité*, note 185. Contra : *Hodge* v. *The Queen*, (1883) 9 *App. Cas. Rep.* 17 ; *Harris* v. *Davies*, (1885) 10 *App. Cas. Rep.* 282; *Riel* v. *The Queen*, (1885) 10 *App. Cas. Rep.* 675. Également, confirmant l'application de la loi impériale de 1886 transposant la Convention de Berne, *Hubert* c. *Mary*, (1906) XV *Rapports judiciaires du Québec* 381

> An erroneous impression would appear to prevail as to the powers conferred upon the Parliament of the Dominion of Canada by the British North America Act of 1867, in reference of copyright. [...] It is clear, I think, that all the Imperial Act intended to effect was the right of dealing with colonial copyright within the Dominion under the exclusive control of the Parliament of Canada, as distinguished from the provincial legislatures [...]. I entirely concur with the learned Vice-Chancellor in the opinion he has expressed that under that Act no greater powers were conferred upon the Parliament of the Dominion to deal with this subject than had been previously enjoyed by the local legislature.[191]

N'ayant pu obtenir la collaboration ni des éditeurs anglais ni de Westminster, le Canada vote en 1889[192] un texte de loi destiné à autoriser, sous licence gouvernementale[193], la réimpression d'ouvrages dans le cas où le titulaire des droits néglige de publier l'œuvre au Canada dans un délai d'un mois à compter de la première publication dans le pays d'origine. Ce régime est destiné à rendre incontournable le recours à un éditeur canadien, à forcer la collaboration entre les deux pays. À défaut donc de publier dans le délai qui lui est imparti et donc de satisfaire aux conditions d'application de la loi, l'article 3 de la loi de 1889 prévoit que « [...] toute personne ou toutes personnes domiciliées au Canada pourra ou pourront obtenir du ministre de l'Agriculture un permis ou des permis d'imprimer et de publier ou de produire l'œuvre au sujet de laquelle, sans cette négligence, un droit d'auteur aurait pu être obtenu ». Le texte de 1889 sanctionne donc l'immobilisme anglais. Jusque là, l'attitude des éditeurs britanniques était plutôt de s'en remettre à la protection de la loi impériale, refusant de reconnaître une quelconque autorité à la loi canadienne. Ils manquent d'ailleurs très souvent d'enregistrer leurs œuvres. Dans ce contexte, la loi de 1889 peut leur apparaître comme un nouveau geste d'insubordination[194]. La réponse du pouvoir

---

(Cour du banc du Roi). Voir également, E. J. MACGILLIVRAY, *A Treatise Upon The Law of Copyright*, 1902, *op. cit.*, note 156, p. 189

[191] *Smiles* v. *Belford, précité*, note 185, p. 442.

[192] *Acte modifiant l'Acte concernant les droits d'auteur, chapitre soixante-deux des Statuts révisés*, 52 Vict. c. 29 (1889) (Ca.).

[193] Et du paiement à l'auteur de l'œuvre étrangère d'une somme forfaitaire de 10 % *ad valorem*.

[194] « The British authors made strong and continued protests against an Act which would take out of their hands the privilege of selecting their own publishers for the Dominions, and which was likely to work mischief with their relations with the publishers of their authorized editions in the United States », G. H.

impérial ne se fera d'ailleurs pas attendre : une fois de plus la sanction royale lui sera refusée et le texte n'entrera donc jamais en vigueur[195]. On ajoutera à la décharge du législateur canadien que la loi de 1889 puise sans aucun doute ses origines dans les recommandations de 1878 faites par la Commission royale britannique : « We recommend that in case the owner of a copyright work should not avail himself of the provisions of the copyright law (if any) in a colony, and in the case no adequate provision be made for republication in the colony or otherwise, within a reasonable time after publication elsewhere, for a supply of the work sufficient for general sale and circulation in the colony, a license may, upon an application, be granted to republish the work in the colony subject to a royalty in favor of the copyright owner of not less than a specified sum per cent on the retail price, as may be settled by any local law »[196].

Les positions des deux gouvernements semblent irréconciliables.

Autre sujet de discorde, et non des moindres, le Canada veut maintenir les formalités de publication et de dépôt au moment où la Convention de Berne, menée sur ce point par les

---

PUTNAM, « The Status of Canada », dans G. H. PUTNAM, *The Question of Copyright*, *op. cit.*, note 11, p. 469.

[195] « The Imperial government refused to give is approval to the Canadian Act, and after an acrimonious correspondence between the Canadian authorities and the colonial office, which extended over a number of years, the Act was, in 1895, finally withdrawn », G. H. PUTNAM, « The Status of Canada », *Id.*, p. 470. Le gouvernement impérial motive son refus de la façon suivante : « We do not desire to interfere with the Canadian Government in their mode of dealing with their own authors as they see fit. They can pass any copyright to restrict or tie down or confine their own authors within any bounds they choose, but when it comes to passing an act that is going to legalize the piracy of British authors' works, then we think we are justified in stepping in and saying as a part of the British dominions, and as a part of the British Empire, is it right for you to pass that Act which is an Act of piracy against British Authors ». Rapport du sénateur C. Charles Arkel BOULTON, dans *The Senate of Dominion of Canada*, 5ième Sess., Ottawa, E. Dawson (éditeur), 1895, p. 216. En 1895, le parlement canadien proposera une seconde version de la clause contenue à l'article 3 de la loi de 1889. Elle conserve le même objet. *Acte modifiant l'Acte concernant les droits d'auteur*, 58-59 Vict. c. 37 (1895) (Ca.) : « 3. Le présent paragraphe de l'article trois du chapitre vingt-neuf des Statuts de 1889, qui modifie l'Acte concernant les droits d'auteur, est par le présent abrogé et remplacé par le suivant : - 3. Si la personne qui a droit à la propriété d'un ouvrage en vertu du dit acte, tel que par le présent modifié, néglige ou manque de se prévaloir de ses dispositions, ou, après s'être assurée de son droit d'auteur sous son empire, en aucun temps après la première publication en Canada de l'œuvre pour laquelle elle aura ainsi obtenu droit d'auteur, manque d'imprimer et publier en Canada un nombre suffisant d'exemplaires de l'ouvrage pour lequel elle aurait pu obtenir ou aura ainsi obtenu droit d'auteur comme susdit, de manière à répondre à la demande de cet ouvrage au Canada, toute personne domiciliée en Canada pourra obtenir du Ministre de l'Agriculture un ou des permis d'imprimer et publier ou reproduire cet ouvrage en canada ; [...] ».

[196] G. H. PUTNAM, *The Question of Copyright*, 2e éd., *op. cit.*, note 11, p. 263, para. 207.

délégations française et anglaise, annonce leur levée. La position canadienne crée une distorsion supplémentaire avec Londres[197]. La loi canadienne de 1889, en effet, maintient les exigences de publication et d'impression au Canada et prévoit un régime de licences légales pour les réimpressions, exceptions au droit exclusif de l'auteur non prévues à l'Acte de Berne. L'adhésion de l'Angleterre à la Convention de Berne isole donc le Canada. Le sénateur conservateur libéral Boulton, dans une communication faite devant le Sénat à propos des effets de la loi de 1889, dénonce cette situation :

> [...] no works were protected for copyright in Canada for British authors, American authors, or foreign authors of any kind, unless they published, printed, and manufactured the books in Canada in one month after it had been brought out in Great Britain or elsewhere ; [...]. If the British author failed to apply for copyright under those conditions which required that they should go to the expense, then there was no protection; then any publisher in Canada had a right to take possession of any work that they choose, and publish it without reference to the author himself.[198]

---

[197] La décision *Hubert* c. *Mary* en est la parfaite illustration. Le demandeur en première instance, Mary, avait intenté une action en contrefaçon au Canada afin de faire cesser l'impression et la publication sans sa permission de l'œuvre intitulée « Tante berceuse » au Canada. La principale question qui reste à débattre en appel est celle de savoir si la Convention de Berne, transposée par le *International Copyright Act* de 1886, liait le Canada. Dans la négative, le demandeur qui invoque le droit d'auteur de son pays d'origine, membre de l'Union, n'aurait pas pu obtenir le bénéfice des lois applicables au Canada. La Cour résume les prétentions de l'appelant, Hubert : « The appellant contends that [...] a foreigner, although the owner of a copyright in his own country, even though it is a country a party to the Convention of Berne, cannot have a copyright ipso facto in Canada, without complying with the law of Canada [...] ». La Cour rejette les arguments de l'appelant et conclut à la dépendance du droit canadien aux obligations souscrites par la Grande-Bretagne. La signature de la Convention de Berne par le gouvernement impérial a donc fait entrer les *dominions*, nonobstant toute résistance de leur part, dans l'Union de Berne. « It is clear to this Court that copyright obtained by a foreigner in his own country, if it is a party to the Convention of Berne, protects him throughout the British Empire without the formality of any registration. It cannot be seriously pretended for a moment that once foreign authors are exempt from the formalities required for the British authors in Great Britain, those authors should be obliged to fulfill in the colonies of Great Britain the formalities provided in the laws of each of those colonies. [...] Any such pretension would place the colonies of Great Britain in a more favorable position than Great Britain herself ; in itself an absurd conclusion ». *Hubert* c. *Mary, précité*, note 190, p. 383. Ces propos plus politiques que juridiques sont ceux du juge Lavergne qui écrit pour la Cour. Ils sont affligeants et manquent, à notre sens totalement de partialité. La question de l'indépendance législative du Canada est une question complexe, que l'on ne peut trancher avec autant de dédain. C'est à tort que le juge a voulu se faire diplomate. Il se révèle dans les dernières lignes de son jugement : « A last observation : we are dealing here with an international question, and the Imperial Parliament, in questions of this nature, legislates for all the colonies. To decide otherwise would be tantamount to declaring the colonies to be independent countries ». *Id.*, p. 384.

[198] C. A. BOULTON, dans *The Senate of Dominion of Canada*, *op. cit.*, note 195, p. 216.

En même temps, le gouvernement canadien vit difficilement son état de dépendance et porte le ressentiment d'avoir encore une fois de plus subi le dirigisme du pouvoir impérial. Déjà, sans que le gouvernement canadien n'ait été consulté, le gouvernement impérial avait accordé la protection impériale aux auteurs ressortissants de pays avec qui la Grande-Bretagne a signé des accords de réciprocité. Ainsi, par exemple, les auteurs français bénéficient au Canada de la protection des lois impériales depuis 1852[199] sans qu'il soit nécessaire de procéder à la première publication de l'œuvre française en Angleterre, ni même au Canada. Les auteurs américains jouiront du même avantage à partir de 1886 alors même que les États-Unis n'accorderont la protection aux auteurs britanniques qu'à partir de 1891[200]. Pour les auteurs canadiens, la réciproque ne sera pas vraie. Par exemple, pour qu'un éditeur canadien puisse obtenir un droit d'auteur au États-unis, il faut que la typographie et la composition du livre aient lieu aux États-Unis et qu'il y procède à l'enregistrement et au dépôt. Rappelons que ce n'est qu'en 1886 que l'auteur canadien pourra bénéficier de la protection de la loi anglaise pour les œuvres d'abord publiées au Canada[201]. Auparavant, seule la première publication de son œuvre en Angleterre le rendait éligible à la protection impériale, ce qui avait fait dire aux rapporteurs de la Commission royale de 1878 que : « It is obvious that if by Imperial Law copyright is to be enforced in the colonies, while at the same time first publication in the United Kingdom is a condition of obtaining it, the colonies are not treated on fair and equal terms, and that there is just ground of complaint on the part of colonial authors and publishers »[202].

---

[199] *International Copyright Act*, (1852) (R.-U.), *précité*, note 103. Une loi de 1886 viendra apporter les amendements nécessaires pour intégrer les dispositions de la Convention de Berne. *International Copyright Act*, (1886) (R.-U.), *précité*, note 103.

[200] W. BRIGGS, *The Law of International Copyright*, *op. cit.*, note 24, p. 645.

[201] *Routledge* v. *Low*, *précité*, note 190. Dans cette affaire, l'auteur Cummings, citoyenne américaine de son état, avait choisi Montréal comme lieu de résidence au moment de la publication de son œuvre à Londres. Elle poursuit l'éditeur Routledge qui, sans son autorisation, avait imprimé et mis en vente des exemplaires de son œuvre. La Cour à l'unanimité lui accorde le bénéfice de la loi impériale puisqu'elle avait dûment procédé à la première publication de son livre au Royaume-Uni. En référence à la réclamation d'un auteur qui serait résident canadien, le juge Chelmsford précise que la première publication et l'enregistrement de l'œuvre par un auteur résident au Canada lui permettent de bénéficier de la protection impériale malgré l'existence d'une loi coloniale : « Our attention was called to a local law of Canada with regard to copyright ; but it was not contended that it would prevent a native of Canada from acquiring an English copyright which would extend to Canada, as well as to all other parts of the British dominions, although the requisitions of the Canadian law had not been complied with », *id.*, p. 875-876.

La signature de la Convention de Berne par la Grande-Bretagne pour le compte des colonies est perçue comme une injustice de plus. Alors que la métropole avait refusé pendant près d'un siècle la protection des œuvres d'abord publiées au Canada, voilà que par son engagement international la loi impériale offre le Canada aux auteurs étrangers.

Le Canada se réservera d'ailleurs le droit de se retirer unilatéralement de la Convention de Berne[203]. Putnam résume bien la situation:

> The authorities of the Home government have heretofore maintained that copyright was a matter belonging to imperial control, and that the British copyright legislation and the British conventions with foreign states were to be held as binding upon all the territories and colonies of the Empire. With this understanding, the representatives of Great Britain at the Convention of Berne accepted the provisions of that Convention for Great Britain and for all the British colonies. The Dominion of Canada has, however, declined to be bound by the action of the Home Government. It is the Canadian view that both copyright and patent-right are matters which belong properly within the control of the Dominion. Acting on this contention, the Dominion government gave but a provisional assent to the Convention of Berne, reserving the right to withdraw after a year's notice, and such notice has since been given.[204]

---

[202] *Report of the Commission of 1878*, G. H. PUTNAM, *The Question of Copyright*, 2e éd., *op. cit.*, note 11, p. 225, para. 52.

[203] Il semble d'ailleurs que cette possibilité ait été envisagée jusque dans les années 1950 puisque le Rapport sur le droit d'auteur de la Commission royale canadienne de 1958 comporte une section dont l'intitulé relance clairement le débat : « Le Canada devrait-il demeurer membre de l'Union de Berne ?». *Commission royale sur les Brevets, le Droit d'auteur, les Marques de commerce et les Dessins industriels*, Ottawa, Edmond Cloutier, 1958, p. 19. La conclusion est toutefois plus heureuse et nous sort de la torpeur dans laquelle cette tranche d'histoire nous avait plongé : « Si le Canada doit demeurer partie à la Convention, nous sommes d'avis que nos représentants devraient soulever ces questions et d'autres problèmes connexes, quand les révisions seront à l'étude », *id.*, p. 20.

[204] G. H. PUTNAM, « The Status of Canada », (January 1896), dans G. H. PUTNAM, *The Question of Copyright*, 2e éd., *op. cit.*, note 11, 467, pp. 467-468. Voir également, les propos du sénateur Boulton sur la question du droit d'auteur international : « Also, of course, when the convention was formed in 1886, and when the British Governement became part and parcel of the international copyright or of the Berne Convention, it included all the British dominions, and when the Canadian Government passed the Act of 1889 we then and there demanded that we should not be included in the international convention, that we should have a right to put the Act of 1889 into force and that we should not be tied down », C. A. BOULTON, *op. cit.*, note 195, p. 215.

Les multiples actions du gouvernement canadien compliquent considérablement la compréhension du droit colonial dans son articulation avec le droit impérial. Les régimes de licence légale d'importation (1847) puis, par la suite, de reproduction (1889) sont autant de tempéraments à l'exercice du droit exclusif des auteurs britanniques ou ayants droits canadiens. Il s'agit là des réponses du droit canadien à l'exercice abusif du droit exclusif, c'est-à-dire, d'une part, au refus d'accorder des licences de reproduction et, d'autre part, aux entraves à l'importation d'oeuvres. Le droit est forcé là où il ne peut pas être instrumentalisé par des conventions privées. Il s'agit pour le Canada de rapatrier l'ensemble des prérogatives nécessaires dans le contrôle de la distribution des œuvres sur le marché domestique.

Après le droit d'importation, un autre droit va jouer un rôle important dans le contrôle de la distribution internationale des œuvres : il s'agit du droit de traduction.

Section 2 - Le droit de traduction

Le sujet de cette partie pourrait paraître presque suranné. Valet des grands droits, le droit de traduction ne couvre souvent que quelques paragraphes des traités en droit d'auteur. Il est donc largement et injustement sous-estimé. L'éminent Desbois, pourtant si prolifique, ne lui réserve que quelques lignes dans chaque édition de son traité[205]. Il ne nous appartient pas de rétablir ici sa juste place au sein de notre discipline. Notre apport sera plus modeste et nous tenterons de démontrer le rôle important que le droit de traduction a joué dans la distribution des œuvres.

Il faut distinguer le droit dans la traduction (a) et le droit à la traduction (b) [206]. C'est ce dernier volet qui nous intéresse plus particulièrement puisqu'il conditionne directement la mise en marché de l'œuvre traduite.

---

[205] La traduction y est traitée plus généralement sous la question des adaptations. H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, 1ère éd., (1950), p. 664-665; 2e éd., (1966), pp. 36-37, 3e éd., (1978), pp. 41-42.

[206] On ne confondra pas le droit du traducteur sur sa traduction en tant qu'elle constitue une nouvelle œuvre et le droit à la traduction qui appartient à l'auteur de l'œuvre originale. Le droit de traduction régit la situation du passage de l'oeuvre originale à sa rédaction dans une autre forme. Le droit sur la traduction reconnaît quant

a) Le droit dans la traduction

Les premières lois sur le droit d'auteur, tant en France qu'en Angleterre, ne se soucient guère ni de la traduction ni de son traducteur. La loi d'Anne est muette à son endroit. Même chose pour les lois françaises de 1791 et 1793. La traduction « bénéficie », pour ainsi dire, d'une période durant laquelle elle est excusée du droit. Elle échappe entièrement à la réglementation. De plus, les lois nationales n'accordant aucune protection à l'auteur étranger, elles ne créent pas non plus d'exception, *a fortiori*, pour les ouvrages traduits sur place ou ailleurs. Le traducteur, au même titre que l'auteur étranger, n'a pas son mot à dire[207]. Cette situation perdurera jusqu'à la reconnaissance, timide il est vrai, du droit de traduction dans la Convention de Berne. L'article 6 du texte de Berne précise que « les traductions licites sont protégées comme des ouvrages originaux. Elles jouissent, en conséquence, de la protection stipulée aux articles 2 et 3 en ce qui concerne leur reproduction non autorisée dans les pays de l'Union ». Avant les travaux de Berne, seul le droit prétorien semble vouloir accueillir les doléances du traducteur.

En droit anglais, on citera la décision *Wyatt* v. *Barnard*[208] rendue en 1814 qui reconnaît la qualité d'auteur du traducteur et, par conséquent, lui accorde la protection de la loi. Cette

---

à lui un droit d'auteur au bénéfice du traducteur sur l'oeuvre dérivée qu'il a réalisée. On peut d'ailleurs par extrapolation trouver ici une autre justification à la reconnaissance d'un droit de traduction. En effet, certains grands auteurs étant également de grands traducteurs - on songera à Baudelaire qui traduisit Poe, il aurait été difficile de ne pas leur attribuer de droit sur ce travail souvent herculéen. En refusant à l'auteur original le contrôle sur la traduction de son oeuvre et en autorisant le traducteur à bénéficier du travail de l'auteur, on aurait créé un paradoxe difficilement soutenable. C'est ainsi que les articles 5 et 6 de la Convention de Berne de 1886 se répondent l'un à l'autre. La phrase de l'article 5, « Les auteurs jouissent [...] du droit exclusif de faire ou d'autoriser la traduction » doit se lire avec celle de l'article 6 « les traductions licites sont protégées comme des ouvrages originaux ».

[207] H. G. FOX, *The Canadian Law of Copyright*, 1ère éd., *op. cit.*, note 176, p. 103

[208] *Wyatt* v. *Barnard*, (1814) 3 *Ves. & B.* 77. Certaines traductions non protégées en Angleterre avaient été commandées par le demandeur et insérées dans sa publication. Le défendeur avait clairement reproduit l'ensemble du guide dont les traductions. Une injonction est rendue en faveur du demandeur. La cour n'apporte aucune précision quant à la traduction proprement dite. Enfin, on relèvera les commentaires de Lord Mansfield exprimés dans la décision *Millar* v. *Taylor*. Se référant à la Bible, il écrit *obiter dicta* « if any man should turn the psalms, or the writings of Salomon or Job into verse, the King could not stop the printing or sale of such work : it is the author's work ». *Millar v. Taylor*, (1769) 4 *Burr.* 2405. Voir également, un siècle plus tard, la décision *Byrne* v. *Statist Co.*, (1914) 1 *K. B.* 622. Dans l'entre-temps, on pourra citer quelques autres décisions accordant la protection à des traductions, *Murray* v. *Bogue*, (1852) 61 *E.R.* 487 ; *MacMillin*

jurisprudence sera suivie par le Canada et adoptée aux États-Unis, quelques années plus tard, en 1845 exactement[209]. Le statut de l'œuvre originale importe peu d'ailleurs puisqu'il s'agit dans la plupart des cas d'une œuvre étrangère et donc non protégée[210].

Renouard, qui aura probablement eu connaissance de ces décisions, dira justement que le droit français s'aligne sur la solution anglaise : « En France comme en Angleterre, la jurisprudence est constante sur ce point »[211]. Pouillet en fait un postulat : « Nous savons qu'une traduction constitue une propriété au profit du traducteur »[212]. La traduction jouit donc de la protection contre toute reproduction au même titre que les ouvrages écrits en langue française. Fait intéressant, Renouard mentionne que la législation française a manqué de peu d'être complétée par une disposition expresse à ce sujet. Il note ainsi que :

> Dans les travaux préparatoires sur le décret impérial du 5 février 1810, le projet discuté au conseil d'état contenait un article ainsi conçu : « L'individu qui aura fait le premier sa déclaration pour la traduction ou publication d'un ouvrage imprimé et publié à l'étranger, jouira en France des droits d'auteur ». Autant cette disposition, en ce qui concerne les droits du traducteur, était facile à justifier, comme suppléant au silence des lois antérieures par une interprétation entièrement conforme à l'esprit général de leurs dispositions, autant l'innovation était considérable à l'égard des publications d'ouvrages étrangers. On recula devant l'établissement de ces privilèges d'importation. On avait, dans

---

& Co. v. *K. B. Shamsul Ulama Zoka*, (1895) 19 *I.L.R.* 557 (Bombay, India); *Parry* v. *Moring & Gollancz*, (1901-04) *MacG. Cop. Cas* 49 (Ch. D.); *Evans* v. *Tout*, (1905-10) *MacG. Cop. Cas* 213 (Ch. D).

[209] *Emerson* v. *Davies*, (1845) 8 *F. Cas.* 615 (Dist. Court of Mass.). Faisant référence à *Wyatt* v. *Barnard*, le juge Story écrit (p. 619) : « A man has a right to a copy-right in a translation, upon which he has bestowed his time and labor. To be sure, another man has an equal right to translate the original work, and to publish his translation; but then it must be his own translation by his own skill and labor; and not the mere use and publication of the translation already made by another. Wyatt v. Barnard, 3 Ves. & B. 77 ». E. S. DRONE, *The Law of Property in Intellectual Productions in Great Britain and the United States*, *op. cit.*, note 20, p. 232.

[210] L'exposé du droit américain fait par Drone à ce sujet ne manquera pas de choquer nos contemporains : « There is no reasonable doubt that valid copyright will vest in a translation, abridgement, or dramatization made by a citizen or resident from the work of a foreign author. The law recognizes such productions as proper subjects of copyright; and, as the copyright does not extend to the original, it matters not that this is the work of a foreign author. But, in such case, the law protects each author only in his own production. The original, being common property, may be used by any person, without infringing the copyright in a protected abridgement, translation, or dramatization », *Id.*, p232.

[211] A. C. RENOUARD, *Traité des droits d'auteur*, Vol. II, *op. cit.*, note 12, p. 99.

[212] E. POUILLET, *Traité de la propriété littéraire et artistique, op. cit.*, note 3, p. 430.

> la discussion, commencé par restreindre l'article proposé en ne donnant le privilège au traducteur que pour sa traduction, et à l'importateur que pour sa publication en langue originale ; [...]. Mais l'article entier fut définitivement supprimé. Malgré cette suppression, le droit du traducteur demeure incontestable.[213]

Il confirme donc, par anticipation, la jurisprudence et la législation françaises[214]. Ce passage fait également allusion à la connexité des droits de traduction et d'importation. Lien logique puisque le droit de traduction est essentiellement tourné vers l'étranger. Il porte un élément d'extranéité indissociable : l'œuvre étrangère. De ce fait, ce droit national a des implications internationales inévitables. « The question of translation », noteront encore récemment certains commentateurs, « is of prime importance from the international point of view, for it is only by means of translations that an author of a literary or scientific work can practically make his work known in a country speaking another language than his own »[215]. Ce lien à l'œuvre étrangère explique que le droit de traduction puisse servir de mécanique régulatrice dans les échanges commerciaux. C'est ce que nous allons voir.

b) Le droit à la traduction

Nous savons que les premières lois anglaises et françaises demeurent muettes sur le sujet de la traduction.

En Angleterre, le droit de traduire apparaît dans sa forme définitive en 1911. Il est contemporain à la Convention de Berne puisque c'est elle qui accélèrera le processus de

---

[213] A. C. RENOUARD, *Traité des droits d'auteur*, Vol. II, *op. cit.*, note 12, p. 99.

[214]« Considérant qu'après avoir admis l'exactitude du reproche qui leur était adressé d'avoir copié textuellement les cinquante-neuf articles dont il s'agit, les frères Didot ont, en désespoir de cause, essayé sans succès de ce défendre, en fait, de ce reproche, et vainement allégué que les articles de la Bibliographie Michaud étaient eux-mêmes puisés dans des ouvrages grecs, anglais, ou italiens, ou empruntés à d'autres dictionnaires historiques, puisque, d'une part, les droits d'auteur sont protégés pour une traduction aussi bien que pour une composition originale [...] ». *Thoissier-Desplaces* c. *Didot*, sur renvoi, Cour d'Orléans, ch. Correct., 10 juillet 1854, Journal du Palais, 1854, Tome 63, 549, p. 552. Également, Elisabeth JANVIER, « Vous avez dit auteurs? La situation des traducteurs littéraires en France », (1981) 107 *R.I.D.A.* 3.

[215] Kevin GARNETT, Jonathan Rayner JAMES, Gillian DAVIES, *Copinger and Skone James on Copyright*, 14[e] éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1999, p. 1141, no 24-32.

son adoption. Avant cela, la question de la traduction avait été évoquée à l'occasion de quelques rares décisions. Leur apport est relativement limité et interdit toute spéculation sur l'existence supposée d'un droit prétorien de traduction[216]. L'article 8 de la loi anglaise de 1911 prévoit que : « The authors of unpublished works, being subject or citizens of one of the countries of the Union, and the authors of works first published in one of those countries of the Union, and enjoy in the other countries of the Union, during the whole term of the right in the original work, the exclusive right of making or authorising a translation of their work ». La référence au traité de Berne confirme à la fois l'origine et le caractère international de ce droit. Elle est un argument supplémentaire pour affirmer que la question de la traduction ne peut pas être désolidarisée de celle, plus générale, de la protection internationale des auteurs étrangers. Skone James dira encore en 1944 que « the question of translations is of prime importance from the international point of view, for it is only by means of translations that an author of a literary or scientific work can practically make his work known in a country speaking a another language than his own »[217].

En France, le droit de traduction s'infère logiquement de l'interdiction absolue de reproduire une œuvre, même partiellement, sans l'autorisation de l'auteur. Le rattachement du droit de traduction au droit de reproduction est une particularité française[218]. Mais là encore, il faut attendre 1957 pour que le législateur français codifie le principe. L'interdiction d'exploiter l'œuvre protégée s'applique, suivant l'article 40 de la loi de 1957, « même pour la traduction »[219]. Les textes antérieurs étaient restés muets à ce sujet[220]. Le

---

[216] *Burnett* c. *Chetwood*, (1720) 2 *Meriv.* 441. La Cour rend une ordonnance afin d'interdire la publication de la traduction anglaise du livre de Burnett écrit en latin pour des raisons d'éthique. L'ouvrage de Burnett, trop vulgaire, devait être porté loin des yeux du public, objectif que la langue latine, connu de peu de lecteurs, permettait d'accomplir. Également, *Wyatt* v. *Barnard, précité*, note 208 et la jurisprudence citée.

[217] F. E. SKONE JAMES, *Copinger on the Law of Copyright*, 6e éd., 1944, p. 282. Le professeur Vaver, faisant référence à la période où la traduction semblait tolérée, écrit encore que : « Unhibited translation also distributed knowledge quickly at a time when publishers were more concerned with home markets and undisposed towards meeting foreign demands ». David VAVER, « Translation and Copyright », (1994) 4 *E.I.P.R.* 159, p. 165.

[218] « Although it can be argued that translation is simply one of the ways in which works of this kind may be reproduced, only a few countries took this approach and assimilated translation rights completely to that of reproduction. This seems to have been the case in France, in the absence of legislative enactment and was expressly provided for in countries which derived their copyright laws directly from France, [...] ». Sam RICKETSON, *The Berne Convention for The Protection of Literary and Artistic Works : 1886-1986*, Londres, Kluwer, 1987, p. 12.

[219] *Loi sur la propriété littéraire et artistique*, No. 57-298 du 11 mars 1957, J.O., 14 mars et 19 avril 1957, *Gaz. Du Pal.*, 1957-1-199. Désormais, L. 122-4 *C. propr. intell.*

silence du droit français a pu militer, selon certains auteurs[221], en faveur d'un certain laisser faire. Nous pouvons dire que, selon toute probabilité, le droit de l'auteur à traduire son œuvre ne fut pas reconnu avant la fin du XIX^{ième} siècle.

La traduction héberge sous des termes différents l'œuvre première. Le droit de traduction désigne donc généralement, directement ou indirectement, un sujet de droit étranger. Il est rare que l'auteur et le traducteur soient de même nationalité ou ressortissent du même pays. Le droit de traduction subit alors logiquement le même sort que les autres prérogatives du droit d'auteur lorsqu'un des éléments qui les constitue est survenu à l'étranger. Le droit de reproduction, tout comme le droit de traduction de l'œuvre étrangère, dépendent du traitement national que leur réservent les ententes internationales. Le droit de l'auteur étranger de permettre ou non la traduction est rarement effectif dans le pays de traduction.

---

[220] Bien peu de législation avait traité du sujet. On notera un arrêté belge du 23 septembre 1814 et une loi Prusse de 1837. L'arrêté belge prévoyait en effet que : « Il est défendu de publier la traduction d'un ouvrage sur lequel l'auteur ou ses héritiers exercent encore leur droit de propriété, à moins qu'ils n'en donnent leur consentement par écrit, ou que l'ouvrage traduit ne soit parvenu à la seconde édition ». Quant à la loi prussienne, elle énonce que « Ne sont pas considérées comme contrefaçons [...] 3 - la publication des traductions d'ouvrages déjà imprimés. Par exception, cependant, les traductions sont assimilées à la contrefaçon dans les cas suivants : a. Lorsqu'il a été publié, sans la permission de l'auteur, une traduction allemande d'un ouvrage que celui-ci avait publié dans une langue morte ; b. Lorsque l'auteur d'un ouvrage l'a fait paraître simultanément en plusieurs langues vivantes et que, sans son approbation, il se publie une traduction du même ouvrage en l'une des langues dans lesquelles il a paru originairement. Si l'auteur d'un ouvrage a déclaré sur le titre de la première édition qu'il se propose de publier une traduction dans une langue désignée par lui, cette traduction sera considérée comme ayant été publiée conjointement avec l'original lorsqu'elle aura paru dans les deux ans de la publication de celui-ci ». A. C. RENOUARD, *Traité des droits d'auteur*, Vol. II, *op. cit.*, note 12, pp. 36-37. Voir également la référence faite à la loi prussienne dans la décision *Girardin* c. *Rosa*, Cour royale de Rouen du 7 novembre 1845, Journal du Palais, 1846, Tome 46, 658.

[221] Notamment, Gastambide, Goujet et Merge, Le Senne et bien entendu Renouard. Darras s'inscrit contre les opinions de ces auteurs. Alcide DARRAS, *Du droit des auteurs et des artistes dans les rapports internationaux*, *op. cit.*, note 47, p. 100, note 1, 2 et 3 et pp. 100-103. La jurisprudence française suivra : « Mais, dans le système contraire, on répond, d'une part : Que le législateur n'a entendu protéger que les ouvrages écrits en langue française contre la reproduction dans le même idiome, et que l'interdiction de traduire ces ouvrages dans une autre langue n'est pas dans la loi, et ne saurait se suppléer ; de l'autre : Que si une traduction est la reproduction de l'original, pensée par pensée, mot par mot, elle ne peut cependant préjudicier aux droits de l'auteur, soit à cause de l'infériorité de cette traduction sur l'original, soit à cause de la différence de l'idiome, du style, soit enfin à cause de la différence des lecteurs auxquels elle s'adresse. Ce système nous paraît, quant à nous, le plus conforme tant à l'esprit de la législation sur la propriété intellectuelle, qu'à la règle de la loi naturelle qui assure à chaque individu, indépendamment de la nationalité, la jouissance intellectuelle de tous les ouvrages qui se publient et aux progrès littéraires et scientifiques. Ainsi, nous pensons qu'il n'y aura pas de contrefaçon, soit dans la traduction d'un ouvrage français en langue étrangère, soit dans la traduction en langue française d'un ouvrage publié en France dans une langue étrangère, soit enfin dans la traduction d'un ouvrage publié en France en langue étrangère dans une autre langue étrangère ». Commentaires anonymes, dans Journal du Pal., *La jurisprudence de 1791 à 1850*, *Répertoire Général*, 1850, Tome X, p. 769, para. 237.

Il faut une reconnaissance du droit de l'auteur étranger par la législation du pays où à lieu la traduction. Ensuite, parce que la traduction affecte la forme dans laquelle l'œuvre est rendue au public, le droit positif a longuement hésité avant de la soumettre à l'autorité de l'auteur de l'œuvre concernée. Cette hésitation provient d'abord de la mutation linguistique que subit nécessairement l'œuvre première. Nul doute que la traduction naît de cette œuvre première mais n'est t-elle pas une métamorphose complète, un vecteur vers une création indépendante ? À cette interrogation vient s'ajouter des considérations de politique nationale. La traduction est le mécanisme incontournable de communication de l'œuvre à un public qui ne partage pas la langue dans laquelle l'oeuvre a été initialement écrite. Dans cette perspective, le droit de traduction confie à des intérêts privés le contrôle de la diffusion universelle de l'œuvre. Est-ce bien raisonnable ? Renouard pense que non : « Si un ouvrage de littérature étrangère publié en France pour la première fois ne pouvait pas y être traduit, si même, traduit une fois tant bien que mal, il ne pouvait pas l'être de nouveau, un obstacle serait apporté au progrès littéraire et à la circulation des idées »[222]. Cette dernière considération explique certainement l'intervention tardive du législateur. Sur ce sujet, la jurisprudence le devancera.

Notons qu'en 1828 déjà la Cour de Paris qualifie de contrefaçon la reproduction sténographique de notes de cours tirées d'un ouvrage imprimé[223]. De là, conclure à l'existence d'un droit exclusif de traduction il n'y a qu'un pas ; pas que la jurisprudence n'osera pas faire avant 1853[224], car à l'époque, le droit de reproduction est un droit d'impression ou, dans une autre compréhension, un droit d'interdire la multiplication d'un livre dans son expression littérale. En d'autres termes, le législateur n'avait pas imaginé les

---

[222] A. C. RENOUARD, *Traité des droits d'auteur*, Vol. II, *op. cit.*, note 12, p. 36. Partageant la même opinion, Gastambide et Lesenne. Voir les motifs de la Cour de cassation dans *Lumley* c. *Héritiers Donizetti et Bayard*, Cour de Cass., 12 janvier 1853, Journal du palais, 1853, Tome 60, 177, p. 178.

[223] Rapporté dans Journal du Pal., *La jurisprudence de 1791 à 1850*, *op. cit.*, note 221, para. 201.

[224] *Lumley* c. *Héritiers Donizetti et Bayard*, *précité*, note 222, p. 177. La décision de la Cour de cassation reprend les conclusions du Tribunal correctionnel de Rouen du 25 juillet 1843 dans l'affaire *Girardin* c. *Rosa* de 1843 dans laquelle il est jugé que « ce serait la plus irrationnelle des prétentions de soutenir qu'il n'est porté aucune atteinte, notamment une atteinte de concurrence, à l'auteur d'un ouvrage écrit et publié en français, parce qu'on s'est borné à le traduire et l'imprimer en langue étrangère, par exemple, comme ici, en langue espagnole. Attendu que, si cette traduction ne s'adresse, il est vrai, qu'à ceux qui ont l'usage de cette langue étrangère, il n'en est pas moins vrai qu'on s'adresse à une partie du public; qu'on espère trouver des lecteurs, des acheteurs; qu'on s'empare donc ainsi, quoique dans une portion peu importante, de la chose

morphismes possibles du texte, ses formes possibles. Les textes révolutionnaires manquent de sophistication ; le masque de la traduction rend l'œuvre méconnaissable.

Ainsi, qu'il s'agisse de sténographie ou de traduction, le véhicule signalétique ne sera pas immédiatement perçu comme un moyen de contrefaire. L'assimilation du droit de traduction au droit de reproduction ne se fera que plus tard, avec les travaux de l'Union de Berne[225].

Le *métamorphisme linguistique* de la traduction facilite ainsi le contournement des lois. La distribution de l'œuvre traduite reste largement impunie jusqu'à ce que le juriste découvre l'anomalie. Anomalie de taille puisque l'imprimeur et éminent auteur Dupont dénombre entre 1842 et 1851 la publication en France de 20 000 ouvrages sur la science sociale, 6000 romans et nouvelles et plus de 4000 ouvrages traduits de langues modernes[226]. L'auteur ne mentionne pas dans quelles conditions ces éditions d'œuvres traduites ont été faites, mais il est fort à parier qu'elles ne donnèrent lieu à aucune redevance. Autant dire que le phénomène de la traduction n'est pas marginal.

La pratique de l'époque, celle qui consiste à traduire en toute impunité, trouve même écho dans les écrits du plus respecté des auteurs du XIX^{ième} siècle, ceux d'Augustin Charles Renouard en particulier. Selon lui, traduire ce n'est pas contrefaire. Il y voit même une faveur faite à l'auteur puisque la traduction relaye ses idées. Renouard dissocie en effet le régime de l'œuvre traduite, qui comme nous l'avons vu, investit son auteur du droit d'auteur, du droit de traduire. La traduction d'une œuvre s'adresse nécessairement, selon lui, à un public totalement différent, ce qui évite que l'une et l'autre des éditions se fassent concurrence. « La différence de forme extérieure du langage empêche qu'il ne s'établisse ni confusion ni rivalité. Les lecteurs ne seront probablement pas les mêmes. Quiconque sera capable de comprendre l'original ne manquera pas de le préférer à une traduction plus ou

---

d'autrui, ce qui est bien précisément contrevenir aux défenses de la loi, qui n'a fait et ne pouvait faire aucune distinction ». Décision confirmée par la Cour royale de Rouen, *Girardin* c. *Rosa*, *précité*, note 220, 658.

[225] Non sans résistance de la part des pays tels que la Norvège et les Pays Bas. Voir Rapport Louis RENAULT, dans *La Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques de 1886 à 1986*, Genève, Bureau international de la propriété intellectuelle, 1986, p. 171

[226] P. DUPONT, *Histoire de l'imprimerie*, Vol. I, *op. cit.*, note 42, p. 396.

moins imparfaite. La gloire de l'auteur et la prorogation de ses idées, la popularité de ses productions et leurs chances de débit ont tout à gagner par l'existence des traductions et n'ont rien à y perdre »[227]. Pouillet défendra vigoureusement la thèse contraire et rétorque que « le silence de la loi ne prouve rien »[228]. Il augmente son argumentation notamment en citant un arrêt de la Cour de cassation rendu en 1824[229]. Pour ce qui nous intéresse, la référence à cette décision tombe court puisque elle concerne davantage le droit du traducteur que celui à la traduction[230]. Pouillet trouvera meilleur matériel dans la décision de la Cour de cassation de 1853[231] qui, effectivement, consacre le droit de l'auteur à la traduction dans un cas, rarissime, où la traduction en espagnol d'une œuvre écrite en français avait été publiée pour la première fois en France. La mise en marché de la traduction à l'étranger aurait sorti le litige de la compétence du droit français.

Les droits canadiens et américains se contenteront donc d'un héritage jurisprudentiel peu généreux, un blanc laissé à ces deux jeunes pays. En 1853, pour la première fois en Amérique du nord, une cour fédérale américaine est saisie de la question. L'auteur Harriet Stowe avait fait enregistrer son droit dans l'œuvre intitulée « Uncle Tom's Cabin » dans sa version allemande et non dans sa forme originale anglaise. Elle découvre par la suite qu'une traduction allemande concurrente est mise en circulation sans qu'elle y ait consenti. La cour, dans un jugement prosaïque, rejette l'action et décide que la traduction non autorisée d'une œuvre protégée n'est pas une contrefaçon de l'original ni même de sa traduction commandée par l'auteur elle-même.

> By the publication of her book, the creations of the genius and imagination of the author have become as much public property as those of Homer or Cervantes. Uncle Tom and

---

[227] C. RENOUARD, *Traité des droits d'auteur*, Vol. II, *op. cit.*, note 12, p. 38.
[228] E. POUILLET, *Traité de la propriété littéraire et artistique, op. cit.*, note 3, p. 426
[229] *Ladvocat* c. *Bobée,* Cour de cass., 23 juillet 1824, Journal du Palais, Tome 18, Juillet 1823-1824, p. 910. Dans cette affaire *Ladvocat* c. *Bobée*, le demandeur avait publié un drame de Goethe dans sa collection des *chefs-d'œuvres traduits des théâtres étrangers*. L'œuvre ainsi traduite sous la direction de Ladvocat avait été ensuite reproduite intégralement par Bobée, « de même », ajoutera la Cour, « que quelques fautes d'impression ». Le défendeur Bobée perd sa cause.
[230] La Cour confirme la décision de première instance qui a conclu que la traduction de Ladvocat était « au nombre des propriétés littéraires auxquelles le fait et le délit de contrefaçon pouvaient être applicables ». *Id.*, p. 911.
[231] E. POUILLET, *Traité de la propriété littéraire et artistique, op. cit.*, note 3, p. 430, note 1.

> Topsy are as much publici juris as Don Quixote and Sancho Panza. All her conceptions and inventions may be used and abused by imitators, playwrights, and poetasters. They are no longer her own: those who have purchased her book may clothe them in English doggerel, in German or Chinese prose. Her absolute dominion and property in the creations of her genius and imagination have been voluntarily relinquished; and all that now remains is the copyright of her book, - the exclusive right to print, reprint and vend it ; and those only can be called infringers of her rights, or pirates of her property, who are guilty of printing, publishing, importing, or vending without her license « copies of her book ». In tropical, but not very precise, phraseology, a translation may be called a transcript or copy of her thoughts or conceptions; but in no correct sense can it be called a copy of her book.[232]

Cette surprenante anomalie judiciaire n'échappe pas à la doctrine. Elle est vivement dénoncée comme le démontrent les mots de conclusion de l'auteur Drone dans son chapitre sur la traduction :

> The doctrine that an unlicensed translation of a protected work is no invasion of the copyright in the original, as was held in Stowe v. Thomas, is contrary to justice, recognized principles, and the copyright statutes of the United States as judicially construed. It proceeds on the ground that literary property is solely in the combination or arrangement of words; that language alone is protected by the statute; and that the word copy, as used in the act, means a literal transcript of the words, and not a reproduction of the substance or the contents of a work. All of these assumptions are wrong.[233]

L'anomalie demeure jusqu'à ce que le législateur américain intervienne en 1870. Il introduit alors la possibilité pour l'auteur de se réserver le droit de traduction[234]. Innovation timide donc, bien que bienvenue, mais qui apparaît largement insuffisante d'autant plus que seuls les citoyens ou résidents des États-Unis peuvent l'invoquer.

---

[232] *Stowe* v. *Thomas*, (1853) 23 *Fed. Cas.* 201.
[233] E. S. DRONE, *The Law of Property in Intellectual Productions in Great Britain and the United States*, *op. cit.*, note 20, p. 454.

Le droit de traduction dans sa forme complète n'apparaît aux États-Unis qu'en 1909, sous l'article 1(b) de la loi[235]. Désormais, l'auteur est investi du droit exclusif « to translate the copyrighted work into other languages or dialects, or make any other version thereof, [...] ». Ce délai de réponse du droit sur ce point n'est certainement pas étranger à la politique législative des États-Unis. On se souvient que le XIX^{ième} siècle voit le triomphe du nationalisme juridique ce qui se traduit, pour un pays importateur de biens culturels, par une nette priorité accordée au *domaine public* ou, dit autrement, à une application plutôt retenue - certains diront chauvine - des principes du droit d'auteur à l'égard des étrangers.

Au Canada le droit de traduction est reconnu depuis la loi de 1868. Ce texte, comme nous l'avons écrit, sera d'une courte vie puisqu'il sera abrogé et remplacé par la loi de 1875. L'étape historique qu'elle constitue ne demeure pas moins importante. Qui plus est, elle marque déjà une certaine indépendance du législateur canadien qui ne se contente pas de reproduire les lois anglaises puisque, à cette époque, celles-ci ne prévoient pas de droit de traduction. L'article 3 de la loi de 1868 concernant le droit de traduction sera repris dans une formulation presque identique dans la loi de 1875 mais, cette fois, étend son domaine d'application aux auteurs de l'Empire. L'article 4 de la loi de 1875 énonce que l'auteur et ses représentants légaux « auront la faculté et le droit exclusifs d'imprimer, réimprimer, publier, reproduire et vendre la dite œuvre ou production littéraire, scientifique ou artistique, en tout ou partie, et de permettre qu'il soit imprimé ou réimprimé et vendu des traductions d'une langue en d'autres langues de la dite œuvre littéraire »[236]. Cette législation très en avance sur son temps s'expliquerait, à notre avis, par le bilinguisme canadien, elle ne doit pas se lire comme une faveur faite à l'auteur étranger. Voilà donc une

---

[234] Article 86 « [...] ; and authors may reserve the right to dramatize or to translate their own works ». *An An Act to revise, consolidate, and amend the Statutes relating to Patents and Copyrights*, (1870), (É.-U.), *précité*, note 2.

[235] *An Act To amend and consolidate the Acts respecting copyright,* (1909) (É.-U.), *précité*, note 2.

[236] Article 4, *Acte concernant la propriété littéraire et artistique*, (1875) (Ca.), *précité*, note 176. La portion pertinente de l'article 3 de la loi de 1868 se lit ainsi : « [...], auront la faculté et le droit exclusifs d'imprimer, réimprimer, publier, reproduire et vendre, en tout ou en partie, la dite œuvre littéraire, scientifique ou artistique, et de permettre la traduction de la dite œuvre littéraire d'une langue en d'autres langues, [...] ». *Acte concernant la propriété littéraire et artistique*, (1868) 31 Vict. c. 54 (Ca.). Aujourd'hui, on retrouve le droit exclusif de traduction à l'article 3(1)(a) de la *Loi sur le droit d'auteur*.

distinction acquise par le Canada, bien malgré lui, en raison, probablement, des occupations successives française puis britannique[237].

La traduction supporte tout un système d'édition et de distribution nationale et internationale. Le Canada l'aura compris plus tôt que les autres pays étudiés. Où plutôt, nous devrions dire que c'est le lectorat canadien, polyglotte, qui amènera l'édition à recourir à la traduction. L'intérêt dans la littérature étrangère n'a pas besoin d'être démontré, le droit de traduction de la loi de 1868 en est l'expression la plus réelle. Et on le croit. La traduction est non seulement le moyen de faire connaître une oeuvre au-delà du ou des pays de sa langue d'écriture, voire de la contrefaire, mais elle est certainement, sur son propre territoire, le véhicule essentiel de la communication à des publics différents. L'évidence est là : la traduction s'adresse à des acheteurs différents.

Cette fonction régulatrice sera bien saisie par la Cour royale de Rouen de 1853. La Cour écrit :

> Or qu'est-ce donc que la traduction au point de vue de la propriété littéraire ? C'est un véritable empiètement sur cette propriété, empiètement qui cause toujours un préjudice matériel, et qui le plus souvent peut porter encore un préjudice moral. En effet, et quant au préjudice matériel, l'auteur qui écrit en français compte d'abord, il est vrai, vendre son ouvrage en France, et aux étrangers qui connaissent cette langue ; mais, si son ouvrage a du succès, il peut espérer de le voir traduire en langues étrangères, et d'en retirer les bénéfices que pourra produire cette vente à l'étranger : c'est là un calcul que l'auteur peut et doit faire, [...].[238]

---

[237] Sur le plan législatif uniquement puisque la jurisprudence canadienne en matière de traduction est plutôt rare. Elle semble même être inexistante au XIX^{ième} siècle. La doctrine cite généralement les causes suivantes : *Pasickniak* v. *Dojacek*, (1928) 2 D.L.R. 545 (C.A., Man.), *Bertrand* c. *Warré*, (1932) C.S.C 364. Voir, Claude BRUNET, « Copyright : The Economic Right », dans Gordon F. HENDERSON, *Copyright and Confidential Information Law of Canada*, Scarborough, Carswell, 1994, 129, p. 144. Le professeur Vaver note, suite à l'affaire Stowe de 1852, que : « Stowe's predicament did not go unnoticed. The copyright laws in the Canadian provinces had, till then, lacked any translation rights. This may have served British and French interests in central Canada after the British became established in the midi-18th century, but all changed with Canada's first Copyright Act in 1868 ». D. VAVER, « Translation and Copyright : A Canadian Focus », *loc. cit.*, note 217, p. 165.

[238] *Précité*, p. 660.

Le droit de traduction sera souvent décrit comme une forme évoluée de reproduction et donc d'appropriation de l'œuvre originale : « Translation of a literary work is but a form of reproduction of the original work. From the point of view of international relations, it is the most usual, if not the only international means of reproduction of literary works »[239].

En d'autres termes, donner à un auteur le droit de traduire son oeuvre c'est à la fois lui donner les moyens d'interdire la reproduction de son oeuvre et d'en contrôler la distribution à l'étranger. La traduction mène indiscutablement à la distribution de l'oeuvre auprès d'un nouveau public au même titre, manifestement, que les différentes formes techniques de communication.

Dans une perspective plus sociétale cette fois, la traduction conditionne l'accès d'un public déterminé au patrimoine exprimé dans une langue qui lui est étrangère. Ici, traduire une oeuvre c'est avant tout permettre au grand nombre d'y accéder. La reconnaissance d'un intérêt privé sous la forme d'un droit de tradition affecte donc directement la disponibilité de l'oeuvre. N'a-t-on pas écrit que seul le principe de la traduction libre pouvait être garant de la diffusion du savoir, qu'il ne pouvait y avoir de principe plus supérieur que celui de « la loi naturelle qui assure à chaque individu, indépendamment de la nationalité, la jouissance intellectuelle de tous les ouvrages qui se publient et aux progrès littéraires et scientifiques »[240] ? C'est très certainement dans cet esprit que la loi d'Anne prévoyait déjà que l'auteur ou l'acheteur (*purchaser*) ne peut faire obstacle à l'importation ou à la vente de livres écrits en d'autres langues. Son article 7 dispose que : « [...] nothing in this act contained, do extend, or shall be construed to extend to prohibit the importation, vending, or selling of any books in Greek, Latin, or any other foreign language printed beyond the seas; any thing in this act contained to the contrary notwithstanding ». Cette disposition ne concerne évidemment pas la traduction en tant que telle, mais constitue une bonne indication de la place des oeuvres étrangères dans la législation. Elle traduit l'idée fort répandue à l'époque que les oeuvres classiques font partie du patrimoine universel et

---

[239] S. P. LADAS, *The International Protection of Literary and Artistic Property*, *op. cit.*, note 32, p. 368.
[240] Commentaires anonymes, dans Journal du Pal., *La jurisprudence de 1791 à 1850*, *op. cit.*, note 221, p. 769, para. 237.

qu'elles sont donc inappropriables ou, plutôt, qu'elles sont appropriables par tous. Par extension, la traduction des oeuvres étrangères, contemporaines cette fois, apparaît également légitime au motif qu'elle est un droit d'usage des connaissances étrangères. C'est pour cette raison que l'assimilation au droit absolu du droit de reproduction a été vivement contestée. L'enjeu dépasse donc celui de l'intérêt privé de l'auteur ou de son éditeur : « [...] it is contended that such a complete reservation to the author of the right of translation is injurious to the public »[241]. Et, devons-nous encore le répéter, au XIX^{ième} siècle l'auteur étranger n'avait généralement aucun recours pour contrôler la distribution de la traduction de son oeuvre, et encore moins pour en interdire sa traduction.

Nous préciserons encore que la traduction devient un atout essentiel pour le contrôle de la distribution internationale des œuvres. Elle est un *garde-barrière* discret, mais efficace. Les États-Unis s'en servent pour renforcer l'exigence de publication et protéger le marché national contre l'introduction d'œuvres étrangères. De 1891 à 1905, en effet, seules les œuvres étrangères traduites en anglais peuvent être enregistrées et donc protégées[242]. L'éditeur d'une œuvre étrangère diligent devait réaliser le tour de force de publier simultanément l'original et la traduction (pour respecter la condition de première publication) et faire préparer, toujours simultanément, la typographie et la composition de traduction sur place. Autant dire que ces formalités excluent en pratique toute protection de l'œuvre étrangère qui peut donc être librement copiée et mise en marché sans l'autorisation de son auteur[243].

En bonne intelligence, certains éditeurs trouvent des chemins d'entente que seule la courtoisie éclaire. Les auteurs sont mis à contribution et des accords sont signés afin de leur

---

[241] Rapport de la délégation anglaise présentée au Marquis de Salisburg, cité dans J. H. G. BERGNE, « The International Copyright Union », *loc. cit.*, note 22, p. 20. Ricketson précisera l'hypothèse en mentionnant que « Although these [translation rights] were the most important rights for authors seeking protection for their works in foreign countries, the majority of conventions placed significant restrictions on the way in which such rights were to be exercised. This may have been due to a lingering distrust, on the part of various governments, of the willingness or capacity of authors to supply translations of their works in different languages, or to do so within reasonable periods of time. Allied to this may have been the fear that, unless there was some means by which this gap could be closed by the making of other translations, their respective publics would suffer ». S. RICKETSON, *The Berne Convention for The Protection of Literary and Artistic Works : 1886-1986, op. cit.*, note 218, p. 32.

[242] W. BRIGGS, *The Law of International Copyright, op. cit.*, note 24, p. 641

transférer une partie des produits de la vente. Ces initiatives peu nombreuses ne suffisent pourtant pas. Les traductions de qualité médiocre, moins chères à l'achat, menacent les éditeurs établis sur leur propre marché et aucun système de redistribution de redevances n'est encore institué à défaut d'adopter un droit exclusif. D'un autre côté, les pays importateurs de biens culturels, le plus souvent de jeunes colonies comme le Canada, ont tout intérêt à pouvoir librement emprunter la littérature créée à l'étranger et à en disposer librement, notamment en la traduisant. La traduction soulève donc bien des aspects de politique législative dont celui, dernièrement souligné, de l'intérêt public. Mais soyons juste, les pays producteurs trouvent également leur avantage dans la littérature étrangère. En Angleterre, l'*International Copyright Act* de 1838 exclut expressément le cas des traductions d'œuvres étrangères même lorsque l'œuvre en question fait l'objet d'un arrêté en conseil :

> Provided always, and be it enacted, That nothing in this Act contained shall be construed to prevent the printing, Publication, or Sale of any Translation of any Book, the Author whereof and his Assigns may be entitled to the Benefit of this Act.[244]

Autant dire que lois anglaises sur le droit d'auteur international offrent en réalité bien peu de protection aux œuvres écrites dans une langue autre que l'anglais : l'œuvre dans sa langue originale pourrait être éligible à la protection de la loi de 1838 seulement si elle est visée par un arrêt en conseil et sa traduction n'est pas couverte. On fera l'exercice. Les traductions d'œuvres françaises échappant de toute évidence à leur protection, seul l'ouvrage original, en langue française, peut espérer en faire l'objet. Et combien de lecteurs anglais s'adonnent volontiers à la lecture en français ?

La loi sur le droit d'auteur international sera amendée quelque temps plus tard d'abord afin de transposer dans l'ordre interne les dispositions de la Convention passée entre la France et l'Angleterre[245], puis pour traiter des traductions d'œuvres dramatiques publiées pour la

---

[243] G. H. PUTNAM, *The Question of Copyright*, 2e éd., *op. cit.*, note 11, pp. viii-ix.
[244] Article 13 puis 18, *International Copyright Act*, (1838) et (1844) (R.-U.), *précité*, note 103.
[245] *International Copyright Act*, (1852) (R.-U.), *précité*, note 103.

première fois à l'étranger et représentées en Grande-Bretagne ou dans ses colonies[246]. Mais là encore, il semble que, dans leur application, les lois anglaises n'offrent pas les garanties escomptées. L'argument de l'intérêt du public sert alors de passe-droit. On mentionnera, à titre d'illustration, la décision *Wood* c. *Chart*, dans laquelle le juge refuse de qualifier de contrefaçon une adaptation approximative d'une œuvre dramatique française intitulée *Frou-Frou* pour la scène londonienne. Elle serait, selon lui, plutôt une imitation. Dans ses propres mots, déboutant le titulaire des droits dans l'œuvre originale, il opine : « [...] the English people should have the opportunity of knowing the French work as accurately as it is possible to know a French work by the medium of a version in English »[247]. Il est vrai que la loi sur le droit d'auteur international de 1852, en son article 6, avait expressément réservé aux auteurs britanniques le droit de faire des imitations ou des adaptations d'œuvres dramatiques mais le chancelier James, qui écrit pour la Cour, ne semble pas fonder sa décision sur elle[248]. Il n'y fait d'ailleurs aucune référence. L'article 6 du *International Copyright Act* 1952 fut d'ailleurs abrogé en 1875[249]. Il n'est pas impossible que cette abrogation soit consécutive aux effets de l'affaire *Wood* sur les relations diplomatiques avec la France[250].

À l'image des tractations franco-britanniques qui mèneront au traité bilatéral de 1851[251], la traduction est au coeur des premières négociations internationales. Elle est même la principale raison de leurs échecs. Ces échecs, Bergne les attribue expressément à la politique de la Grande-Bretagne en matière de traduction :

> Of late years there has, however, existed a growing dissatisfaction amongst foreign States in regard to their

---

[246] *International Copyright Act*, (1875) (R.-U.), *précité*, note 103. Voir à ce sujet E. S. DRONE, *The Law of Property in Intellectual Productions in Great Britain and the United States*, *op. cit.*, note 20, p. 215.

[247] *Wood* c. *Chart*, (1870) 10 *L.R.* 193, p. 204.

[248] Article 6, « Nothing herein contained shall be so construed as to prevent fair imitations or adaptations to the English stage of any dramatic piece or musical composition published in any foreign country ».

[249] *International Copyright Act*, (1875) (R.-U.), *précité*, note 103. Voir également E. S. DRONE, *The Law of Property in Intellectual Productions in Great Britain and the United States*, *op. cit.*, note 20, pp. 218-219, note 1.

[250] J. M. LELY, *The Statutes of Practical Utility*, Vol II, Londres, Sweet and Maxwell, 1894, pp. 38-39, note 1.

[251] Convention du 3 novembre 1851, conclue entre la France et la Grande-Bretagne, *Au sujet de la propriété littéraire et artistique*, reproduite dans Paul LABOULAYE, *Études sur la propriété littéraire en France et en Angleterre*, *op. cit.*, note 108.

> Copyright Conventions with Great Britain, and all attempts (save that with Spain) to conclude new arrangements have invariably failed, principally owing to the imperative and now obsolete conditions as to translations, registrations, and deposit contained in the International Acts, 7 & 8 Vic. c. 12 and 15 & 16 Vic. c. 12.[252]

Les marchés domestiques s'étirent hors de leurs frontières géographiques. La traduction fait désormais partie de la question internationale. Le sort de la distribution des œuvres nationales est en jeu. Pas surprenant donc que l'accord signé entre la France et l'Angleterre le 5 novembre 1851 lui consacre les deux tiers de son contenu[253]. L'article 3 en particulier réserve à l'auteur d'un ouvrage publié dans l'un ou l'autre des pays le droit pendant cinq ans d'interdire toutes traductions autres que celles qu'il aura autorisées dans son pays.

> Art. 3. L'auteur de tout ouvrage publié dans l'un des deux pays, qui aura entendu réserver son droit de traduction, jouira pendant cinq années, à partir du jour de la première publication de la traduction de son ouvrage autorisée par lui, du privilège de protection contre la publication dans l'autre pays de toute traduction du même ouvrage non autorisée par lui, et ce sous les conditions suivantes :
>
> 1 - L'ouvrage original sera enregistré et déposé dans l'un des deux pays dans un délai de trois mois, à partir du jour de la première publication dans l'autre pays ;
> 2 - Il faudra que l'auteur ait indiqué en tête de son ouvrage l'intention de se réserver le droit de traduction ;
> 3 - Ladite traduction autorisée devra avoir paru, au moins en partie, dans le délai d'un an, à compter de la date d'enregistrement et du dépôt de l'original, et en totalité dans le délai de trois ans, à partir dudit dépôt ;
> 4 - La traduction devra être publiée dans l'un des deux pays, et être enregistrée et déposée conformément aux dispositions de l'article 8.

---

[252] J. H. G. BERGNE, « The International Copyright Union », *loc. cit.*, note 22, p. 24.

[253] Convention du 3 novembre 1851, *précité*, note 251. De ses 14 articles, les articles suivants du Traité du 3 novembre 1851 concernent directement la traduction : Article 2 (« La protection accordée aux ouvrages originaux est étendue aux traductions. [...] ») ; Article 3 (traduction d'œuvres littéraires); Article 4 (traductions des œuvres dramatiques), Article 5 (exception pour la traduction des extraits de journaux ou de recueils périodiques); Article 8 (formalités d'enregistrement pour les auteurs et traducteurs). *Id.*, pp. 183-190.

> Pour les ouvrages publiés par livraisons, il suffira de la déclaration de l'auteur qu'il entend se réserver le droit de traduction, soit exprimée dans la première livraison.[254]

Il s'agit donc d'un droit de traduction limité dans le temps, mais également réglementé dans les modalités de son exercice. L'auteur, pour pouvoir l'invoquer, doit remplir certaines exigences et, notamment, indiquer en tête de son ouvrage l'intention de se réserver le droit de traduction.

Étant au cœur des accords multi ou bilatéraux, les droits de reproduction, d'importation et de traduction on pourrait s'attendre à ce qu'ils trouvent une place toute aussi centrale dans la Convention de Berne. Contre toute attente, il n'en sera rien. Certes ces sujets seront discutés mais la Convention de Berne règlera autrement la question de la distribution internationale des œuvres : elle découvrira le mécanisme du traitement national.

Chapitre II - Le régime des droits de reproduction, d'importation et de traduction à travers la Convention de Berne

Nous décrirons d'abord l'état du commerce international, siège des transactions concernant le droit d'auteur en ce qu'il affecte directement la circulation transfrontalière des œuvres (Section 1). Nous étudierons ensuite la Convention de Berne dans ces développements relatifs aux droit de reproduction, importation et de traduction (Section 2).

Section 1 - Le commerce international du droit d'auteur

---

[254] *Id.*, p. 185. Ce traité a servi ensuite de modèle pour d'autres instruments internationaux comme, par exemple, le traité signé entre la France et la Prusse en 1862. Voir Rapport Louis RENAULT, dans *La Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques de 1886 à 1986*, *op. cit.*, note 225, p. 170. Selon ce traité, le droit exclusif de traduction était également assorti de certaines autres conditions. L'intention de l'auteur de se réserver la traduction ne suffisait pas. Il fallait notamment que le livre contienne une mention spéciale faisant état de la réserve qu'il entendait produire et qu'il ait usé de ce droit en faisant paraître une traduction autorisée, au moins partielle, dans un délai d'un an de la publication et une traduction complète dans un délai de trois ans.

Au XIX^{ième} siècle le droit d'auteur international fait l'objet de réelles tractations. La seule activité législative canadienne et impériale durant cette période nous le démontre. L'industrie de l'édition est naissante. Elle va naître dans un monde moderne où les méthodes de transports raccourcissent peu à peu les distances. Les initiatives diplomatiques pour régler la distribution transnationale des œuvres vont donc se multiplier. Elles sont de toute évidence le préalable à tout amendement législatif reconnaissant la protection des auteurs étrangers. D'abord bilatéraux puis multilatéraux, la signature d'accords de réciprocité pave le chemin pour la signature d'un accord multipartite, celui de la Conférence de Berne de 1886 (a). Pour clore, nous présenterons la théorie dite du droit d'auteur universel (b).

a) Les premiers accords bilatéraux et multilatéraux « pré-Berne »

La protection des auteurs et éditeurs étrangers pouvait être obtenue de deux manières, la seconde étant de conjoncture plus diplomatique que la première : l'adoption d'une loi protégeant les œuvres publiées à l'étranger sur une base volontaire ou la signature d'un traité[255].

L'altruisme législatif étant plutôt rare, à moins que les intérêts nationaux concordent avec ceux des états étrangers, les parlements nationaux seront d'abord réfractaires à l'octroi unilatéral de droits aux auteurs étrangers. Parmi ceux-là, le Congrès américain résistera le plus à l'idée d'un droit d'auteur international, qu'il s'intègre dans un processus de législation nationale ou internationale d'ailleurs. Le protectionnisme juridique, nous l'avons vu, se retrouve même dans le cadre du droit colonial. Même s'il ne constitue pas à proprement parler un cadre de droit international puisqu'il ne met pas en cause deux États souverains, son exemple est intéressant. Le passage de la protection impériale à la protection coloniale des auteurs des colonies ou de la métropole et vice versa, n'est pas systématique et reste généralement conditionnel à l'exercice de formalités. Par exemple, l'auteur britannique devra enregistrer et publier son œuvre au Canada s'il veut bénéficier du

[255] En général, S. RICKETSON, *The Berne Convention for The Protection of Literary and Artistic Works : 1886-1986, op. cit.*, note 218, pp. 22-38.

droit de traduction prévu à la loi canadienne de 1875. C'est en tout cas l'objectif du législateur canadien.

Dans ce contexte de protectionnisme, la réciprocité devient l'élément clef des accords internationaux. Le droit anglais offre un bon exemple. En vertu de l'*International Copyright Act* de 1838[256] l'œuvre étrangère peut en principe être protégée dans le Royaume-Uni par voie d'arrêt en conseil, sous condition de réciprocité et autres formalités[257]. Dans les faits, ces lois sont seulement annonciatrices d'une volonté d'ouverture à la protection des auteurs étrangers mais resteront largement inefficaces sur le plan pratique.

Pourtant, on se rappelle que la France se distingue a un acte d'avant-garde. En 1852, elle édicte un décret offrant, *a priori* sans condition de réciprocité, la protection sur le sol français aux œuvres d'auteurs étrangers. Le dispositif est loin d'être aussi généreux que l'on veut bien l'écrire, mais le principe est adopté. La France sera rejointe par la Belgique en 1886 dans ce qui pourrait apparaître comme un concours de libéralités[258]. Le décret n'adopte pas le principe du traitement, il se borne à réprimer la contrefaçon en France des ouvrages contrefaits « qu'autant qu'au moment de leur introduction en France ces exemplaires étaient, dans le pays où la publication a eu lieu, l'objet d'un droit privatif appartenant à l'auteur ou à ses ayants cause »[259]. L'auteur étranger ne peut de ce fait avoir plus de droit en France qu'il n'en possède dans son pays. De plus, presque simultanément, l'empereur Louis Napoléon Bonaparte promulgue un décret rendant passible d'un acte criminel et donc de sanctions pénales le débit, l'exportation et l'expédition d'ouvrages contrefaits précisant que « [l]'exportation et l'expédition de ces ouvrages sont un délit de la

---

[256] Article 1, *International Copyright Act,* (1838) (R.-U.), *précité*, note 103.

[257] Depuis cette loi de 1838, tous les livres publiés dans une des colonies britanniques ont pu être protégés dans tout les autres Dominions. Voir F.E. SKONE JAMES et E.P. SKONE JAMES, 10e éd., 1965, *op. cit.*, note 8, p. 439. Également H. G. FOX, *The Canadian Law of Copyright*, 1ère éd., *op. cit.*, note 176, p. 539.

[258] Nous verrons plus loin les raisons de cette prise de position originale.

[259] *Grus* c. *Tito di Gio Ricordi et Dudilly et Cie*, 25 juillet 1887, Cour de Cassation, *Gaz. du Pal.*, II, 1887. La portée du décret français de 1852 était finalement assez limitée. La jurisprudence exigea en effet dans un premier temps que, afin de bénéficier de la loi de 1793, l'oeuvre d'origine étrangère soit éditée et publiée en France. L'application du décret fut ensuite limitée aux seules publications des oeuvres d'origine étrangère et ne couvrait pas leur représentation théâtrale. André BERTRAND, Le droit d'auteur et les droits voisins, 2ième éd., Paris, Masson, p. 470. Voir également sur ce point, E. POUILLET, *Traité de la propriété littéraire et artistique, op. cit.*, note 3, pp. 780-784. Sur les difficultés d'application de l'*International Copyright Act*, voir F.E. SKONE JAMES et E.P. SKONE JAMES, *Copinger and Skone James on Copyright*, 10e éd., 1965, *op. cit.*, note 8, pp. 403-404.

même espèce que l'introduction sur le territoire français d'ouvrages qui, après avoir été imprimés en France, ont été contrefaits chez l'étranger »[260].

L'initiative française vers une protection unilatérale et inconditionnelle du droit d'auteur eut un effet d'entraînement. L'auteur Briggs y voit d'ailleurs une invitation à conclure des traités avec les États qui pourraient directement bénéficier voire abuser de l'avantage unilatéral de la protection qui leur est accordée. Il note que :

> In one respect, indeed, the principle of universal protection provides, though indirectly, a great increment of advantages. The adoption of such a principle by any country at once proclaims an awakened interest in international copyright. And, although the principle is in strictness all-sufficient in itself, it is in practice often an introduction to treaty-making on a large scale. It is, in fact, almost equivalent to a general invitation to enter into diplomatic arrangements, coming from a country with open credentials for broad-mindedness.[261]

C'est ainsi que, sous l'influence de la France et avec l'Angleterre, un des pays les plus touchés par la réimpression et l'importation de livres, les démarches diplomatiques se multiplient afin que les auteurs nationaux puissent bénéficier d'une protection efficace hors de leur pays. Ces efforts aboutissent à des accords de réciprocité à l'exemple de la convention du 3 novembre 1851 conclue entre la France et la Grande-Bretagne[262], accord

---

[260] Rapporté dans S. P. LADAS, *The International Protection of Literary and Artistic Property*, *op. cit.*, note 32, p. 28.

[261] W. BRIGGS, *The Law of International Copyright*, *op. cit.*, note 24, p. 106.

[262] Convention du 3 novembre 1851, conclue entre la France et la Grande-Bretagne, *Au sujet de la propriété littéraire et artistique*. Le préambule témoigne parfaitement de la volonté de collaborer étroitement à la régulation du marché des oeuvres: « Le président de la République française et S.M. la reine du royaume uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande, également animés du désir d'étendre dans les deux pays la jouissance des droits d'auteur pour les ouvrages de littérature et de beaux-arts qui pourront être publiés pour la première fois dans l'un des deux; et S.M. Britannique ayant consenti à étendre aux livres, gravures et oeuvres musicales publiées en France la réduction que la loi l'autorise à accorder, sous certaines conditions, dans le taux des droits actuellement perçus à l'importation dans le Royaume-Uni de ces effets pour leurs plénipotentiaires [...] ». D'ailleurs une loi anglaise du 31 juillet 1938 (1 & 2 Vict., c. 59) confirmait le pouvoir du Parlement britannique de négocier des accords multilatéraux sur la base du principe de réciprocité. Cité dans P. LABOULAYE, *Études sur la propriété littéraire en France et en Angleterre*, *op. cit.*, note 108, p. 183. La mise en oeuvre en droit interne de la Convention de 1886 devait mettre fin à l'accord France-Angleterre. En droit français, J.O. 17 juillet 1887. Le traité fut mis en oeuvre en Angleterre par l'adoption d'une loi en 1852. Le titre est assez explicite: « Act to enable Her Majesty to carry into effect a Convention with France on the subject of Copyright; to extend and explain the International Copyright Acts; [...] », (1852) (R.-U.), *précité*, note 100. Une loi de 1886 viendra apporter les amendements nécessaires pour intégrer les dispositions de la

qui fut pris comme modèle, sans succès toutefois, pour tenter de régler au niveau diplomatique les échanges entre le Royaume-Uni et les États-Unis[263]. Jusqu'en 1886 un nombre considérable de ces traités bilatéraux est signé[264], la plupart exigeant la réciprocité et l'accomplissement des formalités prévues par chacun des pays.

Toutefois, la multitude des ententes et le particularisme de certains systèmes juridiques nationaux compliquent l'application de ses différentes dispositions. Dès les premières négociations, la bonne volonté des futurs membres de l'Union se heurte à la disparité des législations bien que confrontés à une même réalité : celle de la distribution internationale des oeuvres.

Convention de Berne. *International Copyright Act*, (1886) (R.-U.), *précité*, note 103. Voir également les commentaires et explications supplémentaires de C. CONSTANT, Code général des droits d'auteur sur les oeuvres littéraires et artistiques, Paris, Pedone-Lauriel, 1888, p. 18, note 1.

[263] La situation se débloquera, nous le savons, en 1891. W. BRIGGS, *The Law of International Copyright*, *op. cit.*, note 23, p. 114.

[264] Le premier traité bilatéral semble être celui signé entre la Prusse et l'Allemagne entre 1827 et 1829. Initialement, la Prusse se devait de signer avec chacun des 32 États allemands. Cette lourde tâche fut facilitée par l'adoption progressive des dispositions du Federal Diet qui permirent d'uniformiser les lois des différents États Allemands. Les traités de cette époque se contentaient le plus souvent de prévoir une forme de réciprocité. C'est le cas du traité franco-italien de 1862. La Belgique se dote également, la même année que la signature de la Convention de Berne, d'un régime de protection des œuvres d'origine étrangère (Article 38 de la loi belge de 1886). Quelques rares accords précisent spécifiquement les oeuvres protégées et le régime des droits qui y sont attachés. C'est le cas par exemple de l'accord signé en 1840 entre l'Autriche et la Sardaigne. S. RICKETSON, *The Berne Convention for The Protection of Literary and Artistic Works : 1886-1986*, *op. cit.*, note 218, pp. 25-30. Signalons également que la convention littéraire et artistique du 19 avril 1883 conclue entre la France et l'Allemagne opta pour la règle du traitement national : le délit d'introduction de l'exemplaire contrefait doit s'apprécier selon la loi du pays où la protection est réclamée. Cette solution était hardie pour l'époque, de nombreux pays étant réfractaires à l'idée de faire bénéficier d'une plus grande protection que celle qui serait obtenue dans ce pays par les nationaux aux oeuvres d'origine étrangère. C'est pourtant la règle du traitement national qui sera retenue dans la Convention de Berne. Ainsi que le note André Bertrand, « La Convention de Berne de 1886 privilégie le but au détriment de la logique juridique. En ne tenant pas compte de la protection accordée dans le pays d'origine, elle aboutit à un illogisme dont on ne pouvait envisager les conséquences à l'époque. En effet, théoriquement, certaines oeuvres d'origine étrangère bénéficient dans de nombreux pays, et notamment en France, d'une protection supérieure à celle dont elles bénéficient dans leur pays d'origine ». A. BERTRAND, *Le droit d'auteur et les droits voisins*, *op. cit.*, note 259, p. 472. La règle du traitement national donna lieu à de nombreuses controverses dès les premiers temps de l'application de la convention de Berne. En France, les lois du 19 juillet 1793 et du 29 juillet 1881 prévoyaient, à la charge de l'imprimeur et sous peine d'amende, une obligation de dépôt. La loi Belge de 1886 ne prescrivant aucune formalité de cette sorte, la question fut de savoir qu'elle était le sort réservé à un livre imprimé en Belgique mais vendu en France sans avoir, au préalable, été déposé. Le tribunal correctionnel de Périgueux opposa une fin de non-recevoir à la requête en contrefaçon de l'auteur étranger au motif du non-respect de la formalité du dépôt français. *Richard* c. *Sabadie*, Trib. correct. de Périgueux, 19 juin 1889, *Gaz. du Pal.* 1889.2.170. Voir C. LYON-CAEN, « Examen doctrinal », (1890) 19 *Revue critique de législation et de jurisprudence* 547-548. La même solution fut adoptée pour les auteurs russes nonobstant la convention franco-russe du 6 avril 1881. *Durdilly et Cie.* c. *Mackar et Noël,* Trib. civ. Seine, 4 février 1891, *Gaz. du Pal.*

Il faut étudier les rapports et les conférences qui ont précédé l'adoption de la Convention de Berne pour comprendre la nature de l'évolution du droit d'auteur et le commerce dont il faisait l'objet à cette période. Sam Ricketson qui fait une analyse très détaillée des travaux qui ont servi à la rédaction du premier texte de la Convention de Berne, soulève plusieurs événements marquants de cette fin de siècle[265] : la création de l'Association Littéraire Internationale sous le patronage de Victor Hugo en 1878, la Conférence de l'ALAI qui eut lieu à Berne en 1883, la Conférence diplomatique de 1884, puis celle de 1885.

La Conférence diplomatique de 1885, bénéficiant des travaux de 1884, nous renseigne davantage sur les intentions réelles des futurs membres de l'Union. Les différentes commissions constituées pour l'occasion devaient se prononcer sur des sujets soulevés, en grande partie, par la délégation allemande dans un questionnaire très détaillé. Les questions qui s'y trouvent ne concernent aucune des inventions ou innovations en cours à l'époque[266]. Les sujets de discordes sont notamment l'assimilation du droit de traduction au droit de reproduction, la place des arrangements musicaux par rapport au droit d'adaptation déjà existant, la durée de protection et bien évidemment, omniprésente, la question de la protection des auteurs étrangers.

Deux raisons principales mèneront à la conclusion d'un accord multilatéral sous la forme de la Convention de Berne. Il faut d'abord faire état de la fragilité des accords régionaux, bilatéraux pour la plupart, qui comportent généralement des exigences élevées de réciprocité. Il s'agit en fait de véritables clauses résolutoires qui placent les parties signataires dans une position défensive : si une seule disposition n'est pas respectée, c'est le maintien de l'accord dans sa totalité qui se trouve compromis. Les formalités, éléments souvent négligés lors des transactions, constituent de réelles entraves à la mise en vigueur des accords. Bergne pointait du doigt son propre pays, « [...] been the principal delinquent »[267]. Il faut donc remédier à ces transactions imparfaites qui, loin d'assurer la pérennité du commerce transfrontalier, apportent une menace diplomatique évidente. Il faut ensuite noter

---

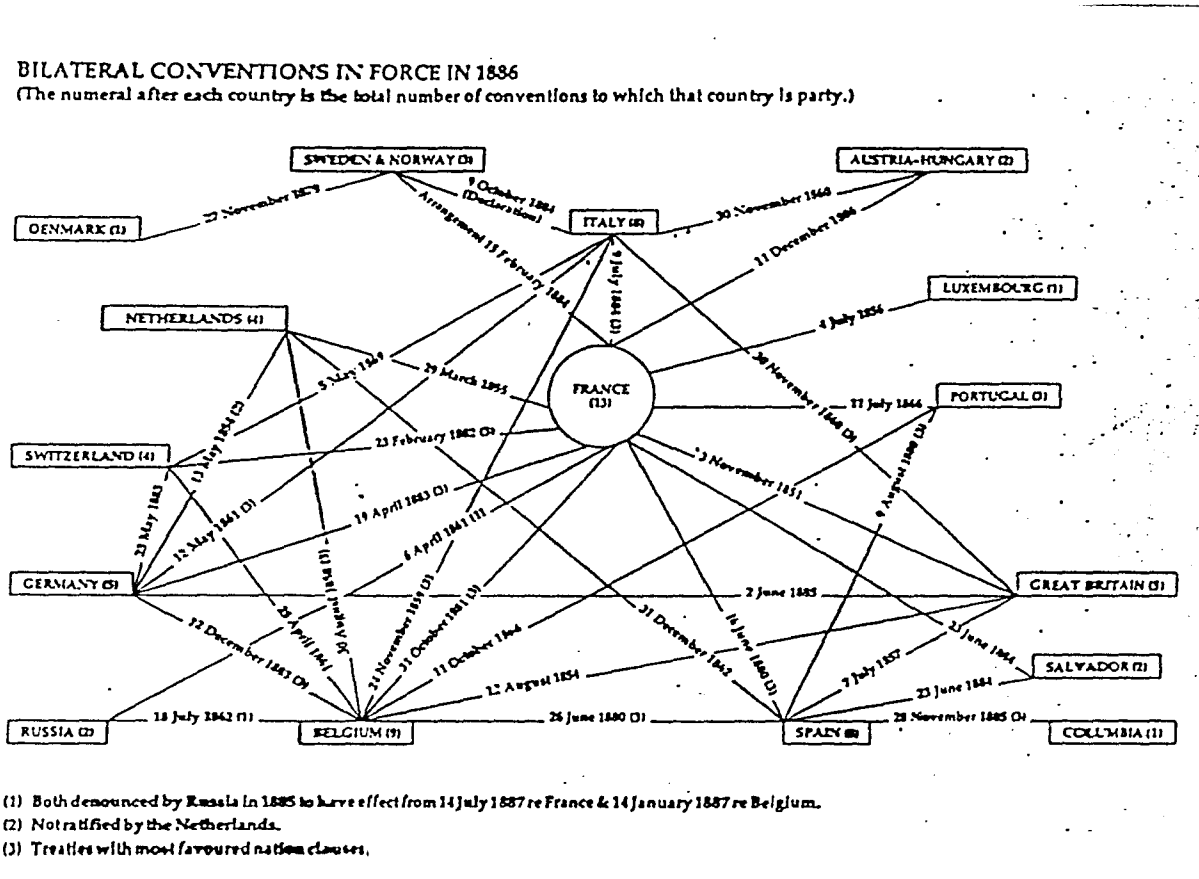
1891.1.284.

[265] S. P. LADAS, *The International Protection of Literary and Artistic Property*, *op. cit.*, note 32, pp. 71 à 83.

[266] S. RICKETSON, *The Berne Convention for The Protection of Literary and Artistic Works : 1886-1986*, *op. cit.*, note 218, pp. 27-28.

[267] J. H. G. BERGNE, « The International Copyright Union », *loc. cit.*, note 22, p. 22.

leur nombre et leurs variétés. Nous reproduisons ci-après le tableau des accords en vigueur en 1886 préparé par Sam Ricketson. Il s'agit d'un véritable tissu d'accords, chacun négocié sur une base individuelle et soumis à des paramètres politiques fort divers :



(1) Both denounced by Russia in 1885 to have effect from 14 July 1887 re France & 14 January 1887 re Belgium.
(2) Not ratified by the Netherlands.
(3) Treaties with most favoured nation clauses.

38 The Berne Convention: 1886-1986

S. RICKETSON, *The Berne Convention for The Protection of Literary and Artistic Works : 1886-1986*, Londres, Kluwer, 1987, p. 38.

Notons enfin, et c'est un élément plus conjoncturel, que le droit international est plongé en cette fin de siècle dans un climat aigu d'affairisme. Les politiques impériales s'estompent et sont progressivement remplacées par un impérialisme d'affaire. Les premières auront toutefois servi à l'établissement de sociétés privées qui, pour la plupart, demeureront en place bien après l'indépendance des colonies et conserveront leur allégeance aux gouvernements métropolitains. Si ces nouveaux patrons de l'économie libérale, chefs de file des théories lockéennes, s'affranchissent bien volontiers du carcan juridique lorsqu'il leur est donné de le faire, ils ne peuvent se passer de la loi pour assurer leurs activités. Elle seule peut assurer la prospérité de leurs affaires à l'étranger. Si le pays étranger ne reconnaît pas de protection des auteurs domestiques, c'est un marché qui disparaît. Car l'industrie de l'édition est extrêmement dépendante de celle des matières premières, poumon des sociétés modernes. La viabilité d'autres secteurs dépend de sa capacité à maintenir, à domicile, un haut niveau de débit de fabrication. Derrière les ventes de comptoirs des libraires et des distributions de journaux, ce sont les marchés du bois, de la machinerie, du cuir, des colles et du papier qui fluctuent. L'écoulement des livres est une variable importante de la richesse nationale des pays. L'accès aux marchés étrangers devient donc primordial pour la santé des économies des pays exportateurs du XIX^{ième} siècle, généralement composés des états colonialistes.

C'est ici que la Convention de Berne, pourtant généralement présentée sous les traits d'un sympathique monument législatif, grand-père de tous les traités, montre une facette plus obscure. Le principe du traitement national, en exportant plus ou moins exactement la protection nationale, favorise les pays exportateurs. Ce n'est sans raison que le Canada, pendant quelques années, ou les États-Unis, pendant plus de cent ans, ont retenu leur adhésion. Il n'est pas non plus surprenant de voir la France et l'Angleterre s'entendre sur le principe du traitement national et celui de la levée des formalités. Parmi ces formalités ou exigences légales, il faut retenir celles du principe de la première publication et des clauses de fabrication. Elles étaient les seuls moyens de maintenir à domicile l'industrie de l'édition. Avec leurs suppressions, les pays importateurs contrôlent à la fois l'approvisionnement (importation) et l'industrie locale (droit de reproduction), c'est-à-dire

la distribution. On ne pourra trouver meilleur exemple de cette habile manipulation juridique que celui du traitement britannique de l'industrie canadienne de l'édition.

Les intérêts de l'industrie européenne, puisque c'est d'elle qu'il faut parler, se retrouvent donc transposés dans un principe d'apparence œcuméniste. Ces pays, la France et la Grande-Bretagne en tête, craignent que la distribution de livres à l'étranger leur échappe. Le Canada et les États-Unis n'y voient qu'une mesure impérialiste d'un nouveau genre. Malgré tout, l'interdépendance des économies force la concertation. Les pays importateurs deviendront également à leur tour exportateurs. Bref, les accords bipartites donnent l'occasion aux États de tester les limites de la réciprocité. Ils sont le laboratoire duquel naîtra la Convention de Berne.

Le projet de Convention tel que nous le connaissons aujourd'hui a été précédé par des discussions sur une loi universelle. Il ne s'agissait pas de promouvoir ou d'harmoniser les législations nationales mais d'y substituer un texte unique.

b) Le droit d'auteur universel

Notre thèse repose sur un précepte largement développé dans notre premier titre : le droit d'auteur est un droit régulateur[268]. Dans cette perspective, les théories de la propriété s'effacent et laissent poindre un droit qui prend la forme d'un *instrumentum* que l'État peut mettre en place et amender selon qu'il souhaite protéger ou non l'industrie de la création ou encore privilégier l'accès au public à la culture domestique et/ou étrangère. Si nous prenons la peine de reprendre en résumé ce qui a été l'objet d'une étude détaillée, c'est que les négociations internationales quant à la protection des auteurs étrangers ont fait renaître la réflexion générale sur la nature de ce droit, réflexion qui est passée d'ailleurs relativement inaperçue. L'examen de la question internationale nous permet de préciser cette nature : il est un droit de distribution.

[268] Voir Titre I, nos conclusions, *supra*, p. 147.

Lorsqu'en 1852 la France prend l'initiative d'accorder sur son territoire la protection de droit d'auteur aux auteurs étrangers, certains commentateurs parleront de *droit d'auteur universel*[269]. Il s'agit pour l'essentiel de transposer, avec l'assentiment des pays concernés, une loi type, une loi *fondamentale* du droit d'auteur. Selon l'approche universaliste, le droit national est résiduaire et tire son autorité d'une loi supérieure commune à tous. Cette théorie s'intègre particulièrement bien dans la tendance *jusnaturaliste* puisque par hypothèse le droit positif s'infère d'une norme universelle, celle de la propriété naturelle de l'auteur dans son œuvre. Ricketson parlera d'utopie. L'histoire nous indique qu'elle n'était pas réaliste :

> The universalist conception can be readily criticised as being Utopian and unrealistic. It depends ultimately upon all states acknowledging, in equal degree, the compelling claim of authors and artists to protection and then according this claim formal recognition. But would each state do so ? Would there even be consensus on the Grundnorm of this protection, namely the author's natural right of property in his work ? There are differing approaches to this question, even among the major civil law systems, while it is an alien notion to common law jurisdictions where author's rights are viewed in almost exclusively economic terms. Furthermore, in many countries today, both developed and developing, a far more functional approach to copyright protection is taken, and this looks more to the interests of the public who use the author's work, than to the author himself. [...] True universality in the absence of agreement on the fundamental nature of authors'rights would therefore seem unlikely, if not impossible.[270]

---

[269] Darras signale que cette idée émane principalement d'une proposition allemande faite lors de la conférence de Berne : « Au congrès de Berne, la délégation allemande formula la question suivante : « Au lieu de conclure une convention basée sur le principe du traitement national, ne serait-il pas préférable de viser dès à présent à une codification réglant, d'une manière uniforme, pour toute l'Union projetée, et dans le cadre d'une convention, la totalité des dispositions relatives à la protection des droits d'auteur ? [...] et, plus loin, commentant ce projet, Darras écrit : « Cette résolution ne fut pas adoptée : elle ne devait pas l'être; elle ne pouvait aboutir qu'à une oeuvre éphémère et fragile, contre laquelle auraient lutté les intérêts particuliers froissés à l'improvistes, les susceptibilités nationales blesses sans management ». Alcide DARRAS, *Du droit des auteurs et des artistes dans les rapports internationaux*, *op. cit.*, note 47, p. 136. Voir aussi, S. RICKETSON, *The Berne Convention for The Protection of Literary and Artistic Works : 1886-1986*, *op. cit.*, note 218, p. 40.

[270] *Id.*, p. 40.

L'adjectif *universel* doit très certainement être dans l'air du temps puisqu'il rendra célèbre l'exposition de 1900! La théorie d'un droit d'auteur universel marque, ne serait-ce parce qu'elle s'inscrit dans le sillage de la politique française, l'opposition entre deux conceptions du droit d'auteur. Elle offre donc une nouvelle occasion, cette fois dans le contexte international, de présenter les divergences qui existent entre les systèmes dits de *copyright* et celui de droit d'auteur. Briggs le fera à sa manière. Il part de la séquence *prohibitory right* versus *right of property* pour expliquer l'existence des différents choix politiques. Celui du droit d'auteur universel serait justifié par le caractère immuable et naturel du droit de propriété. Après avoir posé les définitions de ces deux notions, il décrit l'essence de leur distinction :

> The two conceptions of copyright may be set out thus :
>
> | A Prohibitory Right | A Right of Property |
> |---|---|
> | Municipal, when the right is established by agreement by domestic law, International, when the right is established by agreement with foreign States, generally based on reciprocity. | Enforced by the law of a particular State, as a matter of justice to the native author.

Enforced by the customary law of nations, as matter of justice to all authors |
>
> [...] copyright has been regarded as a right of prohibition against the public, and not as a private right of property which should be valid all the world over, even in the absence of treaty. As to its true character, however, there is amongst nations a considerable difference of opinion, which has had its effect upon international practice. If copyright is a right of prohibition, it is a right of prohibition only against the public of a particular country, and is therefore solely municipal. If on the other hand it is a right of property, the general principle that all States should respect property wherever it is situated gives a moral claim to be protected everywhere.[271]

Le droit dont parle Briggs sous l'expression *Municipal Right* est un droit d'interdire, un monopole d'exploitation, qui peut certes être accordé aux auteurs étrangers, mais dans ce

[271] W. BRIGGS, *The Law of International Copyright, op. cit.*, note 24, p. 117-118.

cas, il le sera par la force d'un traité, donc par simple accord contractuel. Puisque l'octroi de ce droit est nécessairement consensuel, on retrouvera dans la plupart des traités l'exigence de réciprocité ou de formalité. Au contraire, selon la théorie du droit de propriété ou *Proprietary Right*, le système de droit d'auteur repose sur une structure propriétaire. Le lien de droit qui unit le sujet et son objet est donc naturellement reconnu dans tous les États, il s'y transporte de la même manière, par exemple que l'individu demeure propriétaire de ses effets même à l'extérieur de son pays. Birrel avant Briggs avait parfaitement posé le problème:

> If your right to turn your neighbour off your premises - to keep your things for yourself - was property, and therefore ex hypothesis founded on natural justice, he who sought to interfere with your complete dominion was a thief or a trespasser, but if your rights were based upon some special concession made to you upon some special concession made to you upon your own merits, you then found yourself dubbed a monopolist, and the brave man who sought to get the better of you was, at the worst, an infringer or smuggler.[272]

Pour cette raison, le décret français de 1852 pouvait être perçu comme l'expression politique d'un droit de propriété. L'État français reconnaissant la propriété de l'auteur étranger sur son œuvre, quelle que soit sa citoyenneté, la reproduction non autorisée de cette dernière sera considérée comme un vol. L'auteur ne cesse pas d'être propriétaire par le seul fait qu'il passe d'un État à un autre. Selon cette conception, la rédaction d'un instrument international n'est pas nécessaire; au mieux celui-ci sert de confirmation de l'existence du droit d'auteur naturel et universel, mais ne saurait être constitutif de droit.

Les rapports des conférences diplomatiques qui ont précédé la signature de la Convention de Berne font état de l'idée d'un droit d'auteur universel[273]. Il semble que ce soit l'Allemagne qui, lors de la Conférence diplomatique de 1884, appuiera la proposition d'une codification universelle au lieu et place d'un instrument conventionnel, les États

---

[272] BIRRELL, *Seven Lectures on the Law and History of Copyright in Books*, extraits cités dans Benjamin KAPLAN, *Cases on Copyright*, Brooklyn, The Foundation Press, Inc., 1960, p. 40.
[273] S. RICKETSON, *The Berne Convention for The Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986, op. cit.*, note 218, p. 59.

s'engageant donc purement et simplement à reconnaître l'existence du droit de l'auteur étranger sur son oeuvre. Cette proposition n'eut pas l'écho espéré et fut rejetée dans un attendu proposé par le gouvernement suisse qui fut suivi par la majorité des délégations.

Nous faisons nôtres les propos de Briggs lorsqu'il note sur ce point que :

> The former theory [la théorie du Municipal Right ou monopole d'exploitation, notre précision], seems better. There is no such universal recognition of its proprietary character as would entitle copyright to call upon every State to protect it as a mere matter of justice - though several States have in fact done so - in the absence of international relations with the country of origin of the work. If copyright is property, it is property of an anomalous kind, and, as the story of its evolution shows, its claim to protection cannot be placed on the same ground as that of most other kinds. [...] Therefore the only safe and permanent basis on which international copyright can exist is to be found in a formal agreement, i.e. a convention or treaty.[274]

Voilà qui donne une explication originale de l'adoption en 1886 de la Convention de Berne, convention qui se limite à la reconnaissance de quelques principes fondamentaux constituant ainsi une structure légère mais fondamentale à partir de laquelle les droits nationaux continuent à s'ajuster. Mais examinons plus en détail l'effet de la Convention sur les droits de reproduction, d'importation et de traduction puisque ce sont eux les outils de contrôle de la distribution des œuvres.

Section 2 - Le sort des droits relatifs à la distribution dans la Convention de Berne

Il n'existe pas de droit général de distribution dans la Convention de Berne.

---

[274] W. BRIGGS, *The Law of International Copyright*, *op. cit.*, note 24, pp. 118-119.

Pourtant, les développements qui précèdent suffisent, à notre avis, pour affirmer que le droit d'auteur, à travers les droits matériels de reproduction, d'importation et de traduction, consiste essentiellement, dans son expression patrimoniale, en un droit de distribution.

Sam Ricketson, auteur désormais incontournable pour quiconque s'arrête à l'examen de la Convention de Berne, nous apporte des éléments additionnels pour justifier notre position. En effet, son ouvrage *The Berne Convention for the protection of Literary and Artistic Works : 1886-1986* accorde un chapitre spécifique aux droits conventionnels de distribution. Ceux-ci, peut-on y lire, sont réduits à quelques dispositions spécifiques au titre desquelles on retrouve l'article 14bis (droit de mise en circulation des œuvres cinématographiques) et l'article 14ter qui prévoit un droit suite à l'égard des œuvres d'art et manuscrits originaux. Ces règles sont récentes et leur présence au sein de la Convention ne permet pas de déduire un droit général de distribution. En revanche, il traite sous l'intitulé « Distribution rights under Berne Convention » du droit prévu par l'article 12 de l'Acte de Berne visant la saisie des ouvrages contrefaits importés[275]. Cette disposition renvoie à la fois au droit de reproduction par sa référence aux œuvres contrefaites et à l'importation. Voilà donc que ces deux normes fusionnent pour donner ce qui sera, selon Sam Ricketson, une règle qui relève du droit de distribution.

Nous analyserons successivement le traitement des droits de reproduction a) d'importation b) et de traduction c) au sein de la Convention de Berne.

a) Le droit de reproduction dans la Convention de Berne

Le moyen le plus direct d'agir sur la circulation des œuvres est bien entendu d'en contrôler la génération, c'est-à-dire la production des nouveaux exemplaires d'une œuvre. Et nous avons vu que pour l'imprimeur, celui-ci étant tout à la fois libraire, le droit d'imprimer s'accompagnait naturellement du droit de vendre. Il en était l'extension naturelle. Certes, le

[275] S. RICKETSON, *The Berne Convention for The Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, *op. cit.*, note 218, p. 403. Dans le même sens, Mihály FICSOR, *The Law of Copyright and The Internet*, New York, Oxford University Press, 2002, p. 146.

contrôle par la reproduction allait bientôt s'avérer insuffisant, notamment en raison de l'apparition des marchés secondaires et des nouvelles formes d'utilisation de l'œuvre ne mettant pas en cause la reproduction. Ici la location, le prêt, la revente échappent à l'empreinte du droit de reproduction. Il est encore trop tôt pour en parler. Nous y reviendrons. Il est juste de dire qu'avant que ces nouvelles formes d'exploitation, se traduisent en une concurrence menaçante pour les titulaires de droit, le droit de reproduction remplissait honorablement ses fonctions d'*agent de la circulation.*

Le seul défaut auquel la Convention de Berne allait remédier était finalement les limites territoriales de son application. Étant national dans ses effets, le droit de reproduction avait une portée trop courte : la distribution des exemplaires à l'étranger lui échappait totalement puisqu'il ne pouvait être invoqué par un étranger, sous réserve bien entendu d'accords internationaux ou de tempéraments nationaux. L'enjeu de son application extraterritoriale, ou plutôt de son octroi aux étrangers, a retenu l'attention des législations pendant tout un siècle. Le principe du traitement national, consacré dès 1886 par la Convention de Berne, fait en sorte que le droit d'auteur devient un droit d'application universel.

Pourtant, il faut noter que le droit de reproduction n'est pas au nombre des droits prévus à l'Acte de Berne. Cette « singulière anomalie »[276] sera corrigée en 1967. Le droit de reproduction n'apparaîtra en effet expressément que dans l'Acte de Stockholm sous l'article 9[277]. Son caractère universel ne peut donc pas s'inférer directement des droits matériels prévus à la Convention puisqu'il n'en fait pas partie. À l'origine, étant donné qu'il existe dans toutes les législations dans une formulation identique, le principe du traitement national vient relayer le droit de reproduction d'un pays membre de l'Union à l'autre, créant ainsi, artificiellement, un droit universel de reproduction. Uniformes dans chacune des législations, les droits nationaux s'unissent donc sous l'effet fédérateur du

---

[276] H. DESBOIS, *Le droit d'auteur*, 3e éd., (1978), p. 943.

[277] Article 9, *Acte de Paris* (1971) : « Les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques protégés par la présente convention jouissent du droit exclusif d'autoriser la reproduction de ces œuvres, de quelque manière et sous quelque forme que ce soit ». Ysolde Gendreau écrit à ce sujet que « ce n'est qu'à la conférence de révision de Stockholm en 1967 que le droit de reproduction a été officiellement reconnu à l'article 9 de la Convention de Berne, alors que c'est précisément le contrôle de la reproduction des œuvres qui constituait l'enjeu de la première loi sur le droit d'auteur, la Loi de la reine Anne de 1710 ». Y. GENDREAU, « Le droit de reproduction et l'Internet », (1998) 178 *R.I.D.A.* 3, p. 3. Également, S. RICKETSON, *The Berne Convention*

traitement national. Le droit de reproduction devient le plus petit dénominateur commun du droit d'auteur.

Sam Ricketson apporte deux explications possibles à l'absence de ce droit fondamental au sein de la Convention de Berne. La première serait qu'il s'y trouverait de manière implicite. Les articles 7, 10 y font en effet référence[278]. La thèse de la reconnaissance implicite semble peu crédible étant entendu que chaque sujet a été longuement discuté et débattu. Dans ce contexte, il est difficile de concevoir que celui, fondamental, du droit de distribution ait été ignoré. La seconde explication corrobore l'hypothèse à laquelle nous adhérons :

> An alternative view was that, even if there was no implicit requirement in the Convention that Union countries would protect reproduction rights, this would inevitably be the case in practice. This was because each state granted such protection under its domestic laws, and would therefore accord similar protection to works claiming under the Convention, by virtue of the principle of national treatment.[279]

Il ajoute toutefois, que si le droit de reproduction se retrouve effectivement dans tous les pays unionistes, son régime et son champ d'application connaissent d'importantes variations. Les textes étaient donc demeuré silencieux en raison de la difficulté de parvenir à un consensus. Dans certaines opérations techniques, son application ne fait pas l'unanimité. Il suffit de prendre connaissance du protocole de clôture du 9 septembre 1886 qui est annexé à la Convention pour comprendre que le droit de reproduction n'est pas

---

for The Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986, op. cit., note 218, p. 103.

[278] Article 7(1), «Les articles de journaux ou de recueils périodiques publiés dans l'un des pays de l'Union peuvent être reproduits, en original ou en traduction, dans les autres pays de l'Union, à moins que les auteurs ou éditeurs ne l'aient expressément interdit. [...]» ; Article 10(1), « Sont spécialement comprises parmi les reproductions illicites auxquelles s'applique la présente Convention les appropriations indirectes non autorisées d'un ouvrage littéraire ou artistique, désignées sous des noms divers, tels que : adaptations, arrangements de musique, etc., lorsqu'elles ne sont que la reproduction d'un tel ouvrage, dans la même forme ou sous une autre forme, avec des changements, additions ou retranchements, non essentiels, sans présenter d'ailleurs le caractère d'une nouvelle œuvre originale » ; Selon Sam Ricketson, on peut également inférer l'existence d'un droit général de reproduction de la rédaction de l'article 12(1) : « Toute œuvre contrefaite peut être saisie à l'importation dans ceux des pays de l'Union où l'œuvre originale a droit à la protection légale ». S. RICKETSON, *id.*, p. 369.

[279] S. RICKETSON, *id.*, p. 369.

exempt d'interrogations. L'article 3 du Protocole énonce que « la fabrication et la vente des instruments servant à reproduire mécaniquement des airs de musique empruntés au domaine privé ne sont pas considérées comme constituant le fait de contrefaçon musicale ». On voit poindre ici les tourments conceptuels qu'emportent avec elles les sciences techniques. Les délégations nationales ne s'entendent pas non plus sur la portée du droit de reproduction. Comme si l'on eut été assez naïf pour concevoir un droit d'auteur qui se limite au contrôle de l'impression, la question de savoir si le droit de reproduction comprend le droit de contrôler la circulation des exemplaires d'une œuvre devient un des points importants de divergence[280].

En tout état de cause, le principe du traitement national résout d'un coup la question de la distribution internationale des œuvres. On verra d'ailleurs qu'il explique l'abandon du droit d'importation. Le principe éteint à lui seul les sources de la piraterie. Il fait reposer le système sur le seul droit de reproduction, car nul ne contestera que l'impression soit une reproduction. L'industrie traditionnelle du livre sort nettement victorieuse des accords de Berne. La solution est non seulement infaillible, elle devient universelle. Concrètement, l'auteur ou l'éditeur étranger se voit ainsi conférer le droit d'interdire la réimpression de ses œuvres sur le territoire d'un membre de l'Union[281]. Voilà qui est suffisant pour contrôler la mise en circulation des œuvres.

---

[280] « However, while it is true to say that in 1886 each country which was to join the protected Union accorded protection to the reproduction right, it cannot be said that there was agreement between these states as to the scope and content of this right. [...]. There were also differences in national laws over whether reproduction rights extended (or should extend) to rights in relation to distribution and circulation of the copies that were made ». S. RICKETSON, *Id.*, p. 370.

[281] Le principe du traitement national n'a pas seulement pour effet d'éviter la discrimination envers les œuvres étrangères ou leurs auteurs. Il constitue un élément moteur dans le processus d'harmonisation des législations puisqu'il donne accès aux lois nationales, généralement conçues pour favoriser les nationaux. Cette fonction ne semble pas avoir été très bien comprise, voire traitée, par la doctrine. Certains auteurs ont toutefois su restaurer récemment sa place dans l'évolution internationale du droit de la propriété intellectuelle. En 1998, les auteurs Abbot et Schefer écriront, à propos des accords ADPIC - concernant les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce - que : « National treatment also effectively functions as a substitute for international harmonization. To the extent that states concentrate on national law, and progress in international law is slow (as it was after decolonization and before the Uruguay Round), the principle of national treatment allows the international community to automatically benefit from improved standards in municipal law or regional law introduced mainly for the welfare (and at the request of) domestic right holders ». L'article 3 des ADPIC pose en effet le principe général selon lequel « Chaque Membre accordera aux

L'omission du droit de reproduction constitue donc un indice supplémentaire vers la conclusion que le droit d'auteur est avant tout un droit de distribution. Il apporte un éclairage sur les intentions réelles des plénipotentiaires, tous représentants de pays producteurs. La Convention donne aux titulaires de droits les moyens d'exercer leurs prérogatives au-delà du marché national. Il s'agit donc bien plus de permettre l'interconnexion des législations nationales, de les intégrer, que de codifier le droit matériel. Cette dernière tâche s'avère d'ailleurs extrêmement fastidieuse en raison de la disparité des lois nationales.

b) Le droit d'importation dans la Convention de Berne

La Convention de Berne ne contient pas de droit général d'importation. L'article 12 de l'Acte de Berne prévoyait toutefois que « [t]oute œuvre contrefaite peut être saisie à l'importation dans ceux des pays de l'Union où l'œuvre originale a droit à la protection légale ». La disposition visait l'introduction dans un pays de l'Union d'exemplaires fabriqués sans le consentement de l'auteur dans un autre pays de l'Union. Le terme « importation » sera soustrait du texte de l'article 12 en 1896, ce qui aura pour effet d'étendre considérablement son champ d'application mais empêchera que l'on y voit un réel droit d'importation[282]. Mais désormais la saisie peut ainsi concerner tant les œuvres distribuées dans le territoire national du pays unioniste que celles qui y sont importées[283].

Bien que la Convention n'apporte aucun élément qui nous guiderait dans cette interprétation, la notion d'œuvre contrefaite semble indiquer que le texte de l'article 12

---

ressortissants des autres Membres un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde à ses propres ressortissants en ce qui concerne la protection de la propriété intellectuelle, [...] ».

[282] Mihály Ficsor notera à cet effet que : « although this provision may also be understood as offering a certain « right » to the owners of copyright to control *importation* of copies, it is clear that no real right of importation is involved here in the sens in which this term is used to mean, *de facto*, a right of distribution with national - rather than international - exhaustion ». Mihály FICSOR, *The Law of Copyright and The Internet*, New York, Oxford University Press, 2002, p. 151. L'article 12 est aujourd'hui l'article 16 de la Convention de Berne. Il a connu très peu de modifications depuis 1896.

[283] « This had the effect that seizure could take place in the interior of a country, not necessarily at its borders ; it was also to be presumed that it was no longer necessary for the pirated works to have been imported in the

s'appliquerait uniquement dans le cas où une œuvre est reproduite ou mise en circulation dans un pays de l'Union sans l'autorisation du titulaire des droits. Elle ne pourrait appréhender la situation de l'importation parallèle. L'œuvre ne serait pas une œuvre contrefaite au sens de l'article 12 si elle a été reproduite hors de l'Union avec le consentement du titulaire des droits dans le pays de fabrication.

Si l'on écarte la question de l'importation parallèle, qui est un cas spécifique de distribution, nous devons nous joindre aux conclusions de Mihály Ficsor, qui distingue très nettement un droit de distribution à travers la référence de l'article 12 faite au droit de reproduction. L'argument est convaincant et suffit à rappeler la nécessaire prolongation du droit d'auteur au-delà d'un simple droit de fabrication :

> Nevertheless, this general provision on seizure to be effected in any country of the Union may be understood to imply a kind of « right » to control distribution of copies. This is so for the following reasons. If the making of copies has not been authorized by the owner of rights, the copies concerned are not allowed to be distributed, and, if somebody still tries to distribute them, the copies are to be seized. If the making of copies has been authorized, the distribution of those copies may be expressly permitted as part of such authorization, or permission for the distribution of copies (at least, for their « putting into circulation », that is, first distribution) may be logically implied [...]. If we did not recognize such implied consent to the distribution of copies and we regarded the silence about the issue of distribution to mean that the authorized copies might only be made for keeping them in stock for ever, we would have to presume that the publishers concerned were not in sober frame of mind.
>
> If these two elements are considered together - namely, on the one hand, that unauthorized copies cannot be distributed, and, on the other hand, that the possibility of the distribution of lawful copies, on the basis of the most fundamental principles of interpretation of legal provisions and contracts, may be implied from authorization given for their making - it seems

---

first place ». S. RICKETSON, *The Berne Convention for The Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, *op. cit.*, note 218, p. 404

> quite easy to accept the position that a right of first distribution may be deduced from the right of reproduction.[284]

La disparition du droit d'importation, droit ou recours pourtant reconnu dans de nombreuses législations nationales, est également un effet du principe du traitement national. Il supprime clairement la nécessité d'y recourir. L'amendement apporté à l'article 12 en 1896 est significatif. La combinaison du droit de reproduction et du principe du traitement national permet d'exclure du marché les copies contrefaisantes. Dès lors, l'exercice de la loi sur le droit d'auteur se recentre autour d'une forme de super droit national de reproduction. L'article 12 s'y juxtapose afin d'introduire les recours en saisie contrefaçon.

Certes la question de l'importation parallèle demeure irrésolue à ce jour mais nous devons convenir que, dans l'ensemble, le marché unioniste est nettoyé des exemplaires fabriqués sans l'autorisation de l'auteur ou de l'éditeur.

c) Le droit de traduction

Le droit de traduction a eu jusqu'en 1908 un traitement relativement discriminatoire au regard des autres droits prévus par la Convention de Berne. S'il y est effectivement inclus, il est assujetti à certaines restrictions notamment quant à sa durée[285]. Ces restrictions apportées à la jouissance du droit apparaissent dans l'Acte de 1886 de la Convention de Berne et son continuées dans sa révision de 1896. La rédaction de l'article 5 veut que le droit de traduction se perde par son non-exercice pendant dix ans à partir de la publication. Cette technicalité sera abandonnée par la suite dès la révision de 1908 et l'auteur recouvrira pleinement son droit d'autoriser la traduction sans condition d'usage[286]. On reconnaît ainsi

---

[284] Mihály FICSOR, *The Law of Copyright and The Internet*, *op. cit.*, note 282, p. 151

[285] En général, S. RICKETSON, *id.*, pp. 384 et s. A. DARRAS, *Du droit des auteurs et des artistes dans les rapports internationaux*, *op. cit.*, note 47, p. 104

[286] Dès la conférence de 1884 la France avait soutenu la thèse de l'assimilation du droit de traduction au droit de reproduction; thèse qui n'a pas prévalu. La rédaction de l'article 5 témoigne donc d'un compromis avec les pays opposés à la reconnaissance de la thèse française : l'assimilation est donc affirmée mais pour un temps seulement. Au-delà, l'oeuvre devient libre de droit pour le traducteur. L'article 5 est devenu l'article 8 dans le

d'une certaine manière que contrôler la langue de l'édition revient à contrôler la circulation de l'œuvre au-delà de son marché d'origine

Louis Renaud, rapporteur général de la conférence de 1896, ouvre par ces mots la discussion au sujet de la traduction:

> La question de la traduction est, comme on l'a dit souvent, la question internationale par excellence. Pour les œuvres littéraires et scientifiques, entre pays ne parlant pas la même langue, le droit de l'auteur n'a pas grande portée s'il se borne à la reproduction et s'il ne comprend pas la traduction.[287]

On ne le répétera jamais assez dans cette étude, le droit de reproduction est le tronc essentiel du droit d'auteur, pour ne pas dire qu'il fait entièrement corps avec lui, au temps des premières lois tout au moins[288]. La presse remplaçant la main du copiste, il n'y eut pas de véritables difficultés à qualifier l'impression de reproduction. À l'oeil nu la duplication est repérable quand bien même le format du lettrage lui-même peut être différent. Mais la traduction n'est pas une simple réimpression. La preuve en est que, pour le profane, un texte en langue française traduit en hébreu est non seulement incompréhensible mais encore méconnaissable. Ainsi pour Renouard, traduire n'est pas contrefaire:

> On n'aperçoit pas facilement quel tort la traduction étrangère pourrait causer à l'exploitation de l'original. La différence de forme extérieure du langage empêche qu'il s'établisse ni confusion ni rivalité. Les lecteurs ne seront probablement pas les mêmes. Quiconque sera capable de comprendre l'original ne manquera pas de le préférer à une traduction toujours plus ou moins imparfaite. La gloire de l'auteur et la propagation de ses idées, la popularité de ses productions et leurs chances de

---

texte actuel de la Convention : « Les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques protégés par la présente Convention jouissent, pendant toute la durée de leurs droits sur l'œuvre originale, du droit exclusif de faire ou d'autoriser la traduction de leurs œuvres ».

[287]Rapport L. RENAUD, dans OMPI, *La Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques de 1886 à 1986,* Genève, Publications du Bureau international de la propriété intellectuelle, 1986, p. 153.

[288] Delalande, lorsqu'il disserte sur la perpétuité du droit d'auteur, emploie alternativement l'expression de droit de reproduction et droit d'auteur. E. DELALANDE, *op. cit.*, note 11, p.5 et s.

> débit ont tout à gagner par l'existence de traductions et n'ont rien à perdre.[289]

La question de l'identité visuelle dont on parle ici reviendra à chaque fois qu'une forme particulière de reproduction sera mise au jour, qu'il s'agisse d'instrument mécanique ou de gramophone[290] ou même, comme nous le verrons par la suite, de reproduction électronique[291]. Comme ces nouveaux médiums, mais bien avant leur invention, la traduction porte l'œuvre à un public nouveau. On peut alors y voir la forme la plus ancienne de diffusion transfrontalière d'informations, de distribution.

Conclusion du Titre II :

---

[289] A.C. RENOUARD, *Traité des droits d'auteur*, Vol. II, *op. cit.*, note 12, p. 38. Renouard apporte une nuance à ce jugement lorsqu'il traite d'ouvrages écrits dans une langue étrangère et traduits en français. Dans ce cas la traduction ouvre l'oeuvre à un plus grand public et emporte ainsi une véritable concurrence commerciale. Pourtant, même s'il reconnaît ici le désavantage d'un « laisser traduire », l'absence de législation ne permettrait pas d'y remédier. *Id.*, p. 39. Notons également que les lois belge et russe comportaient à cette époque des dispositions sur la traduction. Ce droit était formulé de façon généralement restrictive. En droit belge par exemple, le droit de traduction n'était réservé que pour la première édition de l'ouvrage original. Voir RENOUARD, *Id.*, pp. 36-38.

[290] C'est ainsi que l'on peut lire un peu plus tard dans l'ouvrage éducatif de Le Tarnec : « Le législateur révolutionnaire n'avait conçu la notion de reproduction qu'en fonction des oeuvres écrites en tous genres, des oeuvres musicales et des oeuvres d'art figuratif. La notion de reproduction a pris, depuis, une extension considérable, puisqu'elle s'applique aujourd'hui, en outre et notamment, aux enregistrements phonographiques, aux oeuvres cinématographiques, aux traductions et aux adaptations », Alain LE TARNEC, *Manuel de la propriété littéraire et artistique*, Paris, Dalloz, 1956, 53.

[291] *Apple computer, inc.* c. *Mackintosh Computers ltd.*, (1987) 10 *C.P.R.* (3d) 1. Confirmé en appel, (1988) 18 *C.P.R.* (3d) 129 puis par la Cour suprême du Canada [1990] 2 *R.C.S.* 209. La question avait été posée à la Cour de savoir si le passage du code source au code d'assemblage d'un logiciel était une traduction au sens de la loi. La difficulté était ici que le langage d'assemblage n'est pas visible à l'œil. La juge Reed, pour la Cour de première instance, écrira à cet effet que : « In my view the conversion of a work into a code, or the conversion of a work originally written in one code into another code constitutes a translation for the purposes of the Act. In addition, as noted above, a programmer, in creating a program, is not thinking in terms of the specifications of the ROM chip, either in writing the assembly code version or when the hexadecimal notation is prepared. What media is finally chosen for embodiment of the program is irrelevant to the programmer » (J. Reed, p. 20). La juge Reed ajoute, sur le caractère invisible de la reproduction : « In my view the requirement of « readability » or « appearance to the eye » found in the jurisprudence requires no more than that there be a method by which the work in which copyright is claimed and the work which is alleged to infringe can be visually compared for the purpose of determining whether copying has occurred. Since in this case the programs can be « read » out of ROM and so compared, this requirement is met ». La discussion sera close en appel. Le juge d'appel s'oppose à cette interprétation et indique qu'il n'est pas nécessaire de traiter de la question de la traduction puisque l'acte reproché est avant tout un acte de reproduction. La Cour fédérale du Canada vient de refuser encore une fois de considérer la question de la traduction en matière informatique dans une affaire *Eros Équipe de recherche opérationnelle en santé Inc.* c. *Conseillers en gestion et informatique C.G.I. Inc.*, (2004) *CF* 178. Voir également, dans une espèce identique à celle de l'affaire canadienne *Apple computer,* mais cette fois refusant de conclure à la contrefaçon *Computer Edge Pty. Ltd.* v. *Apple Computer, Inc.*, (1986) 65 *A.L.R.* 33 (High Court of Australia).

Le *Chapitre I* nous a permis d'étudier la composition structurelle du droit d'auteur, ce qu'il est, quelle est sa fonction. Nous l'avions *réduit* à un droit essentiellement *régulateur*, nous l'avions séparé de son enveloppe philosophique pour en retenir la pulpe, sa nature. Cette réduction, nous l'a voulons sans péjoration, sans oublier l'importance de l'auteur dans le processus de création. Il s'agit de présenter le droit d'auteur dans son état le plus simple.

Ce deuxième tronçon d'histoire confirme la préséance des intérêts commerciaux sur ceux de l'auteur. Au XIX^{ième} siècle, le droit d'auteur est forgé sur l'enclume de la distribution internationale des œuvres, battu par les revendications des éditeurs de province ou des capitales, mais cette fois par les éditeurs étrangers. La question de l'*International Copyright* monopolise toute l'attention. On dissertera peu sur les catégories d'œuvres ; les œuvres artistiques, les gravures, les cartes, etc. seront ajoutées à la liste des œuvres protégées sans difficulté. Par contre les droits d'importation, de réimpression et de traduction occupent tous les débats. Ceci est compréhensible. À travers eux, à travers leur objet, le livre principalement, c'est le sort du commerce international qui se joue.

La distribution des biens culturels n'est pas seulement une affaire de commerce, elle est une affaire politique. Elle réveille les instincts nationalistes, fait s'opposer les intérêts impériaux aux intérêts des colonies. Puisque le droit d'auteur peut accompagner le bien dans son commerce, il peut par extension devenir l'instrument de l'impérialisme juridique. C'est ainsi que, pendant près d'un siècle, le Canada a été exproprié de la culture des deux pays qu'ils l'avaient pourtant colonisé. Les éditions anglaises ou françaises étaient sous le contrôle des éditeurs de Londres ou de Paris, qui ainsi décidaient du contenu des librairies canadiennes. Mais le droit colonial doit être remercié par le juriste d'aujourd'hui. D'abord, il a inventé le premier mécanisme de licence légale pour la distribution massive d'oeuvres[292]. La loi anglaise de 1847[293], on se souviendra, autorise les libraires canadiens à

[292] Il est vrai que la loi anglaise de 1842, dans son article 5, prévoyait déjà un mécanisme de licence légale, licence délivrée par le gouvernement en cas de refus du titulaire du droit d'auteur de publier un livre d'un auteur défunt. Cette procédure qui ne semble pas avoir été souvent utilisée s'apparente à l'obligation de publier placée à la charge de l'éditeur et que l'on retrouve dans certaines législations. Sa fonction est très spécifique et est loin de se comparer avec la magnitude du mécanisme mis en place par la loi de 1847. Les auteurs Brunet et Keyes rapportent d'ailleurs, à propos des dispositions canadiennes relatives au mécanisme

s'approvisionner aux États-Unis en échange d'une redevance perçue sur chaque volume d'une œuvre anglaise importée. Il s'agit d'une ingénieuse solution juridique pour l'époque. Elle a le mérite, en théorie au moins, d'offrir une première solution à la fois à la problématique de la concurrence - chaque éditeur est libre d'importer, cheville essentielle du droit d'auteur, et au principe de rémunération des auteurs. Nous verrons dans le prochain chapitre que la licence légale est l'appareil d'accompagnement de toute régulation visant la distribution de masse des œuvres. Elle est, pour ainsi dire, l'*alter ego* juridique de l'innovation technique. Ensuite, le droit colonial a mis au jour la question de l'importation parallèle, phénomène dont l'examen est incontournable dans cette thèse. Enfin, à titre anecdotique, nous lui devons d'avoir créé les formats économiques. Rappelons-nous en effet du très contesté *Home and Colonial Library* mis en place par le célèbre éditeur Murray dans les années 1840[294].

Enfin, si le droit d'auteur a su encore une fois ménager les intérêts des éditeurs sans leur reconnaître expressément un droit de distribution, droit qui serait apparu encore trop *monopolistique*, c'est grâce à une combinaison étonnante d'un droit et d'un principe. Cette combinaison, que l'on retrouve dans la Convention de Berne, a eu en pratique l'effet d'un droit de distribution mais sans que l'on ait eu à débattre de son inclusion dans la loi : le principe du traitement national associé au droit de reproduction réglait tout d'un coup la question de la distribution internationale des œuvres. En éradiquant les sources illégitimes des exemplaires, voilà que l'éditeur étranger pouvait approvisionner le marché d'éditions dont il a autorisé la publication. Dans ce sens, la Convention de Berne dénote sur ce point fondamental une coloration très économique. Thomas Dreier rappelait encore récemment que la Convention porte les marques certaines de la conception continentale du droit

---

de licence obligatoire pour la publication d'œuvre d'un auteur décédé, qu' « aucune licence n'a jamais été délivrée sous leur autorité ». A. A. KEYES et Claude BRUNET, *Le droit d'auteur au Canada*, Ottawa, Consommation et Corporations Canada, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1977, p. 80. Il faut conclure que nous sommes en désaccord sur ce point historique avec l'éminent P. Roubier qui indiquait l'article 5 de la loi anglaise de 1842 comme constituant la première licence obligatoire et encore plus avec B. Ringer qui revendique la primauté de la loi américaine de 1909 à ce sujet. Voir, Alain STROWEL, « Licences non volontaires et socialisation du droit d'auteur : un danger ou une nécessité? », (1991) 3 *C.P.I.* 161, p. 164 et note 15.

[293] *Foreign Reprint Act*, (1847), *précité*, note 133.

d'auteur[295]. En revanche, il précise que le principe du traitement national n'a pas été adopté au bénéfice de l'auteur mais de l'intérêt du public. L'auteur n'est pas la raison principale de l'adoption du principe de traitement national. Nous sommes bien d'accord. Mais l'intérêt du public ne l'est pas plus. Thomas Dreier explique que la Convention « protects works by non-Berne Convention nationals only when they are published for the first time (or within 30 years after their first publication abroad) within a Member State. The reason for this limitation is clearly related to the public interest and not to the rights of authors : by making the benefits of the Convention contingent on local publication, non-member nationals are encouraged to make their works known to Berne Convention nationals »[296]. L'idée est belle mais nous ne pouvons y adhérer. D'abord, le principe de publication a essentiellement et historiquement pour fonction de conserver le monopole de fabrication des exemplaires et non de promouvoir la diffusion de la culture étrangère. Le principe d'assimilation, sous réserve de publication, interfère donc directement avec l'économie de l'édition des pays occidentaux. Ensuite, le traitement national, au-delà l'application visée par Dreier, vise essentiellement le droit de reproduction, à son origine du moins et il sert de prime abord des intérêts autres que ceux de l'auteur mais certainement pas ceux du public. La solution du traitement national est un compromis génial entre éditeurs. Il permet de laisser libre la concurrence nationale, d'en assainir l'exercice par l'application du droit de reproduction, tout en créant un droit de distribution internationale. Mais l'équation entre l'intérêt du public et la libre concurrence n'est pas aussi évidente.

Solution satisfaisante donc et pour les éditeurs et pour le législateur mais pas parfaite. Qu'advient-il en effet des exemplaires fabriqués avec le consentement du titulaire des droits dans un pays et mis en circulation dans un autre pays dans lequel le droit de reproduction

---

[294] J. J. BARNES, *Authors, Publishers and Politicians - The Quest for an Anglo-American Copyright Agreement 1815-1854*, *op. cit.*, note 14, p. 149. Voir, également, Graeme JOHANSON, *Colonial Editions in Australia 1843-1972*, Wellington, Elibank Press, 2000.

[295] « It (the Berne Convention) is certainly more influenced by continental European than Anglo-American thinking ». Thomas DREIER, « Balancing Proprietary and Public Domain Interests ; Inside or Outside of Proprietary Rights », dans Rochelle Cooper DREYFUSS, Diane LEENHEER ZIMMERMAN, Harry FIRST, *Expanding Boundaries of Intellectual Property*, New York, Oxford University Press, 2001, 295, p. 300. En raison de la convergence des systèmes et de leur histoire, les effets de cette influence restent délicats à percevoir.

[296] *Id.*, p. 301.

est réservé à un autre titulaire ? Les recours en importation peuvent en principe renforcer le contrôle des frontières contre cette introduction mais est-ce légitime ?

En définitive, malgré la pression du commerce, le droit d'auteur a encore décliné la question qui lui est pourtant immanquablement posée : pourquoi ne pas adopter un droit de distribution ?

À ces pressions commerciales viendront s'ajouter celles du progrès. Les sciences techniques forcent le droit à considérer les nouveaux modes de distribution. Le droit de reproduction suffira t-il à répondre à ces *nouvelles* technologies ? Va-t-il devoir une nouvelle fois être conjugué avec un autre principe, comme celui du traitement national, à une autre règle afin de proposer une solution nuancée en matière de distribution ?

Ce sera l'objet de notre troisième Titre.

Titre 3 - La réponse du droit aux moyens mécaniques de distribution des œuvres

Introduction

La technologie est cette autre variable qui façonne notre droit et le rapproche d'un droit de distribution. L'examen du sujet du droit et des sciences techniques est ainsi nécessaire dans la mesure où ces dernières découvrent sans cesse de nouvelles méthodes de distribution, de nouveaux équipements ou outils qui réduisent inexorablement l'espace entre l'acte de création et l'utilisation de l'œuvre. Ce rapprochement est vécu comme un véritable mouvement tectonique, fusionnant ou écrasant des intérêts fort variés ; ceux des auteurs, ceux des ayants droits, ceux, encore, des exploitants ou des utilisateurs. Les poussées technologiques ont forcé le législateur à légiférer rapidement et plus souvent. Son écriture est devenue plus technique, irrégulière - nous dirions spasmodique, plus concise aussi pour éviter les interprétations ; son style devient donc moins déclaratoire. Les juristes français diraient qu'il est moins synthétique.

L'insertion d'une notion[1], la création d'un droit ou d'un nouveau régime[2], l'ajout d'une définition[3], la substitution d'un mot[4], ces techniques législatives constituent autant de signes apparents du changement que vit notre société technocentriste : ils découvrent un code changeant qui décrit la révolution du droit autour de la technique. Ils rappellent l'interdépendance naturelle du droit d'auteur aux innovations.

Le professeur Claude-Albert Colliard écrit en 1950 que « ce qui caractérise la civilisation actuelle c'est essentiellement son aspect mécanique »[5]. Il constate alors que « la machine a

---

[1] Celle, par exemple, de « distribution » à l'article 80 *Lda*. La notion de « distribution » était jusqu'alors inconnue du droit canadien. Elle est désormais introduite dans un texte qui vise l'exception de copie privée. Nous y reviendrons.

[2] Celui de la « copie privée » par exemple connu en droit canadien depuis 1997. Article 80 *Lda*.

[3] Par exemple, l'ajout des banques de données ou « compilations » à la définition de l'article 2 de « toute œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique originale » de la *Lda* par l'article 53 de la *Loi de mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, L.C. 1993, ch. 44 (Ca.). Les expressions « oeuvre artistique », « oeuvre dramatique », « oeuvre littéraire » et « oeuvre musicale » ont été amendées pour y inclure, respectivement, «les compilations d'oeuvres artistiques », « les compilations d'oeuvres dramatiques», « les compilations d'oeuvres littéraires » et « toute compilation (d'oeuvres ou de compositions musicales) ».

[4] En 1988, l'alinéa 3(1)f) *Lda* a été modifié et les mots « de transmettre cette oeuvre au moyen de la radiophonie » furent remplacés par « de communiquer au public, par télécommunication, une œuvre ». *Loi de mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis*, L.C. 1988 ch. 65 (Ca.), art. 62(1).

[5] Claude-Albert COLLIARD, « La machine et le droit privé français contemporain », dans *Le droit privé français au milieu du XX^ième^ siècle, études offertes à Georges Ripert*, Paris, L.G.D.J., 1950, 113. p. 113.

pris dans le monde une place de premier plan »[6]. Nous sommes en 1950 et la généralité des propos qui précèdent est à peine annonciatrice de l'ampleur de la révolution numérique.

Après avoir présenté les modèles de pensée du droit d'auteur et les développements de la distribution internationale, la science technique est le troisième volet de notre analyse théorique. Philosophie, commerce, technique, voilà les trois premiers éléments d'un même triptyque. Réunis, ils font apparaître l'idée d'un droit d'auteur essentiellement *distributeur*. Ceci est l'objectif de notre démonstration.

L'examen des réponses du droit d'auteur aux technologies est rendu nécessaire pour des raisons plus particulières. Il s'agit d'abord de rechercher à quel moment il devient opportun d'adopter de nouveaux droits, quelles sont les pré-conditions à la création normative. À ce titre, l'étude des technologies et du droit tient une place considérable dans notre thèse. Nous croyons qu'elle peut nous apporter les éléments de réponse aux questions suivantes : Peut-on dégager des réformes successives un automatisme législatif qui permettrait de justifier l'introduction d'un droit de distribution électronique ? Peut-on envisager de systématiser les réponses du droit aux technologies ? Peut-on parler de cycles, peut-on établir des courbes de réponse du droit comme il est d'usage de le faire en macroéconomie ?

Au terme de ce chapitre nous serons outillés pour répondre au mythe de la *neutralité technologique,* mythe que l'on invoque parfois pour justifier la suffisance de nos lois. Est-il réellement possible, comme le fait encore récemment un rapport de Nouvelle-Zélande, de défendre l'idée d'un droit d'auteur qui répond tout à la fois aux anciennes et aux nouvelles technologies ? :

> To function effectively, copyright law must be technologically neutral, and should be written in such a manner as to embrace both current and future technologies. The [Committee] suggests that the legislative provisions of the Act should apply consistently in all copying environments, and that the Act's « permitted acts » should apply equally to print, audio, video, digital or any other format. This concurs with the statement in the Position Paper that « new technologies do not affect the principles that govern copyright.[7]

---

[6] *Id.*, p. 113.

[7] *Submission from the New Zealand Vice-Chancellors' Committee in Response to Digital Technology and the Copyright Act 1994: Position Paper*, (Décember 2002), rendu public le 23 février 2003 et disponible à l'adresse suivante :

Toutes les inventions ou découvertes n'ont pas les mêmes effets sur la circulation des œuvres. De ce fait, elles n'ont pas été reçues par le droit de la même façon. Certaines concernent le processus de création ou la forme dans laquelle l'œuvre se présente. Il s'agit notamment de la photographie, la cinématographie et des programmes d'ordinateur. La technique peut apporter ainsi de nouvelles catégories d'œuvres. Notre hypothèse de départ est que ce dernier type d'apport technique a très peu affecté la structure patrimoniale du droit d'auteur. Seule la nature du support est affectée. Nous présenterons donc dans cette première partie, mais plus brièvement et sans entrer dans les détails des législations nationales, la réponse du droit aux techniques ne créant pas directement de nouveau mode de distribution (Chapitre I). D'autres affectent directement la distribution de l'œuvre en créant de nouveaux moyens de diffusion ou de communication au public. Que l'on songe, par exemple, aux instruments mécaniques, à la radiodiffusion ou à la câblodistribution. Cet aspect nous intéressera plus particulièrement et sera étudié dans le second chapitre (Chapitre II). La discussion au sujet du droit de distribution semble alors inévitable. C'est ce que nous chercherons à vérifier.

Nombreuses sont les innovations ou perfectionnements techniques qui pourraient être présentées[8]. Nous nous sommes arrêtés à l'étude des inventions qui ont eu l'impact le plus

---

http://www.med.govt.nz/buslt/int_prop/digital/submissions/30/30.pdf. Le rapport du gouvernement avait été plus prudent à ce sujet, soulevant certaines objections à l'immobilisme que commande l'idée de neutralité : « Technological neutrality is also an objective of this law reform exercise. Copyright law has historically developed incrementally in response to technological changes and approaches from affected stakeholders. Copyright protection for broadcasting and cable programme service transmission is an example of this. The current review considers, for example, whether the narrowly defined communication right with respect to broadcasting and cable programme services should be extended to other transmission technologies in a technology-neutral fashion. There are, however, risks in pursuing neutrality for its own sake where there are differences that justify separate or distinct approaches » (para. 31), Ministry of Economic Development, *Digital Technology and The Copyright Act 1994 - Position Paper*, Wellington, Regulatory and Competition Policy Branch Ministry of Economic Development, 2002, p. 6. Disponible à l'adresse suivante : http://www.med.govt.nz/buslt/int_prop/digital/submissions/30/index.html

[8] Quelques faits nous replaceront dans le contexte. L'Exposition de 1900 Paris établit un record avec 56310 abonnés au téléphone. Le *cohéreur à limaille* élément essentiel de ce qu'on appellera la radio est découvert en 1890 par Édouard Branly. En 1899, Marconi réalise la liaison Douvres-Wimereux. Le téléphone sans fil ne deviendra cependant populaire qu'après s'être illustré lors de la première guerre mondiale. À ce propos et pour l'anecdote, sa notoriété naît d'un événement célèbre. En effet, c'est un jeune responsable de la petite station de radio de Wanamaker's à New York qui capta le message « Paquebot Titanic a heurté un iceberg, s'enfonce rapidement [...] ». Il put ainsi alerter le président Howard Taft qui donna l'ordre aux bateaux les plus proches de se porter au secours du navire en péril. Nicéphore Niepce met au point la photographie vers 1822. Son procédé héliographique sera bradé dans les années qui suivront sa mort. L'appareil photographique ne sera démocratisé qu'avec les efforts et l'habilité de George Eastman qui lance en 1880 le Kodak, la célèbre petite boîte noire. 1877 annonce l'arrivée du phonographe inventé par Thomas Edison. Il faudra compter sur l'intelligence d'Émile Berliner pour réduire les coûts de production et augmenter la qualité de l'appareil rendu ainsi plus utilisable. Enfin, c'est en 1895 que les frères Lumières inventent le cinématographe. Achille

important sur la pensée juridique et ce, afin de grossir les mécanismes juridiques s'y rapportant. Nous ne traiterons pas de la technologie Internet, nous réservant son étude lors de la présentation du droit de distribution électronique. Enfin, nos descriptions suivront principalement l'évolution de la Convention de Berne de 1886 à 1971.

Chapitre I - Les techniques ne créant pas de nouveau mode de distribution

Les techniques que nous présenterons ici s'inscrivent dans un processus continu d'innovations dont certaines, comme l'héliographie ou la chromatographie, sont techniques du passé. Nous avons isolé celles qui, selon nous, forcent l'application du droit d'auteur, non dans sa fonction de distribution mais dans sa définition. Il s'agit simplement de démontrer qu'elles n'affectent pas le droit d'auteur dans sa structure patrimoniale. Leur étude est également importante dans le cadre de la compréhension des réponses du droit aux phénomènes technologiques.

Nous traiterons sous ce titre de la photographie (Section 1), de la cinématographie (Section 2) et des programmes d'ordinateur (Section 3).

Section 1 - La photographie

La photographie est plus un art qu'un procédé de communication. C'est une forme d'œuvre et un support supplémentaire, plutôt qu'un médium dynamique comme peut l'être la radiophonie. La photographie bouscule bien plus le processus de création, et avec lui, la notion de d'auteur[9]. Le caractère mécanique de ce processus altère l'idée que l'on avait du

---

JOUFFROY, marquis de, *Dictionnaire des inventions et découvertes anciennes et modernes dans les sciences*, Paris, J.-P. Migne, 1860; Ernest Frank CARTER, *Dictionary of inventions and discoveries*, New York, Philosophical Library, 1965. Pierre SIPRIOT, *Ce fabuleux XIXe siècle : l'histoire extraordinaire de ces inventions qui transformèrent le monde*, Paris, Belfond, 1990. Également, Encyclopédie de la Pléiade, *Histoire des techniques*, Tours, Gallimard, 1978, lire plus particulièrement la partie « Technique et droit », pp. 1317-1367.

[9]Ysolde GENDREAU, *La protection des photographies en droit d'auteur français, américain, britannique et canadien*, Paris, L.G.D.J., 1994, p. 86 et s. Également, Ysolde GENDREAU, Axel NORDEMANN, Rainer OESCH, *Copyright and Photographs : An International Survey*, Londres, Kluwer Law International, 1999. Aussi passionnant que puisse être le sujet, nous ne nous attarderons pas sur le sujet et nous renvoyons le lecteur à l'excellent ouvrage précité. Également, en droit américain, Michael S. OBERMAN et Trebor LLOYD, « Copyright Protection for Photographs in the Age of New Technologies », (1996) 39. 2 *B. U. J. Sci.*

créateur d'art visuel[10]. La commande du diaphragme est bien peu comparable à la danse du pinceau sur la toile ou aux coups du burin sur la pierre. Ysolde Gendreau relève que l'assimilation de la photographie au dessin et à la sculpture a pourtant été plaidée avec un certain succès devant les cours françaises. L'exercice d'interprétation était hardi puisque le régime du droit d'auteur est resté scellé dans les textes du XVIII[ième] siècle. L'auteur précise cependant que :

> La justesse de l'assimilation de la photographie aux œuvres de dessin ou de gravure ne s'est pas traduite par une jurisprudence abondante appuyant cette théorie. La raison en est qu'une interprétation large de la notion de dessin se heurtait à l'absence d'exécution manuelle au moment critique où l'on trace les formes sur la plaque sensible.[11]

Après quelques incertitudes que l'histoire pardonnera, la photographie sera considérée comme un art autonome « méritant », autant que les autres catégories d'œuvre, une protection minimale[12].

L'étude de cette technique est d'un enseignement limité pour notre sujet dès lors que l'on admet qu'elle constitue à la fois un moyen reproduction et un nouvel objet de droit. Il n'est pas douteux que la reproduction par un art différent peut être qualifiée de contrefaçon dès lors que l'emprunt ne fait aucun doute. La photographie, rappelait encore Desbois, « ne peut être tolérée sans permission de l'écrivain, du compositeur, de l'artiste »[13]. Lyon-Caen élève ce dernier point en principe général :

> Ce n'est pas seulement à l'intérieur du domaine littéraire - comme une adaptation d'un roman à la scène - que l'emprunt non autorisé est illicite; ou à l'intérieur du domaine artistique -

---

& Tech. L. 234.

[10] Y. GENDREAU, *La protection des photographies en droit d'auteur français, américain, britannique et canadien, id.*, p. 49.

[11] *Id.*, p. 51.

[12] Desbois lui-même, dans la première édition de son traité, soulève la difficulté de faire entrer la photographie sous l'égide d'un droit exclusif. Sa position changera dans les années qui suivront, mais on notera cependant cette phrase qui témoigne assez bien de la discrimination dont pouvait faire l'objet cette forme nouvelle d'art : « Une protection *rationnelle* des photographies ne peut s'insérer dans le cadre des *droits proprement dits*; aussi opportune que soit, pour l'avenir de la culture artistique, la répression des reproductions non autorisées de clichés, [...], [...] les clichés, en raison des conditions dans lesquelles ils sont élaborés et du rôle que joue l'opérateur, se prêtent à l'application de prérogatives *apparentés*, connexes aux droits d'auteur, mais non des droits d'auteur *stricto sensu* ». Les italiques sont de l'auteur lui-même. Henri DESBOIS, *Le droit d'auteur*, 1[ère] éd., (1950), p. 129.

[13] *Id.*, p. 323.

> comme une reproduction d'une peinture par la chromolithographie : la contrefaçon existe quel que soit l'objet reproduit et le mode de reproduction.[14]

Ces principes, exprimés ici à travers le droit français, se retrouvent à la même époque dans la plupart des systèmes. En droit anglais, ils furent confirmés dans une décision *Walker* dès 1867[15]. Il faut dire que le législateur anglais avait déjà consacré certaines formes particulières de reproduction et de manifestation artistique. En 1852, notamment, avec l'adoption du *International Copyright Act*, les lithographies sont assimilées à une méthode de reproduction par impression pour laquelle l'autorisation de l'auteur doit être demandée[16]. Puis, la loi de 1862 va finalement consacrer le droit du photographe sur son œuvre pour une durée initiale de sept années[17].

Une explication plausible à cette universalité de pensée est certainement que l'aspect visuel de la reproduction facilite la reconnaissance de la contrefaçon. L'identité entre deux œuvres est également aisée à prouver.

Traiter de la photographie, c'est faire état du cheminement intellectuel qui amena les législateurs nationaux à l'insérer dans la liste des œuvres protégées. La réponse du droit à cette technique sera bien plus d'en saisir la valeur artistique. Il sera question de *catégorie* plus que de *distribution*. La Convention de Berne concentre à elle seule les controverses autour de cette question. On se contentera, pour notre étude, d'en tracer les grandes lignes en la suivant comme guide. Pour la Conférence diplomatique de 1885 la délégation française présente une série de mesures et de propositions dont l'une concerne expressément l'ajout des œuvres photographiques à la liste des œuvres protégées. Il faut dire qu'à cette époque le droit positif français, contrairement à d'autres droits, ne reconnaît

---

[14] G. LYON-CAEN et P. LAVIGNE, *Traité théorique et pratique de droit du cinéma*, Vol. I Paris, L.G.D.J., 1957, p. 199.

[15] Voir, *In re Walker, Ex parte Graves*, (1867) *L.R.* 4 (Q.B.) 715 (décidant que des photographies de tableaux sont des copies de l'œuvre originale).

[16] Article 14, *International Copyright Act*, 15 & 16 Vict. c. 12 (1852) (R.-U.). « [...] it is hereby declared, that the provisions of the said acts are intended to include prints taken by lithography or other mechanical process by which prints or impressions of drawings or designs are capable of being multiplied indefinitely, and the said acts shall be construed accordingly ». Pour les formes particulières d'expression artistique qui bénéficieront de la protection du droit d'auteur, voir au sujet des gravures et des moules, l'*Engraving Copyright Act* de 1734 et de 1766 ainsi que le *Prints Copyright Act* de 1777 et le *Prints and Engraving Copyright Act*, 1836 (R.-U.). Respectivement, 8 Geo. II c. 13; 7 Geo. III c. 38; 17 Geo. III c. 57; 6-7 Will. IV c. 59. Voir, Walter Arthur COPINGER et Francis Edmund SKONE JAMES, *Copinger and Skone James on the Law of Copyright*, 8ième éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1948, p. 43.

[17] *Fine Arts Copyright Act,* 25 & 26 Vic c. 68 (1862) (R.-U.).

pas les photographies comme objet du droit d'auteur[18]. C'est ainsi que lors de la Conférence de 1884, Louis Ulbach, alors président de l'ALAI, avait insisté, en vain, pour qu'elles soient ajoutées à l'énumération comprise à l'article 4 de la Convention de Berne[19]. Mais, à défaut de consensus, l'étude de la proposition est remise à plus tard.

Le texte de la Convention de Berne de 1886 est signé tel qu'il avait été rédigé en 1885 lors de la Conférence diplomatique. Et, bien que les délégations belge et française réitèrent le souhait d'ajouter les photographies à la liste des œuvres protégées, le document final n'apportera finalement que des changements mineurs à un nombre limité d'articles concernant d'autres sujets que la photographie[20]. Ces efforts ne sont cependant pas totalement inutiles puisque la Conférence adopte en même temps que le texte officiel de la Convention une série de résolutions importantes[21]. On y trouve, en particulier, le projet de protéger les œuvres photographiques pour une période de temps limitée :

> Au sujet de l'article 4, il est convenu que ceux des pays de l'Union où le caractère d'œuvres artistiques n'est pas refusé

---

[18] Il faudra en effet attendre la loi française du 11 mars 1957 pour que les photographies soient expressément mentionnées au titre des oeuvres protégées par le droit d'auteur. La jurisprudence avait cependant déjà décidé en ce sens. *Loi sur la propriété littéraire et artistique*, No. 57-298 du 11 mars 1957, J.O., 14 mars et 19 avril 1957, *Gaz. Du Pal.*, 1957-1-199. Voir, notamment, *Fortin et Cie* c. *Benoist, syndic de la faillite Liébert et dame Schmitt-Barnard*, C. de Paris, 3 janvier 1908, D. XV-XVI.2.292 (affirmant le principe de la protection des œuvres photographiques par le droit d'auteur) et surtout la recension de la jurisprudence à ce sujet dans Émile POTU, « La protection des œuvres photographiques en droit français », (1910) 9 *R.T.D.C.* 721, p. 728 et s.; *contra* : *Tricaud* c. *Raoult*, C. de Toulouse, 17 juillet 1911, *D.* IX.2.161 (absence de protection en raison de son caractère mécanique), note de E. POTU. Aux États-Unis et en Angleterre la situation était un peu différente puisque ces deux pays avaient déjà légiféré en la matière bien avant la signature de la Convention de Berne. *An Act supplemental to an Act entitled An Act to amend several Acts respecting Copyright*, 11 mars 1865, 13 *U.S. Stat. L.* 540 (É.-U.) et *Fine Arts Copyright Act*, 25 & 26 Vict. (1862), c. 68 (É.-U.). Voir sur le sujet, W. A. COPINGER et F. E. SKONE JAMES, *Copinger on the Law of Copyright*, 6ième éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1927, p. 19. Au Canada, la loi anglaise de 1862 excluant expressément les colonies de son application, les photographies apparaissent la première fois en droit positif en 1868. Son régime n'est toutefois pas différent de celui prévu par la loi anglaise. Y. GENDREAU, dans Y. GENDREAU, A. NORDEMANN, R. OESCH, *Copyright and Photographs : An International Survey*, *op. cit.*, note 9, 1999, p. 99.

[19] Les délégués allemands avaient rejeté cette proposition au motif que l'état actuel de leur législation ne permettait pas d'adopter une telle protection. OMPI, *La Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques de 1886 à 1986*, Genève, Bureau international de la propriété intellectuelle, 1986, p. 99. Les propos de Louis Ulbach sont inscrits au procès-verbal de la cinquième séance du 17 septembre 1884 : « Il est bien entendu que les mots : par *n'importe* quel *mode* d'impression et de *reproduction*, n'excluent pas la photographie, quand celle-ci se met au service de l'art, de la science; quand elle est l'illustration d'un ouvrage sérieux de voyage, d'ethnographie, d'histoire naturelle, d'archéologie. Il est bien entendu que si vous ne voulez pas protéger dès maintenant la photographie banale, commerciale, vous considérez la photographie artistique qui reproduit un chef-d'oeuvre, comme un reflet de ce chef-d'oeuvre, respectable sinon au même titre, du moins par une sorte de parenté lointaine », *id.*, p. 98.

[20] Sam RICKETSON, *The Berne Convention for The Protection of Literary and Artistic Works : 1886-1986*, Londres, Kluwer, 1987, p. 83-84.

[21] *Id.*, p. 87.

> aux œuvres photographiques s'engagent à les admettre, à partir de la mise en vigueur de la Convention conclue en date de ce jour, [...]. Il est entendu que la photographie autorisée d'une œuvre d'art protégée jouit, dans tous les pays de l'Union, de la protection légale, au sens de ladite Convention, aussi longtemps que dure le droit principal de reproduction de cette œuvre même.[22]

Cette résolution ne lie pas encore les signataires, mais place les questions relatives à la photographie à l'ordre du jour des futures conférences. L'Acte additionnel de Paris de 1896 introduit à l'article 2(1)B une disposition qui prévoit que « les œuvres photographiques et les œuvres obtenues par un procédé analogue sont admises au bénéfice des dispositions de ces actes, en tant que la législation intérieure permet de le faire, et dans la mesure de la protection qu'elle accorde aux œuvres nationales similaires ». La construction normative relative aux photographies ainsi qu'à d'autres techniques naissantes atteint un degré plus poussé d'achèvement avec la révision qui suivra. Tel que décidé en 1896, la Conférence suivante se tiendra à Berlin.

Pour cette Conférence de 1908 c'est à la délégation russe, présente pour la première fois, que revient l'honneur d'ouvrir la session de travail. Cet événement marque l'intérêt croissant de la communauté internationale pour la protection du droit d'auteur. On trouve dans les dispositions adoptées pour cette deuxième révision d'intéressantes précisions qui reflètent l'état de la technique au tournant du XIX^{ième} siècle et qui reflètent l'attention qui y sera portée par les juristes. La chromolithographie, qui est un procédé d'impression lithographique, fait son entrée dans le dictionnaire Littré en 1863, mais ce n'est qu'à l'occasion de la révision de 1908 qu'il en sera fait mention[23]. La chromolithographie sera protégée au titre des lithographies, solution qui emporte l'assentiment des pays présents. Aucune modification ne sera donc nécessaire. La voie était tracée pour la photographie.

Après les efforts soutenus des délégations belge et française, bientôt suivies par d'autres, le texte final de 1908 contient sous son article 3 l'obligation pour les États de l'Union de protéger les photographies[24]. Le texte final se lit ainsi : « La présente Convention

---

[22] Article 1.(1) du *Protocole de clôture du 9 septembre 1886.*

[23] Il faut rappeler, qu'entre temps, l'exposition universelle de 1900, qui a lieu à Paris, connaît un succès considérable et contribue fortement à éveiller les consciences aux progrès qui s'annoncent. C'est d'ailleurs après le succès obtenu par les présentations de ses images animées que Louis Lumière décide de commercialiser son cinématographe!

[24] Lire à cet effet les opinions communes de la France et de la Belgique exprimées dans le rapport Louis Renault présenté pour la France dés 1896. Les voeux émis étaient d'octroyer une protection d'au moins

s'applique aux œuvres photographiques et aux œuvres obtenues par un procédé analogue à la photographie. Les pays contractants sont tenus d'en assurer la protection ». Il appartient aux pays de l'union de préciser la durée de protection qui, dans tous les cas, ne peut excéder la durée de protection accordée par le pays d'origine de l'œuvre. Cette règle qui permet d'apporter un tempérament au principe du traitement national sera reprise en 1928 lors de la conférence de Rome[25].

Après un important mouvement de réformes au sein de systèmes juridiques nationaux, l'œuvre photographique sera ajoutée à l'énumération générale de l'article 2 de l'Acte de Bruxelles[26]. L'article 7(3) concernant la durée de protection reste inchangé hormis le fait qu'il concerne désormais les œuvres cinématographiques.

Section 2 - Le cinématographe

Louis Lumière invente le cinématographe en ajoutant « modestement », comme il se plaisait à le dire lui même, de simples perforations à une pellicule de film. Ce procédé permet ainsi le défilement rapide des images. Ainsi que l'enseigne le professeur Gotzen :

> Le 19 mars 1895, à l'heure du midi, les messieurs Louis et Auguste Lumière installèrent un bien curieux appareil devant la porte de leur usine à Lyon où étaient fabriquées des plaques photographiques. Ils l'appellent « cinématographe » parce qu'ils entendent avec lui imprimer le mouvement à une série d'images photographiques, et ce de façon à reproduire la vie elle-même. C'est ainsi que furent enregistrés, pendant cinquante secondes, les mouvements des ouvriers sortant de leur usine pour la pause de midi. [...] Invention curieuse dont les frères Lumière, surtout absorbés par leurs travaux relatifs à la photographie, n'escomptaient guère obtenir plus d'intérêts professionnel que de quelques passionnés de techniques

---

quinze ans à partir de la publication de la photographie. Rapport de L. RENAUD, dans *La Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques de 1886 à 1986*, *op. cit.*, note 24, pp. 152-153. S. RICKETSON, *The Berne Convention for The Protection of Literary and Artistic Works : 1886-1986*, *op. cit.*, note 20, pp. 90-91.

[25] Article 7 alinéa 3 de l'Acte de Berlin et l'article 7 (3) se lit de la même manière : « Pour les oeuvres photographiques et les oeuvres obtenues par un procédé analogue à la photographie, [...], la durée de la protection est réglée par la loi du pays où la protection est réclamée, sans que cette durée puisse excéder la durée fixée dans le pays d'origine de l'œuvre ».

[26] Y. GENDREAU, *La protection des photographies en droit d'auteur français, américain, britannique et canadien*, *op. cit.*, note 9, p. 22.

> photographiques [...]. C'était sans compter l'engouement du grand public qui a suivi la première séance publique de projection, le 28 décembre 1895, dans les caves du Café de Paris, Boulevard des Capucines. Devant 33 spectateurs payants, qui avaient pour ce déboursé la somme d'un franc, une vingtaine de films, durant une petite minute chacun, furent projetés. A part « La sortie des usines Lumière », ils eurent droit à admirer des films qui portaient des noms comme « L'arroseur arrosé » ou encore « L'arrivée du train en gare », qui était en même temps le premier film d'épouvante.[27]

Dans les années qui suivent ces premiers essais, on assiste à la naissance de la cinématographie de spectacle[28], cinématographie qui laisse présager un développement industriel important dès le début des années 1900. Les premières salles de spectacle « fixes » apparaissent à la même époque. Le Cinéma Lumière, certainement une des premières salles de cinéma au monde, ouvre ses portes en octobre 1897 à la porte St-Denis.

Tout comme la photographie fut assimilée à la gravure et au dessin alors qu'on cherchait à lui donner un régime de protection, l'œuvre cinématographique fut, au moins dans les premiers temps, assimilée à la photographie[29]. C'est donc dire qu'elle bénéficiera des

---

[27] Frank GOTZEN, « De l'oeuvre cinématographique à l'oeuvre audiovisuelle - L'évolution d'une notion dans l'histoire des textes internationaux concernant le droit d'auteur », dans *Les oeuvres audiovisuelles et la propriété littéraire et artistique*, Paris, Actes du Congrès du Premier siècle du cinéma organisé par l'ALAI, 17 au 22 septembre 1995, 19, p. 19.

[28] En général sur l'histoire du cinéma, Jean MITRY, *Histoire du cinéma*, Vol. I, Paris, Édition Universitaire, 1967. Par exemple, avec les célèbres film-spectacles de Méliès ou d'Eugène Lauste, Lallemand, etc. Pour le compte de Lumière, Clément Maurice et Jacques Ducom avaient entrepris plusieurs séries de petits films s'inspirant d'une mise-en-scène: *La mort de Marat, L'entrevue de Napoleon et du Pape, Barbe Bleu...* Il faut ajouter que Louis Lumière ne croyait pas en ce tournant du siècle à l'avenir du cinéma. Abandonnant la production en 1900, il se consacra à ses recherches. Jean MITRY note également qu'en « 1905 le public des salles de provinces où le cinéma commence à s'implanter est constitué de petits employés ou de gens de maison frottés à la bourgeoisie [...]. La grande masse du prolétariat, encore sous-développé, mal payé, disposant de peu de loisirs, ne va guère au spectacle [...]. Le cinéma qui fit ses débuts dans des salles s'adressant à une clientèle relativement aisée n'atteignit le grand public populaire que beaucoup plus tard quand, à la suite des lois sociales favorables, il put à la fois bénéficier de loisirs suffisants et s'offrir le luxe d'aller au cinéma chaque semaine - c'est-à-dire vers 1911. Jusque-là, ce n'est que par l'entremise des théâtres forains ou des cafés-concerts qu'il en eut connaissance et d'une façon tout à fait sporadique ». Jean MITRY, *Histoire du cinéma*, *id.*, p. 145.

[29] Confirmant ce point et commentant une première décision américaine de 1903, Andrzej RUSZKOWSKI, *L'œuvre cinématographique et les droits d'auteur*, (thèse) Paris, Recueil Sirey, 1935, pp. 58-60. Et, de fait, l'œuvre cinématographique a été protégée en tant qu'œuvre photographique avant que le législateur lui confère un statut propre. C.-A. COLLIARD, « La machine et le droit privé français contemporain », dans *Le droit privé français au milieu du XX^ième^ siècle*, *op. cit.*, note 5, pp. 128-130. Le professeur Gotzen écrit aussi à ce sujet : « Il est frappant de constater que le phénomène nouveau du cinéma est ici perçu [*faisant référence aux propositions françaises de protection des oeuvres cinématographiques de 1908, nos commentaires*] comme un aspect particulier de la photographie, comme une technique d'images mouvantes. Il est en outre présenté comme une industrie qui intéresse surtout les fabricants de pellicules ». F. GOTZEN, « De l'oeuvre

travaux au sujet de la photographie et son éligibilité à la protection du droit d'auteur en sera grandement facilitée[30]. En terme d'analyse juridique, elle pose des difficultés analogues à celles que connaissait la protection des photographies puisque, là encore, un procédé mécanique intervient dans le cours de la production d'une œuvre distincte. Il n'est donc pas surprenant de voir les droits nationaux faire face aux mêmes controverses. On retrouve les questions de la titularité[31] bien sûr, mais aussi celle de l'originalité notamment pour les films qui ne sont pas « d'auteur » mais parfois de *simples* documentaires[32]. Cette hiérarchisation des œuvres au sein d'une même catégorie se poursuit donc avec la cinématographie. Les procédés de création et de reproduction mécanisées viennent éroder,

---

cinématographique à l'oeuvre audiovisuelle - L'évolution d'une notion dans l'histoire des textes internationaux concernant le droit d'auteur », *op. cit.*, note 27, p. 21.

[30] Aux États-Unis, les œuvres cinématographiques seront ajoutées à la liste des œuvres protégées par la loi modificatrice de 1912, dite *Townsend Act*. Article 5 tel qu'amendé, paragraphe (l) « Motion-picture photoplay » (les films dramatiques) et (m) « Motion- picture other than photoplay » (les films d'actualité et les documentaires notamment) (nos précisions), *An Act To amend sections five, eleven, and twenty-five of an Act entitled « An Act to amend and consolidate the Acts respecting copyrights »,* Sess. II, 37 Stat. 488 (1912) (É.-U.). « The major turning points, it seems, took place back in 1856, when copyright was expanded to cover dramatic rights, and in 1865, when copyright was expanded to cover photographs. It took only a small further step - that is, a small step for an innovative judge - to find that copyright covered motion pictures, which embodied dramatic works in a photographic form. In 1912, without much discussion or controversy, Congress specifically added motion pictures to the growing list of works subject to federal copyright. The legislation was more a ratification than a change of the law », Edward SAMUELS, *The Illustrated Story of Copyright*, New York, Thomas Dunne Books, 2000, p. 61. Voir également les débats parlementaires, H.R.Rep. No. 756, 62d Cong., 2d Sess. 1 (1912); S. Rep. No. 906, 62d Cong., 2d Sess. 1 (1912). *Townsend Copyright Amendment: Complete File of Arguments Before the Committee on Patents on H.R. 15263 and H.R. 20596,* 62d Cong., 2d Sess.(1912) et *Townsend Copyright Amendment: Hearing on H.R. 22350 Before the House Committee on Patents,* 62d Cong., 2d Sess. (1912). Il s'agit également d'une formalité pour les autres. En Angleterre, les oeuvres cinématographiques feront l'objet d'une reconnaissance et d'un régime législatif spécifique en 1956 (article 13, *Copyright Act*, 1956 (R.-U.)). Au Canada, la loi de 1921 en donne une définition sous l'article 2(i), elles sont également visées à l'article 3(d) qui réserve à l'auteur le droit de confectionner un film cinématographique à partir duquel son œuvre pourra être exécutée. Voir Rose-Mary PERRY, « Copyright in Motion Pictures and Other Mechanical Contrivances », (1972) 5 *C.P.R.* 256. Enfin, en France, elle est inclue à la liste des œuvres protégées de l'article 3 de la loi de 1957, *précité*, note 18.

[31] Raymond SARRAUTE et Michel GORLINE, *Droit de la cinématographie*, Paris, Librairie du journal des notaires et des avocats, 1955, pp. 115 et s.

[32] La distinction avait fait l'objet d'une attention particulière en droit français dans le cadre de la photographie. Il faut d'abord rappeler que la loi française du 11 mars 1902 interdit de tenir compte du mérite de l'œuvre pour l'attribution des droits d'auteur. Le législateur a donc voulu mettre fin à la distinction en précisant, dans la loi de 1957, que « les œuvres photographiques de caractère artistique ou documentaire » sont éligibles à la protection. La loi de 1985 supprimera cette référence afin d'éviter de perpétuer les débats sur une différence injustifiée de régime que semblait suggérer la formule. André LUCAS et Henri-Jacques LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2ième éd., Paris, Litec, 2001, p. 123. À ce sujet, voir R. SARRAUTE et M. GORLINE, *Droit de la cinématographie*, *op. cit.*, note 31, pp. 89-100. *Id.*, p. 99. En général, Caroline CARREAU, *Mérite et droit d'auteur*, Paris, L.G.D.J., 1981. À titre de comparaison, le droit américain avait reconnu un principe similaire dans une décision de 1894 (*Henderson* v. *Tompkins*), Richard Rogers BOWKER, *Copyright Its History and Its Law*, New York, Constable & Co., 1912, p. 177. En droit anglais, Kevin GARNETT, Jonathan RAYNER JAMES, Gillian DAVIES, *Copinger and Skone James on Copyright*, 14ième éd, Londres, Sweet & Maxwell, 1999, p. 58.

en quelque sorte, l'idée traditionnelle que l'on se fait de l'artiste et de l'art en général[33]. Le traitement des œuvres cinématographiques au sein de la Convention de Berne synthétise assez bien ces réticences.

Les œuvres cinématographiques font leur apparition dans la Convention de Berne en 1908; les Actes précédents portent uniquement sur les œuvres photographiques ou les œuvres obtenues par des procédés analogues[34]. L'article 14 al. 2 de la Convention de 1908 précise désormais que les œuvres cinématographiques bénéficient de la même protection que les œuvres littéraires ou artistiques à la condition que, « par les dispositifs de la mise en scène ou les combinaisons des incidents représentés, l'auteur aura donné à l'œuvre un caractère personnel et original ». Et à l'article 3 d'ajouter que « sans préjudice des droits d'auteur de l'œuvre originale, la reproduction par la cinématographie d'une œuvre littéraire, scientifique ou artistique est protégée comme une œuvre originale »[35]. L'alinéa 2 de l'article 14 est modifié en 1928 sur demande des producteurs de films qui voient dans la formule de 1908 un risque de discrimination, notamment pour les œuvres documentaires. La portion de phrase qui introduit les conditions matérielles de mise en scène et de combinaisons d'incidents est donc supprimée. La formulation qui s'ensuivra n'évacue pas l'incertitude. Il est indiqué, en effet, que les œuvres cinématographiques jugées originales auront droit à la protection du droit d'auteur alors que celles dépourvues de cette qualité jouiront de la protection accordée aux photographies[36]. On reconnaît ainsi - confirmant par ailleurs le statut de « parent pauvre » de la photographie en droit d'auteur[37] - la valeur créative de la

---

[33] On reproduira ici, à titre d'illustration, les motifs d'une décision française qui refuse de voir dans le procédé mécanique du cinéma une quelconque source de création véritable: « S'il est exact de prétendre que l'agencement et la composition de tableaux représentés peuvent offrir un caractère artistique, le mouvement dont sont douées les projections cinématographiques n'est pas dû ni à l'auteur ni à des exécutants, mais bien à la machine spéciale au moyen de laquelle ce mouvement est obtenu, et à l'illusion d'optique occasionnée par la succession ininterrompue de tableaux passant devant l'objectif et leur projection sur un écran ». Cour de Pau, 18 nov. 1904, cité en note (a) sous C. CLARO (note), *Moineaux dit Courteline* c. *Société Cinéma Pathé et Héritiers Barbier*, et *Carré* et *Gounod* c. *Vives et Kaiser*, Cour de Paris, 10 novembre 1909, *D.* 1910.3.81. Un an plus tard, la jurisprudence française reversa ce dispositif et admit la protection des oeuvres cinématographiques. *Doyen* c. *Parnaland et Société générale des Phonographes et Cinématographes*, Trib. de la Seine, 10 février 1905, *D.P.* 1905.2.389, note Henri CAPITANT (décidé à propos d'une opération chirurgicale filmée par un chirurgien).

[34] F. GOTZEN, « De l'oeuvre cinématographique à l'oeuvre audiovisuelle - L'évolution d'une notion dans l'histoire des textes internationaux concernant le droit d'auteur », *op. cit.*, note 27, p. 20.

[35] Voir à ce sujet H. DESBOIS, A. FRANÇON et A. KEREVER, *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, Paris, Dalloz, 1976, p. 24.

[36] Article 14 (2), *Convention de Berne* (1928).

[37] Y. GENDREAU, *La protection des photographies en droit d'auteur français, américain, britannique et canadien*, *op. cit.*, note 9, p. 15. L'auteur reprend l'expression employée par M.G. KARNELL, «La photographie, parent pauvre des conventions internationales et des législations nationales sur le droit d'auteur », (1988) 101 *D.A.* 140. L'opération largement mécanique qui conditionne la création de l'image a fait douter, pour un temps, de la manifestation possible d'une quelconque originalité. A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité*

mise en scène et du travail intellectuel nécessaire à l'accomplissement d'un film. Ces distinctions, sur lesquelles on pourrait débattre longuement, disparaissent avec la révision de 1948 qui, plus simplement, établit que « l'œuvre cinématographique est protégée comme une œuvre originale »[38]. L'œuvre cinématographique entre également dans la liste de l'article 2 des œuvres protégées. Jusqu'à lors, le silence de l'article 2 s'explique « par l'opinion assez péjorative que se faisaient de l'art cinématographique les délégués à la Conférence diplomatique »[39].

Comme en matière de photographie, il y a rapidement consensus sur le fait que l'œuvre cinématographique peut constituer une reproduction d'une œuvre préexistante. Le sort du négatif et de sa multiplication trouvera le même traitement juridique que le microsillon. Si les tribunaux éprouvèrent quelques hésitations à consacrer un droit de reproduction mécanique, un courant de doctrine majoritaire fit valoir que, de la même manière que pour le phonogramme, l'exécution de l'œuvre est subséquente à une reproduction matérielle du support de l'œuvre. Le droit de reproduction se trouve donc à s'appliquer à la multiplication des négatifs[40].

Toutefois, s'agissant de son exploitation, on reconnaîtra que le visionnement des films s'apparente plus, dans son principe, à une exécution qu'à une reproduction. L'expérience cinématographique se vit d'abord dans un lieu de spectacle, une salle de projection même si elle sera bientôt le fait de la télévision[41]. Le caractère privé du visionnement aurait pu faire échapper l'exploitation de l'œuvre au titre du droit d'exécution, mais l'analogie avec les

---

de la propriété littéraire et artistique, 2ième éd., *op. cit.*, note 32, p. 135. La question de l'éligibilité des photographies à la protection du droit d'auteur fut un débat récurrent dans cette première moitié du siècle. La Hongrie par exemple insista lors de la Conférence de Rome afin que les photographies annexées aux nouvelles du jour et aux faits divers puissent être reproduites librement. Cette proposition fut rejetée au motif que ces photographies documentaires peuvent avoir un certain mérite artistique. Rapport du la Sous-commission pour la cinématographie et la photographie, *La Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques de 1886 à 1986*, *op. cit.*, note 19, p. 195.

[38] Curieusement la loi canadienne contient toujours la distinction alors que le Canada est signataire de l'acte de 1971. Article 14, Convention de Berne (1948). Il reste que les photographies ne sont toujours pas obligatoirement protégées. Il s'agit ici d'une anomalie dont souffrira assez longtemps la Convention de Berne.

[39] A. RUSZKOWSKI, *L'œuvre cinématographique et les droits d'auteur*, *op. cit.*, note 29, p. 32.

[40] Ce courant de doctrine est mené par Desbois. Il écrit dans la première édition de son traité : « [...] la multiplication du négatif d'un film se prête au droit de reproduction, de même que l'élaboration des disques ». H. DESBOIS, *Le droit d'auteur*, 1ère éd., (1950), p. 321

[41] « [...] la télévision, forme naissante de radiodiffusion, permettra de radiodiffuser l'ensemble de l'œuvre cinématographique. Ce sera alors la diffusion de la représentation de l'œuvre cinématographique à laquelle les règles générales de diffusion des représentations seront applicables. La télévision n'apporte au fond aucun problème spécialement nouveau. Tout simplement, elle crée un moyen d'exploitation de l'œuvre cinématographique qui a été apporté aux autres œuvres de l'esprit par la radiophonie ». A. RUSZKOWSKI, *L'œuvre cinématographique et les droits d'auteur*, *op. cit.*, note 29, p. 247.

représentations théâtrales et les travaux sur la radiodiffusion aideront à maintenir cette qualification[42]. La fabrication du film et des copies pourront toutefois impliquer un acte de reproduction ou d'édition[43]. On notera la juxtaposition des droits, phénomène que nous verrons plus amplement au chapitre des techniques visant la distribution des oeuvres[44].

Enfin, à l'instar du traitement de la photographie, la Convention de Berne délaisse la question de la titularité des droits sur l'œuvre cinématographique et ce malgré les voeux exprimés par le gouvernement français à Rome en 1928. Cette question est à l'ordre du jour, quelque vingt ans plus tard, en 1959, lors de l'élaboration sous la direction du secrétariat de l'UNESCO d'un document de travail traitant des droits sur les œuvres cinématographiques. Les textes de Berlin (1908), de Rome (1928) et de Bruxelles (1948) avaient délibérément omis de traiter cet aspect[45].

---

[42] En droit français, *Moineaux dit Courteline* c. *Société Cinéma Pathé et Héritiers Barbier*, et *Carré* et *Gounod* c. *Vives et Kaiser*, *précité*, note 33, note CLARO. Il s'agissait, pour la deuxième affaire, d'une représentation dans un théâtre cinématographique du Faust de Gounot. La Cour confirme que la production et l'utilisation du film constituent une édition et une représentation au sens de la loi française. Cette solution était admise également en droit anglais dans l'ancien droit. La loi de 1911 vient confirmer la jurisprudence et ajoute sous son article 1(2)(d) le droit exclusif « to make any cinematograph film ». A. RUSZKOWSKI, *L'œuvre cinématographique et les droits d'auteur*, *op. cit.*, note 29, pp. 62 et s. En droit anglais, voir W. A. COPINGER et F. E SKONE JAMES, *Copinger and Skone James on the Law of Copyright*, 8ième éd., (1948), *op. cit,* note 16, pp. 216-217.

[43] Discutant du droit français Spoor écrit à ce sujet que : « It was similarly argued with reference to films that in fact nothing more was involved than a representation within a closed circle of people which was made public by exhibition, so that only the droit de representation was implicated. However, in the same year as the Vives/Pathé judgment the Paris Court of Appeal likewise decided that the making of a film based on a novel or play fell in principle within the scope of the notion of edition. Considering that films, unlike gramophone records, are practically always destined for public exhibition, the owners of the *droit de représentation* were nevertheless not left out in the cold; if the making of the film and of the copies comes under the *droit d'édition*, exhibition is a means of *représentation* », J.H SPOOR, « Copies in Continental Copyright », in J.H SPOOR, W.R. CORNISH et P.F. NOLAN, *Copies in Copyright*, Alphen Aan Den Rijn, Pays-Bas, Sithoff & Noordhoff, 1980, 1, p. 42.

[44] Même si Ysolde Gendreau précise que l'évolution récente des techniques pourrait faire apparaître cette qualification également pour la photographie : (en droit français notamment, précisant que le droit de représentation pourrait comprendre un droit d'exposition) : « The performance right has not been as relevant to photographs as the reproduction right, but recent event may change this », Y. GENDREAU, A. NORDEMANN, R. OESCH, *Copyright and photographs : an international survey*, *op. cit.*, note 9, p. 125. Selon le même auteur, cette solution est exclue en droit anglais (*id.*, p. 292), en droit américain c'est encore le droit de reproduction qui sera le plus souvent invoqué (*id.*, p. 311,) tandis qu'en droit canadien le droit de communication par télécommunication pourrait trouver application (*id.*, p. 110)

[45] Voir « Droits sur les oeuvres cinématographiques », document de l'UNESCO, (1961) 14 *Bull. du droit d'auteur* 75, p. 80. À la conférence de Bruxelles, la Sous-commission compétente indiqua que les films d'actualité et de reportage étaient couverts par la convention. Il restait à régler deux questions épineuses : celle de l'enregistrement d'une oeuvre ou d'un événement à l'aide d'une caméra immobile et la détermination du titulaire des droits.

Si nous arrêtions ici cette esquisse, nous pourrions conclure que le droit des œuvres cinématographique semble avoir très peu modifié la structure patrimoniale du droit d'auteur[46]. Et il est vrai que, s'agissant de la question de la distribution et à l'instar des œuvres photographiques, les œuvres cinématographiques emprunteront pour leur protection l'essentiel des prérogatives créées pour le commerce du livre (les recours en importation, par exemple) et, plus tard, par les nouveaux modes de diffusion à distance des œuvres. Les voies du droit étaient, en quelque sorte, déjà tracées et il ne manquera plus qu'à les emprunter : les droits de traduction, d'importation des bobines, de mise en circulation et d'exécution contiendront pour l'essentiel l'exploitation de l'œuvre cinématographique.

Nous devons cependant faire quelques commentaires importants qui nous rapprochent du sujet de la distribution.

Premièrement, nous devons signaler le caractère très réglementaire de l'industrie cinématographique. Le marché du cinéma est très protégé et fait appelle à des politiques culturelles particulièrement protectionnistes. Très tôt, la circulation transfrontalière des bandes est contrôlée de manière assez stricte. On aurait pu croire que les guerres successives de 1914 et de 1940 eussent été à l'origine de cette réaction contre on ne sait quelle propagande maligne entre belligérants. Il n'en est rien et c'est contre un tout autre mal que l'Europe se protège : l'invasion du cinéma américain ! Lyon-Caen nous apprend, par exemple, que l'introduction sur le territoire français de films doublés est contingentée par décret[47]. Seuls les films en version originale sont exonérés. Il s'agit là d'une restriction douanière à laquelle doit s'ajouter un contrôle des projections dans les salles de cinéma. Par des tractations politiques répétées, les États-Unis, fort de sa production hollywoodienne, tentent d'endiguer ces barrières tarifaires. En 1946 puis en 1948, le gouvernement français signe deux accords de compromis afin de favoriser la production nationale tout en satisfaisant aux exigences du gouvernement américain qui veut établir une zone de libre concurrence en ce domaine[48]. Toujours est-il que les méthodes de quotas ont eu très peu

---

[46] Tout comme en matière de photographie, c'est bien plutôt les notions d'auteur et d'oeuvre qui sont remises en cause par ces procédés techniques. Voir Jan CORBET, « Le développement technique conduit-il à un changement de la notion d'auteur ? », (1991) 148 *R.I.D.A.* 65.

[47] Lyon-Caen dans son traité du cinéma cite un certain nombre de dispositions réglementaires intéressantes. Ainsi, en 1953, un décret ramena de 186 à 138 le nombre de films autorisés à être exploités en version doublée. On apprend également que le tarif douanier auquel la pellicule était soumise se calculait au mètre. Pareillement, l'exportation de films français était soumise à de nombreuses exigences administratives telles que l'obtention d'un visa d'exportation. G. LYON-CAEN et P. LAVIGNE, *Traité théorique et pratique de droit du cinéma,* Vol II., *op. cit.*, note 14, p. 337.

[48] Il s'agit respectivement des accords *Blum-Byrnes* et *Schuman-Caffery.* Ces accords aménagent de manières sensiblement identiques les relations franco-américaines en matière de commerce des films. Le principe de la

d'effets alors même qu'elles étaient destinées à protéger l'industrie la plus faible. La télévision rend déjà illusoire l'imperméabilité des frontières. De plus, comme c'est le cas en France, les projectionnistes passent le plus souvent outre les dispositions réglementaires, obéissant plus volontiers aux exigences du public[49]. Comme nous l'avons vu en traitant du droit colonial mais aussi en examinant le droit de la traduction, la politique culturelle d'un pays introduit souvent des obstacles, parfois déguisés, à la distribution des œuvres. C'est là un élément important à considérer dans notre étude et que le droit du cinéma, aussi succinctement esquissé qu'il l'est ici, nous permet d'introduire. La force des marchés impose des limites aux politiques protectionnistes des pays. Ces dernières résistent difficilement devant les modes sans cesse plus performants de diffusion à distance.

Deuxièmement, à la Conférence de Bruxelles, le régime des œuvres cinématographiques est complété par un droit de *mise en circulation* introduit au paragraphe 14.1) : « Les auteurs d'œuvres littéraires, scientifiques ou artistiques ont le droit exclusif d'autoriser : 1) l'adaptation et la reproduction cinématographique de ces œuvres et la mise en circulation des œuvres ainsi adaptées ou reproduite [...] ». L'Acte de Bruxelles fait donc référence pour la première fois à un acte de distribution[50]. Certes, l'acte visé est limité aux œuvres cinématographiques résultant d'adaptation. Il est également limité à la mise en circulation - même si le texte anglais emploie le terme de « distribution », la version française prévaut - en contraste à un droit plus large de droit de distribution. Nous verrons plus loin les nuances qui animent ces deux notions, mais retenons pour l'instant que le droit de mise en circulation agit comme un droit de *première* distribution et ne saurait couvrir les actes de distribution secondaire (location, prêt, ...). Dans sa rédaction de Bruxelles, la disposition ne peut donc pas se lire comme consacrant un droit général de distribution mais il s'agit tout de même d'une étape décisive[51]. Décisive pour sa nouveauté mais aussi pour notre théorie de la distribution. Car contrairement à ce que l'on pourra lire dans les traités de 1996, l'acte de Bruxelles vise la mise en circulation de l'œuvre et non de l'exemplaire de l'œuvre. La distinction est fondamentale. La compréhension initiale de la norme semble aller au-delà de la définition étroite que l'on retient aujourd'hui du droit de distribution et que l'on fige dans la matérialité de l'exemplaire. Le constat s'impose : son champ d'application serait

---

libre concurrence y est consacrée, mais atténué afin que l'industrie française puisse se développer. De ce fait un nombre minimum de films français devait être projeté dans les salles françaises pour une période fixe par trimestre que l'accord *Schuman-Caffery* portera à 5 semaines au lieu de 4.

[49] G. LYON-CAEN et P. LAVIGNE, *Traité théorique et pratique de droit du cinéma,* Vol II., *op. cit.*, note 14, pp. 338-341.

[50] S. RICKETSON, *The Berne Convention for The Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986, op. cit.*, note 20, p. 403.

[51] Mihály FICSOR, *The law of Copyright and The Internet*, New York, Oxford University Press, 2002, p. 146.

largement plus étendu dans sa première manifestation que dans ses manifestations ultérieures. Ces commentaires prennent une dimension supplémentaire en raison des amendements de Stockholm. L'Acte de Stockholm introduit, en effet, un article 14*bis* qui fait référence au droit de mise en circulation maintenu dans sa formulation initiale au paragraphe 14.1). La façon dont est fait ce renvoi pourrait se lire comme la confirmation du fait que la Convention réserve à l'auteur de toute œuvre originale - et non plus seulement d'une œuvre cinématographique adaptée - un droit général de mise en circulation. Que l'on en juge : « 14*bis* 1) Sans préjudice des droits de l'auteur de toute œuvre qui pourrait avoir été adaptée ou reproduite, l'œuvre cinématographique est protégée comme une œuvre originale. Le titulaire du droit de l'auteur sur l'œuvre cinématographique jouit des mêmes droits que l'auteur d'une œuvre originale, y compris les droits visés à l'article précédent »[52]. La dernière partie de la phrase fait évidemment référence à l'article 14 qui contient le droit de mise en circulation.

Troisièmement, l'interférence du droit du cinéma avec les règles applicables à la distribution des œuvres apparaîtra encore plus franchement avec l'arrivée du vidéogramme. Dans ce cas, en effet, le mode de circulation de l'œuvre outrepasse les droits classiques de l'auteur ou du producteur et appelle l'intervention du législateur afin qu'il adopte des droits tels que le droit de prêt ou de location.

Contre toute attente donc, le traitement des œuvres cinématographiques nous emmène de la catégorisation, de la protection de l'œuvre cinématographique, au sujet de la distribution. Mais gardons notre analyse pour un autre titre et passons à l'ordinateur électronique.

Section 3 - L'ordinateur électronique

Comme pour les deux autres techniques précédemment rencontrées, il s'agit de savoir dans quelle mesure les logiciels peuvent être protégés en tant qu'œuvre de l'esprit. Le traitement automatique des données représente une étape capitale dans le progrès des sciences, mais change également les paradigmes sur lesquels repose le droit d'auteur. L'aspect fonctionnel du logiciel n'aide pas à la classification de ce type de création. Par rapport aux œuvres photographiques et cinématographiques la difficulté est grandement augmentée. On débattra longtemps le point de savoir lequel du droit d'auteur ou du droit des brevets est le

[52] Nos soulignés.

plus adapté pour, finalement, faire entrer les programmes d'ordinateur dans la catégorie des œuvres littéraires et artistiques[53]. Ce rattachement d'une nouvelle catégorie d'œuvres à la liste préexistante des œuvres protégées est usuel dans notre matière. Rappelons ici qu'à l'occasion de la Conférence de Stockholm certaines délégations avaient proposées d'instituer en nouvelle catégorie, « les œuvres télévisuelles »[54]. On sait aujourd'hui que cette proposition fut rejetée mais elle illustre assez bien les réflexes naturels du juriste confronté à l'apparition de nouvelles techniques.

Certes la dernière version de la Convention de Berne ne fait pas état des questions relatives à l'ordinateur électronique. Cela ne signifie pas pour autant que les membres de l'Union ne s'en sont pas souciés. Au contraire, l'évolution des techniques expérimentales de création stimule les réflexions. Elles se tiendront d'abord hors du cadre conventionnel, voilà tout. En 1969, témoin de son temps, Boleslaw Nawrocki fait cette observation :

---

[53] Ici encore, les modifications des lois sont mineures. Voir article 3 de la loi française de 1985 (avec cependant un régime spécifique, articles 45 à 51), désormais L-112-2 *C. propr. intell.*. Le droit d'auteur canadien accorde la protection des programmes d'ordinateur par son inclusion à la définition d'« œuvre littéraire », suivant ainsi le droit anglais. Respectivement, articles 1(2) et 1(3) de la *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur et apportant des modifications connexes et corrélatives*, 35-36-37 Éliz. II c. 15 (1988) (Ca.) et *Copyright (Computer Software) Amendment Act* (1985), c. 41 (R.-U.). En droit américain, une loi modificatrice de 1980 en donne pour la première fois une définition, *An Act to amend the patent and trademark laws*, Pub. L. No. 96-517, §10(b), 96th Cong., 1st Sess., 94 Stat. 3028 (É.-U.). En général, Association littéraire et artistique internationale, *L'informatique et le droit d'auteur*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1990 (Acte du Congrès de 1989). En droit français, André BERTRAND, La protection des logiciels, Paris, PUF, 1994. A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2ième éd., *op. cit.*, note 32, p. 135 et A. LUCAS, *Le droit de l'informatique*, Paris, PUF, 1987. On citera également, A. STROWEL et Jean-Paul TRIAILLE, *Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia : droit belge, droit européen, droit comparé*, Namur, Story-Scientia, 1997. En droit canadien, Michel RACICOT, « La réforme du droit d'auteur au Canada - Projet de Loi C-60 - Les programmes d'ordinateur, comparaison avec le droit américain », (1988) 1 *C.P.I.* 49. En droit américain et pour ne mentionner que quelques références parmi les myriades d'écrits parus sur ce sujet : Peter B. MAGGS, « Computer Programs as Object of Intellectual Property in the United States of America », (1982) 30 *Am. J. Comp. L. Supp.* 251. Gert KOLLE, « Présent et avenir de la protection du logiciel », (1977) 90 *D.A.* 69. The American Bar Association Symposium, « Computers and Copyright : The New Technology and Revision of the Old Law », (1967) 15 *Bulletin of the Copyright Society of the U.S.A.* La bibliographie est également inépuisable sur les questions de protection du logiciel par le brevet. Voir, notamment, Stephen BREYER, « The Uneasy Case for Copyright: a Study of Copyright in Books, Photocopies and Computer Programming », (1970) 84 *Harvard Law Review* 281. Orin S. KERR, « Computers and the Patent System : The Problem of The Second Step », (2002) 28 *Rutgers Computers& Tech. L.J.* 47. George P. BUSH et Robert H DREYFUSS, *Technology and Copyright - Sources and Materials*, Maryland, Lomond Books, 1979, pp. 9-20. On fera également référence au rapport américain, CONTU, United States, National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Work, *Final Report of the National Commission on New Technology Uses of Copyrighted Works,* Washington, Library of Congress, 1979, pp. 11-44 et à sa bibliographie, pp. 135-138.
(disponible en ligne, http://digital-law-online.info/)

[54] Rapport sur les travaux de la Commission principale No II, Vojtëch STRNAD, dans OMPI, *La Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques de 1886 à 1986, op. cit.*, note 19, p. 253.

> [...] (P)our résoudre à la fois les différents problèmes découlant de l'appartenance des computers aux grandes entreprises et des relations de travail entre les créateurs-programmateurs et les propriétaires des machines (le plus souvent les employeurs), on propose de créer une nouvelle discipline juridique - celle du droit du calculateur occupant une place à mi-chemin entre le droit d'auteur et le droit industriel.[55]

Bien plus, la science et principalement « l'ordinateur électronique »[56] ouvrent de nouveaux horizons à la création artistique et remettent en question les principes fondamentaux du droit d'auteur. L'objet de la protection, notamment, n'est plus le même. Le processus de création devient plus complexe, les techniques se perfectionnent. Et, en même tant que l'on découvre des formes inusitées d'expression artistique, on s'interroge de plus en plus sur la titularité du droit.

En réponse à l'inquiétude croissante que génère ces changements, l'OMPI forme en 1971 un groupe d'experts sur la protection des programmes d'ordinateurs ou encore, tel qu'on les nomme dans les premiers rapports, « les périgrammes »[57]. On retient de ces premières études deux éléments essentiels. D'abord, pour la première fois, on dénote une réelle inquiétude quant au contrôle de l'utilisation des œuvres. Il est difficile de cerner avec exactitude ce que les spécialistes d'alors ont entendu par « utilisation ». Pourtant, à bien y réfléchir, on presse à l'époque un élan vers le renouveau de la norme notamment parce que les « lois ne garantiraient pas la protection contre l'utilisation d'un programme effectué sans recourir à la copie ou à la reproduction du programme »[58]. De la même façon, les possibilités d'atteintes aux œuvres par l'échantillonnage ou toute autre forme de

---

[55] Boleslaw NAWROCKI, « Machine électronique et création intellectuelle », (1969) 82 *D.A.* 30, p. 34. Quelques années auparavant, Boleslaw Nawrocki avait publié un document intéressant sur l'influence de la technique sur la composition et l'expression artistique. Témoin de son temps, il fait cette observation: « L'expérience des vingt dernières années prouve que l'art entre actuellement dans une époque de « progrès » au sens scientifique. Le terme « progrès » employé dans ce contexte, n'a évidemment aucune valeur appréciative en soi ». L'auteur, dans les développements qui suivent, retrace l'origine du mouvement artistique expérimental, notamment en matière musicale, selon lequel « la conception art = beauté » où l'art est attachée aux valeurs bourgeoises est de plus en plus critiquée par les artistes modernes. Voir, B. NAWROCKI, « Évolution de l'art et droit d'auteur - Examen de quelques problèmes d'actualité », (1964) 77 *D.A.* 223, p. 224.

[56] *Id.*, p. 227.

[57] Rapport du Groupe consultatif d'experts gouvernementaux sur la protection des programmes d'ordinateurs, Genève, 8-12 mars 1971, (1971) 84 *D.A.* 34.

[58] *Id.*, p. 36. Le rapport poursuit : « Malgré le fait qu'en l'état actuel de la technique il est normalement nécessaire qu'un programme soit « reproduit » pour pouvoir être utilisé dans un ordinateur, le Groupe consultatif a exprimé l'opinion que tout système de protection juridique des programmes d'ordinateurs devrait accorder la protection contre l'utilisation sans reproduction, notamment parce qu'il est impossible de prévoir le développement technique futur ».

façonnement rendent nécessaire « un certain contrôle de l'utilisation par l'individu des machines électroniques »[59]. On reconnaît ainsi que le support matériel n'est plus l'objet de droit approprié lorsque l'on cherche à maîtriser l'exploitation de l'oeuvre. L'objectif poursuivi par l'élaboration de nouvelles règles n'est plus seulement de protéger l'œuvre contre la « multiplication » des exemplaires, termes employés, notamment, dans les lois anglaises du XIX[ième60], ni celui d'imprimer ou de reproduire, mais bien d'affiner le contrôle sur l'usage de l'œuvre et, éventuellement, sur un usage qui mène à la distribution.

Dans cette tourmente de nouvelles situations juridiques, certains commentateurs lisent une crise du droit d'auteur. L'absence de consensus au sujet de la protection des logiciels est en tout état de cause flagrante. Les difficultés soulevées autour de la protection conventionnelle ouvrent le débat sur l'utilité de la Convention. Au point d'ailleurs que l'on parlera de la crise de la Convention de Berne[61]. L'émergence soudaine d'autres instruments internationaux force les plénipotentiaires à considérer les solutions dégagées dans d'autres cadres géographiques. La directive européenne de mai 1991 sur les logiciels relègue la Convention de Berne à l'époque des premières inventions. Sans plus attendre, la Directive consacre le principe selon lequel les programmes d'ordinateur sont protégés « en tant qu'œuvre littéraire »[62]. Les négociations de l'Uruguay Round emporteront les mêmes conclusions[63].

Le principe de la protection des logiciels par le droit d'auteur est finalement acquis. Il est évident que l'exploitation des logiciels commande certains aménagements. Son régime ne peut pas être calqué sur celui des œuvres littéraires par exemple. Une même unité de pensée se retrouve encore lorsque l'on s'attarde aux différentes formes de reproduction dont ils peuvent faire l'objet. Ainsi, les juristes s'entendent pour dire qu'il n'est « pas nécessaire que le contenu de la reproduction soit perceptible pour les sens humains »[64] afin de caractérisée

---

[59] B. NAWROCKI, « Machine électronique et création intellectuelle », *loc. cit.*, note 55, p. 38.

[60] Le terme « multiplying » est employé pour la première fois dans le *Fine Arts Copyright Act*, 1862. L'article premier de cette loi donne à l'auteur d'une photographie ou d'une peinture « the sole and exclusive right of copying, engraving, reproducing, and multiplying ». Dans *Théberge* c. *Galerie d'art du Petit Champlain Inc.*, (2002) 2 *R.S.C.* 336, la Cour suprême du Canada fait l'historique de cette notion en droit anglo-canadien.

[61] Janusz BARTA, « La Convention de Berne traverse-t-elle une crise? », (1992) 152 *R.I.D.A.* 3. L'auteur examinent les lacunes du traité, mais ne tirent aucune conclusion tranchées. On aurait aimé peut-être obtenir des réponses plus franches au lieu et place du constat que « le droit d'auteur perd un peu de son caractère de droit d'auteur ». *Id.*, p. 83.

[62] L'article 1 (1) énonce que les programmes d'ordinateur sont protégés « en tant qu'oeuvre littéraire ». Directive 91/250/CEE du conseil du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, J.O.C.E, 15 mai 1991, L. 122/42.

[63] L'article 10 (1) de l'ADPIC.

[64] G. KOLLE, « Présent et avenir de la protection des logiciels », *loc. cit.*, note 133, p. 73

l'acte de contrefaçon. Les transcriptions du programme sur quelque support ou sous quelque forme soit-elle constitue donc une reproduction[65].

Les véritables enjeux sont ailleurs.

On parle notamment de décompilation de logiciel, de copies de sauvegarde, de toutes ces utilisations aussi diverses que le médium même est flexible. Certes la révision de Stockholm du 14 juillet 1967 introduit[66] un droit général de reproduction à son article 9.1), mais les modalités de son application ne sont pas précisées de sorte que l'on assigne à ce droit le sens traditionnel d'un droit d'imprimerie ou d'édition. Les traités de 1996 ne combleront pas cette lacune. En quelque sorte, il n'est pas possible d'interpréter les termes de Berne de telle façon qu'ils embrassent toutes les formes de manipulations particulières dont les logiciels peuvent faire l'objet.

On perçoit également l'étroitesse des droits traditionnels. En fait, la rédaction de l'article 9.2) de la Convention de Stockholm, qui inscrit pour la première fois le droit de reproduction à la liste des droits garantis, porte déjà les symptômes d'une fragmentation du droit de reproduction ou plutôt de l'apparition d'un droit de reproduction multifonctionnel. Le droit de reproduction n'est plus un simple droit de duplication, de fabrication. Il trouve d'autres applications. Puisque l'utilisation du logiciel suppose nécessairement une reproduction, le droit d'auteur devient, à travers lui, le gendarme des conditions contractuelles de cette utilisation. Ici le droit d'auteur s'introduit franchement dans

---

[65] Les précisions que nous venons de faire peuvent être illustrées par la jurisprudence canadienne. La société Apple Computer a pu sauvegarder la forme particulière de son interface ainsi que les schémas d'instruction de son programme d'exploitation de façon très efficace. Par exemple au Canada, *Apple Computer Inc.* v. *Mackintosh et al.*, (1987) 1 *C.F.* 173. En droit Australien (contra), *Apple Computer Inc.* v. *Computer Edge Pty Ltd*, (1984) 53 *A.L.R.* 225. Il est possible de développer des logiciels qui exécutent des fonctions semblables dès lors qu'ils ont été conçus indépendamment. Pour un exemple commenté, Robert STEINBERG, « NEC v. INTEL: The Battle Over Copyright Protection for Microcode », (1987) 27 *Jurimetrics Journal* 173. Mais qu'en est-il pour les parties de programme nécessaires à l'interopérabilité des logiciels entre eux ? On touche ici à l'équilibre des intérêts entre industries de l'équipement et titulaire des droits d'auteur. La directive européenne à l'exemple de nombreuses législations nationales tempère sur ce point l'étendue du droit d'auteur. Afin de promouvoir l'interopérabilité des éléments d'ordinateur, la directive prévoit que « les idées et principes qui sont à la base de quelque élément que ce soit d'un programme d'ordinateur, y compris ceux qui sont à la base de ses interfaces, ne sont pas protégés par le droit d'auteur [...] », Article 1 (2), Directive 91/250/CEE du conseil du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, *précité*, note 62. De plus, l'article 6 autorise la décompilation et limite de façon substantielle le droit exclusif de reproduction compris à l'article 4(a) : « L'autorisation du titulaire des droits n'est pas requise lorsque la reproduction du code ou la traduction de la forme de ce code [...] est indispensable pour obtenir les informations nécessaires à l'interopérabilité d'un programme d'ordinateur [...] ».

[66] Jusqu'à l'Acte de Stockholm, seul le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la représentation publique était prévu.

l'exploitation de l'œuvre. Il peut donc également, en principe, encadrer les conditions de sa distribution : pour la première fois une œuvre doit être reproduite pour être utilisée par un tiers possesseur de l'exemplaire de cette oeuvre. Il devient alors un candidat idéal pour contrôler la distribution des logiciels, qu'ils soient offerts sur support ou en réseau. La reproduction étant incontournable, le droit d'auteur devient omniprésent. Le droit d'auteur sera encore une fois invité à considérer les effets de cette reproduction au titre de la distribution. Dans l'intervalle, notons seulement que ce n'est pas tant la Convention de Berne qui traverse une crise mais bien le droit de reproduction dont on ne connaît plus vraiment la portée et qui devient, finalement, un droit *incontrôlé*. L'article 9.(2) de la Convention rend déjà compte de cette évolution de la norme :

> Est réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de permettre la reproduction desdites œuvres dans *certains cas spéciaux*, pourvu qu'une telle reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur (nos italiques)

« (D)ans certains cas spéciaux », nous dit le législateur de Berne, la reproduction pourra être autorisée par les lois nationales. À l'époque de la révision de Stockholm on a tenté de justifier l'introduction de cette disposition par l'exemple de la photocopie. Selon le nombre d'exemplaires réalisés, par des entreprises individuelles ou par des particuliers, le législateur national pourra aménager un système d'exemption ou de licence légale afin de verser à l'auteur une rémunération équitable[67]. On pallie ainsi au phénomène de la reproduction massive des oeuvres. Reproduction et système de compensation touchent ainsi à la question de la distribution : il s'agit essentiellement d'imiter une situation hypothétique dans laquelle chaque photocopie correspond à une mévente. Nous ne disons pas que le système de la rémunération équitable serait possible dans les conditions posées par la Convention de Berne ou encore souhaitable. Nous indiquons seulement qu'à travers le droit de reproduction, c'est la question du rôle du droit d'auteur dans la distribution des œuvres qui est posée.

Avec l'ordinateur, qui, encore une fois, n'est pas spécifiquement visé par l'article 9.2), encore plus qu'avec la photocopie, la reproduction passe d'un phénomène marginal ou physiquement contrôlable ou en tout cas repérable - on connaît les lieux de reprographie - à

---

[67]Xavier DESJEUX, « Le droit de reproduction dans la Convention de Berne révisée à Stockholm le 14 juillet 1967 », (1968) 81 *D.A.* 248.

un phénomène général et insaisissable. La multiplication des facilités matérielles d'utilisation et de diffusion, alliance de l'ordinateur et de la télématique, remet en cause la forme absolue et unique du droit d'auteur. Les reproductions partielles ou totales devenant omniprésentes, privées également, il devient évident que le spectre des actes visés par le droit de reproduction s'élargit. Les réponses du droit doivent devenir plus subtiles et introduire des distinctions entre différents niveaux d'implications politiques afin de décider des actes répréhensifs ou devant être sujets à exception. L'éclatement des situations soumises au droit provoque à un dépassement du concept traditionnel de reproduction. Dans les réseaux notamment, où les logiciels peuvent être partagés et diffusés, le droit de reproduction va se trouver *démultiplier* et agir de concert avec le droit de communication au public[68]. Cette nouvelle situation fait en sorte que la juxtaposition des droits imite un droit de distribution de l'œuvre. Le droit de reproduction devient en quelque sorte *dynamique*. Ce phénomène est encore plus marqué lorsque l'on examine les techniques créant un nouveau mode de distribution.

Chapitre II - Les techniques créant un nouveau mode de distribution

L'invention de l'imprimerie a fait entrer l'édition dans son histoire moderne[69] et a nécessité, par le fait de son utilisation de plus en plus répandue, l'adoption de lois pour réglementer le commerce de l'imprimerie et de la librairie. Il faudra ensuite attendre le XIX^{ième} siècle et les résultats des recherches entreprises sur la matière pour que l'on conçoive des instruments capables de diffuser les œuvres de l'esprit autrement que par tradition du papier. Nous mettons bien entendu de côté les représentations publiques ou théâtrales puisqu'elles ne font pas, en principe, appel à la machine. Ce seront les nouveaux procédés techniques qui vont modifier les modes de distribution des œuvres, remplacer les

---

[68] Il est d'ailleurs étonnant de constater que l'ensemble des travaux concernant les logiciels se soient consacré davantage sur la classification de l'œuvre logiciel et sur l'application du droit de reproduction lorsque l'on sait que le phénomène informatique conduit nécessairement à la question de la diffusion sur réseau. Le professeur Strowel notera d'ailleurs que la directive européenne *concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur* ne dira rien au sujet du droit de communication au public. Il précise également que « compte tenu du fait que les réseaux permettent déjà de distribuer des programmes, l'existence ou non de ce droit (ou d'un autre droit visant la transmission électronique) est décisive ». A. STROWEL et Jean-Paul TRIAILLE, *Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia : droit belge, droit européen, droit comparé, op. cit.*, note 53, p. 53.

[69] Caxton introduisit l'imprimerie en Angleterre en 1491. Le procédé de Gutenberg, originaire de la ville de Mayence sur le Rhin, avait été répandu un peu partout sur le continent européen dès les années 1450.

exécutants et, en conséquence, vont forcer l'interprétation des juges ou l'adaptation des lois existantes.

Car, en fait, la communication des œuvres ne se fait plus uniquement par multiplication, par impression. Il n'y a plus lieu de multiplier le nombre d'*exemplaires* pour augmenter la diffusion de l'œuvre. Ceci sera particulièrement vrai dans le domaine de l'exécution sonore où l'œuvre va se départir progressivement de son support.

Nous étudierons successivement et pour des raisons de chronologie évidente la réponse du droit à l'introduction progressive de ces « inventions lentes »[70] que sont les instruments musico-mécaniques (Section 1) puis de la radiophonie (Section 2) et enfin, regroupant les autres moyens de télédistribution, la télévision, le câble et le satellite (Section 3).

Section 1 - Les instruments de reproduction de musique

Il semble que chaque sujet étudié se dispute la place du sujet le plus controversé. Ceci se vérifie encore une fois ici. Le refrain est lancé et devient familier : « There is, probably, no topic which has caused so much controversy amongst those interested in copyright legislation as the question as to the rights of musical composers to prevent their composition from being reproduced by mechanical means »[71].

---

[70] Marc ESCOLIER, *Les instruments musico-mécaniques et le droit d'auteur*, (thèse), Paris, Recueil Sirey, 1934, p. 8. Escolier retrace l'historique de ces instruments : « C'est à la fin du XVIII^{ième} siècle qu'apparaissent en Europe les « boites à musique ». Ce sont, comme le nom l'indique, des boites, généralement petites, dont le mécanisme est essentiellement constitué par un cylindre muni de pointe. Ce cylindre est adapté à une roue que l'exécutant fait tourner à l'aide d'une manivelle. Le mouvement de rotation du cylindre entraîne les pointes qui viennent, à tour de rôle, rencontrer les touches d'un clavier et les soulève à leur passage. Ces touches, en se soulevant, ouvrent les soupapes de certains tuyaux qui font entendre chacun une note de musique. Cet instrument porte le nom d'orgue à cylindre ou orgue de barbarie. Au début du XIX^{ième}, on fabrique des « cartels » dont les pointes soulèvent et font vibrer des dents d'un peigne en d'acier, des « serinettes » dont les pointes ouvrent des tubes où l'air comprimé s'introduit, [...] ». Il note que tous ces instruments sont encore des jouets, plutôt que des instruments de musique, « ils sont relativement peu répandus » et l'auteur poursuit : « cependant, d'année en année, ces instruments se perfectionnent. [...] En 1940, un français, Debain, invente l'antiphone. Le cylindre a disparu. Il est remplacé par les pointes fixées sur des planchettes mues dans une direction rectiligne. [...] Le pianista ou piano mélographe, fonctionne enfin sans cylindres, ni planchettes : des cartons perforés les remplacent ». *Id.* pp. 10-11. Également d'intérêt, les descriptions techniques des premières méthodes de gravure électromagnétique sur cire : Robert L. KAHN, « The Electrical Recording and Reproduction of Sound », (1927-1928) *J. Pat. Off. Soc'y* 120.

[71] W. A. COPINGER et F. E. SKONE JAMES, *Copinger on the Law of Copyright*, 6^{ième} éd., (1927), *op. cit.*, note 18, p. 224.

« Au début du XIX^{ième}, note encore Colliard, apparaissent les cartels, les serinettes, les orgues de Barbarie et, vers le milieu du siècle, les spectacles forains font entendre l'assourdissante musique des pianistas ou pianos mélographes qui fonctionnent au moyen de cartons perforés »[72]. L'histoire des instruments de musique est assez symptomatique de l'attachement des juristes au droit de reproduction. Alors que sa principale fonction est d'*exécuter* une œuvre, la problématique de l'application du droit à ces nouveaux instruments est posée à partir du droit de reproduction. Malgré l'*invisibilité* de l'œuvre musicale, il concentre ainsi toutes les attentions. Dans cette perspective, la question du droit d'auteur devient donc essentiellement celle de savoir s'il existe bel et bien une reproduction de l'œuvre au sens de la loi. Est-on en présence d'une copie de l'œuvre ? Le rouleau de papier perforé qui défile devant des yeux ébahis ne ressemble en rien aux partitions musicales. Seules les interprétations sonores sont comparables. Mais sans fixation palpable, peut-il y avoir reproduction ?

Afin d'introduire le sujet nous examinons d'abord la toute première affaire mettant en cause un instrument mécanique, ancêtre de l'orgue de Barbarie, l'*antiphone*. Celle-ci est française et nous donnera l'occasion de présenter les éléments du débat (a). Nous aborderons ensuite la solution adoptée par le droit conventionnel (b). Nous traiterons enfin des particularités nationales (c).

a) L'antiphone

La reproduction mécanique d'une œuvre musicale avait été examinée une première fois par un tribunal français, le tribunal de la Seine, en 1861. Il était alors reproché au dénommé Lépée d'avoir « fabriqué et vendu des cartels, boites à musique et tableaux, exécutants des airs qui ne sont point dans le domaine public »[73]. Les droits de reproduction par *piquetage* et de pointage avaient alors été cédés au codemandeur, le sieur Debain. En première instance, le tribunal de la Seine ouvre droit au recours en contrefaçon, déclarant que les articles 425 et 427 du Code pénal français s'appliquent quelle que soit la forme de

[72] C.-A. COLLIARD, « La machine et le droit privé français contemporain », dans *Le droit privé français au milieu du XX^{ième} siècle, op. cit.*, note 5. Le sujet intéresse déjà de nombreux juristes : Georges MYERS, *La reproduction de l'œuvre artistique par une technique différente*, (thèse), Paris, 1932.

[73] *Debain et autres* c. *Lépée*, Cour de cass., 13 février 1863, Journal du Palais, 1863, Tome 74, (rappel des motifs de la décision des juges du fond), p. 799.

l'édition[74]. L'article 425, en particulier, vise les éditions *gravées* ou *imprimées*. Il répond ainsi fidèlement à l'article 3 de la loi de 1793 qui emploie les mêmes termes[75]. En voici le texte : « Toute édition d'écrits, de composition musicale, de dessin, de peinture ou de toute autre production, imprimée ou *gravée* en entier ou en partie, au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs, est une contrefaçon et toute contrefaçon est un délit »[76]. La décision du tribunal de la Seine est confirmée en appel par la Cour d'appel de Paris mais cassée pour défaut de motifs par un arrêt de la Cour de cassation du 1er mai 1862. Sur renvoi, la Cour de Rouen infirme la décision des premiers juges indiquant notamment qu'il « répugne au sens commun » d'y voir une édition par la gravure d'une composition musicale puisque, faisant référence au texte de l'article 425 du Code pénal, « il n'y a là ni impression ni gravure, ni cette imitation de forme et de procédés qu'implique toute contrefaçon »[77]. Soumise une nouvelle fois à la Cour de cassation, le litige donnera lieu à des conclusions soignées de la part de l'avocat général Savary. Concluant à la cassation, il adhère à l'interprétation des premiers juges et ajoute que l'arrêt attaqué « confond perpétuellement la forme sous laquelle se produit une œuvre de l'intelligence avec la création elle-même qui appartient toute entière à son auteur »[78]. Selon l'avocat général les dispositions pénales doivent être les servantes des dispositions générales du texte de 1793 qui accorde à l'auteur les droits exclusifs de produire, vendre, faire vendre, distribuer leurs ouvrages[79]. Peu importe, selon lui, que la loi de 1793 et l'article 425 du Code pénal emploient le vocable d'*éditions imprimées* ou *gravées* pour viser les reproductions contrefaisantes. La compréhension de la loi française ne doit pas être limitée aux seuls cas où des exemplaires sont fabriqués à partir d'un type commun. L'édition contrefaisante peut

---

[74] « Attendu que les instruments de musique saisis reproduisent les œuvres musicales d'une manière plus ou moins exacte, mais en vue de satisfaire le goût du public pour ces sortes d'œuvres; qu'on y arrive par la composition d'un mécanisme pouvant produire des sons, un cylindre sur lequel se trouve noté l'œuvre qu'il s'agit de reproduire, et la mise en mouvement de ce mécanisme; que la notation s'obtient au moyen d'un travail ou calcul par suite duquel chaque place du cylindre est marqué comme devant recevoir une pointe qui remplacera la note existante sur l'édition gravée; qu'une fois un cylindre noté, rien n'est plus facile que d'en obtenir un second exécutant le même air ce qui constitue une édition, soit pour chacun d'eux, soit pour l'ensemble des cylindres s'appliquant à des instruments semblables exécutés dans le même temps ; qu'en effet, le cylindre, une fois noté, est une véritable édition », *id.*, pp. 799 et 800.

[75] « Les officiers de paix seront tenus de faire confisquer à la réquisition et au profit des auteurs, compositeurs, peintres ou dessinateurs ou autres, leurs héritiers ou cessionnaires, tous les exemplaires des éditions imprimées ou gravées sans la permission formelle et par écrit des auteurs ».

[76] Voir H. DESBOIS, *Le droit d'auteur*, 1ère éd., (1950), p. 739.

[77] *Debain et autres* c. *Lépée, précité*, note 73, p. 800.

[78] *Id.*, p. 801.

[79] Article premier du *Décret relatif aux droits de propriété des auteurs d'écrits en tout genre, des compositeurs de musique, des peintres et des dessinateurs*, 19-24 juillet 1793, an II de la République, (ci-après, « décret de 1793 »), reproduit dans Eugène POUILLET, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, Marchal & Billard, 1879, p. 681 et s. DESBOIS, *Le droit d'auteur*, 1ère éd., (1950), p. 736.

être le type commun - c'est-à-dire le cylindre - à partir duquel l'œuvre est exécutée alors même qu'il n'y a pas production d'exemplaires.

Suivant fidèlement les conclusions de l'avocat général, la Cour de cassation retiendra la contrefaçon et renverra l'affaire devant la Cour d'Orléans[80]. Cette dernière confirmera l'arrêt de cassation et conclura à la contrefaçon.

La décision de la Cour d'Orléans laisse pourtant percevoir les difficultés conceptuelles qui résident en l'attraction du concept de reproduction. Le droit de reproduction, dira encore Desbois, s'est effectivement « adapté aux circonstances nouvelles par l'assouplissement du concept d'édition »[81]. Mais, ajouterons-nous, il s'adapte difficilement et en concurrence avec le droit de représentation car l'utilisation des instruments mécaniques pouvait également être qualifiée d'exécution sonore d'une œuvre au sens de la loi des 13-19 janvier 1791[82].

Cette dualité se lit également dans la Convention de Berne. Le paragraphe 13(1) de l'Acte de Berlin de la Convention de Berne prévoit le droit exclusif d'adapter l'œuvre « à des instruments servant à les reproduire mécaniquement » en son alinéa premier, donc un droit lié à l'existence d'une reproduction, puis, à l'alinéa suivant (article 13(1) alinéa 2), le texte introduit la notion d'exécution publique. La Convention réserve ainsi à l'auteur le droit complémentaire d'autoriser « l'exécution publique des mêmes œuvres au moyen de ces instruments ». Bicéphale, incertaine, cette construction vise également des personnes

---

[80] *Lépée* c. *Debain et autres*, Cour d'Orléans, 22 avril 1863, Journal du Palais, 1863, Tome 74, pp. 803-804.

[81] Henri DESBOIS, « L'évolution des droits de l'auteur en matière de reproduction et d'exécution publique », (1939) 38 *R.T.D.C.* 1, p. 4.

[82] Déjà en 1877, le tribunal correctionnel de la Seine avait condamné le directeur d'un manège qui avait exécuté, sans autorisation, des airs de musique protégés sur un orgue. Cette décision est rapportée par Escolier mais ne semble pas avoir été publiée. M. ESCOLIER, *Les instruments musico-mécaniques et le droit d'auteur*, *op. cit.*, note 70, p. 124. Dans le même sens mais s'agissant cette fois d'un orgue mécanique d'un manège reproduisant l'œuvre de Rougé intitulée « La valse de Chilpéric » et condamnant l'entrepreneur : *Huguet* c. *Florimond et Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, Cour de Cass., Ch. Crim., 21 juillet 1881, *D.* 1881-I-391. La décision est rendue sur le fondement du décret du 19 juillet - 6 août 1971 relatif aux spectacles et de l'article 428 du Code pénal qui punit tout directeur ou entrepreneur de spectacles qui fait représenter des œuvres protégées « sur son théâtre ». L'exception prévue à la loi de 1866 ayant été appliquée strictement au cas de la *fabrication*, elle ne pouvait exonérer l'entrepreneur pour l'*exécution* des œuvres fabriquées à partir des enregistrements licitement produits. Voir la note qui suit l'arrêt précité, *id.*, p. 391. Également, considérant que les termes « théâtre public », limitant autrement le champ d'application de la loi de 1791, ne sont qu'énonciatifs et non restrictifs des droits des auteurs, voir *Sté des Auteurs et Compositeurs de musique* c. *évêque de Nantes et chanoine Robin,* Tribunal civil de Nantes, 14 mars 1930, *Gaz. Du Pal.* 1930-I-729. Également, condamnant l'exploitant d'un café pour contrefaçon par voie d'exécution non autorisée à l'aide d'un piano mécanique, *Sté des Auteurs et Compositeurs de musique* c. *Duplay*, Tribunal de commerce de Saint-Étienne, 24 octobre 1929, *Gaz. Du Pal.* 1930-I-5.

différentes. Desbois, en 1939, refusera dans un premier temps l'application générale du droit d'exécution : l'édition ne peut pas, selon lui, être une interprétation devant l'appareil. Ce raisonnement comporte, selon lui, « une erreur substantielle »[83]. Nous présenterons de manière plus complète l'opinion de Desbois au moment de traiter de la téléphonie sans fil. Il suffit de dire ici que Desbois reviendra sur sa position initiale et plaidera finalement pour la coexistence des droits de représentation et de reproduction.

La distinction des concepts fondamentaux de reproduction et de représentation est soudainement rendue extrêmement ténue, fragile :

> [...] le cartel est ainsi, comme l'exemplaire de l'édition imprimée ou gravée, un procédé de transmission, un intermédiaire matériel par lequel la pensée de l'auteur se communique et arrive à l'intelligence des tiers, un moyen à l'aide duquel le public s'approprie cette pensée; qu'un tel instrument est de plus un moyen d'exécution directe, la mise en jeu, la reproduction sonore de l'œuvre, au lieu de n'être comme la feuille gravée qu'un langage muet, un sujet d'interprétation, un objet de lecture et d'étude [...][84]

L'instrument est donc à la fois perçu comme moyen d'exécution indirecte et, en raison de la présence de cette notion centrale dans la loi, un moyen d'*édition* directe. Deux droits résident donc dans une même opération. Et, puisque les droits d'exécution et d'édition consistent tout deux à régir la *communication* - nous dirons distribution - de l'œuvre au public, on comprend que l'articulation de l'un par rapport à l'autre puisse être parfois délicate. L'élément *communication* semble commun aux deux droits. Faut-il réellement distinguer alors qu'il s'agit d'une même communication ? Avec le professeur Pierre-Yves Gauthier nous soumettons que l'avenir du droit passe peut-être par l'édification d'une « maxi-catégorie » de droit patrimonial qui efface la distinction traditionnelle devenue obsolète avec l'avènement des technologies numériques. Mais n'anticipons pas un sujet qui sera traité dans notre dernier titre[85].

Le droit français refusera la synthèse des droits et tentera de préciser encore davantage la fragile distinction. En 1957 le législateur confère à la France sa première loi moderne[86].

---

[83] H. DESBOIS, « L'évolution des droits de l'auteur en matière de reproduction et d'exécution publique », *loc. cit.*, note 81, p. 5.
[84] *Lépée* c. *Debain et autres*, Cour de cass., *précité*, note 73, p. 803.
[85] Pierre-Yves GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 5ième éd., Paris, PUF, 2003, p. 282.
[86] *Loi sur la propriété littéraire et artistique, précité*, note 18.

C'est l'occasion d'un passage en revue des concepts sources. D'abord le droit de reproduction est substitué à celui d'éditer[87], de vendre, faire vendre et distribuer[88], droits qui disparaissent[89]. L'amendement est de ce fait réducteur des droits de l'auteur. Premièrement, il l'enferme dans une signification plus technique et unique - la reproduction - délaissant les droits de vente et de distribution. Pourquoi ce retrait ? Deuxièmement, la notion plastique d'édition avait prévalu dans des situations très diverses comme en témoigne la première jurisprudence sur les instruments mécaniques. Ensuite, le droit d'auteur français doit se tenir sur une base conceptuelle moins certaine : la loi de 1957 précise que l'exécution consiste en une communication *directe* alors que la reproduction constitue une communication *indirecte*[90]. Or, la technique, elle, ne distingue pas. Lors d'une communication directe il se peut qu'il y ait une reproduction de l'œuvre. On songera aux reproductions éphémères ou relais préalables à la radiodiffusion des œuvres. L'opération technique risque donc d'engager deux formes de responsabilité différentes, soumises à des régimes différents. Si ce risque apparaît avec les instruments mécaniques, il se réalise avec la téléphonie. Le professeur Gendreau apporte une première explication à ce phénomène de la *juxtaposition* des droits. Traitant de l'application du droit de reproduction dans les environnements numériques, elle explique que si le droit de reproduction demeure si central au droit d'auteur c'est peut-être en raison du régime de responsabilité qu'il soutient. Car effectivement, si dans l'absolu l'instrument mécanique *exécute* plus qu'il ne reproduit[91], l'application du seul droit d'exécution laisserait fort probablement indemne le fabricant d'instrument lui-même. Il s'agit dès lors, déjà à cette époque, de trouver « certaines personnes comme défendeurs »[92]. Cette thèse est confirmée par la forme que prendront les exemptions dont bénéficieront les fabricants : elles viseront essentiellement la reproduction, laissant ainsi intacts les dispositions réservant le droit de représentation.

---

[87] Articles 3 et 5 du décret 1793 et 425 et 427 du Code pénal de 1810, Décret du 19 février et promulgué le 1er mars 1810. ». H. DESBOIS, *Le droit d'auteur*, 1ère éd., (1950), p. 739.

[88] Article premier du décret de 1793.

[89] Articles 26, 28 (droit de reproduction) et 70, 72 (modifiant les articles 425 et 427 du code pénal) de la loi du 11 mars 1957, *précité*, note 18.

[90] L'article 27 : « La représentation consiste dans la communication directe de l'œuvre au public, [...] » et l'article 28 : « La reproduction consiste dans la fixation matérielle de l'oeuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public de manière indirecte [...] ». Cette rédaction sera abandonnée en 1985. Voir désormais les articles L-122-2 et 122-3 *C. propr. intell.*

[91] Les propos de Perreau illustrent déjà l'ambivalence de la communication *indirecte* d'une œuvre. Défendant la position des auteurs, il écrit : « En outre, ne considère-t-on pas dès longtemps comme contrefaçon non seulement la mise à la disposition du public de moyens de lecture directe, mais aussi la représentation scénique ou l'audition musicale, qui sont des moyens indirects de procurer au public la jouissance d'une œuvre d'art ? ». Étienne-Hubert PERREAU, « Examen doctrinal - L'inscription sur des disques ou cylindres gramophoniques ou phonographiques d'airs de musique avec paroles est-elle une contrefaçon littéraire ou artistique ? », (1907) 36 *Revue critique de législation et de jurisprudence* 593, p. 595.

[92] Ysolde GENDREAU, « Le droit de reproduction et l'Internet », (1998) 178 *R.I.D.A.* 3, p. 37.

En 1866 le législateur français viendra mettre un frein à la jurisprudence française jusque là fort protectrice des intérêts des éditeurs de musique. Il adopte un texte en vertu duquel les fabricants de boites à musique sont exonérés de leur responsabilité pour la *reproduction* des œuvres musicales protégées. Cette solution française trouve écho dans le droit conventionnel, mais également dans la jurisprudence tant anglaise qu'américaine.

b) L'exclusion conventionnelle relative aux instruments mécaniques

L'article 2 du protocole de clôture de la Conférence diplomatique de 1884 fait une première référence à la vente des instruments au moyen duquel les œuvres musicales peuvent être mécaniquement reproduites. Alors que l'on aurait pu s'attendre à leur interdiction, les plénipotentiaires proposent de les soustraire au droit d'auteur et d'en autoriser ainsi la fabrication : « il est entendu que la fabrication et la vente des instruments servant à reproduire des airs de musique qui sont du domaine privé ne sera pas considérée comme constituant le fait d'une contrefaçon musicale »[93]. Une mention particulière est donc ajoutée à l'acte de clôture de la Conférence afin de dégager de toute responsabilité les fabricants d'appareils mécaniques. L'article 2 du protocole de clôture de la Conférence diplomatique énonce ainsi que les termes *arrangements de musique* utilisés dans la liste des œuvres protégées en vertu de l'article 2 de la Convention ne s'appliquent pas aux morceaux reproduits « par des instruments automatiques, tels que pianos électriques, boîtes à musique, orgues de barbarie, [...] ». Sam Ricketson apporte sur ce point les commentaires suivants :

> A similar provision was to be found in the laws of several countries, including France and Switzerland. At this time, the leading examples of such instruments were pianola rolls and musical boxes, and the dangers posed to authors of musical works did not appear great.[94]

---

[93] Article 2, Protocole de clôture (1884), OMPI, *La Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques de 1886 à 1986*, *op. cit.*, note 19, p. 107.

[94] S. RICKETSON, *The Berne Convention for The Protection of Literary and Artistic Works : 1886-1986*, *op. cit.*, note 20, p. 69. Perreau, en 1914, note de la même manière que « les dommages aux compositeurs n'étaient pas très graves, ces mécaniques musicales continuant à moudre indéfiniment un nombre d'air toujours plus ou moins restreint », puis, faisant allusion à l'amélioration de technique et à sa démocratisation il ajoute « depuis lors, on a changé de méthode et construit des instruments intarissables, comme les phonographes, gramophones, pianolas, etc., qui permettent, au moyen d'un cylindre, disques ou en bandes en carton perforé, de changer à volonté de morceaux ». E.-H. PERREAU, « Propriété artistique - Chronique

L'acte de fabrication est ainsi immunisé de son caractère contrefaisant. Tout comme ce sera le cas pour d'autres innovations, les utilisations nouvelles ou accessoires de l'œuvre seront généralement tolérées jusqu'à ce que le préjudice économique devienne intolérable ou encore prouvé. Dans le cas des instruments mécaniques comme des logiciels de partage de fichiers sur Internet, on avance ici comme là l'argument selon lequel les moyens techniques ne font pas concurrence aux activités de vente de l'édition musicale elle-même au motif que « l'exécution produite par ces instruments étant plus propre à faire rechercher l'œuvre elle-même qu'à en détourner »[95].

La réserve comprise à l'article 2 du protocole de clôture, dont on a fait peu de cas aujourd'hui, est riche en enseignements. Pour la première fois, en effet, à travers l'exercice du droit d'auteur transparaît l'interdépendance de deux industries qui vivent de l'exploitation du même bien. Pour la première fois l'ayant droit, l'éditeur, est confronté aux revendications d'un autre secteur de l'industrie, celui des fabricants d'instruments mécaniques. Et pour la seconde fois dans son histoire, l'application du droit d'auteur sera suspendue afin de promouvoir le développement d'industries concurrentes. Les idéaux abolitionnistes - au nom desquels la loi ne doit pas intervenir au lieu et place des règles du marché - avaient déjà ouvert l'industrie de la librairie, ils accueillent cette fois celle des fabricants d'instruments mécaniques.

Désormais, les développements industriels, stimulés par les possibilités de la communication avec ou sans fil et par la découverte de nouveaux matériaux, viennent concurrencer directement les intérêts des éditeurs. Le schéma de rentabilité de l'édition est étroitement lié à la reproduction, à la circulation d'exemplaires ou encore aux prestations vivantes. Sur ce terrain, l'intérêt des fabricants d'instruments, plus que celui du public - bien

---

législative du droit civil en 1913 », (1914) 43 *Revue critique de législation et de jurisprudence* 52.

[95] *Debain et autres* c. *Lépée,* Cour de Rouen, sur premier renvoi, Journal du Palais, 1863, Tome 74, p. 800. Napster, la société à l'origine de la conception du logiciel du même nom et de la mise en place d'un système serveur, avait soumis à plusieurs reprises des preuves d'experts tendant à prouver que l'échange de fichiers est bénéfique à l'industrie du disque. Tant au stade de la décision de première instance que de l'appel, les tribunaux américains ont rejeté l'argument. *A&M Records, Inc.* v. *Napster, Inc.*, 114 *F. Supp.* 2d 896 (N.D. Cal. 2000) (injonction accordée); en appel, « as for defendant's experts, plaintiffs objected to the report of Dr. Peter S. Fader, in which the expert concluded that Napster is beneficial to the music industry because MP3 music file-sharing stimulates more audio CD sales than it displaces », (juge Beezer), p. 1017, *A&M Records, Inc.* v. *Napster, Inc.*, 239 *F.3d* 1004 (USCA, 9ième Circ., 2001). « This argument - that the new technology of dissemination will ultimately aid composers irrespective of the level of Copyright protection granted to their works - remains a persistent theme in the defense of challenger activity », Timothy WU, « Copyright's Communication Policy », (2004) 2 *Michigan Law Review* 278, p. 301.

que certains croient ou font croire à leur identité, s'oppose donc au droit d'auteur. Que l'on décide que la fabrication de boîtes à musique introduit une forme d'utilisation illicite des œuvres musicales et on pénalise, par le fait même, l'application pratique et la production d'inventions prometteuses. En revanche, il est certain que l'exécution des œuvres par de tels instruments se fait en économie des redevances perçues pour l'audition d'un spectacle ou encore l'achat de partitions, de la « musique gravée » et détourne ainsi une source de revenus normalement dus à l'auteur.

Mais comment pondérer les intérêts en présence. Faut-il privilégier ceux des fabricants comme le fera la France en 1866 ?

D'aucuns diront que l'on se préoccupe finalement peu, à cette époque, des innovations techniques. Ou, plus justement peut-être, on les place sous moratoire, le temps d'un examen juridique sur leurs impacts réels.

Exclus ainsi des discussions de Berne, le sort des instruments mécaniques reste en incertain. La version finale de la Convention est finalement de facture très traditionnelle. On n'adressera pas directement la question des instruments mécaniques. Il est vrai que l'édition musicale n'est pas aussi importante que l'édition littéraire. Et si l'on poursuit l'examen des forces en présence, nul doute que les groupements des libraires demeurent les plus influents. Le monde littéraire est encore peu au fait des découvertes sur la propagation des signaux sonores. Il faut dire qu'elles semblent inoffensives. L'industrie de l'édition semble hors de portée. Elle est là pour durer. Comment peut-on remplacer l'édition papier ? Leurs préoccupations d'alors sont toutes autres et s'articulent principalement autour de la question de la distribution internationale des oeuvres. Pour l'édition *papier*, la question du traitement national, celle des droits de traduction, des restrictions aux droits de reproduction ou aux recours à l'importation, sont prioritaires. Et de fait, ces sujets restent immanquablement à l'ordre du jour. La question des *instruments de reproduction musicale* est remise à plus tard. La mention particulière faite lors de la conférence de 1884 est reconduite lors de la Conférence de 1885.

C'est ainsi que le protocole de clôture de la Convention de Berne de 1886, dans son article 3 - et sur les bases de ce qui avait été conclu à la Conférence diplomatique de 1885 - invite les États à ne pas considérer comme actes de piratage la fabrication et la vente d'instruments servant à reproduire mécaniquement des airs de musique. C'est le *status quo*. Certains rapporteurs contesteront cet abstentionnisme. Perreau, notamment, soutiendra que

les instruments mécaniques réalisent une édition d'une forme particulière qui doit être autorisée[96]. En 1896, la France propose une modification qui aurait pu contenter auteurs et éditeurs. En substance, il s'agissait de limiter le champ d'application de la restriction. Le bénéfice de l'article 3 du protocole de clôture aurait été limité aux instruments de musique qui n'utilisent pas des bandes de carton perforées mobiles et interchangeables. Ce qui revient, *a contrario*, à considérer la fabrication de ces formes de notation comme une véritable édition. L'Espagne, la Grande-Bretagne - suite à l'arrêt *Boosey* v. *Whight*[97], la Suisse et la Norvège s'opposeront à cette recommandation qui restera, de ce fait, lettre morte.

Il faut attendre la révision de 1908 pour que les auteurs soient rétablis dans leurs droits[98]. Cette fois le changement est irrémédiable malgré les pressions constantes de l'industrie mécanique. Les fabricants d'appareils phonographiques reprennent un même chorus : l'exécution de l'œuvre par la machine n'est pas assimilable à une communication directe au public ni même à une édition. Mais cette fois ils ne seront pas entendus. D'une part, la popularité croissante des disques gramophoniques a de claires conséquences sur l'industrie culturelle qui n'est pas rémunérée. Lors du Congrès de Neufchâtel de l'ALAI tenu en août 1907, l'éditeur milanais Ricordi indique qu'en Amérique « le ténor Tamagno et Mme Melba auraient touché respectivement pour chanter devant des disques de gramophones les jolies sommes 75,000 et 250,000 francs, alors qu'une société pour la fabrication de ces appareils aurait encaissé en quelques années un fond de réserve de 15 millions, ...»[99]. D'autre part, les tribunaux français se montrent hostiles à la clause d'exonération de 1866, limitant dès qu'ils le peuvent son application. Ils poursuivent ainsi la jurisprudence de 1863 condamnant l'utilisation des cylindres hérissés de piquants pour reproduire les airs de musique[100].

---

[96] E.-H. PERREAU, « Examen doctrinal - L'inscription sur des disques ou cylindres gramophoniques ou phonographiques d'airs de musique avec paroles est-elle une contrefaçon littéraires ou artistique ? », (1907), *loc. cit.*, note 91, p. 595.

[97] *Boosey and Co. v. Whight and Co.*, (1900) 1 *Ch.* 122.

[98] Louis Renault souligne que « depuis 1896, la fabrication des instruments de musique mécaniques a pris un développement inattendu; des industries considérables se sont formées en divers pays ; des morceaux de musique de plus en plus nombreux ont été reproduits à des millions d'exemplaires... Peu importe le procédé employé et la difficulté plus ou moins grande de lire le disque ou le rouleau : l'expression musicale n'est pas moins incorporée dans ce disque ou le rouleau », Rapport Louis RENAULT, dans OMPI, *La Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques de 1886 à 1986*, *op. cit.*, note 19, p. 177.

[99] E.-H. PERREAU, « Examen doctrinal - L'inscription sur des disques ou cylindres gramophoniques ou phonographiques d'airs de musique avec paroles est-elle une contrefaçon littéraires ou artistique ? », (1907), *loc. cit.*, note 91, p. 594.

[100] *Debain et autres* c. *Lépée*, *précité*, note 73.

En 1889, lors de la conférence littéraire et artistique de Berne de 1889, Numa Droz expose une nouvelle fois la nécessité d'intervenir[101]. Il sera entendu 9 ans plus tard, en 1908.

L'article 13(1) alinéas 1 et 2 de l'Acte de Berlin énonce que :

> Les auteurs d'œuvres musicales ont le droit exclusif d'autoriser :
>
> 1- l'adaptation de ces œuvres à des instruments servant à les reproduire mécaniquement ;
> 2 - l'exécution publique des mêmes œuvres au moyen de ces instruments

La Convention met ainsi fin aux incertitudes tant au chapitre du droit de reproduction qu'à celui du droit d'exécution publique.

L'article 13(3) prévoit également que les États de l'Union peuvent apporter dans leur législation interne des réserves ou des restrictions aux droits prévus aux alinéas 1 et 2. Il s'agit ici d'une possibilité de dérogation au bénéfice des pays signataires qui peuvent « s'évader » de la prescription de l'article 13 en mettant en place un régime de licence légale[102]. Précisons également que l'article 13 n'a pas d'effet rétroactif et ne s'applique pas aux œuvres qui ont été reproduites licitement avant la mise en œuvre de ce droit de reproduction mécanique. De tout évidence l'article ne s'applique qu'aux airs de musique, les autres œuvres littéraires, artistiques et musicales étant « naturellement » protégées par les dispositions de l'article 4. On retrouve l'article 13 tel quel dans l'Acte de 1928.

L'intervention du législateur de Berne règle en partie seulement la question des instruments mécaniques. En effet, au niveau national, et du fait de la jurisprudence qui a pu se développer préalablement à son adoption, l'article 13 a été transposé avec plus ou moins de rigueur. En fait, des pays étudiés, seule la France maintiendra l'application du droit exclusif. Un projet de loi de 1936 fait déjà état de l'application inconditionnelle du droit de reproduction à l'édition sonore. Son article 17 comportait l'énoncé suivant : « le droit

---

[101] « On a réservé la question au point de vue des « orgues de Barbarie » et des boîtes à musique; mais depuis lors, par suite des progrès de la mécanique, on a fabriqué des appareils qui réalisent de véritables atteintes au droit d'auteur. Il s'agit d'interpréter l'art. 3 ainsi que l'a fait avec beaucoup de prudence la Cour suprême de Leipzig, de telle manière que cet article ne soit pas étendu inconsidérément à tous les instruments reproduisant des airs de musique », cité dans, E.-H. PERREAU, (1907), *loc. cit.*, note 91, p. 598.

[102] H. DESBOIS, « L'évolution des droits de l'auteur en matière de reproduction et d'exécution publique », *loc. cit.*, note 81, p. 6, note 2.

d'auteur de l'édition imprimée comporte aussi, au profit de l'auteur, le droit exclusif d'autoriser : 1° l'enregistrement phonique de ses œuvres »[103]. Le droit anglais se prévaudra quant à lui des réserves de l'article 13(3).

Il faut, enfin, isoler le cas des États-Unis, non membre de l'Union.

c) Les solutions nationales

Voyons les droits anglais (1) puis canadien (2), droits fort similaires, avant de revenir au droit français mais pour la période de 1866 à 1917 cette fois (3). Nous terminerons par l'étude du droit américain (4).

1) Le droit anglais

En Angleterre, les tribunaux refuseront de voir dans la fabrication de boîtes à musique la commission d'un acte de contrefaçon au titre du droit de reproduction[104]. L'interprétation restrictive de la loi bénéficie donc largement aux industries mécaniques.

Rappelons au préalable que la loi d'*Anne* de 1710 vise uniquement les *livres*[105]. La formulation n'aide donc pas l'interprétation. La notion de livre renvoie clairement à un objet physique non à un *type* général d'oeuvre. Le texte de la loi empêche toute extrapolation au sujet du régime juridique des instruments mécaniques. La législation française de 1793 souffrait d'ailleurs de la même rigueur terminologique, de la même rigidité technique puisqu'elle concernait les *éditions gravées ou imprimées*. Les tribunaux français trouveront pourtant le moyen de s'écarter du texte et d'élaborer une interprétation libérale en assimilant la méthode mécanique d'exécution de l'œuvre sonore à une *édition* contrefaisante. Le droit anglais, de par sa nature, interdisait une telle ouverture.

---

[103] *Id.*, p. 7.
[104] *Boosey and Co.* v. *Whight and Co.*, *précité*, note 97, (appel prononcé par Lindley, *Master of the Rolls*).
[105] *An Act for the Encouragement of Learning by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies, During the Times therein Mentioned*, 8 Anne c. 19 (1710) (R.-U.).

Le sort des œuvres musicales n'est pas meilleur. Elles sont rapportées à la législation anglaise par un texte tout aussi rigide et ce, malgré plusieurs amendements. La loi de 1842 introduit la partition musicale (*sheet of music*) - et non l'œuvre musicale - à la liste des œuvres protégées, ce qui n'offre, on le comprendra, qu'une protection limitée à l'auteur[106]. Reste, de plus, que les recours qu'elle prévoit sont inadaptés aux nouvelles formes d'exécution. Ils demeurent restreints au droit d'autoriser ou d'interdire l'impression (*printing*), la réimpression (*reprinting*) et la multiplication des copies (*multiplying copies*). Nul doute que la reproduction mécanique n'avait pas été envisagée par le législateur de 1710. Il vient tout juste d'en prendre conscience en 1842.

Le cas des instruments mécaniques est porté à la connaissance des tribunaux anglais à la fin du XIX[ième] siècle à l'occasion de la célèbre affaire *Boosey and Co.* v. *Whight and Co.*[107]. Saisis de faits similaires à ceux de l'affaire *Lépée*, les premiers juges décident que les rouleaux des pianos mécaniques ne peuvent pas être assimilés à des partitions de musique au sens de l'article 2 du *Copyright Act* de 1842. Les rouleaux, en principe, ne rentrent pas non plus sous la qualification de « livre », notion définie en ces termes : « in the construction of this act the word « book » shall be construed to mean and include every volume, part or division of a volume, pamphlet, sheet of letter-press, sheet of music, map, chart, or plan [...]»[108]. Dans des motifs fort similaires à ceux exprimés par le tribunal de Rouen, la Cour anglaise de première instance énonce que :

> The Copyright conferred by that Act [of 1842] appears to me to be the exclusive liberty of multiplying copies of something in the nature of a book. The rolls so far as they contain perforations are in fact used simply as parts of a machine for the production of musical sounds, not for the purpose of a book[109].

Il nuance toutefois son jugement en ce qui concerne les parties des rouleaux qui comportent des écritures. La reproduction de mots serait alors constitutive de contrefaçon :

---

[106] Article 2, *An Act to Amend the Law of Copyright*, 5 & 6 Vict., c. 45 (1842) (R.-U.), (ci-après, *Copyright Act*, (1842) (R.-U.)).

[107] *Boosey and Co. v. Whight and Co*, *précité*, note 97.

[108] Article 2, *Copyright Act*, (1842) (R.-U.).

[109] *Boosey and Co. v. Whight and Co.*, (1899) 1 *Ch.* 836; 80 *L.T. Rep.* 561, p. 563 (High Court of Justice, Chanc. Div.). Suivant une décision antérieure refusant la qualification de livre à un modèle de manche pour une robe. *Hollinrake* v. *Truswell*, (1894) 71 *L.T.* 419 (Appeal from the Chanc. Div.).

> In my judgment the Act of 1842 fairly construed does not prevent the defendants from making or selling these rolls so far as they contain perforations. I think, however, that in adding to them words taken from the plaintiff's music sheets for the purpose of indicating to the player on the instrument the pace and expression at and with which the music ought to be played, the defendants have gone beyond their rights [...][110]

Enfin, le juriste anglais semble délaisser la notion d'*exécution* qui avait été justement retenue par la Cour d'Orléans dans l'affaire *Lépée*[111]. La finalité des instruments est pourtant bien de communiquer l'œuvre au public ou, oserons-nous dire déjà, de les distribuer !

La Cour d'appel suivra pour l'essentiel l'interprétation de la cour de première instance[112]. Mais surtout, elle rejette l'argument des requérants voulant que le droit anglais connaisse un droit de reproduction mécanique aux seuls motifs que la Convention de Berne avait expressément exempté les instruments de musique de l'application du droit d'auteur[113].

Essuyant ce premier échec, auteurs et éditeurs poursuivront leurs actions sur d'autres fondements. En 1907, c'est le *Musical (Summary Proceedings) Act* de 1902 qui sera

---

[110] *Id.*, p. 564. Ce dispositif sera confirmé en appel.

[111] Le droit de représentation introduit par une loi de 1833 n'a jamais été considéré. *An Act to amend the Laws relating to Dramatic Literary Property*, 3 & 4 Will. 4., c. 15 (1833) (R.-U.). La loi, il est vrai, visait spécifiquement les « tragedy, comedy, play opera, farce, or any other dramatic piece or entertainment ». Son application semble dès lors fort limitée et on peut comprendre qu'elle exclut derechef les exécutions sonores. La loi de 1842 refond l'ensemble des précisions apportées dans les lois antérieures dont celle de 1833. On retrouve ainsi une définition de « dramatic piece » à son article 2. Voir, article 2, *Copyright Act*, (1842) (R.-U.).

[112] *Boosey and Co. v. Whight and Co.*, (1900), *précité*, note 97. Tout en confirmant que les instruments de musique ne contreviennent pas aux droits du compositeur, la cour reprend le dispositif de première instance et ordonne au fabricant de remettre toutes les parties des rouleaux qui contiennent les mots, lettres, ou signes copiés de la partition musicale. Le terme de « livres » ou « books » dans la loi a restreint le juge dans son interprétation dans d'autres occasions. Antérieurement à la décision *Boosey*, il avait été décidé que la présentation extérieure d'un baromètre, même orné de lettres d'imprimerie ne pouvait pas être considérée comme un livre. Le demandeur avait tenté d'obtenir la protection de 14 ans de la loi sur le droit d'auteur pour son invention, ce qui lui a bien entendu été refusé. *Davis c. Comitti*, (1885) 52 *L.T.* 539. Les motifs du juge Chitti sont toutefois peu clairs, on en conviendra : « As a matter of fact, the face [of the barometer - nous ajoutons] has never been separately published, or in any manner used as a separate publication. [...] I hold that it is not a sheet or letterpress or chart separately published, and therefore not a book within the meaning of the Act. [...] The necessity of delivering the barometer as the whole book reduces the plaintiff's argument to an absurdity ».

[113] L'argument des requérants peut se lire ainsi : « The express exclusion of mechanical music from the operation of the Berne Convention leads to the inference that such music would be included in the Copyright Acts in the absence of an express provision to the contrary. The protection of the Act of 1842 extends to every record which is capable of being translated into sound; [...] », *id.*, p. 572

invoqué, sans plus de succès[114]. Puis, en 1912, dans une affaire *Monckton* v. *Gramophone Company*, un compositeur introduira une action similaire, cette fois sur le fondement de la *common law*, afin de faire reconnaître son droit d'édition musicale[115]. L'action sera soumise à la loi de 1842 et non à celle de 1911 qui avait été mise en conformité avec le texte de l'article 13 de la Convention de Berne et qui aurait pu permettre d'accueillir l'action. La demande sera donc une nouvelle fois rejetée et par le tribunal de première instance et par la Cour d'appel. Reproduisons les conclusions du juge du fond, le juge Joyce, qui seront intégralement reprises en appel :

> This is a question of musical copyright. It is not a question at all as to performing rights, but as to the matter of reproduction. It is a claim brought by the author - the composer perhaps I ought to say - of a song after publication of that song to the world, and the public sale of it in the usual way by the plaintiff. It seems to me that he seeks by this action to get, not the precise right that was claimed in Boosey v. Whigh (81 L. T. Rep. 571 ; (1900) 1 Ch. 122), but practically the same right as was sought to be enforced in that case, and as to which it was decided no statute gave any such right.

---

[114] *Newmark* v. *The National Phonograph Co., Ltd.*, (1907) 23 *T.L.R.* 439. Le demandeur, comédien et titulaire enregistré des droits dans l'oeuvre intitulée « The Paralytic Hotel », poursuit le fabricant et distributeur des enregistrements phonograhiques de ladite oeuvre. La technique était celle récente du phonogramme, technique décrite par le juge comme suit : « The cylinder is made to revolve; the irregularities on its surface cause the needle in contact with it to vibrate; the vibrations transmitted to the diaphragm cause it to give out sounds corresponding with those originally received ». Le juge Sutton, suivant *Boosey* v. *Whight,* déboute le plaignant au motif que l'enregistrement ne peut être qualifié de partition musicale au le sens de la loi. La loi avait pourtant été amendée au sujet des oeuvres musicales par *An Act to amend the Law relating to Musical Copyright*, 2 Edw. 7, c. 15 (1902) (R.-U.). Il faut croire que ces modifications législatives étaient restées insuffisantes. L'article 3 de la loi de 1902 énonce que : « « Musical copyright » means the exclusive right of the owner of such copyright under the Copyright Act in force for the time being to do or to authorise another person to do all or any of the following things in respect of a musical work : -

(1) To make copies by writing or otherwise of such musical work.
(2) To abridge such musical work.
(3) To make any new adaptation, arrangement, or setting of such musical work, or of the melody thereof, in any notation or system. »

La loi de 1902 sera encore modifiée en 1906 par *An Act to amend the Law relating to Musical Copyright*, 6 Edw. 7, c. 36 (1906) (R.-U.). La loi modificatrice prévoit cette fois que les empreintes peuvent être saisies au même titre que les oeuvres contrefaites mais exclut expressément les instruments mécaniques de son application. Article 3 : « [...] Provided that the expressions « pirated copies » and « plates » shall not include perforated music rolls used for playing mechanical instruments, or records used for the reproduction of sound waves, or the matrices or other appliances by which such rolls or records respectively are made ».

[115] *Monckton v. Gramophone Co. Ltd.*, (1912) 106 *L.T.* 84. Auparavant, d'autres s'étaient essayés, sans plus de succès.

> Putting aside any question as to the performing rights, it appears to me to be settled, whether we like it or not, that after publication to the world in the way in which this song - the words and music - have been published, there is no copyright of any kind in the work except in so far as that right is given by statute.[116]

Ces décisions eurent pour effet direct de favoriser, pour un temps au moins, la production des instruments mécaniques[117]. Cette situation de libre commerce est aménagée par la loi de 1911 qui met en place un système de licence obligatoire. Inspiré du droit américain, ce mécanisme compensatoire est garanti par la clause de réserve 13(2) de l'Acte de Berlin de la Convention de Berne.

Il faut préciser que le projet de révision avait été à l'étude depuis un certain temps déjà. Un Comité du droit d'auteur avait été constitué en 1910 afin de mener à terme la réforme de la loi anglaise. Le projet initial était largement favorable aux auteurs. Il contient déjà une version similaire de l'article 1(2)(d) que l'on retrouve à la loi de 1911[118] et qui pose le principe du droit exclusif de reproduction mécanique. Selon la première version du texte, toute reproduction mécanique devait être soumise aux droits de l'auteur. La formule alerte les exploitants et les industriels. Ces derniers s'adressent alors directement à la Chambre des communes pour obtenir la garantie que leurs activités ne seront pas gênées par l'exercice du droit exclusif et proposent l'adoption du modèle de licence légale adoptée aux États-Unis en 1909[119].

En réalité, les revendications des exploitants sont du même ordre que celles des éditeurs au XVIII^{ième} siècle, elles concernent l'économie du droit et non le droit lui-même. Leur principale préoccupation n'est pas tant la protection de l'auteur ou du compositeur que la réglementation de l'industrie de la distribution des oeuvres. Les auteurs britanniques Copinger et Skone James expliquent très bien ce phénomène :

---

[116] La décision de première instance est reproduite dans le jugement d'appel. *Monckton v. Gramophone Co. Ltd.*, *id.*, p. 84.

[117] « Upon the assumption that the case of *Boosey* v. *Whight* correctly expounded the British copyright law, a very large industry in the manufacture of these mechanical devices was built up in this country », W. A. COPINGER et F. E. SKONE JAMES, *Copinger on the Law of Copyright*, 6^{ième} éd., (1927), *op. cit.*, note 18, p. 225.

[118] Article 1.(2)(d) : « 1. - (2) For the purpose of this Act, « copyright » [...] shall include the sole right, (d) in the case of a literary, dramatic, or musical work, to make any record, perforated roll, cinematograph film, or other contrivance by means of which the work may be mechanically performed or delivered ».

[119] Article 1(e), *An Act To amend and consolidate the Acts respecting copyrights*, 35 Stat. 1075 (1909) (É.-U.); (ci-après, *Copyright Act*, (1909) (É.-U.)).

> In fairness to the manufacturers, it should be said that they all willingly recognised that some remuneration was due to composers whose works were adapted to mechanical reproduction, their chief fear being that, if composers were allowed unlimited powers either to permit or prohibit the reproduction of their works by these means, the result might be that the largest and wealthiest firms engaged in the industry would be able to obtain a monopoly in the most popular works to the prejudice of their smaller competitors in business[120]

Les doléances des exploitants sont finalement entendues par la Chambre des Communes[121]. L'article 19 du *Copyright Act* 1911 - maintenu par la suite dans la loi de 1956[122] puis abrogé en 1988[123] - est le résultat de ces compromis. Le droit exclusif de l'auteur (art. 1(2)(d)) est limité dans son exercice. Dès lors que l'auteur a autorisé la confection d'une empreinte, il ne peut plus s'opposer aux reproductions mécaniques de son œuvre musicale[124]. Ce principe libère donc la concurrence en matière de fabrication d'instruments et d'empreintes en tout genre puisqu'il invalide le mécanisme des licences exclusives. Deux conditions

---

[120] W. A. COPINGER et F. E. SKONE JAMES, *Copinger on the Law of Copyright*, 6ième éd., (1927), *op. cit.*, note 18, p. 225. Le juriste français Escolier vantera d'ailleurs pour cette raison le système de la licence obligatoire alors inconnu de la législation française. En 1930 il écrit que « [...] les petits fabricants sont mal protégés sous un régime de liberté. Les grandes firmes, qui ont les moyens de verser aux auteurs des droits très élevés, facilement amortissables grâce à l'importance de leur chiffre d'affaires, s'assurent, par contrat, l'exclusivité de toutes les œuvres connues. La petite industrie, si florissante dans certains pays, tels que la France, sera vouée à la ruine. Les détenteurs de monopole pourront, une fois leurs derniers concurrents supprimés, imposer au public des prix forts élevés, inabordables même, pour des gens peu fortunés. Ils pourront également former des trusts, boycotter les auteurs qui refuseraient de souscrire à leurs exigences. [...] ». Pour Escolier, non seulement la licence permettrait d'éviter l'abus de droits, mais éliminerait les mauvais enregistrements en incitant les fabricants à soigner leurs produits pour se distinguer de la concurrence. Par ce fait, le droit moral serait alors mieux garanti. M. ESCOLIER, *Les instruments musico-mécaniques et le droit d'auteur*, *op. cit.*, note 70, p. 21.

[121] *Id.*, p. 225.

[122] Article 8, *An Act to make new provision in respect of copyright and related matters, in substitution for the provisions of the Copyright Act, 1911, and other enactments relating thereto; to amend the Registered Design Act, 1949, with respect to designs related to artistic works in which copyrights subsists, and to amend the Dramatic and Musical Performer's Protection Act, 1925; and for purposes connected with the matters aforesaid,* 4 & 5 Eliz. C. 74 (1956) (ci-après, *Copyright Act*, (1956) (R.-U.)).

[123] K. GARNETT, J. RAYNER JAMES, G. DAVIES, *Copinger and Skone James on Copyright*, 14ième éd, (1999), *op. cit.*, note 32, p. 1547.

[124] *Id.*, p. 225. Le droit de reproduction mécanique est acquis nonobstant l'autorisation de l'auteur de l'œuvre dès lors que des « organes » (« contrivances » en anglais) ont été fabriqués avec l'autorisation de l'auteur et qu'un avis de fabrication lui ait été adressé. Le droit de reproduction mécanique donne droit au versement de tantièmes (article 19(3), *An Act to amend and consolidate the Law relating to Copyright*, 1-2 Geo. V c. 46 (1911) (R.-U.), ci-après, *Copyright Act*, (1911) (R.-U.)). Le régime de l'article 19 est soumis à d'importants tempéraments relativement à la reproduction d'œuvres publiées avant le 1er juillet 1912, ceci afin d'éviter les effets de la rétroactivité. *Id.*, p. 238 et s.

supplémentaires sont imposées aux fabricants. D'abord, il doit avoir donné notification aux titulaires du droit d'auteur de la fabrication de l'instrument ou de l'empreinte[125]. Il doit ensuite payer les sommes prévues à la loi[126].

> However distasteful this « royalty clause » may be to composers, they must nevertheless admit that, if the case of *Boosey* v. *Whight* correctly expounded the old law, their position has been clearly improved by the new Act.[127]

Et il est vrai que le législateur a pris soin d'accueillir, en parallèle, des revendications d'ordre *quasi extrapatrimonial.* La loi confère en effet à l'auteur le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute modification de son œuvre afin que l'enregistrement soit le plus fidèle possible de l'originale, dans la mesure, bien entendu, des possibilités techniques de reproduction et de restitution. Il s'agit là d'une limite importante et intelligente aux activités des fabricants[128].

Paradoxalement, cependant, en vertu de la loi de 1911 la protection des enregistrements est plus étendue que celle prévue pour les œuvres elles-mêmes. En effet, le système de la licence légale vise expressément les œuvres musicales, littéraires et dramatiques à l'exception expresse des organes au moyen desquels les sons peuvent être reproduits mécaniquement. « Records themselves are not, therefore, subject to the royalty system [...] »[129]. Ces organes font donc l'objet d'une protection indépendante. Le fabricant qui souhaite dès lors réaliser un enregistrement d'une œuvre devra le faire à partir de l'œuvre originale et non d'une première empreinte. En d'autres termes, il faudra qu'il réalise son propre enregistrement. Ce droit d'auteur dérivé subsistant dans l'enregistrement lui-même, au

---

[125] *Id.*, p. 232.

[126] *Id.*, p. 233. Les redevances sont, généralement, de 2,5 % du prix de vente au détail des enregistrements pour les deux premières années de l'application de la loi (article 19(3)a), puis de 5 %. En 1928, ces redevances passeront respectivement à 3,125 et 6,25 %. Annexe unique établissant les nouveaux tarifs, *An Act to confirm a Provisionnal Order of the Board of Trade relating to the rate of royalties on mechanical contrivances for the performance of musical works*, 18 & 19 Geo. 5, c. 52 (1928) (R.-U.).

[127] W. A. COPINGER et F. E. SKONE JAMES, *Copinger on the Law of Copyright*, 6ième éd., (1927), *op. cit.*, note 18, p. 226. Ce commentaire sera retiré des éditions subséquentes de l'ouvrage.

[128] Article 19(2)(i) : « nothing in this provision shall authorise any alterations in, or omissions from, the work reproduced, unless contrivances reproducing the work subject to similar alterations and omissions have been previously made by, or with the consent or acquiescence of, the owner of the copyright, or unless such alterations or omissions are reasonably necessary for the adaptation of the work to the contrivances in question [...] ».

[129] W. A. COPINGER et F. E. SKONE JAMES, *Copinger on the Law of Copyright*, 6ième éd., (1927), *op. cit.*, note 18, p. 229.

bénéfice de l'industriel, demeure une particularité des systèmes de *copyright*[130]. Il constitue, avant l'heure, un droit accordé aux auxiliaires de la création et que l'on retrouvera plus tard sous la dénomination de « droits voisins », droits qui feront l'objets de la Convention de Rome de 1961[131].

À ce stade on comprend que l'*industrie mécanique* peut reproduire, sous certaines conditions, les œuvres musicales sans autorisation de son ayant droit. Cette franchise n'altère cependant en rien les prérogatives de ce dernier au titre du droit d'exécution. Sur le modèle mis en place par la Convention, le droit anglais prévoit désormais son application concurrente et indépendante au droit de reproduction mécanique prévu aux articles 1(2)(d) et 19. De plus, pour compléter l'analyse des droits applicables, les articles 1(2) et 35 conjugués confirment définitivement la coexistence du droit d'exécution et des droits de reproduction[132]. Le premier se lit ainsi : « For the purposes of this Act « copyright » means the sole right, [...] to perform, [...], the work or any substantial part therof in public ; [...] ». Et la définition de « performance », continue sous l'article 35, finit de soustraire de la libre exploitation le jeu des instruments mécaniques en public : « « Performance » means any acoustic representation of a work and any visual representation of any dramatic action in a work, *including such a representation made by means of any mechanical instrument* (nos italiques) »[133].

---

[130] Il deviendra en 1956 un droit dans l'enregistrement sonore (« sound recording »). Voir l'article 12, *Copyright Act*, 1956 (R.-U.).

[131] *Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion*, Rome, 26 octobre 1961 (articles 10 et suivants). Cinquante ans plus tôt, les exploitants avaient fait valoir leur droit à une protection efficace de leur industrie : « Evidence was given before the British Copyright Committee, 1910, that manufacturers of rolls and discs were in habit to suffering considerable injury from having their rolls or discs pirated by other manufacturers. The original manufacturer might expend considerable skill and money in adapting a work for mechanical reproduction or in hiring a band or singer to play or sing with a view to the making of the record, and then another manufacturer, without incurring any such labour or expense, might copy the first record, either directly or indirectly, from the original », *id.*, pp. 239-240.

[132] W. A. COPINGER et F. E. SKONE JAMES, *Copinger on the Law of Copyright*, 6ième éd., (1927), *op. cit.*, note 18, p. 227.

[133] Dans l'affaire *Newmark*, la problématique de l'exécution avait été abordée très brièvement. Le demandeur avait invoqué le fait que les fabricants mettent en vente des enregistrements dont l'objet est essentiellement de servir à une interprétation musicale et donc à une exécution sonore que seul l'auteur peut autoriser. La Cour n'examinera pas ce point, mais on notera le contre argument des défenderesses : « [...] with regard to the question of performance, there was no evidence here of any performance whatever, unless the mere act of selling could be called a performance; and, further, to come within the Act a performance must be in public ». *Newmark* v. *The National Phonograph Co., Ltd., précité*, note 114, p. 439. On notera également, toujours à l'article 35 de la loi de 1911, la définition de « Delivery » : « in relation to a lecture, includes delivery by means of any mechanical instrument ».

À l'instar des autres pays étudiés, on semble alors peu prévenant quant aux difficultés qu'engendre l'asymétrie des droits en cause. L'exercice du droit de reproduction *lato sensu* est d'abord soumis au consentement de l'auteur tandis que celui, *stricto sensu*, de reproduction mécanique est assujetti au paiement d'une redevance fixée par la loi. Le régime du droit d'exécution publique se complique également. La libération du droit de fabrication n'exonère pas l'exploitant d'obtenir l'autorisation de l'auteur au titre du droit d'exécution publique. Cette solution n'était pas évidente à l'époque d'abord parce qu'elle oblige à distinguer deux sujets de droits, le fabricant et l'exploitant, personnes dont la loi s'était jusqu'alors peu souciée. Ensuite, le droit a appréhendé les utilisations mécaniques des œuvres principalement à travers le droit de reproduction, délaissant largement l'analyse du droit d'exécution. Enfin, le droit d'exécution sonore fera l'objet d'une gestion collective (licence volontaire) à partir de 1914 par une société privée, la *Performing Right Society Ltd.*[134] La collectivisation des droits emporte nécessairement une réglementation plus détaillée ne serait-ce pour préciser les pouvoirs qui seront délégués à l'organisme au titre de l'homologation ou du contrôle des tarifs. Le régime des droits est dès lors grandement compliqué.

La technologie force donc déjà à des raffinements poussés de la pensée juridique :

> It is, however, difficult to see how the record, as distinct from the music which it reproduces, can be performed in public and it is the record only and not the music which is the property of the manufacturer. The copyright conferred upon the record is, however, subject to the rights of the owner of the copyright in the original composition which has been adapted, except in so far as those rights have been interfered with by the express terms of the Act. For instance, a person who has manufactured a record under the compulsory powers of section 19(2) does not obtain the right to authorise, as against the owner of the copyright in the original work, a public performance of the work by means of the record, notwithstanding that by virtue of section 1(2) the right of public performance is given to the owner of the copyright in the record. [...] If the purchaser of a record gives public performance by means of the record he may, therefore, be exposed to two actions, one at the suit of the owner of the

[134] À l'origine d'ailleurs et actionnaire de la *Canadian Performing Right Society Ltd*, qui deviendra en 1990, la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique. Voir, notamment, Commission royale, *Commission royale sur les Brevets, le Droit d'auteur, les Marques de Commerce et les Dessins industriels, Rapport sur le droit d'auteur*, Ottawa, Edmond Cloutier, 1958 (ci-après : « le Rapport Isley »), pp. 107-111.

> performing rights in the original work, and the other at the suit of the owner of the performing rights in the record[135]

On le voit, dans chacune de leur application spécifique, ces droits visent des personnes différentes soit, respectivement, l'auteur, le premier éditeur sonore, le propriétaire d'un nouvel enregistrement et enfin, la personne responsable de l'exécution publique. La casuistique se complexifie. Mais ce n'est pas tout. Non seulement tente t-on d'appréhender la *distribution* de l'œuvre dans sa forme immatérialisée (exécution), mais, comme par le passé, le droit d'auteur va continuer d'être invoqué pour contrôler la *distribution* des enregistrements. On se souviendra, pour mémoire, que le droit de vendre (*to sell*) a disparu du dispositif général de la loi anglaise depuis 1842. Seuls demeurent les droits d'imprimer, de réimprimer et de multiplier les exemplaires des oeuvres. Le droit de vendre apparaît seulement dans la définition des recours en importation et plus généralement dans la définition de contrefaçon de telle sorte que la vente peut être interdite par l'auteur principalement dans le cas où la copie visée a été fabriquée sans autorisation. Malgré tout, le droit d'auteur va continuer à montrer des signes évidents d'attraction vers le contrôle du sort de l'exemplaire hors de toute application stricte du droit de reproduction. En 1912, dans l'affaire *Monckton* v. *Pathé Frères Pathephone, Ltd.*[136], la Cour d'appel va condamner les défenderesses pour avoir mis en vente des enregistrements de l'œuvre du demandeur alors même qu'ils avaient été fabriqués avant l'entrée en vigueur de la loi de 1911 et constituaient donc des copies licites de l'oeuvre. Il est vrai que le litige posait des questions plutôt difficiles quant à l'application de la loi de 1911 dans le temps. Mais, ainsi que le notera Skone James, la décision d'appel relance le débat sur les limites du droit d'auteur, sur sa réelle substance. En 1927, l'auteur s'interroge : « the real difficulty seems to arise from the fact that the sole right of selling copies of his works is not part of the general copyright of an author accorded to him [...] »[137].

La tension intrinsèque du droit d'auteur vers sa fonction de distribution réapparaît donc invariablement.

---

[135] W. A. COPINGER et F. E. SKONE JAMES, *Copinger on the Law of Copyright*, 6ième éd., (1927), *op. cit.*, note 18, p. 241.

[136] *Monckton* v. *Pathé Frères Pathephone,Ltd,* (1914) 1 *K.B.* 395.

[137] W. A. COPINGER et F. E. SKONE JAMES, *Copinger on the Law of Copyright*, 6ième éd., (1927), *op. cit.*, note 18, p. 240. On notera dès à présent que la question du contrôle de l'auteur sur les copies avait été soulevée dans deux arrêts, en 1862 puis 1869, respectivement les affaires *Howitt* v. *Hall*, (1862) 6 *L. T.* 349 (Q. B.) (injonction contre l'éditeur refusée, vente par l'éditeur d'un inventaire de livres après que le droit de

2) Le droit canadien

Le droit canadien ne se distingue guère du droit anglais. Il ne s'agit pas ici d'un jugement de valeur, mais d'une observation historique qui repose sur nos précédents développements. Il suit ainsi les dispositions générales de la Convention de Berne aussi bien dans son principe que dans l'adhésion au tempérament de l'article 13(3) de cette Convention. Il reprend donc l'essentiel des dispositions de la loi anglaise de 1911[138]. D'une part, l'article 3(1)d) de la loi de 1921 réserve le droit de l'auteur de « confectionner toute empreinte, tout rouleau perforé, film cinématographique ou autres organes quelconques, à l'aide desquels l'œuvre pourra être exécutée ou représentée ou débitée mécaniquement ». D'autre part, on retrouve la version canadienne de l'article 19(2) du *Copyright Act* (1911), l'article 18 de la loi de 1921[139], qui prévoit en substance que « ne sera pas considéré comme une violation du droit d'auteur sur une œuvre musicale, littéraire ou dramatique, le fait de confectionner, au Canada, des empreintes, rouleaux perforés ou autres organes à l'aide desquels l'œuvre pourrait être exécutée ou représentée mécaniquement, [...] »[140]. Il s'agit ici du droit de reproduction mécanique. Outre les différences de tarifs et de calculs (deux cents par empreinte ou rouleau perforé ou autre organe au lieu des 6,25 pour cent du prix de détail), le régime de la licence est semblable au modèle anglais.

La forme et le prix de la redevance demeureront longtemps inchangés, ce qui contribua à rendre la formule rapidement désuète et presque impopulaire. Boncompain écrit en 1971 que « cette rémunération est doublement critiquable. D'une part, parce que depuis 1921 la monnaie s'est dépréciée, d'autre part parce qu'il n'est pas tenu compte de la durée de

---

vendre prévu au contrat d'édition ait expiré) et, sur des faits similaires, *Taylor* v. *Pillow*, (1869) 7 *L. R* 421 (Equ.).

[138] Jacques BONCOMPAIN, *Le droit d'auteur au Canada*, Ottawa, Le Cercle du Livre de France, 1971, p. 234. L'auteur rapporte les raisons de l'adoption du régime de licence : « La liberté de reproduction avait favorisé l'apparition de nombreux fabricants d'enregistrements. Subordonner la reproduction d'une œuvre à l'autorisation de son auteur, c'était réduire le volume des œuvres qui pouvaient être reproduites. C'était, aussi, favoriser les sociétés les plus puissantes, qui seules pourraient offrir aux auteurs des redevances élevées et, ainsi, monopoliser les œuvres disponibles pour la reproduction ». *Id.*, p. 234.

[139] Qui prendra le numéro 19 en 1927, *Statuts révisés* de 1927, *Loi du droit d'auteur*, S.R.C. c. 32 (1927).

[140] « As beneficiaries of an exclusive mechanical reproduction right, authors could now set the terms governing the first sound recording of their work and could obtain royalties from its exploitation. At the same time, because of the compulsory licence, as soon as the first recording was made, anyone could make their own recording of the work without the copyright owner's consent, but on condition that they paid the owner royalties as prescribed by the Act », Sylvi PLANTE, « The Compulsory Mechanical Reproduction Licence in Canada », (1987) 3 *I.P.J.* 160, p. 163. Pour une description détaillée du mécanisme de la licence obligatoire avec un aperçu des modifications législatives proposées par le rapport Isley, voir le *Rapport Isley*, pp. 72-78.

l'enregistrement »[141]. L'auteur soulignera également que le système pénalise le premier éditeur, les « découvreurs »[142], celui qui procède à l'enregistrement initial. Il lui revient en effet de négocier les termes de l'enregistrement avec l'auteur alors que ses concurrents doivent simplement se conformer au paiement des redevances, somme toute minimes, prévues par la loi[143].

On remarquera que la formulation de l'article 18 de la loi canadienne, tout comme son équivalent, l'article 19(2) de la loi anglaise, nourrit la contradiction entre l'acte de reproduction et celui d'exécution; le premier conditionnant l'autre. L'article 3(1)d), au même titre que l'article 1(2) de la loi anglaise, introduit un droit distinct d'exécution publique au profit de l'auteur. Ici rien de surprenant. Toutefois, l'article 18(1) qui répond fidèlement à l'article 19(2) de la loi anglaise et qui traite de la dérogation dont jouissent les fabricants d'instruments mécaniques parle « d'empreintes, rouleaux perforés ou autres organes à l'aide desquels l'œuvre pourra être *exécutée ou représentée mécaniquement* (nos italiques) »[144]. L'acte appréhendé est celui de reproduction mais, nous explique encore le législateur, il a un but précis, celui d'exécuter ou de représenter l'œuvre. Les activités de reproduction et d'exécution sont donc intimement liées. On voit d'ailleurs poindre, à travers le droit canadien, la convergence des moyens techniques en raison de l'emploi des enregistrements, des disques plus particulièrement, pour d'autres formes de communication au public. En 1931, par exemple, la définition des droits d'auteur est amendée afin de couvrir spécifiquement les actes d'exécution publique par transmission radiophonique[145].

L'éclatement de l'unité conceptuelle du droit d'auteur sous l'effet des nouvelles formes d'utilisation des œuvres apparaît encore dans la position française moderne.

3) Le droit français de 1866 à 1917

---

[141] J. BONCOMPAIN, *Le droit d'auteur au Canada*, *op. cit.*, note 138, p. 235
[142] *Id.*, p. 236.
[143] *Id.*, p. 235.
[144] L'article 19(2) *Copyright Act*, (1911) (R.-U.) se lit ainsi : « It shall not be deemed to be an infringement of copyright in any musical work for any person to make within the parts of His Majesty's dominions to which this Act extends records, perforated rolls, or other contrivances by means of which the work may be mechanically performed, [...] ».
[145] *Loi modifiant la Loi du droit d'auteur*, 21-22 Geo. V c. 8 (1931), article 3.

En France, la fabrication des instruments mécaniques reste paralysée pendant quelques années, jusqu'en 1866. Cette année-là, le gouvernement du Second Empire fait voter par les Chambres la loi du 16 mai qui permet la fabrication et la vente des instruments de musique mécaniques, orgues de barbarie et autres instruments analogues[146]. La loi répond ainsi à la jurisprudence *Lépée* en l'invalidant. Il semble également qu'elle soit une concession faite à la Suisse qui avait demandé de manière répétée la libre admission en France des produits de ses industries[147]. Cette loi sera vivement contestée. Favorables aux exploitants, les éditeurs cherchent à s'y soustraire par tous moyens. Ils trouveront d'ailleurs quelques satisfactions devant les tribunaux en plaidant la non application du texte de loi dans en cas de reproduction des airs de musique avec paroles. Le texte de 1866, en effet, ne visant que la reproduction des airs de *musique* on pouvait soutenir que les chansons et les récitations pouvaient en être exclues. Le cas des instruments mécaniques revient donc devant les tribunaux français en 1903. La revendication porte cette fois sur la reproduction d'airs de musique avec *paroles*. La botte fait mouche. En 1905, quarante-deux ans après la décision de la Cour d'Orléans, la Cour de Paris réaffirme le principe selon lequel l'impression d'une œuvre sur les disques ou des cylindres en vue de sa reproduction par le phonographe ou le gramophone constitue une véritable édition au sens de la loi française et requière donc l'autorisation de l'ayant droit[148]. Infirmant en partie le jugement du tribunal civil de la Seine du 6 mars 1903, la Cour, rétablissant l'ancienne jurisprudence, conclut que l'exonération de la loi de 1866 ne peut être invoquée que pour la musique sans paroles :

---

[146] Cette loi comportait un seul article : « La fabrication et la vente d'instruments servant à reproduire mécaniquement des airs de musique qui sont du domaine privé, ne constituent pas le fait de contrefaçon musicale prévu et puni par la loi du 19 juillet 1793, combinées avec les art. 425 et s. du C. pénal ». Il est permis de penser que la rédaction de l'article 3 du protocole de clôture à la Convention de Berne signée en 1886 reprend pour l'essentiel cette loi impériale française. Cet article dispose en effet que « Il est entendu que la fabrication et la vente des instruments servant à reproduire des airs de musique empruntés au domaine privé ne sont pas considérés comme constituant le fait de contrefaçon musicale ». E.-H. PERREAU, « Examen doctrinal - L'inscription sur des disques ou cylindres gramophoniques ou phonographiques d'airs de musique avec paroles est-elle une contrefaçon littéraire ou artistique ? », *loc. cit.*, note 91, pp. 596-597.

[147] « Cette loi a été au premier chef une loi de circonstance. Elle n'a été présentée aux Chambres par le Gouvernement que pour tenir la promesse qui avait été faite dans le traité franco-suisse du 30 juin 1864 (promulguée les 28 nov.-10 déc. 1864, D. P. 64.4.125), de soustraire aux poursuites en contrefaçon les reproductions d'airs de musique effectuées à l'aide d'instruments mécaniques ». Ch. CLARO, note sous Cour de Paris, 1er février 1905, Recueil Dalloz, 1907, II, 121, p. 121. Dans ce sens, M. ESCOLIER, *Les instruments musico-mécaniques et le droit d'auteur*, *op. cit.*, note 70, p. 37. Darras confirme également la concession politique faite au profit des industriels sur la proposition d'un ministre Suisse et note la résistance des Chambres qui faillit subir un échec. Il critique cette décision « antijuridique ». Des artistes tels Auber, Berlioz, Verdi, Rossini envoyèrent d'ailleurs une lettre au gouvernement afin de se plaindre de l'atteinte faite à leurs droits. Alcide DARRAS, *Du droit des auteurs et des artistes dans les rapports internationaux*, Paris, Arthur Rousseau, 1887, p. 104.

[148] *Enoch et comp. et autres* c. *Comp. des gramophones, Compagnie des phonographes et autres*, Cour de Paris, 1er février 1905, *D.* 1907.II.127, confirmé par la Cour de cassation, Cour de cass., Ch. civ., 21 juillet 1908, *D.* 1908.I.405.

> L'inscription, sur les disques ou cylindres des phonographes ou gramophones, d'œuvres littéraires sans chant ou accompagnées de musique, appartenant aux appelants, quand cet enregistrement a été suivi de la vente et publication de ces disques ou cylindres ainsi impressionnés, est une atteinte au monopole d'exploitation commerciale des auteurs et de leurs cessionnaires.[149]

En Angleterre comme en France on s'interroge sur le droit applicable : le phonographe reproduit-il véritablement l'œuvre ou l'exécute t-il ? Il est en effet possible de soutenir, comme l'a fait d'ailleurs un tribunal belge dès 1906[150], que le texte de 1866 laisse intact le droit de représentation. Il faut avouer que l'examen du droit de représentation est d'une utilité toute relative si l'on cherche à condamner sous son chef les activités du fabricant : il serait en effet difficile de soutenir que le fabricant lui-même participe à l'exécution d'une œuvre en public.

Ce sont donc encore une fois les droits de reproduction, de fabrication ou de vente qui recevront toute l'attention. C'est d'eux et de leur interprétation que dépend l'industrie des instruments mécanique. À leurs sujets, Claro, dans la note qui accompagne la décision de la Cour de Paris, milite pour leur pleine application nonobstant l'exonération de 1866. Selon lui, la loi de 1866 est une loi spéciale et laisse intacte l'unité du texte de 1793. La *fabrication et la mise en vente* des instruments mécaniques doivent être soumises à l'autorisation de l'auteur car, écrit-il, « isolé le rouleau ou le disque ne constitue donc peut-être pas une *édition* au sens de l'art. 425 c. pén. Mais la disposition de cet article ne doit pas être séparée de celle du décret de 1793 qui ne vise pas seulement l'édition, *mais tout mode de vente, mise en vente ou distribution*. Ces modes, quels qu'ils soient, constituent une *édition* dans le sens large (nos italiques) »[151]. Ainsi, selon Claro, la loi de 1866 exempte la fabrication mais elle ne dispense pas de l'autorisation de l'auteur pour les actes de vente ou la distribution. Voilà une proposition qui nous rapproche un peu plus de notre théorie de la distribution. Il faut préciser que la jurisprudence ne semble pas avoir été inspirée par cette construction qui demeure donc doctrinale. Elle se limitera à une interprétation plus

---

[149] *Id.*, p. 127. Également, mais cette fois rejetant en totalité les prétentions des auteurs, *Massenet et Puccini* c. *Cie Générale des phonographes Pathé frères et Société Ullman*, Cour de Bruxelles, 20 décembre 1905, D. 1907.II.127.

[150] « Par ces motifs, disons en droit que l'exécution à l'aide d'instruments mécaniques des compositions musicales empruntées au domaine privé, ne peut avoir lieu sans consentement des auteurs », *X...* c. *Y...*, Tribunal de Paix de Laeken (Belgique), 5 juillet 1906, D. 1907.II.130.

[151] C. CLARO, note sous Cour de Paris, 1er février 1905, *précité*, note 147, p. 123.

contenue du texte de 1866 qui s'articulera autour de la distinction entre la musique avec paroles et celle sans paroles.

L'état du droit français jusqu'en 1917[152], date à laquelle la loi de 1866 sera abrogée, est donc à l'effet que la reproduction phonographique est libre pour les airs de musique proprement dits alors qu'elle redevient sujette à l'autorisation de l'auteur dès lors qu'il s'agit d'airs musicaux accompagnés de paroles. Perreau dénoncera la « lamentable anarchie » qui règne selon lui dans les décisions judiciaires[153].

La loi de 1917 est également l'expression d'un rejet du système de licence adopté en Angleterre comme aux États-Unis[154]. « Chose étrange ! » notera à ce sujet un contemporain de la loi[155], ce sont les *éditeurs* plus que les auteurs qui s'y opposeront. Chose étrange, car sous la glorieuse bannière du droit exclusif, la victoire a un goût amer pour les auteurs et compositeurs qui se voient ainsi privés totalement de rémunération en raison de la pratique des cessions totales des droits d'auteur au profit des éditeurs. Le manque à gagner durera plusieurs années avant qu'un système de gestion collective soit finalement mis en place. La réaction est presque chronique et ce qui se dit ici pour les instruments mécaniques vaut également pour les autres techniques :

---

[152] En adhérant à l'Acte de Berlin de la Convention de Berne, la France avait pris l'engagement d'abroger cette loi. *Loi du 10 novembre 1917* (« portant abrogation de la loi du 16 mai 1866 sur la fabrication et la vente des instruments de musique mécaniques »). La loi n'est pas rétroactive : (article 2) « Sera néanmoins licite la reproduction par des instruments de musique mécaniques, des airs de musique qui auront été adaptés à des instruments de cette nature avant la mise en vigueur de la présente loi ». On remarquera qu'il n'est fait aucune allusion aux airs avec ou sans paroles qui avaient déjà fait l'objet d'une jurisprudence protectrice de la part de la Cour de cassation. Voir à ce sujet, M. ESCOLIER, *Les instruments musico-mécaniques et le droit d'auteur*, *op. cit.*, note 70, pp. 82-92.

[153] E.-H. PERREAU, « Propriété artistique - Chronique législative du droit civil en 1913 », *loc. cit.*, note 94, p. 53.

[154] Ce système fait pourtant l'objet de sérieuses discussions en France. Le 26 décembre 1923 le député Iriart d'Etchepare présente à la Chambre un projet de loi destiné à établir un tel système. Le projet, rejeté sur une intervention de l'un des principaux éditeurs de musique, M. Dommange, se lisait ainsi : « Article premier. - Lorsque le titulaire du droit d'auteur sur une œuvre littéraire ou artistique aura adapté cette œuvre à un instrument permettant de la reproduire mécaniquement, ou aura autorisé un tiers à opérer cette adaptation, soit en France, soit à l'étranger, toute personne ayant en France son domicile ou y possédant un établissement commercial ou industriel principal, pourra procéder librement à une adaptation semblable. Art. 2 - La fabrication et la vente des organes sur lesquels l'œuvre aura été enregistrée par un procédé quelconque, actuellement en usage, sera licite, sous réserve du paiement, au titulaire du droit d'auteur, d'une redevance de 5 % calculée sur le prix de vente au détail de chacun desdits organes fabriqués et vendus en France. Art. 3 - Le paiement sera constaté par l'apposition d'étiquettes délivrées par le titulaire du droit d'auteur ». M. ESCOLIER, *Les instruments musico-mécaniques et le droit d'auteur*, *op. cit.*, note 70, pp. 92-93.

[155] *Id., p. 22.*

> Chose étrange ! Car les auteurs sembleraient devoir s'intéresser plus particulièrement à l'adoption d'un régime de droit exclusif. L'abstention d'un grand nombre d'entre eux se comprend aisément, en France, surtout : dans la plupart des cas, ce n'est pas à eux mais aux éditeurs que va le bénéfice du droit exclusif. Nous exposerons plus loin comment, dans notre pays particulièrement, les compositeurs doivent céder, en vertu des contrats antérieurs, la totalité de leurs droits aux éditeurs de musique. Dès lors, non seulement leur intérêt pécuniaire mais leur intérêt moral même, ne se trouvent pas en jeu. L'auteur aurait pu refuser son autorisation à un fabricant dont il connaît les médiocres adaptations. Son éditeur, cessionnaire des droits musico-mécaniques, sera porté à subordonner le refus ou l'autorisation aux suggestions que lui dictera son intérêt commercial.[156]

Ces propos de presque un siècle ne perdent donc pas de leur actualité et constituent toujours le lit des débats qui ont lieu au sujet des projets de tarifs visant la distribution numérique des œuvres. Les nouveaux modes de distribution des œuvres font éclater l'apparente symbiose entre auteurs et éditeurs, ces derniers prêchant le droit de l'auteur pour préserver leurs monopoles. S'ajoute à cela la concurrence d'autres catégories professionnelles intéressées aux débats. On songera aux exploitants des instruments mécaniques bien entendu. Fragile *écosystème* qui laisse auteurs et compositeurs perplexes. Ils avaient presque touché la possibilité d'obtenir une rémunération directe du fait de la ventilation des œuvres par les instruments mécaniques. Mais cette option qui profite aux auteurs limite l'avantage concurrentiel des grands éditeurs sur le marché de la distribution. Ce ne sera que le début d'un schisme à peine contenu entre créateurs, éditeurs, fabricants et exploitants ou distributeurs. Tous ont des intérêts divergents ou différents au sujet de la distribution des oeuvres[157].

Enfin, on retrouve également en droit français un argument qui est encore avancé de nos jours par tous les fabricants d'instrument de musique ou plus généralement par les industriels de l'équipement. Mais laissons parler ici le fabricant d'orgue de barbarie qui dans un discours candide proclame « qu'il ne vend pas de musique, qu'il vend des instruments mécaniques, c'est-à-dire le moyen de jouer certains airs ». C'est en ces termes que

---

[156] *Id.*, pp. 22-23.

[157] On notera dès à présent l'opposition fort médiatisée en France entre la Société civile pour l'administration des droits des artistes et des musiciens interprètes (ADAMI), qui prône la mise en place d'un système de licence légale pour le partage des fichiers en ligne et la Société des auteurs-compositeurs et éditeurs de musique (SACEM) qui y voit une hérésie et la mort du système des droits d'auteur.

l'argument avait été présenté devant la Cour de Paris en 1905[158]. Ainsi apparaît la distinction fondamentale entre reproduction des œuvres et la distribution des œuvres, le droit d'auteur cherchant coûte que coûte à régir cette seconde opération et confrontant notre droit à son origine commerciale. Ce faisant, il fera s'opposer le progrès technique au droit privatif, le manufacturier à l'éditeur.

4) Le droit américain

La loi américaine va être sujette aux mêmes difficultés de qualification que celles rencontrées en droit anglais. Sa rédaction est pourtant plus moderne et on aurait pu croire ainsi que les tribunaux de l'époque auraient su répondre plus aisément aux avancées technologiques. Contre toute attente, il n'en sera rien.

Tout comme la loi d'Anne, la loi fédérale de 1790 visait essentiellement les livres. Son article premier parle de « map, chart, book or books, [...] »[159]. Mais, différence notable d'avec la loi anglaise, la loi américaine emploie l'expression « musical composition » à compter de 1831 au lieu et place « sheet of music »[160]. On aurait pu donc croire que les questions de forme, de la corporalité de l'expression artistique, auraient été moins contraignantes qu'elles ne l'ont été en droit anglais. Enfin, le droit américain prévoit le droit de *publier* (« the sole right and liberty of printing, reprinting, *publishing* and vending (nos italiques) »[161]), notion inexistante en droit anglais - construite à partir des droits généraux d'imprimer et de multiplier les copies - et qui se rapproche de la notion d'édition connue en droit français. Cette notion d'édition avait d'ailleurs valu à l'auteur la reconnaissance du droit d'interdire ou d'autoriser la fabrication et la vente d'instruments mécaniques dans la jurisprudence française.

---

[158] *Enoch et comp. et autres* c. *Comp. des gramophones, Compagnie des phonographes et autres, précité*, note 148, p. 203.

[159] Article 1, *An Act for the encouragement of learning, by securing the copies of maps, charts, and books, to the authors and proprietors of such copies, during the times therein mentioned*, ch. 15, article 1, 1 Stat. 124 (1790) (É.-U.); (ci-après, *Copyright Act*, (1790) (É.-U.)).

[160] Article 1, *An Act to amend several acts respecting copy rights*, ch. 16, article 1, 4 Stat. 436 (1831) (É.-U.)

[161] *Id.*, article 1 et également, article premier *Copyright Act*, (1790) (É.-U.) et article 1(a) *Copyright Act*, (1909) (É.-U.).

Bien que ces notions de droit américain semblent moins réductrices, presque voisines de celles du droit français, l'interprétation de la loi suivra celle des tribunaux anglais[162]. La solution de la décision *Boosey* sera citée et suivie dans l'arrêt de la Cour suprême de 1908, *White-Smith Music Publishing Company* :

> What is meant by a copy ? We have already referred to the common understanding of it as a reproduction or duplication of a thing. A definition was given by Bailey, J., in West v. Francis, 5 B. & A. 743, quoted with approval in *Boosey* v. *Whight*, *supra*. He said: « A copy is that which comes so near to the original as to give to every person seeing it the idea created by the original. Various definitions have been given by the experts called in the case. The one which most commends itself to our judgment is perhaps as clear as can be made, and defines a copy of a musical composition to be « a written or printed record of it in intelligible notation ». It may be true that in a broad sense a mechanical instrument which reproduces a tune copies it; but this is a strained and artificial meaning. When the combination of musical sounds is reproduced to the ear it is the original tune as conceived by the author which is heard. These musical tones are not a copy which appeals to the eye. In no sense can musical sounds which reach us through the sense of hearing be said to be copies as that term is generally understood, and as we believe it was intended to be understood in the statutes under consideration. A musical composition is an intellectual creation which first exists in the mind of the composer; he may play it for the first time upon an instrument. It is not susceptible of being copied until it has been put in a form which others can see and read. The statute has not provided for the protection of the intellectual conception apart from the thing produced, however meritorious such conception may be, [...].[163]

Cette fin de non-recevoir laissait le phénomène de la reproduction mécanique largement non réglementé et, par voie de conséquence, les ayants droits sans rémunération. Il faut dire

---

[162] Dans une décision de 1901, un tribunal américain avait déjà conclu que : « We cannot regard the reproduction, through the agency of a phonograph, of the sounds of musical instruments playing the music composed and published by the complainants, as the copy or publication of the same within the meaning of the act. The ordinary signification of the words « copying », « publishing », etc., cannot be stretched to include it ». Voir, *Stearn* v. *Rosey*, (1902) 17 *App.D.C.* 562, cité dans *White-Smith Music Publishing Company* v. *Apollo Company*, (1908) 209 U.S. 1 (U.S. Supreme Court), 28 *S. C.* 319, p. 321. Également cité, à la même page, *Kennedy* v. *McTammany*, (1888) 33 *Fed. Rep.* 584.

[163] *Id.*, p. 323, juge Day.

que la solution du droit d'auteur avait été présentée comme l'instrument d'une manœuvre collusive menée par certains fabricants avec les éditeurs les plus importants[164]. En particulier, le droit d'auteur reconnu, ces entreprises auraient rapidement pu avoir main mise sur la plus grande part de la distribution des œuvres aux détriments des fabricants de moindre importance. Le risque de distorsion dans la concurrence justifie alors la retenue et de la Cour suprême et du législateur. Le même mouvement sera perceptible en Angleterre, nous l'avons vu. Jane Ginsburg, prenant la décision *White-Smith Music* en exemple, ajoutera que la Cour suprême est généralement réticente à reconnaître un monopole exclusif lorsque son exercice aurait pour effet de mettre un frein à l'essor d'une nouvelle industrie.

---

[164] L'argument avait été fait *ad nauseam* lors des débats parlementaires de 1908 par l'industrie des instruments mécaniques afin de sortir le sujet de la reproduction mécanique de la réforme du droit d'auteur. Voici un extrait représentatif des débats sur ce point mettant en scène Victor Herbert, défendant la position des auteurs et compositeurs :

« - The Chairman : If you were given the absolute right which you are asking, what would you prevent you from saying to the Æolian Company, or to the Victor Talking Machine Company, that you would only allow them to produce your compositions ? Is there anything to prevent a monopoly being formed, if you are given that right ?

- M. Herbert : I do not see any monopoly there at all. Competition is the soul of business ».

Échanges rapportés dans E. Fulton BRYLAWSKI et Abe GOLDMAN, *Legislative History of the Copyright Act 1909*, Vol. 5, New Jersey, Fred. B. Rothman & Co., 1976, p. 193. On lira également avec grand intérêt la plaidoirie de Paul H. Cromlin, représentant l'industrie mécanique, au cours de laquelle il dira, en faisant référence au premier projet de loi assurant pleine protection aux auteurs et compositeurs que : « [...] it was established beyond doubt at these hearings that this paragraph and those sections of the bill dependent on it were framed for the purpose of completing a plan whereby one large manufacturing concern was to obtain a complete monopoly on the sale of piano-playing instruments and rolls. The evidence indicated that a similar plan was on foot in regard to the talking-machine industry », *id.*, p. 312. On lira également la surprenante intervention d'un citoyen inventeur, un dénommé Davis, qui s'oppose avec véhémence à l'extension des prérogatives de droit d'auteur. En voici un extrait :

« - The Chairman : Mr Davis, if I may interrupt you, do you claim that you have the right to take one of Mr. Sousa's compositions and use it in connection with your mechanical device without compensation to him ?

- Mr Davis : Under the Constitution and all the laws of the land, I say yes. [...] The composer of music never conceives nor produces, and never did in respect of the actual composition, conceive or produce any means for conveying to the ear the musical composition. On the contrary, all such means from the beginning to the present time are the direct result, not of authorship, not of composition, but of invention. [...] The Constitution makes no distinction in respect of right of protection as between an author and an inventor, but both are coequal under the Constitution [...]. [...] Congress ought not to pass a law which turns the inventor over to the mercy of the author or composer. It is needless to mention to this committee the unprecedented state of prosperity and material progress attained by this country as the direct result of invention » G. Howlett DAVIS, *id.*, Vol. 4, pp. 96-108, p. 103. Davis dénoncera également la pieuvre du monopole constitué de la compagnie *Æolian* et de ses affiliées (« this monopolistic octopus », p. 104). Jane Ginsburg écrit à ce propos : « Indeed, it appears that music publishers initiated the case as part of a plan between music publishers and a manufacturer of phonogram recording equipment to establish that the copyright extended to mechanical reproduction, and then to transfer mechanical recording rights to a single establishment », Jane GINSBURG, « Copyright and Control Over New Technologies of Dissemination », (2001) 101 *Columbia L. R.* 1613, p. 1623. Il semble que les frais d'avocats et honoraires encourus par les compositeurs aux fins de représentation étaient payés par la compagnie *Æolian*. E. SAMUELS, *The Illustrated Story of Copyright*, *op. cit.*, note 30, pp. 35-37.

Au contraire, la jurisprudence est plus clémente lorsque la revendication prend la forme d'un droit à rémunération[165].

Dans l'année qui suit la décision de la Cour suprême, les éditeurs pressent les élus afin d'obtenir une réforme rapide de la loi. Devant l'intérêt pour la question et l'engouement pour le phonographe, le Congrès organise des rencontres d'experts et de professionnels. Dans un premier temps, toutefois, seules les personnes visées directement par la loi seront convoquées. Les représentants des industries du cinéma, des instruments mécaniques et des *machines parlantes* (phonographes) n'y seront pas conviés. On comprend alors que le premier projet de loi soit largement à l'avantage des groupes d'intérêts qui avaient pu s'exprimer et notamment, en première ligne, les éditeurs de musique. « The copyright bill produced by the conferences conferred significant advantages upon composers and music publishers, who had participated, at the expense of the piano roll and talking machine industries, which had not. [...]. The Bill, however, gave copyright owners the exclusive right to make or sell any mechanical device that reproduces the work in sounds, thus making the unlicensed manufacture of piano rolls and phonograph records illegal »[166]. Bien entendu, le projet de loi présenté par les éditeurs se heurte à l'opposition des exploitants et les deux parties camperont sur leur position jusqu'à ce qu'elles arrivent à un compromis en 1909[167].

---

[165] J. GINSBURG, « Copyright and Control Over New Technologies of Dissemination », *id.*, pp. 1619 et 1622. Voir également Paul GOLDSTEIN, Copyright's Highway : From Gutenberg to the Celestial Jukebox, New York, Hill and Wang, 1994, pp. 64 à 77.

[166] Jessica LITMAN, « Copyright Legislation and Technological Change », (1989) 68 *Oregon L. R.* 27, 286. Il s'agissait du projet de loi S. 6330 (H.R 19853) introduit simultanément devant les deux chambres du Congrès américain. Le texte accordait à l'auteur d'une oeuvre musicale le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire l'enregistrement mécanique : « To make, sell, distribute, or let for hire any device, contrivance, or appliance especially adapted in any manner whatsoever to reproduce to the ear the whole or any material part of any work published and copyrighted after this act shall have gone into effect, or by means of any such device or appliance publicly to reproduce to the ear the whole or any material part of such work ». E. F. BRYLAWSKI et A. GOLDMAN, *Legislative History of the Copyright Act 1909*, Vol. 4, *op. cit.*, note 164, p. 5.

[167] « At the end of the hearings, a representative of popular song writers suggested that the song writers might sit down with the piano roll and talking machine manufacturers and the music publishers' association in order to agree to a compromise solution. Representative Currier, the chairman of the House Committee, urged the parties to adopt such a plan, and a spokesman for the piano roll industry disclosed that he had, in fact, begun to explore negotiations with his opponents earlier in the day. [...] The copyright bill introduced in February of 1909 included a solution that apparently embodied the agreement of the affected parties », id., p. 287. Herbert, qui représentait alors l'Authors' and Composers' Copyright League et l'American Federation of Musicians, fait cette réponse lors des débats parlementaires qui ont directement précédés l'adoption de la loi de 1909 :

« - The Chairman : Mr. Herbert, would you be satisfied, as a musical composer, if there was a provision made for paying you a royalty by the manufacturers of mechanical reproducing devices ?

- Representative Currier : A percentage royalty, which would work automatically ?
- The Chairman : Together with a further provision that any manufacturers of mechanical reproducing device, upon payment to you of a stipulated royalty could make a record or disk or cylinder of any

Ce compromis prend la forme d'une licence légale permettant à toute personne de fabriquer des enregistrements des œuvres, une fois la première empreinte permise par l'auteur, moyennant le paiement d'une redevance de 2 cents par disque ou rouleau produit[168]. Il s'agit en définitive du premier mécanisme de licence légale établi en réponse à une *nouvelle technologie* destinée à la distribution des oeuvres[169].

Nous nous contenterons ici de reproduire les dispositions du texte final de l'article 1(e) de la loi de 1909 :

> [...] whenever the owner of a musical copyright has used or permitted or knowingly acquiesced in the use of the copyrighted work upon the parts of instruments serving to reproduce mechanically the musical work, any other person may make similar use of the copyrighted work upon the payment to the copyright proprietor of a royalty of two cents on each such part manufactured. [...] The payment of the royalty provided for by this section shall free the articles or devices for which such royalty has been paid from further

---

musical composition that you might compose ?

[...]

- Mr Herbert : In the first place, all my works do not command the same price, and I do not think it would be fair to me to have the same price for all the work I have done.

[...]

- Mr Herbert : I simply want the manufacturer of mechanical instruments to be put in the same position, individually, toward me as the publisher is to-day ».

E. F. BRYLAWSKI et A. GOLDMAN, *Legislative History of the Copyright Act 1909*, Vol. 5, *op. cit.*, note 164, pp. 191-192. On citera également la célèbre intervention du compositeur John Philip Sousa : « These talking machines are going to ruin the artistic development of music in this country. When I was a boy - I was born in this town - in front of every house in the summer evenings you would find young people together singing the songs of the day or the old songs. To-day you hear these infernal machines going night and day. [Laughter] We will not have a vocal chord left. [Laughter] The vocal chords will be eliminated by a process of evolution, as was the tail of man when he came from the ape. The vocal chords will go because no one will have the chance to sing, the phonograph supplying a mechanical imitation of the voice, accompaniment, and effort », *id.*, Vol. 4, p. 24.

[168] Bowker dans son traité de 1912 signale l'origine du système codifié en 1909 : « This scheme is practically modeled on what was known as the Pearshall-Smith royalty plan, which, as proposed for books, was stoutly fought by the proponents of the copyright act of 1891, through-out that memorable copyright campaign ». R. R. BOWKER, *Copyright Its History and Its Law*, *op. cit.*, note 32, p. 204. Critiquant ce système injuste et privant les auteurs de leurs droits : Thorvald SOLBERG, « Copyright Law Reform », (1925-26) 35 *Yale L. J.* 48, p.

[169] Nous précisons « en réponse à une nouvelle technologie » car nous avions déjà signalé que le premier système de licence légale a été mis en place par la loi anglaise de 1847 pour permettre l'importation d'éditions étrangères de langue anglaise dans les colonies. Voir également, Alain STROWEL, « Licences non volontaires et socialisation du droit d'auteur : un danger ou une nécessité? », (1991) 3 *C.P.I.* 161, p. 164 et note 15.

> contribution to the copyright owner except in case of public performance for profit. [...]

La dernière partie citée de l'article 1(e) est intéressante en ce qu'elle distingue très clairement la séquence des droits applicables à la dissémination des œuvres à partir des enregistrements. L'application du droit de reproduction mécanique n'écarte pas l'application du droit d'exécution publique, il s'inscrit à sa suite[170]. Une exception est cependant immédiatement prévue relativement aux phonographes à sous (« coin-operated machines »), c'est-à-dire les *juke-boxes,* qui sont exempts du droit d'auteur. Le tempérament est conjoncturelle et s'explique sans doute par la publicité qu'ils faisaient des airs populaires. Le jeu ou la reproduction de telles machines ne doit pas, nous dit encore la loi, être qualifié d'exécution publique à moins que l'établissement qui en a le contrôle fasse payer un prix d'entrée à ses clients[171].

Section 2 - Les premiers pas de la télédistribution : de la radiophonie à la télévision

La radiophonie, tout comme les premiers instruments de musique, est principalement au service des œuvres musicales même si, au stade expérimental, elle était d'abord un porte-voix moderne[172]. À cet égard, il est intéressant de noter que si le droit d'auteur s'est modelé à partir de la distribution des livres dans les deux premiers siècles de son existence législative, c'est la musique qui sera à son avant-scène à partir du XX^{ième} siècle.

Trait particulier de la radiophonie, elle est perçue à l'origine comme un *service* public, un instrument de promotion culturelle. Après une brève période expérimentale pendant

---

[170] Le droit d'exécution public est présent au sein de la législation américaine depuis 1856. Tout comme les autres lois de cette époque, il visait principalement la représentation théâtrale et les conférences. Article unique, *An Act supplemental to an Act entitled « An Act to amend several acts respecting Copyright »*, 38 Congress., Sess. I, Ch. 169 (1856) (É.-U.), p. 138. M. ESCOLIER, *Les instruments musico-mécaniques et le droit d'auteur*, *op. cit.*, note 70, p. 181: « Les droits d'exécution restent soumis au contrôle exclusif de l'auteur pourvu qu'il s'agisse d'une représentation organisée dans un but lucre. [...] Les effets de la licence sont donc limités à la fabrication des organes, ce qui atténue considérablement la portée du système ».

[171] Article 1(e), *Copyright Act* (1909) (É.-U.).

[172] Si la radiotélégraphie permet la transmission sans fil du Code Morse, il faut attendre l'invention du microphone (1878, par Hughes), des bobines (1892, par Tesla) et le perfectionnement des lampes à vide par Edison, Fleming et Lee de Forest (1894 à 1906) pour que la voix puisse enfin être transmise. La transmission des programmes musicaux à distance «sans fil» commence en 1906. Maurice Bouthillier note qu'on « irradie, dès 1910, une émission donnée au Métropolitan Opera House, de New-York, par Enrico Caruso. En Europe, vers 1913, on entend déjà plusieurs émissions régulières. La guerre de 1914 vient ralentir momentanément l'essor de la radiodiffusion ». M. BOUTHILLIER, *L'étatisation de la radio*, HEC, Montréal, 1945, p. 9.

laquelle le droit n'interfèrera pas, le contenu des ondes sera dès lors soumis à une réglementation gouvernementale spécifique qui s'applique indépendamment des règles de propriété intellectuelle. De plus, si elle ouvre une dimension nouvelle à l'exploitation d'œuvres protégées, elle apporte également son lot de difficultés. Le contrôle des ondes, la qualité des émissions et leur diffusion supranationale sont de celles-là.

Avant l'avènement de la diffusion à distance, par fils ou par voie hertzienne, les autres formes d'expression artistiques, même les plus récentes comme le cinéma ou la photographie, sont limitées dans leur mode de présentation des œuvres : salles de projection, lieux d'exposition, musées, théâtres. Ce sont là les principaux lieux qui les accueillent. Pour ce qui est des œuvres distribuées sous forme d'exemplaire, leur circulation est contrôlable dans la limite, nous l'avons vu, où son support physique l'est. Les droits d'importation, de reproduction et de traduction accompagnent les œuvres jusqu'à une certaine destination. Au-delà, leur vigueur s'estompe. Ils s'accommodent d'une propriété concurrente certes, celle sur l'objet, mais ils y trouvent au moins une limite quant à leur utilisation. Cette limite est dans la matière elle-même. Avec la radiodiffusion, le contrôle de l'œuvre s'arrête de façon nette dès l'émission. La perte du contrôle sur l'œuvre est clairement aggravée.

Quant à la question du droit applicable à cette nouvelle technologie, on s'est encore demandé si la radiophonie devait relever du droit de reproduction ou de représentation[173]. La persistance à vouloir traiter toute nouvelle technologie d'abord à partir du droit de reproduction restera endémique. S'agissant d'un mode de télécommunication, cette habitude interpelle aujourd'hui. Certes, la coexistence des droits avait déjà été identifiée au moment de l'apparition des instruments mécaniques, mais demeurait largement inexplorée par la doctrine comme par les tribunaux. Avec la radiodiffusion et, plus largement, la télédiffusion, l'ambivalence persiste et s'aggrave. Les œuvres présentées lors d'un programme radiophonique sont souvent préalablement enregistrées et donc reproduites, ne serait-ce que pour une courte durée. La télévision d'ailleurs opérera selon le même mode. D'autres fois, ce sont les disques du commerce qui seront directement irradiés. Doit-il y avoir différence de traitement juridique selon que le procédé utilisé fait appel à un enregistrement ou non, temporaire ou permanent ?[174] La radiodiffusion des disques du

[173]A. LE TARNEC, *Manuel de la propriété littéraire et artistique*, Paris, Librairie Dalloz, 1956, p. 199.

[174] Escolier soulevait déjà la question en 1930 en ces termes : « Puisque la radiodiffusion peut être opérée au moyen de disques, ne peut-on l'assimiler à une adaptation musico-mécanique ? Il faudrait dire alors que, dans les nombreux pays où la licence obligatoire est en vigueur, ce système doit jouer pour les émissions sans fil. Dès que l'auteur a cédé le droit de reproduction mécanique d'une de ses œuvres, il ne pourrait interdire la

commerce constitue selon Straschnov « l'opération radiophonique techniquement la plus simple et juridiquement la plus complexe »[175]. L'omniprésence du droit de reproduction a certainement gêné la compréhension du phénomène de la télédiffusion et atrophié le premier droit moderne de représentation : le droit de radiodiffusion. Puisqu'il devient possible de faire payer les stations de radio au titre des reproductions auxquelles elles pouvaient avoir recours, à quoi bon les faire payer pour la radiodiffusion ? On se questionne donc sur la juxtaposition des droits.

L'attachement à la matière a eu en quelque sorte raison de la raison en droit d'auteur.

Pour traiter de la radiophonie nous avons choisi d'exposer sommairement l'anatomie de la radiodiffusion à travers son traitement législatif au Canada (a). On retrouve en effet de nombreuses similarités entre les droits examinés en raison du caractère fédérateur des techniques et de la diffusion trans-nationale[176]. Le rôle de l'État prédomine dès son avènement. Nous aborderons ensuite les questions de technique juridique, à savoir la qualification de ces activités en matière de droit d'auteur (b). L'étude devra nécessairement se prolonger sur les modes dérivés de communication à distance auxquels la radiodiffusion a donné naissance : la télévision et la câblodistribution. Nous en profiterons pour présenter les principes retenus par la Convention de Berne au titre de ces développements technologiques. Ce sera l'objet de notre dernière partie (c).

a) Anatomie de la radiophonie : esquisse canadienne

Les dimensions du continent nord-américain se prêtent particulièrement bien à l'expérience de la radiodiffusion. Le Canada est d'ailleurs l'un de ses principaux laboratoires. En 1906, Reginald Fessenden, un professeur canadien, transmet depuis l'est des États-Unis la première émission vocale et musicale à la radio[177].

---

radiodiffusion de cette œuvre ». M. ESCOLIER, *Les instruments musico-mécaniques et le droit d'auteur*, *op. cit.*, note 70, p. 156.

[175] Georges STRASCHNOV, *Nouveaux aspects du droit d'auteur et des droits connexes en radiodiffusion*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1950, p. 7.

[176] L'Union télégraphique internationale est créée à Paris en 1865. Elle réunit d'abord les États européens. En 1906, elle est rejointe par l'Union radiotélégraphique internationale et en 1932 elles seront fusionnées pour devenir l'Union internationale des télécommunications. Pierre TRUDEL et France ABRAN, *Droit de la radio et de la télévision*, Montréal, Thémis, 1991, pp. 66 et s.

[177] 1919 voit la création de la première émission canadienne grand public diffusée par la station XWA, *id.*, p. 31.

Avant de poursuivre et de passer au droit d'auteur, précisons que notre propos n'est pas de présenter le vaste et complexe cadre réglementaire de la radiodiffusion. En droit canadien, cette tâche a déjà fort bien été accomplie par les chercheurs Pierre Trudel et France Abran. En 1991, ils rendent public une étude détaillée et sans précédent intitulée « Le droit de la radio et de la télévision »[178]. L'excellent ouvrage sonde et expose la réglementation relativement à la télédiffusion, de la radiophonie à la télévision et autres modes de télédiffusion. Nous ne pouvons que nous en remettre à l'exhaustivité d'un tel travail tout en notant que les auteurs abordent que furtivement le droit d'auteur[179]. C'est ici que nous intervenons.

Si le droit d'auteur apparaît si pâle dans le large spectre de la réglementation relative à la radiophonie c'est qu'elle est d'abord une affaire de culture nationale. Les auteurs Trudel et Abran écrivent que « l'histoire de la politique canadienne de radiodiffusion montre à quel point la radio et, plus tard, la télévision ont été perçues comme des instruments essentiels de promotion de l'identité nationale »[180]. La radiodiffusion présente donc une dimension sociale, politique, éducationnelle si importante qu'elle relève encore aujourd'hui du pouvoir

---

[178] *Id.*

[179] *Id.*, p. 109, mentionnant et résumant la décision *Canadian Admiral Corporation Ltd.* c. *Rediffusion Inc.*, [1954] *R.C. de l'É* 382 et p. 759 faisant allusion aux montants des redevances dues au titre des services de distribution par satellite.

[180] *Id.*, p. 28. Voir également, pp. 263-279. L'article 3(1) de la *Loi sur la radiodiffusion* actuelle rappelle d'ailleurs les objectifs politiques de la réglementation canadienne : « 3. (1) Il est déclaré que, dans le cadre de la politique canadienne de radiodiffusion : [...]

b) le système canadien de radiodiffusion, composé d'éléments publics, privés et communautaires, utilise des fréquences qui sont du domaine public et offre, par sa programmation essentiellement en français et en anglais, un service public essentiel pour le maintien et la valorisation de l'identité nationale et de la souveraineté culturelle; [...]

d) le système canadien de radiodiffusion devrait: (i) servir à sauvegarder, enrichir et renforcer la structure culturelle, politique, sociale et économique du Canada, (ii) favoriser l'épanouissement de l'expression canadienne en proposant une très large programmation qui traduise des attitudes, des opinions, des idées, des valeurs et une créativité artistique canadiennes, qui mette en valeur des divertissements faisant appel à des artistes canadiens et qui fournisse de l'information et de l'analyse concernant le Canada et l'étranger considérés d'un point de vue canadien, (iii) par sa programmation et par les chances que son fonctionnement offre en matière d'emploi, répondre aux besoins et aux intérêts, et refléter la condition et les aspirations, des hommes, des femmes et des enfants canadiens, notamment l'égalité sur le plan des droits, la dualité linguistique et le caractère multiculturel et multiracial de la société canadienne ainsi que la place particulière qu'y occupent les peuples autochtones, [...]

g) la programmation offerte par les entreprises de radiodiffusion devrait être de haute qualité; [...] », *Loi sur la radiodiffusion,* C. B-9.01 (1991) (Ca.).

de direction politique du parlement fédérale. L'histoire juridique de la radiodiffusion est dans une large part celle de l'intervention étatique dans la sphère de l'information[181].

Ensuite, la réglementation de la radiodiffusion présente un caractère éminemment technique. On citera par exemple l'allocation des fréquences et la détermination des standards techniques. En fait, l'encadrement juridique de la radio s'inscrit dans le continuum de la législation déjà existante en matière de télégraphie. La première loi canadienne à ce sujet est une loi de 1852 réglementant les activités des compagnies « formées aux fins de construire des lignes de télégraphes électriques »[182]. Ces dernières doivent obtenir des permis auprès du Ministère de la Marine et des Pêcheries préalablement à toute construction sur la voie publique - alors que le droit d'auteur relève du Ministre de l'agriculture ! On remarquera qu'à cette époque l'opérateur était tenu responsable de l'acheminement des messages[183]. Ce premier régime de responsabilité contraste nettement avec celui retenu de nos jours pour les *simples* transporteurs d'information dans l'environnement numérique.

En 1901 la Compagnie anglaise Marconi établit des postes de télécommunication sans fil entre Terre-Neuve et le Canada pour le compte du gouvernement fédéral. Le système des permis établi en 1852 pour le télégraphe est prorogé en 1905 par une loi ayant pour objet « la réglementation de la télégraphie sans fil en Canada »[184]. Il s'agit, selon les auteurs Trudel

---

[181] Maurice Bouthillier écrivait en 1945 que « le domaine des communications, à cause de ses problèmes techniques propres, offrait un terrain favorable à l'ingérence de l'État. En diverses occasions où il s'est manifesté, ce phénomène a soulevé des discussions dans le but d'établir dans quelle mesure l'intervention de l'État est justifiée. Tel est le cas de la radiodiffusion ». M. BOUTHILLIER, *L'étatisation de la radio*, *op. cit.*, note 172, p. 3.

[182] *Acte pour pourvoir par une loi générale à l'incorporation des compagnies de télégraphe électrique*, 16 Vict. c. 10 (1852) (Ca.).

[183] Article 10, *id.* : « Il sera du devoir du propriétaire ou de l'association ou compagnie en possession des lignes de télégraphe actuellement en opération, ou qui pourra par la suite devenir en opération, de transmettre toutes les dépêches dans l'ordre dans lequel elles sont reçues, sous une pénalité de pas moins de cinq louis, [...]». Il est également précisé à l'article 11 que « tout opérateur d'aucune ligne de télégraphe, ou personne employée par aucune compagnie de télégraphe, divulguant le contenu d'une dépêche privée, sera censé coupable de délit, et sur conviction, sera passible d'une peine qui n'excèdera pas vingt-cinq louis, ou d'emprisonnement pour un espace de temps n'excédant pas trois mois, [...] ».

[184] *Acte ayant pour objet la réglementation de la télégraphie sans fil en Canada*, 4-5 Éd. VII c. 49 (1905) (Ca.). L'article premier dispose que « personne n'établira de station télégraphique sans fil, ni n'installera ni ne mettra en service d'appareil de télégraphie sans fil en aucun local ni à bord d'aucun bâtiment enregistré en Canada, si ce n'est sous le régime et en conformité d'un permis accordé à cette fin par le Ministre avec le consentement du Gouverneur en conseil ». Les dispositions retenant la responsabilité des opérateurs contenues à la loi de 1905 n'y sont pas reproduites. Voir, à ce propos, l'article de Brooke CLAXTON, « Protection against the unauthorized use of a broadcast in Canada », (1932) 2 *J. of Radio Law* 653, p. 656.

et Abran, de la première législation canadienne sur la radio[185]. En 1913, le Canada adopte la *Loi concernant la Radiotélégraphie*[186] qui vise tout les « systèmes de transmission des signaux ou messages électriques, y compris les radiotéléphones »[187]. Le système des licences pour l'installation technique requise pour la radiotélégraphie est toujours en vigueur[188]. Concernant l'acte de transmission et les fonctions du radiotélégraphiste cette fois, on notera une aggravation des sanctions en cas d'interception ou de divulgation non autorisée des messages[189]. De manière générale, la loi de 1913 est de facture presque militaire et vise surtout la réglementation des installations de la marine d'où de nombreuses dispositions relatives à l'usage des postes radiotélégraphique à bord des navires ou des stations côtières[190]. Elle a été adoptée sans nul doute dans un climat d'instabilité politique annonciateur des évènements de 1914.

Si la législation sur la radiodiffusion concerne dans ces premières années l'attribution de permis gouvernementaux, elle opère une nette réorganisation du système en 1932 en créant la Commission canadienne de la radiodiffusion qui contrôle désormais l'utilisation, la propriété et les moyens de communication, notamment par l'attribution des licences

---

[185] P. TRUDEL et F. ABRAN, *Droit de la radio et de la télévision*, *op. cit.*, note 176, p. 31.

[186] *Loi sur la Radiotélégraphie*, 3-4 Geo. V c. 43 (1913) (Ca.).

[187] *Id.*, article 2(b).

[188] Le système américain suivra aussi ce modèle dès 1912. La première loi en matière de radiodiffusion semble être une loi de 1910, *An Act to require apparatus and opertors for radio communications on certain ocean steamers*, Public Law no. 262, 61st Cong., 36 Stat. 629 (1910) (É.-U.). Le régime des licences apparaît deux ans plus tard en 1912 : « General restrictions on private stations - No private or commercial station not engaged in the transaction bona fide commercial business by radio communication or in experimentation in connection with the development and manufacture of radio apparatus for commercial purposes shall use a transmitting wave length exceeding two hundred meters, or a transformer input exceeding one kilowatt, except by special authority of the Secretary of Commerce and Labor contained in the license of the station », article 15, *An Act To regulate radio communication*, Public Law no 264, 37 Stat. 1365 (1912) (É.-U.). Le pouvoir du gouvernement de remettre des permis sera remis en cause par une série de décisions judiciaires dès 1923. Voir à ce sujet l'excellente étude de Rolland T. ELLMORE, *The Licensing of Television Broadcast Stations in the United States to 1972*, (thèse), University of Southerne California, 1973, pp. 22 et s. Pour un répertoire complet de la première législation américaine, Gilman G. UDELL, *Radio Laws of the United States*, Washington, U.S. Governement Printing Office, 1978.

[189] *Id.*, articles 6 et 7. L'article 7 précise que « toute personne qui envoie ou transmet ou fait envoyer ou transmettre tout faux ou frauduleux signal de détresse, message, appel, ou radiotélégramme d'une espèce quelconque, ou qui sans excuse légitime gêne ou intercepte quelque radio-communication est coupable d'une contravention et passible, sur conviction par voie sommaire, d'une amende d'au moins cinq cents dollars et des frais ou emprisonnement de six mois ».

[190] L'évolution du droit est similaire aux États-Unis. L'auteur Davis écrit en 1927 : « Radio communication found its first use some twenty years ago as a means of transmitting messages between ships and from ship to shore ». Stephen DAVIS, *The Law of Radio Communicaton*, New York, McGraw-Hill Book Company, 1927, p. 3.

d'exploitation qu'elle donne aux entreprises privées[191]. L'ère est à l'étatisation. S'il ne s'agit pas véritablement de nationalisation[192], la Commission est dotée de large pouvoir pour l'exploitation de la radiodiffusion au Canada[193].

Dans ce contexte, l'encadrement de la radiodiffusion au titre du droit d'auteur, droit privatif subjectif, apparaît subsidiaire à la réglementation d'ordre public. À ses premières heures le secteur de la radiophonie est en effet largement subventionné par les pouvoirs publics. Le coût de l'installation des infrastructures et des antennes, de faible puissance alors, est supporté par l'État qui, dans une logique presque militaire, cherche à contrôler ce puissant moyen de communication. L'industrie fait donc l'objet d'un quasi-monopole, l'État usant de ses prérogatives afin de constituer son réseau de câbles et de relais. Tout au plus accorde t-il des concessions à des sociétés privées.

Le rapprochement de la radiophonie au droit d'auteur se fera donc de manière conjointe aux autres règles de la radiodiffusion et progressive à mesure de sa privatisation. D'ailleurs, à la veille de l'introduction du droit de radiodiffusion au sein de la Convention de Berne (1928), la Sous-commission pour la radiophonie avait fait état du caractère « nettement social des services radiophoniques »[194] - trait que la radiodiffusion partage avec les débuts de

---

[191] Voir Groupe de recherche sur la propriété des moyens de radiodiffusion, Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, *La propriété dans l'industrie privée de la radiodiffusion*, Étude numéro I, 1978.

[192] Certains auteurs, observant la même tendance aux États-Unis, n'hésitent pas à employer ce terme pour décrire le phénomène du contrôle étatique de l'entre-deux guerres. « So by 1927 Hoover knew what he had to do. With the help of the Congress, he nationalized the airwaves completely. He handed all the ether over to a brand-new Federal Radio Commission. From then on, private ownership of any part of the airwaves was strictly forbidden. Market forces were banished. Private users operated only under short-term licenses, under close federal supervision ». Peter HUBERT, *Law and Disorder in Cyberspace, Abolish the FCC and Let Common Law Rules the Telecoms*, New York, Oxford University Press, 1997, p. xiv.

[193] Voir l'article 8, *Loi canadienne de la radiodiffusion*, 22-23 Geo. V c. 51 (1932) (Ca.). La Commission canadienne de radiodiffusion (CCR) sera remplacée en 1936 par la Société Radio-Canada (SRC) (*Loi canadienne sur la radiodiffusion*, 1 Ed. VIII c. 24 (1936) (Ca.)). Elle est constituée d'ailleurs sur le modèle de la *British Broadcasting Company*. En Angleterre, le gouvernement avait confié le monopole de la radiodiffusion nationale à une compagnie nationale, la *British Broadcasting Company* (1922). À participation privée, elle deviendra monopole d'État en 1927. Pour poursuivre sur la situation canadienne, en 1958 c'est le Bureau des gouverneurs de la radiodiffusion (BGR) qui réglemente la radiodiffusion canadienne, y compris la SRC et les radiodiffuseurs privés (*Loi sur la radiodiffusion*, S.C. 1958, c. 22 (Ca.)). En 1968, cette tâche est dévolue au Conseil de la Radio-télévision canadienne (CRC) (*Loi sur la radiodiffusion*, S.C. 1967-68, c. 25 (Ca.)) deviendra en 1976 le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) (*Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, S.C. 1974-75-76, c. 49 (Ca.)). En France, de la même façon, la radio fera l'objet d'un monopole d'État de 1945 à 1982. Charles DEBBASCH (dir.), *Droit des Médias*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 57 et s.

[194] OMPI, *La Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques de 1886 à 1986*, *op. cit.*, note 19, p. 192.

l'Internet - ainsi que de la nécessité de « procéder avec grande prudence » dans le traitement juridique international de cette nouvelle technologie. La Sous-commission admettra qu'« il est difficile au moment même où cette tendance semble destinée à s'accentuer de plus en plus, de prévoir comment les services radiophoniques et les législations relatives vont se développer »[195]. L'idée de service est inhérente au média. Straschnov, grand spécialiste de la radiodiffusion en droit d'auteur, dans un ouvrage de doctrine publié en 1948, définit la radiodiffusion comme un *service* : « La radiodiffusion est un ensemble d'activités appelé à *desservir* les auditeurs, à leur rendre des *services*. Si l'on approche la notion de service de celle de « public en général », l'on arrive à en dégager le caractère spécifique de la radiodiffusion : elle est, en toute hypothèse, un *service public* »[196]. L'hypothèse doit certes être replacée dans son époque mais elle explique la lente ingestion de la radiodiffusion au sein du droit d'auteur.

b) La qualification juridique de l'acte de radiodiffusion

Si le droit d'exécution est la qualification généralement retenue par l'ensemble des pays étudiés celle-ci n'évacue pas totalement la question de l'application du droit de reproduction. Nous examinerons donc successivement l'application du droit d'exécution sonore (1) puis celui du droit de reproduction (2). Pour finir, nous présenterons l'évolution corrélative du droit d'exécution à travers la Convention de Berne (3).

1) Le droit d'exécution publique

Le droit d'exécution publique deviendra un droit de communiquer l'œuvre au public. Le contact avec l'audience devient indirect : c'est l'exécution qui est transportée jusqu'à elle. Cette étape terminologique, traitée dans une première sous partie (i), signale également la modernisation du droit sous l'effet accélérateur de la téléphonie sans fil. Nous présenterons ensuite la transposition nationale des principes ainsi dégagés par la doctrine ou la jurisprudence (ii).

---

[195] *Id.*, p. 192.

[196] G. STRASCHNOV, *Le droit d'auteur et les droits connexes en radiodiffusion*, Bruxelles, Émile Bruylant, 1948, pp. 13-14.

i) Variation sur un même thème : la distribution dans l'éther

Conceptuellement, la radiodiffusion s'inscrit incontestablement dans le prolongement des actes couverts par le droit d'*exécution* publique ou « performing right » pour les droits anglais, américain et canadien et de *représentation* pour le droit français. Techniquement cependant, la nomenclature des droits relevant de la famille du droit général d'exécution public est plus complexe et nécessite que l'on s'y arrête un instant. Le droit français adopte une approche synthétique et regroupe sous le terme de *représentation* les différents modes de communication de l'œuvre[197]. Les droits anglais, américain et canadien maintiennent quant à eux de subtiles distinctions et emploient l'expression *exécution publique* dans un sens souvent plus restreint. Dès lors il est difficile de conclure que le *droit d'exécution publique* chapeaute l'ensemble des droits qui lui sont affiliés. En droit anglais l'expression « communication to the public » fédère désormais les droits « to include the work in a cable-programme service » et « to broadcast the work » que la loi différenciait[198]. Le droit de représentation *stricto sensu* fait toujours l'objet d'un régime autonome[199]. La loi canadienne fait également la distinction entre le droit d'*exécution* ou de *représentation*, termes employés à l'article 3(1) *Lda.* - et le droit de communication au public par télécommunication[200]. Finalement, le droit américain a recours à un droit extensif d'exécution publique (« performance right ») qui couvre non seulement les représentations

[197] L'article L. 122-1 *C. propr. intell.* prévoit que « la représentation consiste dans la communication de l'œuvre par un procédé quelconque [...] ». Il s'agit donc d'un droit général d'exploitation. Le professeur Pollaud-Dulian note que si ce droit couvrait d'abord la représentation des œuvres dans les théâtres publiques, il a étendu son champ d'application « au fur et à mesure qu'apparaissaient de nouveaux moyens de communication des œuvres. Il est alors devenu possible de représenter une œuvre à distance ou en différé, sans que le public et les interprètes fussent nécessairement mis directement en présence dans le même temps et le même lieu », F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Paris, Economica, 2005, p. 531.

[198] Article 16.-(1)d et 20 CDPA. L'introduction du droit de communication au public résulte de la mise en œuvre de la directive européenne (2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit et des voisins dans la société de l'information), *S.I.* 2003 No. 2498, 27 septembre 2003.

[199] Article 16.-(1)c CDPA.

[200] Respectivement, les paragraphes 3(1) et 3(1)f *Lda* auxquels s'ajoute un droit d'exposition 3(1)g *Lda*. La loi canadienne insiste d'ailleurs sur la distinction puisque qu'il est précisé que « quiconque communique au public par télécommunication une oeuvre ou un autre objet du droit d'auteur ne les exécute ni ne les représente en public de ce fait, ni n'est réputé, du seul fait de cette communication, autoriser une telle exécution ou représentation en public ». Le principal intérêt de cette distinction est de soumettre les deux droits à des régimes de gestion distinct. Elle ne correspond donc pas, à notre avis, à une distinction conceptuelle. C'est ainsi que Normand Tamaro écrira que les droits de représentation et d'exécution d'une œuvre « doivent être interprétés dans un sens large. Ils comprennent notamment le droit portant sur la communication d'une œuvre au public à l'aide d'un instrument mécanique et le droit de communiquer une œuvre au public par radiodiffusion ou télécommunication », Normand TAMARO, *Loi sur le droit d'auteur*, (4ième éd.), Scarborough, Carswell, 1998, p. 208.

théâtrales vivantes mais aussi les actes de radiodiffusion ou de communication par fil, etc.[201] Il est complété par d'autres droits spécifiques tels que les droit de présentation au public (« display right ») ou encore de représentation numérique (« digital performance right »)[202].

Derrière ces variations terminologiques plutôt académiques apparaît une réelle unité de traitement : l'acte de radiodiffusion, qu'il soit qualifié de représentation en droit français et américain ou de communication au public en droit canadien et anglais, sera très tôt assujetti à l'autorisation de son auteur.

Finalement, nous noterons que l'emploi de l'expression *droit de communication au public* semble progressivement être préféré pour identifier les différents droits que l'on avaient plutôt coutume de ranger au titre du droit général d'*exécution public* - nous emploierons l'un ou l'autre pour signaler l'universalité du sens. Cette tendance est encore plus marquée depuis que le traité TODA de 1996 réserve à l'auteur le « droit exclusif d'autoriser toute communication au public de leurs œuvres par fil ou sans fil »[203]. Cette définition moderne du droit de communication consolide ou suppléé aux distinctions souvent poussées de la Convention de Berne dans la déclinaison des droits relatifs à l'exécution publique[204]. Cette préférence est plus que d'une synonymie ; le changement de langage marque ici un véritable changement de paradigmes. En effet, le droit d'exécution va connaître un nouvel habillage conceptuel afin de rendre compte, à notre avis, de la nature distributive de ce droit. Communiquer l'œuvre c'est la distribuer dans sa forme *exécutable*. Ce n'est plus tout

---

[201] Article 106(4), 17 U.S.C. M. B. NIMMER et D. NIMMER, *Nimmer on Copyright*, Newark, Matthew Bender, 2004, pp. 8-190.6 et s.

[202] Respectivement les articles 106(4) et 106(6), 17 U.S.C., voir NIMMER, *id.*, pp. 8-282 et pp. 8-290 et s.

[203] Article 8 TODA mais aussi, à la suite des textes de l'OMPI, l'effet d'harmonisation est poursuivi par la législation européenne, article 3 « Droit de communication d'oeuvres au public et droit de mettre à la disposition du public d'autres objets protégés », *Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*, Journal officiel n° L 167 du 22/06/2001 p. 0010 - 0019. La définition de représentation publique du droit américain intègre également la notion de communication : « To perform or display a work « publicly » means :
(1) to perform or display it at a place open to the public or at any place where a substantial number of persons outside of a normal circle of a family and its social acquaintances is gathered; or
(2) to transmit or otherwise communicate a performance or display of the work to a place specified by clause (1) or to the public, by means of any device or process, whether the members of the public capable of receiving the performance or display receive it in the same place or in separate places and at the same time or at different times », article 101, 17 U.S.C.

[204] Même s'il est précisé que la règle de l'article 8 TODA est « sans préjudice des dispositions des articles 11.1)2°), 11*bis*.1)1°) et 2°), 11*ter*.1)2°), 14.1)2°) et 14*bis*.1) de la Convention de Berne ». Voir sur ce point, Jörg REINBOTHE et Silke von LEWINSKI, *The WIPO Treaties 1996*, Londres, Butterworths, 2002, pp. 104-106. M. FICSOR, *The law of Copyright and The Internet*, *op. cit.*, note 51, pp. 155 et s.

à fait *exécuter* dans le sens que lui conférait la représentation théâtrale. L'œuvre voyage dans l'éther avant d'être perçue. Il s'ensuit un différentiel temporel autant que géographique : le public n'est plus là en temps et en lieu au moment de la prestation. Le savant Desbois dira encore que « la notion de « communication au public », [...], contient le secret du raisonnement, qui a permis d'assimiler l'acte de radiodiffusion à l'exécution proprement dite, de telle manière que l'exécution privée revête un caractère public du fait de l'émission hertzienne »[205].

Cette dissociation dans l'espace de l'œuvre et de sa perception rend le phénomène de communication radiophonique très similaire, dans ses effets, à une communication par support. En ce sens, on peut dire que les deux opérations, celle d'exécution et celle de la communication indirecte par support (mettant en cause une fixation), constituent une distribution de l'œuvre.

Ce changement de paradigmes s'observe dans tous les pays étudiés, comme si les débats sur les instruments mécaniques avaient sorti la conversation du cadre strictement national. Convergence et même simplification dans la résolution des conflits qu'elle aura créé, voilà donc l'impression générale laissée par l'étude de cette nouvelle technologie à travers les sciences juridiques. Inspirés par le modèle de la licence légale crée dans le cadre des instruments mécaniques, les sociétés d'auteur vont mettre en place un mécanisme de gestion collective des droits de radiodiffusion. Certes, le prix des licences sera négocié et non plus imposé par la loi. L'adhésion à l'organisme de gestion ressort ainsi d'une licence dite *volontaire* et non plus légale, bien que l'adjectif décrive mal la réalité. Ces regroupements échappent bientôt à leurs propres membres. En 1948, Straschnov notera d'ailleurs les dangers résidant dans l'administration des droits par les sociétés de gestion collective, soulignant « leur position de monopole », leur rôle de « sociétés de perception » et leur « contrôle » politique et culturel des programmes radiophoniques[206]. Aux États-Unis, comme ailleurs, ces regroupements s'opposeront avec succès à l'utilisation radiophonique des œuvres protégées. Wu, commentant la situation américaine à l'ère des premières émissions, écrira que « radio faced an organized adversary : the American

---

[205] H. DESBOIS, *Le droit d'auteur*, 1ère éd., (1950), p. 401.

[206] G. STRASCHNOV, *Le droit d'auteur et les droits connexes en radiodiffusion*, *op. cit.*, note 196, p. 33. Voir, pour un constat semblable à l'endroit de la société américaine ASCAP, Richard W. ERGO, « Comments, ASCAP and the Antitrust Laws: The Story of a Reasonable Compromise », (1959) 8 *Duke L. J.* 258. Également d'intérêt, E. C. MILLS, Neville NIMMER, « ASCAP-NAB Controversy - The Issues », (1940) 11 *Air L. Rev.* 394.

Society of Broadcasters, Composers and Publishers (ASCAP) »[207]. Car il est vrai que l'application du droit d'exécution à la radiodiffusion n'a pas été remise en doute comme ce fut le cas pour le droit de reproduction appliqué aux instruments mécaniques.

ii) Transpositions des principes au niveau national

La rapprochement de l'émission radiophonique et de l'acte de représentation théâtrale avait pu semblé « hardie » pour certains[208]. En effet, le décret français des 19 juillet et 6 août 1791 prévoie le droit de représenter une œuvre sur un « théâtre public »[209]. La législation anglaise de 1833 introduisant le droit de représentation vise spécifiquement les spectacles[210]. Son article premier énonce que : « [...] the author thereof or his assignee, or the assignee of such an author, shall have as his own property the sole liberty of representing, or causing to be represented, at any place or places of dramatic entertainment [...] ». Les premières lois identifient donc le lieu physique de la représentation.

L'analogie avec le spectacle vivant est difficile. La représentation transite par le tube cathodique. Dès lors, la référence géographique ne prend plus la même importance. La notion d'exécution doit donc être revisitée. Dans une certaine mesure, ce travail va être facilitée par les techniques qui auront précédées. En particulier, nous l'avons vu, les lois avaient déjà été mises à l'épreuve des instruments mécaniques[211]. Grâce aux enregistrements sonores, aux rouleaux ou au piano mécanique, la jouissance de l'œuvre, c'est-à-dire son exécution, pouvait être différée. La référence au « théâtre » ou au « spectacle » est devenue largement anachronique. Le piano mécanique pouvait fort bien être installé à l'intérieur d'un estaminet ou dans d'autres lieux récréatifs dont l'objectif premier n'est pas nécessairement le plaisir auditif ou visuel.

---

[207] T. WU, « Copyright's Communication Policy », *loc. cit.*, note 95, p. 305.
[208] C'est d'ailleurs le qualificatif employé par COLLIARD : C.-A. COLLIARD, « La machine et le droit privé français contemporain », *op. cit.*, note 5, p. 130.
[209] Article unique, Décret des 19 juillet - 6 août 1791 relatif aux spectacles (ci-après, décret de 1791), reproduit dans H. DESBOIS, *Le droit d'auteur*, 1ère éd., (1950), p. 736.
[210] *An Act to amend the Laws relating to Dramatic Literary Property*, (1833) (R.-U.), *précité*, note 111.
[211] Desbois note qu'en France, « après quelques tâtonnements, le droit de représentation a donc été étendu aux « exécutions mécaniques des enregistrements cinématographiques ou phonographiques ». DESBOIS, Le droit d'auteur, 1ère éd., (1950), p. 396.

En 1911 la loi anglaise redéfinit l'expression « performance » de manière à inclure la reproduction sonore d'une œuvre à l'aide d'un instrument mécanique[212]. En France, ce travaille de modernisation du droit de représentation sera effectué en 1957. Le droit de représentation consiste dans la communication directe de l'œuvre au public, notamment par voie de [...] diffusion, par quelque procédé que ce soit, des paroles, sons ou des images ; [...] transmission de l'œuvre radiodiffusée par le moyen d'un haut-parleur et éventuellement d'un écran de radio-télévision placé dans un lieu public »[213]. La formule française complète que celle retenue lors de la Conférence de Rome de la Convention de Berne et trouvera sa place telle quelle dans la rédaction de l'article 11 *bis* de l'Acte de Bruxelles 1948[214]. Nous y reviendrons.

Dans l'intervalle, les tribunaux sauront parer aux vicissitudes des sciences. Ils n'hésitent guère à soumettre l'émission radiophonique à l'autorisation de l'auteur. La doctrine s'était déjà prononcée dans ce sens. Skone James aborde la question dans l'édition de 1927 de son traité. Il parle alors de l'exécution publique à l'aide de la téléphonie sans fil. Il relève « A particular performance, which has not yet given rise to legal decision in the United Kingdom, is that of broadcasting by wireless telephony »[215]. Décomposant les séquences techniques de la communication, il retient d'abord la responsabilité de celui qui met à disposition les appareils récepteurs. Il s'interroge en revanche sur la responsabilité de l'interprète et de celui par qui l'irradiation de l'œuvre est rendue possible. Il conclura toutefois, dans cette dernière hypothèse, à l'application du droit d'exécution publique : « [...] a person who sets such waves in motion, knowing that there are receiving instruments tuned to the waves sent out, which are therefore actually acoustically representing the performance at the time, is performing the work within the meaning of the definition »[216].

---

[212] Article 35(1), *Copyright Act* (1911) (R.-U.). Reprenant à l'identique la définition de la loi anglaise: article 2(d) de la *Loi modifiant et codifiant la législation concernant le droit d'auteur*, 11-12 Geo. V c. 24 (1921) (Ca.). Voir également, l'article 1(e) *Copyright Act*, (1909) (É.-U.).

[213] Article 27, *Loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire artistique, précité*, note 18.

[214] Article 11 *bis* alinéa (1), paragraphe 3 de la Convention de Berne (1948). La formule française avait été proposée lors de la Conférence de Bruxelles, avant même son adoption par le législateur. Elle avait été jugée plus prévoyante et ainsi transposée dans l'acte de 1948. Voir le rapport général de Marcel Plaisant, *in* OMPI, *La Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques de 1886 à 1986*, *op. cit.*, note 19, p. 216.

[215] W. A. COPINGER et F. E. SKONE JAMES, *Copinger on the Law of Copyright*, 6ième éd., (1927), *op. cit.*, note 18, p. 154. À l'époque seule la décision australienne *Chappell* v. *The Associated Radio Co. of Australia*, (1925) *V. L. R.* 350 (S.C.) avait confirmé l'application du droit d'exécution publique.

[216] *Id.* Dans l'édition de 1936, Skone James est plus catégorique : « It is now fairly clear that the broadcasting of a work by wireless telephony is a public performance of the work, although there has been no final decision of the point in this country », *Copinger and Skone James on Copyright*, 7ième éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1936, pp. 144-145. Il cite la décision *Messager* v. *British Broadcasting Co.*, (1927) 2 *K.B.* 543, infirmée par la suite, mais qui avait retenu la responsabilité de la défenderesse au titre du droit d'exécution

Singularisant l'acte de diffusion des oeuvres par radiodiffusion ou autres moyens de télédistribution, le législateur britannique introduira en 1956, à côté du droit de représentation *stricto sensu* (« right to perform »), un droit de radiodiffusion (« right to broadcast »)[217].

Au Canada, la solution est également admise par la doctrine. C'est la conclusion à laquelle arrive Claxton, un avocat montréalais. Il écrit en 1934, après avoir examiné différentes situations techniques répertoriées par le juriste américain Caldwell, que « every performance over the radio in Canada will be protected by copyright, and it might be said speaking generally that every one of the ten situations described by Mr. Caldwell, except perhaps No. 4[218], would give the broadcasting radio an action for the infringement of copyright »[219]. Entre temps, la Convention de Berne est révisée et, par la suite, une loi de

---

public. L'analyse est ainsi reproduite : « It was by means of electrical instruments that the defendants, by modulating the waves in the ether, were able to affect, as they intended to affect, a vast number of electrical instruments possessed by members of the public and thereby to render audible to that public the performance given within the walls of the defendants' studio. In my view, however, in doing what they did, they clearly gave a public performance. Instead of gathering the public into a vast assembly room, they set in motion certain waves knowing that millions of instruments in houses and flats were tuned to the waves sent forth, and knowing and intending also that acoustic representation of the opera would thereby be given to an enormous number of listeners », *id.*, p. 145.

[217] Article 5(d), *Copyright Act*, 1956 (R.-U.) : « The acts restricted by the copyright in a literary, dramatic or musical work are -
(c) performing the work in public;
(d) broadcasting the work; »

[218] Notons d'ors et déjà que la situation envisagée au quatrième point de la liste de Caldwell est justement la retransmission incidente de l'émission radiophonique dans les chambres d'hôtel ou les magasins.

[219] B. CLAXTON, « Protection against the unauthorized use of a broadcast in Canada », *loc. cit.*, note 184, p. 667. Les situations techniques envisagées à l'époque sont décrites par Claxton : « (1) *Re-broadcasting.* Station B receives a program from Station A and retransmits the program by putting its loudspeaker in front of its microphone. (2) *Radio-centrals.* Receives Station A's program and sends it over wires to local subscribers in return for rental charge [...]. (3) *Manufacture and sale of recordings.* B manufactures ans sells phonograph records from a broadcast program received from Station A. (4) *Operation of receiving apparatus and loudspeakers.* By loudspeaker B reproduces Station A's program at an entertainment for which admission is charged or to provide incidental entertainment in a railway car, hotel, barber shop, or to attract attention to a retail store. (5) *Interception by tapping wires.* B uses a program obtained by tapping a wire between station A's studio and transmitter [...]. (6) *Use of programs by a station without the consent of the sender.* Station A provides a sustaining program to a network in which a trunk line connects with Station B which uses the program without Station A's consent. (7) *Interception of programs transported by radio.* Station A sends a program intended for Station C over a frequency not used for ordinary broadcasting. Station B intercepts the program and broadcasts it. (8) *Uses of program content by other broadcasters.* [...] Station A's program is imitated by Station B. (9) *Uses of program content by publishers of newspaper and other printed material.* Station A broadcasts news which is received, printed and sold by B a newspaper. (10) *Uses by others.* Station A broadcasts a dramatic skit which is adapted to the stage and used by B without permission ». Id., pp. 661-662. Ces descriptions sont intéressantes en ce qu'elles illustrent les inquiétudes de la jeune industrie de la radiodiffusion. Caldwell représentait en effet les radiodiffuseurs devant nombreuses instances nationales et internationales. Pour un aperçu de leurs revendications devant le Congrès américains, Louis G. CALDWELL, « The Copyright Problems of Broadcasters », (1934) 2 *J. Radio Law* 287. Cette description démontre

1931 vient ajouter les précisions nécessaires et soumet expressément l'acte d'exécution publique de l'oeuvre par radiodiffusion à l'autorisation de son auteur[220].

L'harmonie semble régner au sein des législations étudiées, au moins quant aux principes généraux applicables. En France, depuis les années 1920, l'audition radiophonique est assimilée à l'exécution théâtrale prévue à la loi de 1791[221]. Le législateur français n'interviendra pas avant 1957, laissant aux tribunaux le soin de dégager une interprétation synthétique du droit de représentation. La cour de Paris, par exemple, décide le 24 avril 1931 que le poste de téléphonie sans fil de la Tour Eiffel est débiteur des droits d'auteur. Ceux-ci sont dus « dès que l'exécution est publique, et même lorsqu'elle est gratuite ou donnée dans un but de bienfaisance ou de démonstration scientifique »[222]. L'exécution revêt un caractère public dès lors que l'œuvre est diffusée aux membres du public qui peuvent capter l'onde. Le fait que les exécutants ne soient pas visibles lors de la réception acoustique de l'œuvre n'est pas un obstacle à l'application du droit de représentation.

À la même période et devançant même sur ce point la plupart des juridictions de *common law*, la cour américaine du sixième circuit donne droit à une jeune association dévouée à la cause des auteurs, compositeurs et éditeurs sonores, en activité depuis le 13 février 1914, l'ASCAP[223], contre une radio de Cincinnati. Elle ordonne à cette dernière de cesser la radiodiffusion de l'œuvre musicale intitulée « Dreamy Melody ». La solution prétorienne

---

également à quel point l'opération technique est fragmentée afin de mieux la comprendre juridiquement. Ce fractionnement perd souvent le juriste et l'oblige parfois à distinguer loriquet ne faudrait pas. Cette méthode de l'analyse technique est encore plus Claire à la lecture des phases successives de la radiodiffusion proposées par Straschnov en 1948. G. STRASCHNOV, *Le droit d'auteur et les droits connexes en radiodiffusion*, *op. cit.*, note 196, p. 17.

[220] *Loi modifiant la Loi du droit d'auteur*, 21-22 Geo. V c. 8 (1931), articles 2 et 3.

[221] Voir la note sous *Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique* c. *Lherbier, directeur général des P.T.T. de Marseille*, Trib. Corr. de Marseille, 30 juillet 1927, *Gaz. du Pal.* 1927-II-913. Dans cette affaire, l'assimilation est confirmée : « Attendu que l'audition radiophonique constitue bien un spectacle public, la publicité pouvant se déduire aussi bien des insertions dans les journaux annonçant la représentation que des conditions dans lesquelles se pratique la diffusion, la faculté d'écouter n'étant pas limitée à une catégorie restreinte de personnes et pouvant s'étendre à nombre d'auditeurs inconnus des organisateurs de concerts ... », *id.*, p. 914. Dans le même sens, *Min. Pub., héritiers Victor Hugo* c. *Platrier*, 27 février 1931, Trib. Corr. de la Seine, *D.* 1931, Somm. p. 43.

[222] *Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique* c. *Maurice Privat, concessionnaire des émissions de la Tour Eiffel*, 24 avril 1931, Cour de Paris, *D.* 1932.II.80, p. 81. Voir sur ce point, DESBOIS, *Le droit d'auteur*, 1ère éd., (1950), p. 399.

[223] Sur les origines de l'ASCAP, http://www.ascap.com/about/history/. Voir également, Alan LATMAN, *The Copyright Law : Howell's Copyright Law Revised and the 1976 Act*, 5ième éd., Washington, BNA Books, 1979, pp. 182-189. En France, la Société des Auteurs, Compositeurs et Éditeurs de Musique (SACEM) existait alors depuis 1851.

sera codifiée, avec les aménagements nécessaires, en 1976[224]. Passant outre la difficulté de l'exigence de lucre posée par la loi américaine, la Cour écrit que :

> While statutes should not be stretched to apply to new situations not fairly within their scope, they should not be so narrowly construed as to permit their evasion because of changing habits due to new inventions and discoveries. [...]
>
> A performance, in our judgment, is no less public because the listeners are unable to communicate with one another, or are not assembled within an enclosure, or gathered together in some open stadium or park or other public place. Nor can a performance, in our judgement, be deemed private because each listener may enjoy it alone in the privacy of his home. Radio broadcasting is intended to, and in fact does, reach a very much larger number of the public at the moment of the rendition than any other medium of performance. [...]
>
> That, under the Copyright Act, a public performance may be for profit, though no admission fee is exacted or no profit actually made is settled by Herbert v. Shanley, 242 U.S 591 S. Ct. 232, 61 L. Ed. 511. It suffices to say, as there hold, that the purpose of the performance be for profit, and not eleemosynary [...].[225]

---

[224] Melville B. NIMMER et David NIMMER, *Nimmer on Copyright*, *op. cit.*, note 201, § 8.14 et s.

[225] *J. H. Remick & Co.* v. *American Automobile Accessories Co.*, 5 *F. 2d.* 411 (1925) (Circ. Court of appeals, Sixth Circ.), pp. 411-412. La cour cite la célèbre affaire *Herbert* v. *Shanley* , 242 *U.S.* 591 (1917) (Sup. Court) intentée par le père fondateur de l'ASCAP, le compositeur Victor Herbert, qui s'était ému de ne pas avoir été payé pour la prestation de son œuvre intitulée *From Maine to Oregon* par l'orchestre du célèbre restaurant de Time Square, le Shanley. Refusant de recevoir la défense de gratuité avancée par la défenderesse, le juge Holmes, pour la Cour suprême, conclut dans un jugement coloré que : « If the rights under the copyright are infringed only by a performance where money is taken at the door, they are very imperfectly protected. Performances not different in kind from those of the defendants could be given that might compete with and even destroy the success of the monopoly that the law intends the plaintiffs to have. It is enough to say that there is no need to construe the statute so narrowly. The defendants' performances are not eleemosynary. They are part of a total for which the public pays, and the fact that the price of the whole is attributed to a particular item which those present are expected to order is not important. It is true that the music is not the sole object, but neither is the food, which probably could be got cheaper elsewhere. The object is a repast in surroundings that to people having limited powers of conversation, or disliking the rival noise, give a luxurious pleasure not to be had from eating a silent meal. If music did not pay, it would be given up. If it pays, it pays out of the public's pocket. Whether it pays or not, the purpose of employing it is profit, and that is enough », *Id.* pp. 594-595. Voir à ce sujet, E. SAMUELS, *The Illustrated Story of Copyright*, *op. cit.*, note 30, pp. 40-43; J. GINSBURG, « Copyright and Control Over New Technologies of Dissemination », *loc. cit.*, note 164, pp. 1620-1621. L'auteur précise effectivement qu'il s'agissait dans les premières décisions plutôt de la diffusion de prestations vivantes que d'enregistrements.

La Cour de cassation française, dans un arrêt *Halévy*[226] de 1930, abandonne également progressivement l'exigence de simultanéité. Certes, l'arrêt ne traite pas de radiophonie mais, distinguant entre l'édition sonore - dans ce cas la reproduction phonographique d'une œuvre - et l'exécution publique, elle précise dans un chorus alors universel que :

> pour revêtir le caractère d'une représentation, elle doit s'adresser directement à un public généralement réuni dans le lieu où elle se donne, en tous cas appelé à en jouir dans le temps même où elle se produit, par une communication à peu près instantanée des artistes avec l'auditoire.[227]

La Cour de cassation reconnaîtra également l'élasticité de la notion de représentation et sa filiation avec d'autres types d'exécution dont la radiodiffusion. À sa suite, Desbois dira de la radiodiffusion qu'elle n'est rien d'autre qu'une « exécution mécanique » ressuscitant « le jeu des acteurs ou la voix des artistes »[228]. Cette interprétation laisse pourtant entrevoir deux difficultés majeures rencontrées dans l'évolution du droit d'exécution. Difficultés qui seront traités dans chacun des pays étudiés à partir de développements jurisprudentiels très poussés. Faisons-en un bref commentaire. D'abord, l'exécution est publique, nous dit-on, lorsqu'elle s'adresse *directement* au public, affirmant ainsi l'opposition qui existe avec l'édition sonore, qui elle, procède à une communication *indirecte*[229]. Ce raisonnement a ses limites. En effet, le droit d'exécution peut, techniquement, apparaître aux deux extrémités de cette édition sonore mais à des moments différents. Il faut premièrement une représentation initiale afin que l'œuvre soit fixée une première fois. Secondement, l'enregistrement peut donner lieu à une représentation différée qui peut être réalisée en public ou en privé. Dans ce dernier cas, l'indépendance des deux opérations, celle de l'édition sonore et celle de l'exécution, n'est pas garantie puisqu'elles participent toutes deux, dans leur finalité, à une même communication de l'œuvre. Tenter d'en découdre une pour asseoir l'unité de l'autre semble chose vaine et force à des explications insatisfaisantes, même de la part des plus éminents juristes. On avait pu, à grande peine, éviter la confusion des droits patrimoniaux lors de l'avènement des instruments

---

[226] *Cons. Halévy, Meilhac et autres* c. *Heugel, de Choudens, Rouart-Lerolle et Cie*, Cour de Cassation, 10 novembre 1930, *D.P.* 1932.II.29.

[227] *Id.*, p. 29.

[228] H. DESBOIS, *Le droit d'auteur*, 1ère éd., (1950), p. 398.

[229] Commentant l'arrêt de la Cour, Nast écrit : « La reproduction phonographique (enregistrement d'une œuvre par disques, suivi de la vente des disques au public) n'est donc pas une représentation publique, mais une édition de l'oeuvre », note de Marcel NAST sous *Cons. Halévy, Meilhac et autres* c. *Heugel, de Choudens, Rouart-Lerolle et Cie, précité*, note 226, p 31.

mécaniques, mais cette fois la convergence des techniques rend inutile toute systématisation.

Desbois peine à maintenir le système dans une logique toute relative. Il doit répond aux incohérences de la loi et à ses lacunes qui laissent le champ libre aux constructions les plus insolites. En particulier, une certaine doctrine avait soutenu que le fabricant de phonographes réalisait un acte de représentation par le fait même de la fabrication. Desbois dénonce cette erreur d'interprétation, mais en des termes peu clairs. C'est que la loi présente de réelle défaillance. Reproduisons cette tentative en songeant non seulement à la prolongation du débat au sujet de la radiophonie, mais encore à l'irrémédiable rapprochement des genres qui se trouve dans le concept moderne de communication par mise à disposition. Notant que le rôle du disque est de permettre « l'exécution même de l'œuvre dramatique et musicale », il écrit :

> Aussi, une argumentation ingénieuse fut-elle élaborée pour associer les auteurs aux bénéfices de l'industrie du phonographe, à l'aide, non du droit de reproduction mais de celui de représentation. En voici la substance : l'édition d'un disque comporte, avant toute autre démarche, une interprétation devant l'appareil enregistreur qui va en matérialiser le souvenir. Cette exécution revêt un caractère public sans que le studio soit ouvert à tout venant, par le seul fait que les disques sont destinés à la vente : la publicité provient, non des conditions de l'exécution initiale, mais de la distribution ultérieure des disques dans le public. Ce raisonnement, aussi habile qu'il fût, présentait une faiblesse irrémédiable, car une erreur substantielle en constituait l'assise. La vente ne peut modifier en quoi que ce soit les conditions de l'interprétation antérieure : ou bien celle-ci a eu lieu dans le privé, et il est paradoxal d'y voir un acte public sous le prétexte que les disques seront ultérieurement mis dans le commerce, car pour qu'une exécution cesse d'être privée il faut que le public y soit admis dans le temps même où elle se produit ; ou bien l'exécution contemporaine de l'enregistrement a eu lieu en public, et le droit de représentation s'applique, non pas à la fabrication et à la vente, mais à l'acte d'exécution initiale[230].

[230] H. DESBOIS, « L'évolution des droits de l'auteur en matière de reproduction et d'exécution publique », *loc. cit.*, note 81, pp. 5-6.

Le caractère public ou privée de la radiodiffusion est cette autre distinction essentielle du droit d'auteur. Nous continuons aujourd'hui à le réaliser. Techniquement, si l'émission initiale est unique et destinée au « public en général »[231], la réception peut présenter la limite externe de ce droit. Dans bien des cas, en effet, l'exécution de l'œuvre dans le cercle familial doit être considéré comme une exécution privée. La personne qui met en marche le récepteur ne doit donc pas demander une autorisation particulière. La mesure de ce qui constitue une exécution radiophonique privée ou publique est cependant fort délicate dès lors que le récepteur est placé dans un lieu public tel une chambre d'hôtel. La jurisprudence a élaboré des distinctions subtiles selon que le récepteur constitue ou non le relais créateur d'une nouvelle exécution publique[232]. Cette problématique est récurrente en matière de

---

[231] G. STRASCHNOV, *Le droit d'auteur et les droits connexes en radiodiffusion*, *op. cit.*, note 196, p. 17.

[232] La question s'est posée pour la première fois en 1926 lorsque le service municipal de La Haye avait fait part à l'Union Internationale de Radiophonie de l'« intention d'utiliser le réseau téléphonique de cette ville pour la distribution à ses abonnés des émissions radiophoniques des stations d'Hilversum (Hollande), Daventry (Angleterre), Radio-Paris (France) et Koenigswusterhausen (Allemagne). Il projetait d'effectuer à cet effet la réception des émissions de ces stations et d'en assurer la retransmission au moyen d'une boîte et d'une prise de courant installées chez les abonnés, ceux-ci ayant à se munir de casques et de haut parleurs ». Le Conseil de l'Union Internationale de Radiophonie conclut que ce procédé était contraire non à la loi mais à l'équité. La ville avait cependant proposé de payer les stations de radio. Rapporté dans René DUCAUD, *Le régime juridique de la radio-diffusion*, (thèse), Montpellier, Librairie Louis Valat, 1929, p. 55 et s. On notera que l'auteur parle de « distribution » téléphonique des émissions radiophoniques. En France, les tribunaux ont jugé en général qu'il y avait représentation publique chaque fois que l'œuvre peut être entendue par un nouveau public en raison d'une nouvelle opération technique. *Soc. des Auteurs, Compositeurs et Éditeurs de musique* c. *Kubler*, (2 janvier 1946), Cass. Civ., *D.* 1946.II.133 (condamnant un aubergiste pour avoir procéder à une exécution publique distincte sans autorisation) et *Soc. des Auteurs, Compositeurs et Éditeurs de musique* c. *Bauer*, 8 avril 1947, Cass civ., *D.* 1948.II.390, Note Henri DESBOIS (condamnant au titre du droit de représentation un restaurateur d'une auberge qui capte et retransmets des œuvres protégées). Certaines décisions, plus rares, avaient toutefois accueillie la thèse de l'indivisibilité radiophonique. Voir notamment, *Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique* c. *Wantz*, Trib correct. Saverne, 30 mars 1936, *D.* 1936.II.327 : La Cour exonère un cafetier au motif que « la mise en action du poste récepteur ne constitue pas un acte nouveau au point de vue du droit d'auteur, mais uniquement une partie essentielle du processus de radiophonie complexe [...] », *id.*, p. 328. Cette décision a été critiquée par Desbois qui relève qu'il appartient à « l'auteur seul de décider de la publicité de son œuvre ». Peu importe donc que l'œuvre soit destinée par essence au public. H. DESBOIS, *Le droit d'auteur*, 1ère éd., (1950), pp. 405-408 et les explications de C.-A. COLLIARD, « La machine et le droit privé français contemporain », *op. cit.*, note 5, pp. 130-131. Cette thèse minoritaire entend traiter l'émission radiophonique comme une seule et même opération alors même que le signal peut être relayé et retransmis à plusieurs moments, visant ainsi un même public anonyme, dans différentes circonstances. Dans ce cas, les relais ne sont pas considérés comme étant créateurs d'une nouvelle exécution publique. Les tribunaux américains, anglais et canadiens rejetteront majoritairement la thèse de l'indivisibilité en matière de radiodiffusion, mais l'adopteront en matière de câblodistribution. Voir, respectivement, *Buck* v. *Jewell-LaSalle Realty Co.*, (1931) 283 *U.S.* 191 (La Cour Suprême répondra affirmativement à la question préjudicielle suivante : « Do the acts of a hotel proprietor, in making available to his guests, through the instrumentality of a radio receiving set and loud speakers installed in his hotel and under his control and for the entertainment of his guests, the hearing of a copyrighted musical composition which has been broadcast from a radio transmitting station, constitute a performance of such composition within the meaning of 17 USC Sec. 1(e)?»), *Performing Right Society Ltd.* v. *Hammond's Bradford Brewery Co. Ltd.*, (1934) 1 *Ch.* 121 et, en droit canadien, *Canadian Performing Right Society Ltd.* v. *The Ford Hotel Co. of Montreal Ltd.*, (1935) 73 *C.S.* 18. D'un avis contraire mais minoritaire on notera les propos de

droit d'auteur et devient centrale dans le cadre du traitement juridique de la retransmission par câble ou par satellite. Elle est loin d'être résolue si l'on en juge par la jurisprudence Internet que nous aurons à présenter plus loin. Les hyperliens et autres mécanismes électroniques ou techniques nécessaires au transport de l'information sont autant les relais modernes de la communication à distance. Ces phénomènes constituent aujourd'hui le sujet d'étude de la responsabilité des intermédiaires. Ensuite, et toujours en commentaire de la définition proposée par la Cour de cassation en 1930, la référence à « une communication *à peu près* instantanée » (nos italiques) signale déjà la possibilité d'une diffusion différée rendue possible par la conservation temporaire d'une oeuvre. C'est ici qu'apparaît la problématique de la reproduction.

2) Le droit de reproduction appliqué aux émissions radiophoniques

Nous avons déjà relevé à plusieurs reprises, notamment à l'occasion de la présentation du droit des instruments mécaniques, le développement parallèle sinon asymptotique des droits d'exécution et de reproduction. Le phénomène de la radiodiffusion va une nouvelle fois appeler l'étude du droit de reproduction. Les programmes de radiodiffusion étaient à l'origine composés de musiques joués en direct par des musiciens de studio. Le film de Roman Polanski « Le pianiste », dans ses premières minutes, nous en donne un exemple au combien poignant en présentant le pianiste polonais Szpilman jouant en direct pour la Radio nationale polonaise. Dans ce cas, il n'était nullement nécessaire d'envisager le droit de reproduction. Il semble alors évident que ni le microphone, ni l'appareil émetteur ou récepteur, ni même les hauts parleurs ne *reproduisent* l'œuvre transmise. On notera toutefois qu'Escolier avait soulevé l'hypothèse de l'assimilation de la radiophonie à la reproduction mécanique. Si l'opération d'irradier une œuvre peut être qualifiée d'adaptation « musico-mécanique » au sens des lois américaine, anglaise et canadienne, l'auteur en déduit logiquement qu'« il faudrait dire alors que, dans les nombreux pays où la licence obligatoire est en vigueur, ce système doit jouer pour les émissions sans fil. Dès que

---

Hoffmann publiés en 1931 : « [...] the exploitation by a public loudspeaker (restaurants, hotels, etc.) does not constitute a new broadcast reproduction ». W. HOFFMANN, « The Right of the Author with Respect to Broadcasting », (1931) 1 *J. Radio L.* 28, p. 31. Également sur le sujet, B. CLAXTON, « Broadcasting and Copyright (Performing Right Society Ltd. v. Hammond's Bradford Brewery Co. Ltd. 49 T.L.R. 410) » (1933), 11 *Can. Bar Rev.* 573 et l'étude de droit comparé de Ysolde GENDREAU, *The Retransmission Right : Copyright and The Rediffusion of Works by Cable*, Oxford, ESC Publishing Limited, 1990, pp. 5-11. Notant déjà en 1939 les solutions voisines du droit français, et français, Pauline BRANDENFELS, « Copyright in Its Relation to Radio Broadcasting », (1939) 18 *Neb. L. Bull.* 109, p. 116.

l'auteur a cédé le droit de reproduction mécanique d'une de ses œuvres, il ne pourrait interdire la radiodiffusion de cette œuvre »[233]. Cette interprétation ne fut jamais réellement suivie ni testée par les tribunaux des pays concernés. Rares sont les auteurs qui traiteront du sujet. Skone James prend toutefois la peine de répondre à cet argument, ce qui prouve au moins qu'il circulait dans les milieux spécialisés. Il abordera plus précisément la question à propos de la télévision. Skone James repousse le principe de l'assimilation de la radiodiffusion à l'instrument musico-mécanique, refusant donc d'exonérer l'exécution au titre du régime des licences mis en place pour les reproductions mécaniques. Notant cependant que le droit de reproduction pourrait effectivement entrer en jeu en cas d'enregistrement préalable de l'œuvre et de sa conservation, il écrit :

> It is understood that methods of television at present in use do not necessarily involve any record on film or otherwise of the work performed, so that there is not necessarily any exercise of the right to make mechanical contrivances, though, if any record is preserved, an exercise of the right will be involved[234].

L'interprète sera bientôt remplacé par les disques du commerce. Ici, comme le souligne justement Straschnov, « ce n'est évidemment pas la diffusion d'un tel enregistrement qui suscite des difficultés, diffusion qui donne toujours lieu à une redevance, mais la fixation de l'œuvre sur un support matériel qui précède l'émission »[235]. Il résulte de cette fixation préalable que les fabricants de disques entendent être compenser pour ce qu'ils perçoivent comme une spoliation de leurs droits. Selon ces derniers, la radiodiffusion des œuvres, même si elle est autorisée par son auteur, entame directement le revenu escompté de la vente des enregistrements. Elle est, en ce sens, une nouvelle forme de distribution des oeuvres. Le droit d'exécution ayant été généralement acquis au titre des ententes cadre de licences radiophoniques mises en place par les sociétés de gestion collective, c'est donc sur la base du droit de reproduction qu'ils vont demander réparation. La revendication se heurte pourtant à un obstacle majeur : exception faite des situations dans lesquelles l'entreprise de radiodiffusion effectue des enregistrements provisoires - auquel cas l'autorisation de

---

[233] M. ESCOLIER, *Les instruments musico-mécaniques et le droit d'auteur*, *op. cit.*, note 70, p. 156.
[234] W. A. COPINGER et F. E. SKONE JAMES, *Copinger and Skone James on the Law of Copyright*, 8ième éd., (1948), *op. cit.*, note 16, p. 159.
[235] G. STRASCHNOV, *Le droit d'auteur et les droits connexes en radiodiffusion*, *op. cit.*, note 196, p. 39.

l'auteur est en principe nécessaire au titre de cette reproduction[236], la radiodiffusion en direct des œuvres enregistrées sur disque ne présuppose aucune reproduction préalable.

Une certaine doctrine française va pourtant assimiler l'acte de radiodiffusion d'un enregistrement comme une *édition* au sens de la loi de 1793 et non pas seulement comme d'une *représentation* publique au terme du décret de 1791. Les enregistrements phonographiques avaient déjà mis à l'épreuve la notion d'édition. Nous avons vu, en effet, que le texte de 1793 employait le mot *édition* à l'endroit de *tout écrit* sans que l'on sache très bien si ce droit exclusif permettait à l'auteur d'interdire la reproduction mécanique de son œuvre musicale. Nous savons désormais que la jurisprudence française avait opté pour une interprétation large du droit d'*édition* en l'assimilant à un droit de reproduction, non sans quelques difficultés il est vrai. On avait hésité, pour un temps seulement, à reconnaître dans le rouleau ou le papier perforé une fixation matérielle suffisante de l'œuvre et, dès lors, d'y voir une reproduction soumis au droit d'auteur.

La problématique de la définition du droit d'édition renaît avec la radiodiffusion des disques du commerce. L'analyse est ici délicate. Techniquement, encore une fois, l'opération n'implique aucune fixation sur un support matériel par l'organisme de radiodiffusion. Pourtant, Tabouis, avec d'autres spécialistes, soutiendra que « le fait de confier aux ondes hertziennes une œuvre intellectuelle constitue un mode nouveau de *reproduction* ou exécution » (nos italiques)[237]. D'autres commentateurs, à l'exemple de Taillefer, proposèrent en 1925 que l'émission par téléphonie sans fil soit interprétée comme une publication ou, encore, comme Tirman, l'assimileront à l'enregistrement d'une œuvre musicale sur une plaque de phonographe[238]. Ces noms et propositions nous viennent d'une

---

[236] Les lois peuvent aménager l'exercice de cette reproduction afin de faire prévaloir le droit d'exécution au public et d'éviter une double imposition de redevances. La Loi canadienne par exemple prévoit un régime particulier au titre des « Enregistrements éphémères ». Les entreprises de radiodiffusion peuvent procéder à de tels enregistrements à certaines conditions. Il faut notamment qu'elles aient obtenu préalablement le droit de communiquer les œuvres au public par télécommunication. L'exception ne vaut pas pour les œuvres musicales dans le cas où une système de gestion collective permet la perception de redevances. Voir, article 30.8 *Lda.* Cependant, cet aménagement visant uniquement les enregistrements éphémères, l'entreprise n'est pas exonérée de l'autorisation du droit d'auteur dans tous les cas de reproduction durable comme c'est le cas pour la diffusion différée d'un enregistrement par exemple. La loi française contient une dérogation similaire depuis 1957, la loi anglaise depuis 1956 (article 6(7) *Copyright Act 1956*, puis, article 68, CDPA 1988).

[237] Cité dans André SAUDEMONT, *Études de quelques droits de l'État et des particuliers dans le domaine de la radiophonie*, (thèse), Paris, Librairie Dalloz, 1927, p. 118.

[238] *Id.*, p. 119. Hoffmann, faisant un commentaire du droit français au regard de la radiophonie, fera référence à l'interprétation de Taillefer, Tabouis : « Broadcasting being only a new way of reproducing a work, and such reproduction, in no matter what form and with the aid of no matter what technique, falling within the scope of the author's protection, the authors enjoy protection against broadcasting ». W. HOFFMANN, « The Right of the Author with Respect to Broadcasting », *loc. cit.*, note 232, p. 29.

des premières thèses française (1925) présentées sur le sujet de la radiophonie. Son auteur, Saudemont, s'opposera pourtant catégoriquement à l'application extensive de la notion d'édition aux émissions radiophoniques. Pour ce juriste, qui note au passage que la question n'a pas été tranchée par la jurisprudence française[239], la solution est unique : « l'édition c'est la reproduction d'un ouvrage »[240]. Nous nous permettrons de reproduire plus extensivement son analyse :

> Or, que réalise-t-on par la radio-diffusion ? Elle permet par la voie des ondes hertziennes de propager une exécution initiale et d'étendre considérablement le cercle de ceux qui peuvent en jouir. Une première audition est réalisée que le microphone; l'appareil émetteur transforme les ondes sonores en ondes hertziennes que capteront les appareils récepteurs réalisant chacun une reproduction sonore distincte. Il n'y a rien là, de près ou de loin qui puisse ressembler à l'édition, aux termes de notre législation. L'appareil émetteur transforme la nature des ondes et ne conserve et n'enregistre rien. [...] Quand l'exécution première est terminée, il ne reste que le silence. La grande voix de l'émetteur se tait. L'appareil récepteur n'est plus qu'un organe inerte. L'oeuvre que l'on a entendue, à moins qu'on ne l'exécute et ne la transmette à nouveau par sans fil, on ne peut plus l'entendre. Elle n'est pas fixée. On ne peut plus en jouir à volonté comme peut le faire *oculis aut auribus* le possesseur d'un livre ou d'un disque phonographique où un ouvrage se trouve matérialisé et enregistré. La radio-diffusion sème dans l'air des mots et des sons, inconsistants et fuyants qui s'évanouissent avec la rapidité de l'éclair. Il n'y a pas d'édition. Il n'y a qu'une exécution qu'on peut percevoir dans des conditions déterminées[241].

On retrouve dans ces propos l'essentiel de la solution retenue par le droit français. Les entreprises de radiodiffusion sont donc redevables d'une seule redevance, celle au titre du droit d'exécution, chaque fois que l'œuvre est représentée en directe. En revanche, elles devront également requérir l'autorisation de l'auteur si elle procède en sus à une reproduction préalable de l'œuvre avant son émission. Émission directe et différée, voilà le schéma binaire qui commande, selon le cas, cumul des droits et la perception d'une ou de deux redevances. Comme le dira Desbois, « l'autorisation de radiodiffuser n'implique pas

---

[239] André SAUDEMONT, *Études de quelques droits de l'État et des particuliers dans le domaine de la radiophonie*, *op. cit.*, note 237, p. 121.
[240] *Id.*, p. 119.
[241] *Id.*, p. 121.

l'autorisation d'enregistrer l'œuvre radiodiffusée »[242]. Cette application incidente des deux droits se retrouve d'ailleurs dans tous les systèmes étudiés.

La justesse de l'analyse de Saudemont ne doit donc pas être remise en cause. Elle remporte également l'appui de Desbois.

Par contre, si elle constitue un travail d'éclaireur remarquable, elle laisse pourtant largement irrésolue la question de l'utilisation des disques du commerce. D'ailleurs son analyse ne fait pas état de cette hypothèse. L'application prioritaire du droit d'exécution n'aura dès lors pas éteint totalement les revendications des fabricants de disques au titre du droit d'édition. Certes, l'utilisation des disques du commerce ne présuppose aucune reproduction, mais elle constitue certainement un usage de l'exemplaire compromettant le contrôle de l'auteur sur son œuvre. En définitive, la radiodiffusion procure sans aucun doute une jouissance de l'œuvre en économie de l'achat de l'exemplaire équivalent. Dans cette perspective, la dissociation de l'acte d'exécution de celui de distribution de l'exemplaire paraît donc impossible.

Reprenant à son compte l'interprétation extensive de la notion d'édition, la SDRM (Société du droit de reproduction mécanique), organisme français affilié au Bureau international d'édition musico-mécanique (BIEM), a tenté à partir de 1937 de faire signer des licences de reproduction aux organismes de radiodiffusion sans que la loi ni même la jurisprudence n'aient établi le caractère contrefaisant de l'utilisation radiophonique des disques du commerce. Ces licences visaient évidemment à compenser le préjudice subi par les producteurs de disques. La « surtaxe », tel qu'on a pu l'identifier, s'ajoute aux redevances payables au titre du droit d'exécution ainsi que celles perçues régulièrement par la SDRM au titre du droit de reproduction pour les émissions enregistrées préalablement à leur radiodiffusion. Elle vise donc uniquement à compenser la mévente des disques. Situation unique de droit français, cette « surtaxe » était calculée en proportion de la durée d'émission des disques radiodiffusés. Desbois, dans un premier temps, va condamner cette pratique. « Dans l'état actuel des dispositions légales, écrira t-il, il semble impossible de considérer le « droit de compensation » comme un prolongement, un corollaire occasionnel du droit de reproduction »[243]. Et, un peu plus loin, il ajoute : « Le droit de reproduction,

[242] H. DESBOIS, *Le droit d'auteur*, 2ième éd., (1966), p. 273.

[243] H. DESBOIS, *Le droit d'auteur*, 1ère éd., (1950), p. 454. Cet énoncé est également une critique des motifs d'une décision de 1943 qui confirme la pratique de la surtaxe au titre du droit d'édition : « Attendu que ces redevances [au titre du droit de représentation, nos précisions] étant apparu insuffisantes lorsque les disques utilisés à la radio purent être ainsi entendus en même temps par de nombreuses personnes, ce qui aurait amené

lorsqu'il a été exercé, a épuisé ses effets : il ne permet pas de subordonner tel ou tel usage à des conditions particulières »[244]. Cette inadéquation du droit de reproduction aux nouvelles formes d'exploitation va ouvrir le débat sur l'existence d'un droit de destination qui serait compris dans la notion originelle d'*édition* ou, depuis sa disparition, dans le prolongement du droit de reproduction. Desbois sera pourtant réticent à étendre des le concept de reproduction même s'il juge légitime la recherche d'une compensation pour la mévente des disques du commerce. Il conclut enfin que « l'entrepreneur de radiodiffusion, qui s'aviserait d'utiliser un disque sans payer le supplément qu'il aurait par hypothèse promis, ne violerait pas le droit de reproduction »[245]. Desbois se révisera à partir de l'édition de 1966 de son traité. Il revient sur sa position et opte cette fois pour une interprétation large du droit de reproduction. Il s'appuie sur les modifications législatives de 1957. La nouvelle loi introduit en effet un article 31 qui subordonne la transmission des droits de l'auteur à la « condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa *destination* » (nos italiques)[246]. La référence à la *destination* de l'œuvre dans cette clause visant l'exercice des droits contractuels de l'auteur suffit, celui lui, à étendre le champ d'application du droit de reproduction. Nous verrons que cette doctrine de la destination n'aura qu'un effet limité en droit français. Elle sera en tout état de cause très controversée.

Édition, publication, reproduction, fixation, exécution, la typologie des droits devient confuse. Il semble que la loi tente de saisir ce que ces notions trop étroites manquent d'identifier : la distribution de l'œuvre. Le cadre législatif n'est pas plus clair aujourd'hui. Les réformes incessantes en aggravent plutôt la compréhension. L'ombrelle faussement réconfortante d'un droit « technologiquement neutre » devient un mythe. Irrémédiablement, la technologie fait sortir les droits patrimoniaux de leurs acceptions classiques. La souplesse interprétative que préconise l'approche de la neutralité technologique porte le droit d'auteur aux limites de la logique et du bon sens. On notera ici, par exemple, que

---

une diminution des ventes, il fut convenu qu'une surtaxe serait payée par les postes émetteurs pour chaque radiodiffusion ; - Attendu que cette surtaxe frappe le disque en tant qu'édition utilisée dans un but spécial, et non pas l'exécution publique, puisque, par ailleurs, le droit de représentation reste toujours perçu ; [...] », *Poggioli* c. *Soc. Salabert et Soc. De droit de reproduction mécanique*, Trib. Civ. De la Seine, 25 oct. 1943, *D.* 1944, Jurisprudence 127, p. 128, note de H. DESBOIS, confirmée en appel, Paris, 27 avril 1945, *S.* 1945.2.63. Critiquant l'arrêt, Desbois conclut que la décision contient une erreur marquée qui mène à une conclusion difficilement soutenable en droit : « une seule et même communication au public va donner lieu à une double redevance, au mépris de la règle *non bis in idem* », *id.*, p. 128.

[244] *Id.*, p. 455.

[245] *Id.*, p. 456.

[246] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination*, Paris, LGDJ, 1989, pp. 159 et s.

certains tribunaux ont jugé récemment que l'apparition d'une œuvre à l'écran cathodique pouvait constituer une reproduction au sens de la loi[247]. À quand la reproduction cérébrale, à quand le droit de lire ?

La double application du droit d'auteur pour un acte d'exploitation unique (droit de reproduction et droit d'exécution publique) ne cessera pas de nous surprendre d'autant que la solution d'un droit, sous le modèle juridique fédérateur du droit de distribution, aurait, à notre avis, déjà pu être imaginée. Le langage est déjà là. Les juristes parlent très tôt de *distribution radiophonique* des œuvres[248]. Strachnov, en 1948, fait allusions à une nouvelle forme de communication des œuvres qui préfigurera la communication sur demande. Il l'appellera la *radiodistribution*[249]. Si, pour lui, la radiodistribution « tient à la fois de l'émission radiophonique et de la réception », elle présente des caractéristiques particulières en ce que l'auditeur à cette fois « le choix entre plusieurs programmes ».

Avant de passer aux autres modes de distribution à distance des œuvres que sont la télévision, la câblodistribution et le satellite, nous proposons de clore cette partie sur la radiodiffusion en présentant l'évolution de la Convention de Berne à son endroit.

3) Le droit de radiodiffusion dans la Convention de Berne

Certes, on ne trouve pas de disposition spécifique concernant la radiodiffusion dans le texte originel de Convention de Berne. Le procédé est expérimental en 1886, naissant en 1908. Le droit de radiodiffusion, consacré finalement dans le texte de l'acte de Rome en 1928, correspond au premier stade d'épanouissement de cette invention.

---

[247] Voir la décision anglaise *Bookmakers' Afternoon Greyhound Services Ltd.* v. *Wilf Gilbert (Staffordshire) Ltd.*, (1994) *F.S.R.* 723, p. 738. Voir également, sur ce point, les commentaires d'Ysolde Gendreau : Y. GENDREAU, « Le droit de reproduction et l'Internet », *loc. cit.*, note 98, p. 43. Voir également, plus récemment, et dans le même sens, la decision canadienne *Eros-Équipe de recherche opérationnelle en santé Inc.* c. *Conseillers en gestion et informatique C.G.I. Inc., Régie régionale de la santé et des services sociaux de Québec, Régie Régionale de la santé et des services sociaux de la Montérégie*, Cour Fédérale, Division de première instance, (2004) *C.F.* 178, 3 février 2004.

[248] Par exemple, parlant de *distribution* de musique par radio comme devant être assimilée à un acte d'exécution publique, Lawrence P. SIMPSON, « Notes - Broadcasting as Infringement », (1930) 1 *Air Law Review* 134, p. 137. Parlant également de « radiodistribution » et de « distribution par fil de programmes radiophoniques », G. STRASCHNOV, *Le droit d'auteur et les droits connexes en radiodiffusion*, *op. cit.*, note 196, p. 23 et 73.

[249] *Id.*, pp. 27-28.

Comme nous l'avons observé à travers l'examen des droits nationaux, le passage de la notion d'exécution publique à celle de communication au public - terme plus général et plus actuel que l'on trouve dés 1928 dans la Convention de Berne se fera sans trop de heurts. La modernisation d'un droit visant à l'origine les représentations théâtrales s'opère donc aussi bien au niveau national que conventionnel. Le législateur canadien introduit même en 1931, sous son article 3(1)(f) *Lda.*, le droit exclusif de « transmettre » l'œuvre « au moyen de la radiophonie »[250]. Hormis les débats particuliers autour de la notion de « public », cette solution est transposable dans la majorité des pays.

Le texte de 1928 de la Convention de Berne adopte sous l'article 11 *bis* (1) le droit de l'auteur d'autoriser la communication de leurs œuvres au public par la radiodiffusion. L'article 11 *bis* (2) vient tempérer l'effet du principe en laissant aux pays signataires le soin de préciser les conditions d'exercice de ce droit[251]. On admet ainsi que le droit d'auteur puisse laisser le pas à des considérations de politique nationale[252]. L'article 11 *bis* nouveau, commentera encore le rapporteur général de la Conférence de Rome, Edoardo Piola Caselli, « a le caractère d'une transaction entre deux tendances opposées, celle d'assimiler entièrement le droit de diffusion radiophonique aux autres droits exclusifs de l'auteur (tendance défendue surtout par les Délégations britannique et française) et celle de considérer cette matière comme assujettie à l'intervention de l'autorité publique »[253]. Ce sont donc une nouvelle fois les discussions au sujet de la licence légale qui sont engagées. La concession en faveur des exploitants n'est pas nouvelle, on le sait. La Convention de

---

[250] *Loi modifiant la Loi du droit d'auteur*, 21-22 Geo. V c. 8 (1931), article 3. H. G. FOX, *The Canadian Law of Copyright*, Toronto, The University of Toronto Press, 1944, p. 403.

[251] Selon Edoardo Piola Caselli, rapporteur général de la Conférence, « ce nouveau texte introduit dans la Convention représente, sans doute, avec la reconnaissance de la protection du droit moral, le résultat le plus important obtenu par la Conférence de Rome ». OMPI, *La Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques de 1886 à 1986, op. cit.*, note 19, p. 206. La délégation italienne avait même soulevé la question des interprétations artistiques qui du fait de l'apparition de la radiophonie et du phonogramme acquiert une dimension nouvelle. *Ib.*, 206. Cette idée alors naissante mènera à la signature de la Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, voir (1964) 17 *Bulletin du droit d'auteur* 73.

[252] « Mais les législations nationales ayant, sous des formes diverses, donné un caractère nettement social aux services radiophoniques, il est difficile au moment même où cette tendance semble destinée à s'accentuer de plus en plus, de prévoir comment les services radiophoniques et les législations vont se développer. [...] Plusieurs délégations ont par conséquent fait ressortir la nécessité de procéder avec grande prudence au règlement international de l'important problème et se sont montrées eu disposées à prendre des engagements qui pourraient entraver le développement de la radiodiffusion, en tant que service social », Actes 1928, (1928) 105 *Cahiers du droit d'auteur*, p. 183; cité dans les commentaires de A. RAESTAD, *La Convention de Berne*, Paris, Les Éditions Internationales, 1931, p. 206. Arnold Raestad était délégué de la Norvège à la conférence de Rome.

[253] OMPI, *La Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques de 1886 à 1986, op. cit.*, note 19, p. 206.

Berne avait déjà fait une place importante à ce que l'on avait appelé la « rémunération équitable » dans le cadre des reproductions mécaniques[254]. Avec l'apparition de la radiodiffusion l'idée de la licence obligatoire revient, mais elle est appréhendée d'une manière différente cette fois. Les raisons qui sous-tendaient l'insertion de l'article 13 dans la formule de 1908 et qui avaient permis, si l'on peut dire, l'expropriation du droit d'auteur en échange d'une redevance légale, ne se retrouvent plus en 1928. Ou plutôt, si les restrictions au droit d'auteur peuvent être de même nature, elle ne sont plus justifiées de la même manière. Il ne s'agit plus seulement de favoriser le développement d'une industrie, mais de prendre en considération cette fois l'intérêt du public, intérêt dont l'État se veut alors garant et qui correspond à sa mission de service public. Comme le rapporte Raestad, « c'est l'intérêt privé des industriels qui a été ménagé aux dépens de l'intérêt des auteurs tandis que, au contraire, dans le cas de la radiodiffusion, c'est l'intérêt qu'a la communauté dans le progrès de la radiodiffusion qui est la balance contre l'intérêt privé, c'est à dire celui des auteurs, et il faut bien que ces deux intérêts trouvent leur synthèse dans l'intérêt supérieur de l'État »[255]. Il faut dire que la grande majorité des postes de radiodiffusion bénéficiait très largement du soutien financier de l'État, ce qui conférait à cette activité un caractère éminemment public.

Les partisans du droit exclusif résistèrent. On a craint d'ailleurs que les négociations de 1928 échouassent à cause de cette opposition. Ainsi que le commente Raestad :

> [...] les délégations se rendirent de plus en plus compte que si la Conférence n'adoptait aucune disposition du tout, cela équivaudrait à laisser à chaque pays pleine liberté de traiter les auteurs en matière de radiodiffusion de la manière que bon lui semblerait, sauf à leur accorder le traitement national consacré par la Convention; et dans ces conditions même les délégations qui auraient préféré voir reconnaître par la Conférence le droit exclusif absolu de l'auteur en la matière pouvaient difficilement prendre sur elles la responsabilité de maintenir l'état existant des choses.[256]

Lors des discussions de Bruxelles, ce fut la révision de l'article 11 *bis* qui s'avéra la plus problématique. D'abord, comme nous venons de l'indiquer, si le droit exclusif de communication par radio-diffusion y était expressément prévu, les pays unionistes s'étaient

---

[254] Article 13, acte de Berlin. Ce système de rémunération équitable avait été proposé à l'origine par la délégation allemande lors de la Conférence de Berlin. Rapport L. RENAUD, *op. cit.*., note 24, p. 177.
[255] A. RAESTAD, *op. cit.*, note 252, p. 203.
[256] *Id.*,p. 204.

réservé la possibilité d'abandonner l'exclusivité pour un droit à rémunération, c'est-à-dire, en définitive, le droit d'adopter le système de la licence légale. Si en 1928 peu de pays avaient mis en place ce système, privilégiant en général l'approche consensuelle[257], l'idée de libérer l'accès aux œuvres revient en force en 1948. En particulier, la délégation monégasque présentera une proposition ayant pour but de faciliter, au dire de ses initiateurs, la mission culturelle de la radiophonie. En bref, il s'agissait d'introduire un nouveau système de licence obligatoire au sein de la Convention, ce que Straschnov appellera un « domaine radiophonique payant »[258]. La proposition monégasque consiste essentiellement en la faculté pour l'organisme de radiodiffusion de transmettre librement une œuvre, c'est-à-dire sans l'autorisation de son auteur, un an après sa divulgation[259]. La proposition fut très débattue, mais n'aboutît pas[260]. Elle a eu toutefois le mérite de sceller la coalition entre les pays favorables au plein exercice du droit exclusif au sein même de l'Union. En revanche, le tempérament de l'alinéa 2 de l'article 11 *bis* de la Convention autorisant le système de la rémunération équitable fut maintenu dans sa rédaction initiale, malgré une requête introduite par la France en vue de l'abroger[261].

---

[257] L'approche consensualiste a été privilégiée dans tous les pays étudiés. La législation va principalement intervenir pour résoudre les conflits possibles dans la négociations des ententes cadres et la fixation des tarifs. Bernard KORMAN et Fred KOENIGSBERG, « Performing Rights in Music and Performing Rights Societies », (1985-86) 33 *J. of Copyright Society of the USA* 332. Pour un aperçu du système au Canada, voir Douglas A. SMITH, *Sociétés de gestion collective des droits d'auteur*, Ottawa, Direction générale de l'analyse des politiques de la rechercher et de la liaison, Bureau de la politique de la concurrence, 1983. Plus récemment et d'un intérêt historique cette fois, Éric LEFEBVRE, « La gestion collective du droit d'exécution publique: historique du tarif de la radio de 1935 à 1977 », (2002) 15 *C.P.I.* 95. Également, Sylvie LATOUR et Pierre TRUDEL, « Le cadre juridique de la gestion collective des droits d'auteur au Canada », (1993-94) 6 *C.P.I.* 343.

[258] G. STRASCHNOV, *Le droit d'auteur et les droits connexes en radiodiffusion*, Bruxelles, (1948), *op. cit.*, note 196, p. 84. Arthur FISHER, « The 1948 Revision of the Berne Convention », (1949) 10 *Fed. Comm. B.J.* 53. L'auteur note : « In fact, compulsory licence has become the arena where not only material interests but also contradictory ideologies clash with each other », *id.*, p. 65.

[259] H. DESBOIS, *Le droit d'auteur*, 1ère éd., (1950), p.423, note 2. La proposition monégasque était ainsi rédigée : Art. 11 bis, « Paragraphe 1 : Les auteurs d'oeuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser : 1 - la radiodiffusion de leurs oeuvres, sauf lorsqu'il s'agit d'oeuvres divulguées depuis plus d'un an ; 2 - la communication publique effectuée dans un but lucratif, par haut-parleur, par écran ou par tout autre instrument analogue, transmetteur de sons ou d'images, d'une image de radiodiffusion. [...] Paragraphe 3 : Le droit de radiodiffusion d'une oeuvre couvre l'utilisation de tous les procédés et moyens d'émission et de transmission de sons et d'images qu'exploite l'organisme de radiodiffusion bénéficiaire de ce droit. Paragraphe 4 : L'enregistrement de sons et d'images, uniquement destiné aux besoins de la radiodiffusion, ne requiert pas l'autorisation de l'auteur prévue à l'article 13 et n'est assujetti à aucune rémunération. [...] ».

[260] On lira avec attention les explications de Straschnov, membre de la délégation représentant Monaco, sur le système proposé. G. STRASCHNOV, « The Monaco Ordinance On Copyright With Respect to Radio-Broadcasting », (1949) 10 *Fed. Comm. B.J.* 189. L'article est en fait une réponse à Robert Homburg. Ce dernier, dont les propos sont reproduits dans l'article de Fisher, « The 1948 Revision of the Berne Convention », avait fait état du règlement Monégasque du 27 novembre 1948 qui reprenait la proposition introduite lors de la Conférence de Bruxelles. Il questionnait la légalité de ce texte introduisant le système de la licence obligatoire dans la Principauté au regard de la formule retenue dans la Convention de 1948.

[261] A. FISHER, « The 1948 Revision of the Berne Convention », *loc. cit.*, note 258, p. 56.

Le texte de 1948 poursuit également le processus de fragmentation des droits patrimoniaux, cette fois pour répondre à la télévision et aux autres modes dérivés de télédiffusion. Le texte de l'alinéa 1, paragraphe 3 de l'article 11 *bis* adjoint au droit de radiodiffusion un droit indépendant, celui de communication publique de « sons ou d'images », par haut-parleur ou par tout autre instrument analogue. La formule est inclusive et vise évidemment la télévision.

Enfin, pour conclure cette recension historique du droit de représentation au sein de la Convention, nous retiendrons le caractère *fusionnel* de l'article 11 *bis* alinéa 3 de la Convention qui laisse la possibilité aux pays de l'Union d'exempter les organismes de radiodiffusion de l'application du droit d'auteur pour les enregistrements éphémères des œuvres radiodiffusées en différé. Le texte répond ainsi aux préoccupations techniques des radiodiffuseurs envers lesquels ont tente de faire valoir non pas un droit mais deux. Ainsi que le résume Plaisant, la radiodiffusion différée réalise « la synthèse du droit de reproduction et du droit de représentation»[262]. Le législateur conventionnel a donc réservé la possibilité des pays de l'Union de prévoir une exception au droit de reproduction lorsque le droit de communication au public est autorisé.

L'indépendance des droits n'est donc que fiction. La technique devient l'élément symbiotique d'une grande variété d'opérations menant à une même communication. Pourtant, face à ces nouveaux phénomènes, le juriste persiste à procéder par analyse, par séquence conceptuelle, voulant que le droit d'auteur s'applique dans le détail de ses droits - droit de reproduction, droit d'exécution, etc. - et non dans la généralité de sa fonction.

c) Télévision, câblodistribution et satellites

Inutile ici d'entrer dans le détail de l'évolution de chacune de ces nouvelles formes de transmission des œuvres. Nous indiquerons, pour chacune d'elles, l'essentiel des réponses juridiques qu'elles ont provoquées. Voyons donc, consécutivement, la télévision (1) puis la câblodistribution (2).

---

[262] Propos de Marcel Plaisant, OMPI, *La Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques de 1886 à 1986*, *op. cit*, note 19, p. 216

1) La télévision

La télévision s'inscrit naturellement à la suite de la radiodiffusion avec cette différence notable que le signal hertzien véhicule désormais des images. L'inclusion de ce nouveau mode de communication au titre des actes couverts par le droit d'exécution publique est rapidement acquise dans la plupart des législations. Cette solution aurait même pu se dégager du texte de 1928 de la Convention de Berne. Le terme radiodiffusion pouvait, en effet, recevoir une interprétation large et englober la télévision[263]. Le texte de 1948 met fin à toute spéculation. L'article 11 *bis* dans sa version de l'Acte de Bruxelles introduit, à cet effet, les mots « par tout autre instrument analogue transmetteur de signes, de sons ou d'images ». L'assimilation semble donc parfaite.

Elle ne satisfait cependant pas les auteurs. L'amendement de 1948 laisse en effet inchangée l'alinéa 3 de l'article 11*bis* de la Convention de Bruxelles qui avait introduit l'option de la rémunération équitable. Le principe d'assimilation a donc pour conséquence d'étendre l'article 11*bis* alinéa 3 à la télévision. Selon les auteurs, il s'agit d'une atteinte trop grave à leurs droits. Le texte de l'article 11*bis* alinéa 3 doit donc être contenu dans son application la plus restrictive, c'est-à-dire ne viser que la radiodiffusion. Voilà donc l'argument des auteurs. Cette réaction est notable puisque pour la première fois dans l'histoire de notre matière, les exploitants n'ont pas cherché à figer le droit d'auteur dans la technologie immédiatement précédente. Les organismes de télévision au contraire des fabricants d'instruments mécaniques par exemple n'ont pas contesté l'assimilation, ceci probablement en raison du mécanisme de la licence. Straschnov fera le meilleur résumé de ce soudain changement de paradigme qui porte une nouvelle fois la licence obligatoire au centre de la résolution des conflits technologiques. Faisant référence à l'ensemble des législations occidentales, l'auteur écrit :

> Les sociétés d'auteurs, animées du désir bien compréhensible de s'assurer une nouvelle source de revenu, aussi rémunératrice que facile à contrôler, s'efforcent de se prémunir contre les tendances qui se font le jour ici et là et qui

[263] L'article 11*bis* est applicable à la télévision, « pour autant que celle-ci deviendra, dans l'avenir, un aspect régulier de la radiodiffusion ». Commentaires de A. RAESTAD, *La Convention de Berne*, *op. cit.*, note 252, p. 205. Plaisant rapporte également que « le texte conventionnel de 1928 correspondait à l'état d'une invention qui n'était alors qu'au premier degré de son épanouissement », *La Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques de 1886 à 1986*, *op. cit*, note 19, p. 216.

> veulent ne voir en la télévision qu'un des modes de transmission hertzienne, juridiquement en tous points équivalant (sic) à la radiodiffusion sonore. Les sociétés contestent donc que l'article 11bis, alinéa 2, de la Convention de Berne révisée autorise le législateur national à aménager, dans le domaine qui nous occupe, un régime de licence obligatoire, elles affirment qu'il y a lieu de faire une « distinction entre les règles légales de la radiophonie et celle de la télévision » et elles estiment que la télévision donne tour lieu, au profit de l'auteur ou du compositeur, à l'exercice du droit de représentation publiques et, le cas échéant, à celui de reproduction mécanique[264]

En pratique la télévision fonctionnera principalement sur un mode d'autorisation et non sur un mode de licence obligatoire mais la Convention autorise le principe de rémunération équitable sans égard à la technique utilisée.

Le droit d'exécution, interprété, nous l'avons vue comme un droit général de communication au public de l'œuvre par radiodiffusion (littéralement, un droit spécifique de *radiodiffusion* dans les pays de copyright), va présenter, selon les mots de Desbois, une « solution symétrique » : ce droit s'appliquera par analogie à la télévision[265]. C'est l'unique observation qu'il fera en 1950 à son endroit. Il n'en dira pas plus dans son édition de 1966, publiée après la refonte de la loi française en 1957. Dès l'introduction de son chapitre sur la radiodiffusion, il assimile la télévision à la radiophonie. Il écrit : « Les rapports entre la radiodiffusion, - radiophonie et télévision - et le droit de représentation sont régis par deux dispositions de l'article 27, celle qui vise « la diffusion, par quelque procédé que ce soit » et celle qui énonce la « transmission de l'œuvre radiodiffusée par le moyen d'un haut-parleur, et éventuellement d'un écran de radio-télévision placé dans un lieu public »[266]. Les droits

---

[264] G. STRASCHNOV, *Nouveaux aspects du droit d'auteur et des droits connexes en radiodiffusion*, *op. cit.*, note 175, p. 21. Voir également les propos de Tournier qui commente, en 1962 : « In article 11*bis*, we face the problems raised by copyright in respect of broadcasting of work. [...]. The most important one relates to the compulsory licence, laid down in paragraph 2 of the Article. This licence is strongly opposed by authors. I agree entirely, however, with Professor Bergström's opinion that it cannot be abolished. There will no doubt be proposals from some countries to limit the licence, for instance, by excluding television from its field ». J. L. TOURNIER, « General Considerations on the Report of the Copyright Office towards a Revision of American Legislation on the Protection of Literary and Artistic Works », (1962) 1 *D.A.* 7, p. 14.

[265] H. DESBOIS, *Le droit d'auteur*, 1ère éd., (1950), p. 388. Il emprunte d'ailleurs l'expression à Straschnov qui écrit en 1950 : « En parfaite symétrie avec la radiodiffusion sonore, la télévision peut employer diverses méthodes qui sont choisie en fonction soit de la surface que l'émission est destinée à « couvrir », soit de l'heure à laquelle l'émission doit atteindre le public [...] ». G. STRASCHNOV, *Nouveaux aspects du droit d'auteur et des droits connexes en radiodiffusion*, *op. cit.*, note 175, p. 22.

[266] H. DESBOIS, *Le droit d'auteur*, 2ième éd., p. 299. L'article 27 susmentionné prévoit que : « La représentation consiste dans la communication directe de l'œuvre au public, notamment par voie de :

anglais et américains font également peu cas de cette invention. Ils semblent également convenir dans ce cas de l'application du droit d'exécution publique (« public performance » en droit américain) ou d'une de ses déclinaisons (« droit de radiodiffusion » en droit anglais)[267].

L'application de la loi canadienne à la télévision mérite toutefois quelques développements. La loi de 1921 est révisée en 1931 afin de permettre l'adhésion du Canada à l'Acte de Rome de 1928 de la Convention de Berne[268]. Depuis 1931, la loi canadienne comporte ainsi un droit de transmettre l'œuvre au moyen de la radiophonie[269]. Par suite, elle définit les termes *représentation* ou *exécution* et *audition* comme « toute reproduction sonore d'une œuvre, ou toute représentation visuelle de l'action dramatique qui est tracée dans une œuvre, y compris la représentation à l'aide de quelque instrument mécanique ou par transmission radiophonique (nos soulignés) »[270]. La définition est intéressante, car elle contient les présuppositions nécessaires pour accueillir la télévision alors inconnue au moment de sa rédaction. Le couple « reproduction sonore » et « représentation visuelle » renvoie logiquement à l'exécution publique par phonographe et cinématographe, mais la précision terminale que ces exécutions peuvent être réalisées par « transmission » apporte la dimension nécessaire pour englober la télévision. On obtient, en effet, par le truchement

---

[...]
Diffusion, par quelque procédé que ce soit, des paroles, des sons ou des images;
[...]
Transmission de l'œuvre radiodiffusée par le moyen d'un haut-parleur et éventuellement d'un écran de radio-télévision placé dans un lieu public ». *Loi sur la propriété littéraire et artistique*, *précité*, note 18.

[267] Nous l'avons vu, le droit de radiodiffusion fera place en 2003 à un droit général de communication au public. Dans la huitième édition de Copinger et Skone James, les auteurs font une très brève allusion la télévision. Au chapitre du droit d'exécution, ils mentionnent notamment que « Section 35(1) of the Act, above referred to, also defines « performance » as meaning « any visual representation of any dramatic action in a work, including such a representation made by means of any mechanical instrument ». If the submission above made in regard to broadcasting is correct, it follows on the same ground that a televised performance of dramatic action is also an infringement ». W. A. COPINGER et F. E. SKONE JAMES, *Copinger and Skone James on the Law of Copyright*, 8ième éd., (1948), *op. cit.*, note 16, p. 159. Pour une présentation du droit américain, G. STRASCHNOV, *Nouveaux aspects du droit d'auteur et des droits connexes en radiodiffusion*, *op. cit.*, note 175, p. 31 et s.

[268] N. TAMARO, *Loi sur le droit d'auteur*, (4ième éd.), *op. cit.*, note 200, p. 9. La loi canadienne de 1921, tout comme d'ailleurs la loi anglaise de 1911 dont elle s'inspire, ne faisait nullement référence à la radiodiffusion. On comparera le texte de la loi anglaise de 1911, notamment la définition de « Performance », article 35 (1) *Copyright Act*, 1911 (R.-U.) et l'article équivalent de la loi canadienne, article 2 (d) (définition de « exécution » ou « représentation »), *Loi modifiant et codifiant la législation concernant le droit d'auteur* 11-12 George V c. 24 (1921) (ca). La définition d'exécution a été modernisées en 1931 pour être complétées par l'expression radiodiffusion ou « radio communication » dans le texte anglais, *Loi modifiant la Loi du droit d'auteur*, 21-22 Geo. V c. 8 (1931), article 3.

[269] Article 3, *Loi modifiant la Loi du droit d'auteur* (1931), *précité*.

[270] Article 2(q), *Loi modifiant et codifiant la législation concernant le droit d'auteur*, précité, note 268.

des termes et le jeu des conjonctions, une disposition visant la « transmission » d'une « représentation visuelle » par un mode similaire - la proposition législative n'étant pas limitative (« y compris »), à la radiodiffusion de sons. Le droit anglais, dont provient le tronc de la définition canadienne d'exécution, ne variera pas avant la révision de 1956 et vise quant à lui uniquement l'exécution publique d'une œuvre par un instrument mécanique[271].

Ce nouveau droit de radiodiffusion n'est pas conditionnel à la présence d'un auditoire, d'un public. C'est là une première particularité du texte de 1931. Ensuite, les termes « transmission radiophonique » n'étant pas défini par le législateur, le sens à donner à la loi dépendra entièrement des tribunaux canadiens. La télévision participe-t-elle à une transmission radiophonique au sens de la loi ? Aucune décision ne répondra franchement à cette question comme si, à l'instar de ce qui se passa au sein des autres juridictions, l'assimilation de la télévision à un droit de la famille de l'exécution publique était chose naturelle. Dans l'affaire *Canadian Admiral*, le juge Cameron pour la Cour de l'Échiquier, procède à une première analyse du droit canadien de radiodiffusion dans le domaine de la télévision. Relevant la similarité technique des opérations de communication de sons et d'image il suggère l'assimilation de la télévision à la radiodiffusion :

> A further right is given by s. 3(f), namely to communicate the work by radio communication, and here it is alleged that by rediffusing the telecasts the defendant communicated the work by radio. Under the subsection, of course, it makes no difference whether the performance be in public or in private. It is the sole right to communicate by radio which is given to the owner of copyright. [...] Now radio is a communication of messages by means of electro-magnetic or Herzian waves through the ether. It is perhaps not necessary to decide whether the term « radio » is broad enough to include «

[271] L'article 48 (1) de la loi de 1956 proposera une définition plus moderne, mais quelque peu obscure, de « performance » : « « performance » includes delivery, in relation to lectures, addresses, speeches and sermons, and in general, subject to the provisions of subsection (5) of this section, includes mode of visual or acoustic presentation, including any such presentation by the operation of wireless telegraphy apparatus, or by the exhibition of a cinematograph film, or by the use of a record, or by any other means and references to performing a work or an adaptation of a work shall be construed accordingly ». Elle distingue également le terme représentation (« performance ») de celui d'émission (« broadcasting »). Elle crée un droit d'émission (« broadcasting right », article 5(d)) et renvoie ensuite pour sa compréhension à la définition de « wireless telegraphy apparatus » que l'on trouve au *Wireless Telegraphy Act*, 1949. L'article 48(2) établit en effet que « References in this Act to broadcasting are references to broadcasting by wireless telegraphy (within the meaning of the Wireless Telegraphy Act, 1949), whether by way of sound broadcasting or of television ».

> telecasts », although the latter does transmit pictures through the ether by use of electro-magnetic waves also.[272]

La référence de la loi canadienne à la radiophonie aurait pu, il est vrai, être exclusive de la télévision. Les tribunaux en jugèrent autrement et ne firent donc aucune distinction entre ces deux modes de communication au motif qu'ils procèdent de la propagation d'ondes électromagnétiques[273]. Cette précision introduit une discrimination technique inattendue. En effet, le droit de radiodiffusion ne s'appliquera pas au Canada à la rediffusion par fil ou câble coaxiale. C'est en tout cas la distinction faite par le juge Cameron dans l'arrêt précité[274]. La solution pouvait paraître évidemment anormale et a eu pour effet de maintenir hors du spectre d'application de la loi les opérations de câblodistribution.

2) Câblodistribution et satellites

Avec la cablôdistribution, on découvre les mécanismes généraux de la *télédistribution*. Il s'agit de la distribution des œuvres par la captation de signaux puis de leur acheminement à un public spécifique ou autre que celui auquel ils étaient originellement destinés. On parlera aussi de *réémission* ou *rebroadcasting*[275]. En plus d'ouvrir le droit d'auteur aux problématiques liées au transport international des ondes, les satellites obligent également à la décomposition du droit selon de nouvelles modalités techniques : tout comme le câble, ils relaient les signaux d'un point à un autre préalablement à leur radiodiffusion au public. Pour l'une et l'autre de ces techniques, il s'agit donc de savoir si leur fonction de relais peut être qualifiée de communication au public alors même qu'elles retransmettent un signal initial déjà destiné au public. André Lucas parlera à ce sujet de « représentation secondaire », par opposition aux cas de « représentation primaire »[276]. D'autres encore utiliseront l'expression « communication au second degré »[277].

---

[272] *Canadian Admiral Corporation Ltd.* c. *Rediffusion Inc., précité*, note 179, p. 410.

[273] Voir, en général, les commentaires de N. TAMARO, *Loi sur le droit d'auteur, op. cit.*, note 200, pp. 12-16 et 232 et s..

[274] *Canadian Admiral Corporation Ltd.* c. *Rediffusion Inc., précité*, note 179, p. 410.

[275] Michel M. WALTER, « Télédistribution et centrales radiophoniques : Convention de Berne et droit d'auteur européen », (1974) 87 *D.A.* 314, p. 314.

[276] La distinction « représentation primaire », « représentation secondaire » apparaît dès la première édition de son traité. A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, Litec, 1994, pp. 279 et s.

[277] M. M. WALTER, « Télédistribution et centrales radiophoniques : Convention de Berne et droit d'auteur européen », *loc. cit.*, note 275, p. 315.

La *télédistribution* a été attirée dans l'orbite du droit d'exécution publique. Cette affiliation avec les autres actes de communication à distance paraît naturelle. Cependant, et ainsi que les termes « télédistribution » et « câblodistribution » le laissent penser, le droit d'auteur va encore une fois faire ressortir sa nature *distributive*. Nous avons vu en effet que la radiodiffusion a su dissocier l'exécution au public, comme dans le cas d'une représentation théâtrale, de la *communication* au public de cette exécution. Le droit de communication dont il s'agit ressemble alors étrangement à un droit de distribution du *signal* véhiculant l'œuvre.

Nous présenterons dans un premier temps les modalités techniques de la télédistribution (i) avant de présenter le droit de retransmission (ii).

i) La nature de l'opération de télédistribution

Câblodistribution et distribution par satellites posent l'importante question de la retransmission des signaux hertziens par une personne autre - et sans son autorisation - que l'émetteur principal. La question était certes apparue avec la radiodiffusion, mais elle revêt une acuité toute particulière avec le succès de la télévision dans les années 1960[278].

Nous avons vu que le passage de la radiodiffusion à la télévision s'est fait sans heurts : l'irradiation d'une représentation sonore ou visuelle constitue une exécution au public de l'œuvre au sens des lois sur le droit d'auteur. La solution n'est pas différente dans le cas de l'émission d'une œuvre vers un satellite lorsque celui-ci joue le rôle d'un « émetteur terrestre de radiodiffusion »[279].

---

[278] Notamment à La Haye en 1926. La société des postes de la municipalité avait alors mis en place un système de retransmission par fils d'émissions de différentes radios européennes. Voir *supra*, note 232. Cette même ville se distingua également dans les années 1960 lorsque la société des postes lança son programme expérimental de télédistribution. Il s'agissait de fournir 5000 foyers d'équipements permettant la réception de plusieurs stations de télévision d'Europe. L'État néerlandais voulant étendre le système à tout le pays, l'expérience néerlandaise « suscita des inquiétudes » au sein des organisations représentant les organismes de radiodiffusion et les artistes interprètes. Franca KLAVER, « L'évolution actuelle de la télédistribution (problèmes de droit d'auteur et de droit voisins », (1969) 82 *D.A.* 57, pp. 58-59.

[279] Claude MASOUYÉ, « Quid du droit d'auteur dans l'utilisation des satellites spatiaux », (1972) 72 *R.I.D.A.* 11. André KEREVER, « Droit d'auteur et satellites spatiaux », (1984) 121 *R.I.D.A.* 27, p. 27. Il était d'usage de distinguer les satellites de télécommunication qui « établissent une liaison entre deux correspondants » et jouent essentiellement un rôle de distributeur de signaux et les satellites de radiodiffusion qui, toujours selon

Toute autre est la problématique de ce que l'on nomme alors la « télédistribution »[280] des programmes de télévision. Il ne s'agit plus ici d'*émission,* mais de *distribution subséquente* du signal original[281]. L'opération de *télédistribution* qui peut se faire par câble ou par satellite suppose que l'émission primaire ait été interceptée puis redirigée vers des postes récepteurs qui, autrement, n'auraient pas pu la rendre avec suffisamment de clarté. L'intérêt du système est également de pouvoir compiler différentes émissions et créer ainsi un nouveau programme. La Cour de l'Échiquier dans l'affaire *Canadian Admiral*, affaire dont nous avons déjà extrait quelques enseignements en matière de droit de *radiodiffusion*, donne une description fort précise du fonctionnement des premiers systèmes de télédistribution par fil[282] :

> By means of an antenna which it provides and maintains, the defendant picks up from the ether the telecasts from the Station CBFT which are then passed to a group of television receivers. These receivers are said to be modification of the ordinary R.C.A. receivers, the modification enabling the video signal - which is the television picture information - to be transmitted through wires to the rest of the equipment. It then passes to a line clamp amplifier, the purpose of which is to clean up the signal within certain limits. The composite video signal is then passed to a selector switch bank and there it is possible to bring in other picture sources if desired. The output is then fed to a wireless transmitter which imposes the rediffusion signal on the outgoing coaxial cable, together with such other programs as may have been added. [...]. By means of the cable, the signals are conveyed to the subscribers' terminal units. These units include the same type of picture tube as is used in ordinary standard television receivers. There the process of amplification and detection, and the production of the image or picture, are much the same

---

le même auteur, reçoivent les signaux émis par une station terrestre » puis décodent et renvoient lesdits signaux « vers la terre sous une forme captable par le public », *id.*, p. 27.

[280] Klaver donne cette définition de la télédistribution : « En conclusion nous utiliserons l'expression « télédistribution » pour désigner des systèmes qui, après réception sur une antenne centrale, envoient par câble aux abonnés de ces systèmes des émissions de télévision provenant d'organismes de radiodiffusion (situés à l'intérieur du pays ou à l'étranger) ». F. KLAVER, « L'évolution actuelle de la télédistribution (problèmes de droit d'auteur et de droit voisins », *loc. cit.*, note 278, p. 59.

[281] *Canadian Admiral Corporation Ltd.* c. *Rediffusion Inc.*, *précité*, note 179, p. 402. Le juge Cameron : « The Defendant says that in so rediffusing the telecasts of the plaintiff, there was no performance by them and that the only performance which took place was the one by Station CBFT at the football stadium ».

[282] Au Canada, le premier système de câblodistribution semble avoir été mis en place dans la ville de London en Ontario en 1952. Robert E. BABE, *Telecommunications in Canada*, Toronto, University Toronto Press, 1990, p. 208.

> as in the ordinary television receiver. [...] The defendant supplies radio and television programs to its subscribers by means of the equipment which I have described and leases to the subscribers a loudspeaker and a complete terminal unit « to give full Rediffusion service.[283]

La télédistribution est une façon de desservir des régions non couvertes par les stations de télévision et de proposer un plus grand choix plus grands de programmes télévisuels. Les émissions sont ainsi captées à l'aide de puissantes antennes - placées le plus souvent aux abords des frontières - puis sont retransmises par câble coaxial aux abonnés du service[284]. Ainsi que le note Klaver, la télédistribution s'avère une « concurrence dangereuse pour les « stations » »[285], c'est-à-dire les radiodiffuseurs. Plus puissante, offrant aux téléspectateurs un contenu varié et international, elle est également un commerce très lucratif puisqu'elle fonctionne sur la base d'abonnements.

Le conflit entre les deux industries est donc inévitable. Les frictions se transforment rapidement en litiges et les premières causes apparaissent aux États-Unis dès les années 1960. Elles furent d'abord portées sur le terrain de la responsabilité de droit commun avant d'être finalement accueillie par notre discipline. Le droit d'auteur n'a donc pas été perçu comme devant être le mécanisme naturel de sa résolution. Les entreprises de télévision invoquèrent d'abord un droit sur le « signal », revendication qui se traduit en terme de responsabilité par un droit d'interdire l'appropriation de l'émission par autrui[286]. Ce choix a très certainement été motivé par la position prise par la Cour suprême dans la célèbre affaire *International News Service* v. *Associated Press* opposant deux agences de presse sur

---

[283] *Id.*, p. 402.

[284] Ce type d'équipement, connu alors sous l'acronyme CATV - *Community Antenna Television System* - s'est répandu avec succès aux États-Unis d'abord avant de pénétrer l'Europe. Ainsi que le note Klaver en 1969, « la distribution par fil de programmes de télévision est un phénomène qui, bien qu'existant depuis une quinzaine d'années déjà aux États-Unis, constitue encore pour la plupart des pays européens une nouveauté technique quasi inconnue. [...]. Vers la fin des années 1964, dans 46 États des États-Unis il existait environ 1500 systèmes CATV pour la distribution des programmes de télévision comptant plus de 3 500 000 abonnés. Plusieurs de ces systèmes se trouvent dans les régions populeuses : en Californie, en Pennsylvanie et dans la ville de New York ». F. KLAVER, « L'évolution actuelle de la télédistribution (problèmes de droit d'auteur et de droit voisins », *loc. cit.*, note 278, p. 57.

[285] Un auteur américain notera toutefois très justement que la télédistribution avait été perçue dans les années 1940 non comme une menace mais comme une amélioration technique louable : « At its inception in the late 1940's, CATV offered no threat to regular TV, indeed, by bringing programming only to communities that otherwise would have received none, it performed a beneficial role ». Notes, « The Wire Mire : The FCC and CATV », (1965) 79 *Harvard Law Review* 366, p. 367.

[286] G. STRASCHNOV, *Nouveaux aspects du droit d'auteur et des droits connexes en radiodiffusion*, (1950), *op. cit.*, note 175, pp. 33-35.

la question des nouvelles[287]. Dans cet arrêt, la Cour confirme le jugement de la cour d'appel condamnant l'agence de presse qui s'était appropriée et avait distribué sans autorisation des nouvelles de la demanderesse. Cette jurisprudence est présentée généralement comme ayant confirmée l'existence d'une quasi-propriété sur des éléments non protégeables par le droit d'auteur (ce que l'on nommera la « misappropriation theory »)[288]. La théorie de l'appropriation illégitime va s'avérer finalement peu satisfaisante en matière de retransmission. Les radiodiffuseurs n'auront pas plus de succès en concurrence déloyale. En 1964, la Cour du neuvième circuit, saisie d'une action intentée par un câblodistributeur, exclut le recours en *common law* indiquant clairement que la matière relève du droit d'auteur[289]. Ce déplacement vers notre droit illustre une fois de plus la promiscuité des règles de la concurrence et du droit d'auteur, voir leur nature fongible. Le rapatriement de cause de droit de la concurrence en droit d'auteur milite pour notre thèse de la distribution. Nous y reviendrons.

La problématique se déplace donc, et ceci concerne tous les pays étudiés, sur le terrain du droit d'auteur[290]. Mais cette fois elle met en cause les ayants droits et non les stations de

---

[287] *International News Service* v. *Associated Press*, (1918) 248 *U.S.* 215. Selon la Cour, il existe un quasi-droit de propriété dans les nouvelles : «The right of the purchaser of a single newspaper to spread knowledge of its contents gratuitously, for any legitimate purpose not unreasonably interfering with complainant's right to make merchandise of it, may be admitted; but to transmit that news for commercial use, in competition with complainant--which is what defendant has done and seeks to justify--is a very different matter. In doing this defendant, by its very act, admits that it is taking material that has been acquired by complainant as the result of organization and the expenditure of labor, skill, and money, and which is sellable by complainant for money, and that defendant in appropriating it and selling it as its own is endeavouring to reap where it has not sown, and by disposing of it to newspapers that are competitors of complainant's members is appropriating to itself the harvest of those who have sown. Stripped of all disguises, the process amounts to an unauthorized interference with the normal operation of complainant's legitimate business precisely at the point where the profit is to be reaped, in order to divert a material portion of the profit from those who have earned it to those who have not; with special advantage to defendant in the competition because of the fact that it is not burdened with any part of the expense of gathering the news. The transaction speaks for itself and a court of equity ought not to hesitate long in characterizing it as unfair competition in business ». *id.*, pp. 239-240. À titre de comparison et relevant l'application des articles 1382 du Code civil français pour des faits similaires, *Agence Havas* c. *de Régis, directeur du journal le Soleil du midi*, Cour de Cass., Ch. Req., 18 mars 1908, *D.* XII.1.315.

[288] Cette quasi-propriété n'est opposable que dans les rapports entre concurrents et non au public. Voir, Douglas G. BAIRD, « Common Law Intellectual Property and The Legacy of International News Service v. Associated Press », (1983) 50 *U. Chi. L. Rev.* 411. Richard A. EPSTEIN, « International News Service v. Associated Press : Custom and Law as Sources of Property Right in Sources », (1992) 78 *Va L. Rev.* 85. Également, G. M. RAZI, *Le droit sur les nouvelles*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1952, pp. 62-71.

[289] Rejetant l'action en concurrence déloyale, *Intermountain Broadcasting & Television Corp.* v. *Idaho Microwave Inc.*, (1961) 196 *F. Supp.* 315 (D. Idaho). *Cable TV, Inc.* v. *KUTV Inc.*, (1964) 335 *F. 2d.* 348 (9th Circ.). *In obiter*, la Cour indique qu'il n'existe pas de droit de propriété dans les signaux au titre du droit d'auteur. Ayant été déboutée en droit d'auteur, la demanderesse épuise ainsi ses recours.

[290] On lira avec intérêt certains commentaires de la jurisprudence américaine et notamment, ceux de Baila Handelman CELEDONIA, « Cable Televison and the Copyright Law - Columbia Broadcasting Systems v.

télévision, ce qui oblige à une alliance. Les stations ne créent généralement pas leur propre contenu, elles obtiennent seulement des droits de télédiffusion. Elles se contentent donc d'émettre du contenu sous licence et retirent leur revenu essentiellement de la publicité. Dès l'origine du conflit, leur crainte est principalement liée au risque de fragmentation de l'audience et, corrélativement, à une baisse de leur revenue de publicité[291]. Crainte d'ailleurs justifiée puisque les compagnies de télédistribution vont promouvoir leur propre programmation prenant alors une place importante dans le paysage médiatique jusqu'alors occupé par les seules stations de télévisions locales. Après avoir retenue sa compétence pendant de nombreuses années, refusant ainsi de réglementer le secteur - et nous ferons un parallèle ici avec la retenue similaire dont on fait preuve ces organismes lors de l'avènement d'Internet - la *Federal Communication Commission* intervient finalement en 1966 pour mettre un terme à cette situation en imposant aux exploitants d'un système de télédistribution certaines conditions quant à la transmission des programmes des stations locales[292].

Par contraste, pour les ayants droits, l'enjeu était tout autre : ils reprochent essentiellement aux câblodistributeur de saper leur réseau de distribution de contenu en diminuant la valeur des licences accordées aux organismes de télévision locaux. Ces derniers n'ont plus grand intérêt à signer de telles licences si le contenu était déjà rendu disponible dans leur région d'opération par les cablôdistributeurs qui ont en sont exempts. Les ayants droit vont ainsi

---

Teleprompter Corp., 476 F.2d. 338 (2nd circ. 1973), aff'd in part and remanded in part, 94 S. Ct. 1129 (1974) », (1974) 40 *Brooklyn L. Rev.* 1127, p. 1129.

[291] « The broadcaster's arguments relied on the concept of audience fragmentation. They argued that the cable operator's practice of importing signals from « foreign » markets (i.e., from Memphis to St. Louis) would fragment the viewing audiences between local stations and the foreign imports. Imports would destroy advertising revenue because St. Louis advertisers, faced with an audience fragmented between stations of both cities would pay less. Meanwhile since local advertisers in Memphis could care less about reaching buyers in St. Louis audiences the result was a net loss in amount broadcasters could charge for advertising. The fragmentation problem, broadcasters charged, would destroy the economic viability of free television ». T. WU, « Copyright's Communication Policy », *loc. cit.*, note 95, p. 317. Cette argumentation coïncide également avec celle plus moderne soulevée par les administrateurs de sites internet contre certaines formes de liens hypertextes. Étant donné que les revenus publicitaires de certains sites sont proportionnels au nombre de visite de la page d'accueil, les liens non autorisés établis par des tiers vers son contenu plutôt que sur ladite page d'accueil a pu être analysé comme d'un acte dommageable. Voir, par exemple, Thibault VERBIEST, « Liens hypertextes : quels risques juridiques pour les opérateurs de sites Web ? », Juriscom.net, 9 mai 2000 : « En effet, ces liens risquent de détourner une partie du trafic du site et de le priver ainsi de revenus publicitaires, généralement calculés sur le nombre de hits enregistrés sur la page d'accueil ».

[292] En général, Michael BOTEIN, « The New Copyright Act and Cable Television -- A Signal of Change », (1976) 24 *Bull. Copyright Soc'y U.S.A.* 1, p. 3. *Federal Register*, vol. 30, no. 82, du 29 avril 1965, p. 6038. *United States* v. *Southwestern Cable Co.*, 392 *U.S.* 157, 175 (1968) (citant des passages de H.R. Rep. No. 1635, 89th Cong., 2d Sess. 7 (1966)).

s'associer à la cause de la télévision et revendiquer leur droit exclusif à la retransmission de leurs œuvres, portant ainsi un coup d'arrêt au développement de l'industrie du câble.

ii) Du droit d'exécution au public au droit de retransmission

L'acte de Bruxelles de la Convention de Berne créé en 1948 un droit de *retransmission* au profit de l'auteur[293]. Ce droit d'autoriser une *nouvelle* communication y est consacré dès lors qu'il s'agit de la « communication publique de l'œuvre radiodiffusée faite par un organisme autre que celui d'origine »[294]. La disposition conventionnelle s'inscrit dans le prolongement des solutions prétoriennes relativement à la rediffusion des oeuvres. On se souviendra, par exemple, que la mise à disposition par un hôtel de postes récepteurs connectés par fil à un syntoniseur central qu'il contrôle avait pu être qualifiée d'exécution publique d'une œuvre[295]. Les droits anglais, français, américain et canadien font communion sur ce point de droit. Le consensus se traduit également par la systématisation des mécanismes de gestion collective dans tous ces pays.

On aurait pu croire que la rediffusion par radiodiffusion et la retransmission par câble et le satellite, étant unies dans une finalité mécanique similaire, donnent lieu à une solution de droit identique. Puisque la retransmission d'un signal aboutit généralement à une diffusion à un *nouveau public*, il semble que l'auteur puisse ici comme là revendiquer son droit à autoriser la communication au public de son œuvre, c'est-à-dire contrôler sa distribution. Il n'en fut rien : la câblodistribution va échapper pendant de nombreuses années à la réglementation du droit d'auteur[296]. Il faudra attendre l'intervention des législateurs pour

---

[293] En général, David J. BRENNAN, *Retransmission and U.S. Compliance with TRIPS*, La Haye, Kluwer Law International, 2003 et plus particulièrement pour un historique du texte de l'article 11*bis* de la Convention de Berne, pp. 18-48.

[294] Article 11*bis* alinéa 2. Pour une discussion sur cet article et son interprétation en droit français, André KEREVER, « Les prérogatives des auteurs sur la communication publique d'émissions radiodiffusées », (1972) 73 *R.I.D.A.* 3, notamment à la page 25 et s.

[295] Y. GENDREAU, *The Retransmission Right : Copyright and The Rediffusion of Works by Cable*, *op. cit.*, note 232, pp. 5-11.

[296] Concluant sa recension des décisions judiciaires relativement à la radiodiffusion le professeur Gendreau apporte le commentaire suivant : « By the end of this period, enough basic principles had been formulated by the courts to encourage observers to believe that they would be easily extended to the cable retransmission of television programmes. A public performance of a work meant causing the work to be heard by a group of persons, being a group which, in the opinion of the author, could not be considered as forming a private gathering. Wire retransmissions of radio programmes had been characterized as performances to an extent such that the issue of their public nature effectively remained in the background for most of the time. Indeed, so much effort had been exerted in interpreting and applying « performance » to wire retransmissions that it

réconcilier la jurisprudence de la radiodiffusion avec celle de la télédistribution. La problématique est unique. Il faut s'entendre en effet sur la finalité de l'acte de communication considéré. La personne qui retransmet rejoint-elle, par son fait, une nouvel auditoire ?[297] Communique t-elle une œuvre au public ou est-elle un simple transporteur de signaux ? Mais la réponse du droit à ces technologies successives est ambiguë.

Pour comprendre les raisons de ce louvoiement, il nous faut revenir aux travaux de la Conférence de Bruxelles. La proposition initiale de révision de l'article 11*bis*, présentée par la délégation belge[298], réserve à l'auteur, outre le droit d'autoriser l'émission initiale, celui d'autoriser « toute *nouvelle* communication publique, soit par fil soit sans fil, de l'œuvre radiodiffusée ». La formule avait comme objectif de distinguer le signal émis par l'organisme de radiodiffusion d'origine et celui retransmis par les tiers, une distinction tenant à l'origine du signal émis donc et non, à première lecture, de sa destination. Jugée imparfaite, le texte sera pourtant rejeté principalement au motif que le concept de *nouvelle* communication ne permet pas de distinguer les communications qui visent une « nouvelle audience » de celles qui constitue seulement une amélioration technique. En effet, certaines retransmissions n'élargissent pas le spectre d'auditeurs ou de téléspectateurs. Il s'agit bien évidemment d'écarter la responsabilité des stations relais[299]. Dans ce sens, notera encore Walter, la formule « n'est pas propre à permettre une délimitation précise entre la rediffusion permise et celle soumise à autorisation »[300]. Les pays de l'Union s'entendront donc sur une version plus éthérée qui ne fait plus référence à l'idée du *nouveau* cercle d'auditeurs.

La proposition de Berne divise. Œuvre de compromis, elle assied dans son silence deux conceptions *a priori* irréconciliables. Selon la première position, épousée par une grande partie de la doctrine, les sociétés d'auteurs et les organismes de radiodiffusion, la radiodiffusion ne doit pas seulement traduire une transmission linéaire : elle doit comprendre toutes les incidences qui refont vivre l'émission à un nouveau public. Telle est

---

had probably become tiresome to embark upon another lengthy debate on its « public » aspect. Nevertheless, the willingness of the courts to make some pronouncements on the issue anticipated the more eclectic debates that came with cable retransmissions, which would result in a diametrically opposed situation ». *Id.*, p. 11.

[297] Nous employons à dessein le terme « transporteur », car c'est la notion qui permet de déterminer à l'heure actuelle la responsabilité des prestataires techniques d'Internet au regard du droit d'auteur.

[298] D. BRENNAN, *Retransmission and U.S. Compliance with TRIPS*, *op. cit.*, note 293, pp. 30-31.

[299] *Id.*, p. 31.

[300] M. M. WALTER, « Télédistribution et centrales radiophoniques : Convention de Berne et droit d'auteur européen », *loc. cit.*, note 275, p. 316

la position de la doctrine française notamment[301]. Le droit de représentation, défini en 1957 par le législateur français comme un droit de communication directe[302], doit couvrir les émissions secondaires qui transitent, comme le précise Alphonse Tournier, par « l'installation de « poste d'aiguillage » permettant des utilisations dérivées » de l'émission initiale[303]. Les recommandations de la délégation française à la conférence de Bruxelles vont en ce sens :

> [...] (L)'autorisation se trouve limitée à un certain public qui est celui de la station de radio bénéficiaire : c'est le public qui importe et non les moyens techniques pour l'atteindre. Lorsque l'on élargit le cercle qui avait été primitivement envisagé pour l'émission, on se trouve en présence d'une nouvelle communication; donc une nouvelle autorisation de l'auteur devient nécessaire.[304]

Le droit n'évoluera pourtant pas tout à fait en ce sens. Les tribunaux des pays étudiés vont clairement marqués un arrêt dans l'extension du droit d'exécution publique en tant que droit exclusif. La retransmission par câble sera affranchie de toute autorisation et donc de paiement de redevances. La nouvelle rédaction de l'article 11*bis*, muselée comme nous l'avons vu par un profond désaccord, ne sera d'aucune aide. Elle ne peut, en tout état de cause plébisciter les revendications des auteurs et des organismes de radiodiffusion, étant donné le rejet documenté de l'idée de « nouvelle communication ». Pour cette raison, le texte de Berne maintient le *statu quo*. Il ne pourra pas appuyer, au sein de l'Union, une interprétation extensive du droit de retransmission. Au Canada, en 1954, le juge Cameron pour la Cour de l'Échiquier, décide que la retransmission d'un programme de télévision par câble coaxial ne peut pas être qualifiée d'exécution publique d'abord parce qu'il s'agit là

---

[301] La captation des utilisations secondaires par le droit d'auteur se justifie ici par la nature particulière du contenu transporté. On retrouve donc aussi bien dans le cas de la câblodistribution que dans celui de la diffusion par satellite l'idée que le droit de distribuer le signal est réservé à l'auteur. On verra, s'agissant de la communication par satellite, l'exposé de la théorie de l'injection dans E. DELIYANNI, *Le droit de représentation des auteurs face à la télévision transfrontalière par satellite et câble*, Paris, L.G.D.J., 1993, p. 56 et s.

[302] Article 27, *Loi sur la propriété littéraire et artistique, précité*, note 18.

[303] Alain TOURNIER, « Les articles 11 bis et 13 de la Convention de Berne », (1966) 50 *R.I.D.A.* 5, p. 13.

[304] Exposé de la délégation française lors des débats, extraits rapportés dans Alain TOURNIER, *Id.*, p. 13. La position française sera secondée également par les juristes belges. Voir Frank GOTZEN, « La télévision par câble et le droit d'auteur en Belgique », (1982) 95 *D.A.* 293, pp. 295 et s. Enfin, notons que le principe de la destination, cristallisé dans la notion de « nouveau cercle d'éditeur », avait même été poussé plus loin par la délégation. Ainsi que le rapporte Fournier, elle « eût souhaité en faire application non seulement à toutes les utilisations dérivées de l'émission, y compris la retransmission, mais encore, le cas échéant, à l'émission d'origine elle-même, lorsque l'organisme émetteur mettait en œuvre « des procédés ou des moyens d'émission ou de retransmission différents de ceux qui existaient lors de l'autorisation primitive ».

d'une communication privée mais aussi en raison du fait que la loi vise la *radiophonie* et non la cablôdistribution. Quant à la nature de la retransmission aux abonnés du système de la défenderesse, le juge Cameron décide ce qui suit :

> [...] I cannot see that even a large number of private performances, solely because of their numbers, can become public performances. The character of the individual audiences remains exactly the same; each is private and domestic, and therefore not « in public ». Moreover, in telecasting the films, I think the plaintiff desired to have the telecasts seen by as many people as were within range and possessed the necessary receiving equipment in order that they might be informed of its product; so that I do not think that what was done by the defendant in so far as the private homes and apartments are concerned, interfered with his potential market in any way. It was stated and not denied that the films, including the commercial announcements of the plaintiff, were rediffused as a whole.
>
> I find, therefore, that the performances in the homes and apartments of the subscribers of the defendant company were not performances « in public ».[305]

Et il poursuit, sur l'interprétation textuelle de la notion de radiocommunication :

> Now radio is a communication of messages by means of electro-magnetic or Herzian waves through the ether. It is perhaps not necessary to decide whether the term « radio » is broad enough to include « telecasts », although the latter does transmit pictures through the ether by use of electro-magnetic waves also. But in this case the defendant communicated the work not by the use of electro-magnetic waves, but by the use of co-axial cables to its subscribers [...]. It is true that it picked up the telecasts of the plaintiff from the ether and that the pictures were seen on the terminal units. But the communication by the defendant was not, in my opinion, *by radio.*[306]

---

[305] *Canadian Admiral Corporation Ltd.* c. *Rediffusion Inc.*, *précité*, note 179, p. 408.
[306] *Id.*, p. 410.

Les conclusions du juge canadien balaye les efforts entrepris par les cours de *common law* dans les années 1920 eu égard à la rediffusion radiophonique[307]. Elles sont aujourd'hui revisitées et commentées par la doctrine canadienne qui y voit une anomalie juridique. La loi canadienne en vigueur comprenait déjà un droit de transmission par radiodiffusion qui aurait pu servir de base à une interprétation plus *progressiste* de la loi d'autant plus que le texte fait silence sur la nature publique ou privée de l'acte[308]. La décision *Canadian Admiral* sera le droit canadien jusqu'à 1988[309]. Le droit de retransmission est une pièce maîtresse de l'accord de Libre échange signé entre les États-Unis et le Canada en 1988. Il sera donc introduit en droit interne par la loi de transposition du traité[310]. Techniquement, et

---

[307] Notamment, *Messager* v. *British Broadcasting Co.*, [1927] 2 *K.B.* 543 et la décision australienne *Chappell & Co. Ltd.* v. *Associated Radio Co. of Australia Ltd.*, [1925] *V.L.R.* 350 (S.C.).

[308] L'auteur possède le droit exclusif, « s'il s'agit d'une oeuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique, de transmettre cette œuvre au moyen de la radiophonie ». La version anglaise des modifications emploie l'expression « radio communication », *Loi modifiant la Loi du droit d'auteur*, 21-22 Geo. V c. 8 (1931), article 3. La loi canadienne de 1931 transpose de manière incomplète la version de 1928 de l'article 11*bis* de la Convention de Berne puisque la précision « au public » n'y apparaît pas. La jurisprudence interprètera toutefois strictement la loi canadienne, rendant l'application de l'article 3f) conditionnelle à l'exigence implicite de communication *au public*. Me Tamaro consacrera une importante partie de ses écrits à commenter la décision *Canadian Admiral*. Notamment, N. TAMARO, « La bonne lecture d'un mauvais arrêt et la mauvaise lecture d'un bon arrêt ou pourquoi les auteurs ont été indûment privés de millions de dollars en redevances pour la câblodistribution de leurs œuvres ? », (1991) 4 *C.P.I.* 71. Du même auteur, « L'écho de la doctrine et la communication publique d'une œuvre », (1993) 5 *C.P.I.* 155. Également, Victor NABHAN, « La télévision par câble et le droit d'auteur au Canada », (1982) 2 *R.C.D.A. no.* 2, 8. En 1984, dans un rapport présenté par le gouvernement fédéral on peut lire que « Selon la décision rendue dans l'affaire *Canadian Admiral* [...] la retransmission par câble de signaux radiodiffusé contenant des œuvres protégées ne constitue pas une violation du droit d'auteur puisqu'il ne s'agit pas d'une « radiocommunication » ni d'une « exécution publique » de ces œuvres. La Loi sur le droit d'auteur n'oblige pas les exploitants canadiens de systèmes de retransmission par câble ou par satellite à payer l'auteur pour l'utilisation de son œuvre, ni le radiodiffuseur pour l'exploitation de son signal ». Gouvernement du Canada, Judy EROLA et Francis FOX, *De Gutenberg à Télidon : Livre blanc sur le droit d'auteur, Propositions en vue de la révision de la Loi canadienne sur le droit d'auteur*, Consommation et Corporations Canada, Ministère des Communications, Ottawa, 1984, p. 85. Les rapports précédents avaient soulevé l'incongruité de la solution, A. A. KEYES et Claude BRUNET, *Le droit d'auteur au Canada*, Ottawa, Consommation et Corporations Canada, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1977, p. 80 et Commission royale, *Commission royale sur les Brevets, le Droit d'auteur, les Marques de commerce et les Dessins industriels*, Ottawa, Edmond Cloutier, 1958, pp. 28-31.

[309] *La Loi de mise en oeuvre de l'Accord de libre échange entre la Canada et les États-Unis d'Amérique*, 37 Eliz. II c. 65 (1988). L'article 61 introduit la définition actuelle de télécommunication : « télécommunication » Vise toute transmission de signes, signaux, écrits, images, sons ou renseignements de toute nature par fil, radio, procédé visuel ou optique, ou autre système électromagnétique » et l'article 62 (1) le droit de « communiquer au public, par télécommunication, une œuvre ». La loi modificatrice précise également le régime du droit de retransmission notamment en prévoyant des exceptions au droit de retransmission (voir, article 63 de la loi modificatrice). Le premier tarif pour la câblodistribution a été déposé le 1er septembre 1989 par la SOCAN mais n'entrera pas tout de suite en vigueur en raison des différentes affaires judiciaires remettant en cause le fondement de la redevance. Michel HÉTU, « From Calling it Piracy : Mass Media and Copyright in the U.S. and Canada », (1989) 11 *Comm. & L.* 25.

[310] L'histoire du droit canadien se répète. Pour la même raison que le Canada avait songé se retirer de Berne au début du siècle, le droit de retransmission a tardé à y être consacré : une grande partie de ses émissions provenant des États-Unis, la reconnaissance d'un droit de retransmission risquait d'affecter considérablement

comme pour l'ensemble des lois étudiées, la loi canadienne ne créé pas un droit spécifique de « retransmission », elle l'enchâsse dans un nouveau régime de droit visant les entreprises de câblodistribution qui repose sur nouveau droit de communication au public par télécommunication. Le législateur supprime en même temps la référence à la *radiophonie* qui s'était avérée trop limitative pour l'interprétation du texte[311]. Malgré tout, la réforme de 1988 n'eut pas l'effet escompté. Bien au contraire, la jurisprudence canadienne va persister dans sa résistance à l'introduction du droit de retransmission au titre du nouveau droit de communication au public. Toute chaîne de transmission ne constitue pas une forme d'exécution publique. C'est à cette conclusion que la Cour d'appel fédérale se rendra dans l'arrêt *Assoc. canadienne de télévision par câble* c. *Canada (Commission du droit d'auteur)*[312]. Suivant les enseignements d'une décision de la Cour suprême de 1968 qui avait refusé de voir une radiocommunication dans l'acte de transmission entre stations relais affiliées[313], la Cour d'appel conclut :

---

la balance des échanges commerciaux entre ces deux pays. Robert Babe indique ainsi que le Canada a longtemps tergiversé entre rigueur et laxisme dans son approche réglementaire. Après avoir ouvertement prôné la déréglementation et donc favorisé l'essor de l'industrie du câble et du satellite, le gouvernement fédéral s'inquiéta ensuite des répercussions culturelles de cette politique de l'emploi. Robert E. BABE, *Telecommunications in Canada*, Toronto, University Toronto Press, 1990, pp. 208-228. Ysolde Gendreau apporte ces commentaires : « The retransmission right did not make its way into the Copyright Act in 1987. Rather, the impetus to provide for such right came from Article 2006 of the Canada-United States Free Trade Agreement of 1987, which led to amendments that were introduced in 1988. Indeed, the absence of a Canadian regime for cable retransmission of works had become a major irritant in the relationship between the two countries and had warranted the provision in the free-trade agreement, the only one pertaining to a substantial intellectual property issue. The irritation became more acute after a 1983 decision by the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) that allowed a satellite company to include the four major US television networks within its service on the basis of the CRTC policy of equal access by all Canadians to the same broadcast services. The company was to service remote and underserved communities across Canada. The absence of royalty payments in those circumstances was in sharp contrast with the US regime. Since 1976, the US *Copyright Act* had included a retransmission right regime that had been enacted in response to two earlier Supreme Court decisions, Fortnightly and Teleprompter, which had held that the 1909 copyright legislation did not allow for additional royalties in the case of cable retransmission ». Ysolde GENDREAU, « Exporting Copyright Models : The Canadian Retransmission Regime and the Internet », (2002 - 2003) 16 *I.P.J.* 547, pp. 549-553.

[311] *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Limited v. CTV Television Network Limited et al.*, [1968] *R.C.S.* 676. Maintenant une interprétation littérale du texte de 1931, le juge Pigeon, pour la Cour suprême, refusera de voir en la transmission d'émissions un acte de radiodiffusion au sens de la loi. CTV transmettait les émissions à des stations titulaires de licences de radiodiffusion soit en expédiant une copie de la bande magnétoscopique, soit en ayant recours au câble ou aux ondes hertziennes.

[312] *Association canadienne de télévision par câble* c. *Canada (Commission du droit d'auteur,* [1993] 2 *C.F.* 138 (C.A.) et également, de la même cour et sur des motifs identiques, *Réseau de Télévision CTV Ltée* c. Canada *(Commission du droit d'auteur)*, [1993] 2 *C.F.* 115 (C.A.).

[313] *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Limited v. CTV Television Network Limited et al, précité,* note 311.

> [...] ce que l'appelante communique, suivant le libellé de la Loi, n'est pas une « œuvre », mais « l'exécution d'une œuvre » ou la reproduction sonore d'une oeuvre. Comme la définition des expressions « oeuvre musicale » et « représentation », « exécution » et « audition » n'a pas changé, l'alinéa 3(1)f) aurait dû être modifié de manière à englober la « communication de l'exécution d'une oeuvre musicale » pour que les actes de l'appelante soient visés.[314]

Il faut dire qu'à l'époque des faits, la définition d'« œuvres musicales » visait « toute combinaison de mélodie et d'harmonie, ou l'une ou l'autre, imprimée, manuscrite, ou d'autre façon produite ou reproduite graphiquement »[315]. L'idée de fixation inhérente à cette définition semble avoir conduit à la conclusion qu'il ne peut y avoir de communication d'une œuvre musicale que lorsque, par exemple, une partition s'affiche à l'écran[316]. Les errements dans l'interprétation ont ainsi abrité les activités des câblodistributeurs pendant plusieurs décennies avant qu'ils se soumettent à un tarif de retransmission.

La résistance des tribunaux à la reconnaissance d'un droit de retransmission est un phénomène qui s'observe dans les autres pays sauf au Royaume-Uni où, si le doute pouvait subsister quant à son régime[317], aucune décision semble avoir débattu réellement de la question. Aux États-Unis, ce sont les décisions de la Cour suprême dans les affaires *Fortnightly Corp.* v. *United Artists TV, Inc*[318] et *Teleprompter Corp.* v. *CBS, Inc*[319] qui

---

[314] *Association canadienne de télévision par câble* c. *Canada (Commission du droit d'auteur, précité*, note 312, p. 149.

[315] La définition d'œuvre musicale sera corrigée la même année, en 1993, pour mettre fin au vice de raisonnement : « « œuvre musicale » Toute œuvre ou composition musicale avec ou sans parole », article 1.(1) de la *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, 40-41-42 Eliz. II, c. 23 (1993). La loi de 1993 précise également la notion de « représentation » afin qu'elle vise les exécutions faites « à l'aide d'un instrument mécanique ou d'un appareil récepteur », article 1(1).

[316] « La communication d'une oeuvre musicale par télécommunication, par opposition à la communication d'une exécution de cette oeuvre, n'interviendrait donc que si une feuille de musique est projetée à l'écran », *Tarif des droits à percevoir pour l'exécution ou la communication par télécommunication, au canada, d'oeuvres musicales ou dramaticomusicales en 1990, 1991, 1992, 1993, 1994 et 1995, Commission du droit d'auteur,* 19 avril 1996, p. 3.

[317] Avant et après l'adoption de la loi de 1956. K. GARNETT, J. RAYNER JAMES, G. DAVIES, *Copinger and Skone James on Copyright*, 14ième éd, (1999), *op. cit.*, note 32, pp. 564-565. Voir l'exposé du droit anglais de retransmission en application de la loi de 1956, M. M. WALTER, « Télédistribution et centrales radiophoniques : Convention de Berne et droit d'auteur européen », *loc. cit.*, note 275, pp. 324-325.

[318] *United Artists TV, Inc.* v. *Fortnightly Corp.*, (1966) 255 *F. Supp.* 177, 181 (S.D.N.Y.), suivi, (1967) 377 *F.2d* 872 (2d Cir.), infirmé, *Fortnightly Corp.* v. *United Artists TV, Inc.*, (1968) 392 *U.S.* 390. En première instance, la cour avait trouvé la défenderesse coupable de contrefaçon sur des motifs similaires à ceux de la célèbre décision *Buck* v. *Jewell-LaSalle Realty Co* : « [W]hen a CATV system, for profit, plays so substantial a part in a reproduction of a broadcast performance being seen and heard by the public that the only act necessary to transduce the electromagnetic waves it has processed and transmit to subscribers into an audible

marquent l'érosion du concept de « public performance » de la loi de 1909 sous l'effet de la technique[320]. En France, si la doctrine a su garder le cap[321] et maintenir une interprétation des lois révolutionnaires plutôt protectrice des intérêts des auteurs et des ayants droits, la jurisprudence, quant à elle, louvoie. Malgré l'adoption en 1957 d'un droit de représentation enrichie par les solutions prétoriennes de la radiodiffusion, les tribunaux français vont hésiter. Le texte de l'article 27 prévoyait notamment la représentation par « transmission de l'œuvre radiodiffusée par le moyen d'un haut-parleur et éventuellement d'un écran de radio-diffusion placé dans un lieu public ». Le texte failli dans son objectif, car, pris à la lettre comme il le fut par les interprètes, il excluait les retransmissions point à point et celles destinés aux lieux privés[322]. Les « vices de raisonnements »[323] auxquels le texte donna lieu furent corrigés dans la loi de 1985.

---

and visible production of the broadcast performance is a minor, albeit essential one - such as « turning the knob » on a homeowner's television set - the CATV system must be said to have infringed upon the exclusive right to « perform » [...] within the meaning of the Copyright Act », *id.*, p. 36.

[319] *CBS, Inc.* v. *Teleprompter Corp.*, (1972) 355 *F. Supp.* 618 (S.D.N.Y.), infirmé, (1973) 476 *F.2d* 338 (2d Cir.), infirmé *Teleprompter Corp.* v. *CBS, Inc.*, (1974) 415 *U.S.* 394. La Cour confirme que l'acte de retransmission n'est pas créateur d'un nouveau public : « The electronic signals it receives and rechannels have already been « released to the public » even though they may not be normally available to the specific segment of the public served by the CATV system ». *Id.*, p. 410.

[320] La Cour suprême rejette le raisonnement adopté dans *Buck* v. *Jewell-LaSalle Realty Co* en raison de la différence des technologies en jeu. B. H. CELEDONIA, « Cable Televison and the Copyright Law », *loc. cit.*, note 290, p. 77. « The *Fortnightly* decision is directly contrary to the cases discussed above, especially *Jewell-LaSalle*. However, the court did not overrule *Jewell-Lasalle*, nor did it attempt to distinguish the case. It simply explained that the « questionable 35-years old decision » must be limited to its facts ». « Notes - Copyright Law and Cable Television », (1974) 35 *Ohio St. L.J.* 974, p. 979.

[321] Voir cependant les divergences qui opposent Desbois et Kéréver au sujet de l'application de la loi de 1957 aux actes de retransmission. H. DESBOIS, « Commentaire de jurisprudence », (1970) 63 *R.I.D.A.* 226, commentaire de la décision *SACEM* c. *Société Anonyme Le Printemps*, qui refuse de condamner l'hôtelier qui avait mis des appareils récepteurs dans les chambres. Alors que Desbois était d'avis que la loi n'était pas limitative dans la définition des actes de diffusion et de transmission qu'elle visait expressément, Kéréver, soulignant que les arguments de Desbois sont « impressionnants », est d'avis qu'ils « se heurtent à des objections sérieuses » (p. 7). Selon Kéréver, « l'hypothèse d'une superposition des droits - celui de l'organisme de radiodiffusion et celui du par l'utilisateur de l'émission - paraît bien limitée au cas où la transmission de l'œuvre radiodiffusée est effectuée à l'aide d'un récepteur *placé* dans un *lieu public* ». Il écarte de ce fait le cas de la retransmission dans un lieu privé et, *a fortiori*, les retransmissions incidentes.

[322] Jugeant que la transmission par fil, dans les chambres d'un hôtel, d'oeuvres musicales radiodiffusée n'est pas soumise à l'autorisation de la SACEM, *SACEM* c. *Herberlot*, T.I. Chambery, 20 mai 1969, (1970) 63 *R.I.D.A.* 222 ; *SACEM* c. *Société Anonyme Le Printemps*, T.G.I. de la Seine, (7 juillet 1969), (1970) 63 *R.I.D.A.* 224, note de H. DESBOIS. Retenant également une interprétation stricte du texte de la loi française pour des appareils récepteurs situés dans les chambres, *SACEM* c. *Soc. Hôtel Lutetia*, TGI Seine, 22 mars 1961, *Gaz. du Pal.* 1961.1.374. *SACEM* c. *Soc. Grand Hôtel de la Rive Gauche Hôtel Lutetia*, Paris, 20 juin 1962, *Gaz. du Pal.* 1962.2.190. En général, H. DESBOIS, *Le droit d'auteur*, 2ième éd., (1966), pp. 307 et s. Contra : *S.A. Hilton France* c. *SACEM*, Paris, 18 septembre 1974, (1975) 83 *R.I.D.A.* 112 (il s'agissait dans ce cas de la transmission par des postes récepteurs situés dans des chambres de programmes préenregistrés sur bande magnétique). Voir les commentaires de André FRANÇON, qualifiant de « regrettable la jurisprudence » antérieure, A. FRANÇON, « Lettre de France », (1974) 87 *D.A.* 329, p. 333.

[323] H. DESBOIS, « Commentaire de jurisprudence », *loc. cit.*, note 321, p. 231.

« L'insupportable problème »[324] trouvera donc sa solution dans les réformes des lois qui, sans exception, aménageront un régime spécifique pour la retransmission par câble et par satellite. Le législateur américain sera le premier à intervenir en 1976[325]. Il sera suivi par les législateurs anglais et français, respectivement, en 1984[326] et 1985[327] - avant que le Conseil européen décide de s'en saisir et uniformise la matière en 1993 avec la Directive câble et satellite[328]. Au Canada, les modifications de 1988[329] seront complétées définitivement en 1997[330].

Quant à l'administration de ces droits, toutes ces législations ont fait appel au régime des licences permis par la Convention de Berne, soit obligatoires[331], soit volontaires[332], afin de

---

[324] Parlant de la problématique de la câblodistribution et des effets de la décision *Fortnightly*, Barbara RINGER, « Judicial Developments in United States Copyright Law (1969-1970) », (1972) 73 *R.I.D.A.* 41, pp. 41-42.

[325] *Copyright Act* (1976), Pub. L. No. 94-553, 90 Stat. 2541, 17 U.S.C, articles 111 et s. Jessica Litman indique que la question de la télévision par câble est présentée au Congrès au début des années 1960. Elle est inscrite au premier rapport parlementaire publié en 1965 sur la réforme de la loi (*Copyright Revision Report*). J. LITMAN, « Copyright Legislation and Technological Change », *loc. cit.*, note 166, p. 328. En général, Ysolde GENDREAU, *The Retransmission Right : Copyright and The Rediffusion of Works by Cable*, *op. cit.*, note 232, pp. 29-31.

[326] *Cable and Broadcasting Act*, (1984), c. 46 (R.-U.), repris et refondu dans la loi actuelle de 1988. la loi de 1984 reprend pour l'essentiel les recommandations du rapport Whitford de 1977, *The Report of the Committee to Consider the Law on Copyright and Designs*, 1977, (cmnd. 6732), para 422 et s.

[327] *Loi no. 85 - 660 du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle*, J.O., 4 juillet 1985, 7495. Voir au sujet de la câblodistribution, A. KEREVER, « Un aspect de la loi du 3 juillet 1985 : la modernisation de la loi du 11 mars 1957 », (1986) 127 *R.I.D.A.* 17, pp. 57 et s.

[328] *Directive 93/83/CEE du Conseil, du 27 septembre 1993, relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble*, J.O.C.E., L. 148, 06.10.1993. La directive définit également les expressions « satellite », « communication au public par satellite », « retransmission par câble ». Les droits à la diffusion par satellite d'œuvres et de retransmission par câble d'émissions de radiodiffusion sont protégées par le droit d'auteur et les droits voisins : « considérant que la retransmission par câble de programmes à partir d'autres États membres constitue un acte relevant du droit d'auteur et, le cas échéant, de droits voisins du droit d'auteur; qu'un distributeur par câble doit donc obtenir, pour chaque partie d'un programme retransmis, l'autorisation de tous les titulaires de droits ; » (considérant 27).

[329] *La Loi de mise en oeuvre de l'Accord de libre échange entre la Canada et les États-Unis*, *précité*, note 301. Les articles 61 à 65 qui autorisent désormais la perception de redevances au titre de la retransmission des signaux de radio ou de télévision au Canada sont entrés en vigueur le 13 février 1989 (Voir, article 150 de la Loi, SI/89-9, *Can. Gaz.*, Partie II, v. 123, No. 2, p. 899, *Can. Gaz.*, Partie II, v. 123, No. 5, p. 1660).

[330] David VAVER, « The Copyright Amendment of 1997 : An Overview », (1997 - 1998) 12 *I.P.J.* 53, pp. 56-58.

[331] C'est la solution adoptée pour la retransmission par câble dans la loi américaine, article 111 et s. U.S.C ainsi que par satellite. Voir, *Satellite Home Viewers Act (1988)*, *Pub. L. J.* 1579, 1658-59. Fred H. CATE, « Cable Televison and the Compulsory Copyright License », (1989 - 1990) 42 *Fed. Comm. L.J.* 191. C'est l'adhésion au système prévue à la loi qui rend la licence obligatoire. Ainsi, la distinction entre licence obligatoire et licence volontaire peut paraître relativement ténue. Elle réside seulement en ce que, dans le

circonscrire les activités des deux secteurs et d'assurer l'encadrement législatif de la télédistribution. La collectivisation des droits est l'une des traits fondamentaux de l'évolution moderne du droit d'auteur face aux nouvelles techniques de télédistribution. Mais plus encore, elle est le signe évident que le droit d'auteur prend en charge les intérêts des personnes qui distribuent les œuvres. Et c'est justement parce que ces personnes ne sont pas les créateurs qu'on va refuser, à juste titre croyons-nous, de leur accorder un droit exclusif. Si la prérogative d'interdire eût été légitimement confiée à l'auteur, elle ne le saurait dans un système qui laisse le cessionnaire des droits (l'éditeur) ou l'exploitant (le radiodiffuseur) libre de décider de la destination de l'œuvre. Le choix de la licence est donc justifié encore une fois pour libérer l'exploitation des œuvres ce qui révèle, encore une fois, l'attachement du droit d'auteur aux idées abolitionnistes.

Conclusion du Titre 3

---

second cas, le tarif ne s'applique pas aux ayants droits qui n'ont pas souscrit à la licence. De plus, dans les cas des États-Unis, la loi reprend l'essentiel d'une entente de règlement signée entre les câblodistributeurs et les ayants-droits en 1969. J. LITMAN, « Copyright Legislation and Technological Change », *loc. cit.*, note 166, pp. 329 à 331. Jessica Litman résume ainsi les développements du droit américain sur la question : « It took eleven years and the combined efforts of the Copyright Office, the Bar associations, the House and Senate Subcommittees, the FCC, and the White House Office of Telecommunications Policy to force interested parties to reach an agreement on the revision bill's treatment of cable television. The ultimate provision enacted contained pieces of the Copyright Office's 1965 bill, pieces of the ungratified 1969 agreement between the National Associations of Broadcasters and the National Cable Television Association, pieces of the 1971 consensus agreement, and pieces of the last minute accord between the National Cable Television and the Motion Picture Association of America. It is the copyright statute's longest provision, and its least comprehensible piece of prose. It became obsolete before its effective date ». J. LITMAN, *id.*, p. 332.

[332] Articles 3(f), 31, 70.1 70.2 *Lda.* Ysolde Gendreau précise que les sociétés de gestion proposent un tarif qui, s'il est contesté, sera soumis à la Commission du droit d'auteur. Cet organisme a le pouvoir de fixer le tarif des redevances dues au titre des retransmissions et, qu'ainsi, « this course of action is not a compulsory licence scheme, for authors are free to not be part of it. Its working is similar to the « scheme » system in the British copyright setting. The compulsory licence of the retransmission regime builds on that model : it is based on collective management, but it is made compulsory ». Y. GENDREAU, « Exporting Copyright Models : The Canadian Retransmission Regime and the Internet », *loc. cit.*, note 310, p. 552. Également, John S. McKEOWN, *Fox on Canadian Law of Copyright*, 3ième éd., Scarborough, Carswell, 2000, p. 499. En droit anglais, articles 73 (pour les retransmissions par câble visant une nouvelle audience) et 144A CDPA (pour les retransmissions de programmes provenant d'un pays étranger non membre de l'Union européenne). L'article 73 a été introduit par une loi de 1996, voir en général, le chapitre intitulé « Control of the Exercise of Copyrights and Related Rights », in K. GARNETT, J. RAYNER JAMES, G. DAVIES, *Copinger and Skone James on Copyright*, 14ième éd., (1999), *op. cit.*, note 32, pp. 1543-1587, et plus particulièrement, s'agissant du câble, pp. 1575 à 1577. En France, le principe demeure la licence volontaire. A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2ième éd., *op. cit.*, note 32, pp. 694-701. On parlera toutefois de licence non volontaire en matière de droits voisins, les artistes-interprètes et les producteurs de phonogrammes ne pouvant s'opposer à la radiodiffusion des phonogrammes du commerce, non plus qu'à la distribution par câble simultanée et intégrale de cette radiodiffusion communication. Voir l'article L. 214-1 *C.*

La réponse du droit aux techniques continue d'alimenter notre rhétorique : le droit d'auteur se forme principalement à partir des modes de distribution; c'est autour d'eux qu'il se calcifie et se construit. La technique augmente la mesure de l'application des droits traditionnels au point, croyons-nous de les déformer. Tout pointe, en effet, vers un droit d'auteur qui s'infiltre dans la zone d'exploitation de l'œuvre. La tendance semble irrésistible.

L'étude de la distribution traditionnelle, c'est-à-dire celle du livre, nous avait donc mis sur une piste que nous n'abandonnerons pas. Il était question principalement d'importation et de contrôle de l'exemplaire, un sujet qui va occuper l'essentiel de l'activité législative du XIX^{ième} siècle. Le chapitre que nous venons de clore poursuit sur le même thème mais dans un vocabulaire différent. Il occupe tout le XX^{ième} siècle. Il y est moins question de la distribution de l'exemplaire que de l'œuvre elle-même. Les développements concernant la protection des œuvres cinématographiques au titre de l'article 14 de la Convention de Berne confirment ce point. L'acte de Bruxelles introduit bien un droit de mise en circulation de l'œuvre et non de l'exemplaire. D'autre part, les techniques examinées permettent de rendre les œuvres dans une forme tout dématérialisée et de les communiquer à distance. Dès lors, c'est naturellement à partir du droit d'exécution et non plus du droit de reproduction que la réflexion sera initiée. Il semble logique, en effet, d'exclure l'application du droit de reproduction dès lors que l'opération ne participe pas directement à la fabrication d'exemplaires. L'onde, le haut-parleur, l'écran cathodique ne reproduisent pas, ils diffusent.

L'indépendance des deux droits n'est cependant pas parfaite. Dans bien des cas, il y aura juxtaposition. Nous l'avons amplement démontré en traitant des instruments mécaniques puis de la radiodiffusion. Cette situation qui perdure est parfois difficile à expliquer. Elle est sans doute maintenue pour des questions de responsabilité : la personne qui reproduit, même de façon éphémère, n'est peut-être pas celle qui communique l'œuvre au public. La participation même forcée des deux droits à une même communication renforce donc la position des ayants droits - songeons notamment au traitement des copies éphémères. Elle s'explique surtout par l'inadaptation des principaux droits concernés qui, pris individuellement, ne suffisent pas à accomplir la tâche assignée au droit d'auteur : celle de

---

propr. intell. Également, A. STROWEL, « Licences non volontaires et socialisation du droit d'auteur : un danger ou une nécessité? », *loc. cit.*, note 169, pp. 167-168.

contrôler la distribution de l'oeuvre. Nous avons déjà pu observer l'inaptitude du droit de reproduction à remplir la fonction *distributive* du droit d'auteur : le juriste avait d'ailleurs dû auparavant travailler à l'aide du droit d'importation et faire appel à celui de traduction et introduire la règle du traitement national. Toujours pour le sortir de son statisme et de son *épuisement,* il avait imaginé la théorie de la *destination.* Le droit d'exécution sera également inadapté aux nouveaux modes de distribution. Sorti des planches par le législateur, il en fera un droit de communication autonome. L'examen de la radiodiffusion puis de la télédistribution a montré d'ailleurs à quel point la conversion est importante. Il ne s'agit plus d'*exécution,* mais de *communication d'une exécution*[333] qui va même jusqu'à comprendre un droit de *retransmission* de cette même communication. Le concept incline donc vers un droit de distribution, car il s'agit bien de distribuer l'œuvre par télécommunication. Ne parle t-on pas d'ailleurs de radio*distribution*, de télé*distribution*, de cablô*distribution* ? Les organismes de télédiffusion tentent d'ailleurs de profiter de cette dérive conceptuelle et veulent faire valoir, en parallèle au droit d'auteur dans la transmission de leurs œuvres, un droit dans le signal.

On retrouve également une certaine unité de pensée dans l'application des droits de reproduction et d'exécution aux méthodes de communication de masse. Le droit de retransmission a eu recours à une notion que l'on prête aujourd'hui plus volontiers à la distribution des exemplaires, celle de *destination.* En effet, un acte de communication est soumis à la loi dès lors que cette communication est *destinée* au public. C'est ainsi que les actes de transmission secondaire de cablôdistribution ont pu être assujettis à un droit de retransmission dès lors qu'ils nourrissent un public. La destination de l'acte justifie ainsi sa soumission à l'autorisation de l'auteur de l'œuvre transmise. C'est cette même idée qui justifierait que le transfert de propriété dans l'exemplaire d'une œuvre, visant l'objet matériel, ne puisse pas être opposé à l'auteur. De la même façon qu'il peut contrôler la distribution de l'œuvre - exécution, retransmission, etc., il devrait légitimement contrôler la

---

[333] H. DESBOIS, *Le droit d'auteur*, 1ère éd., (1950), p. 401. On notera que la cour d'appel canadienne avait résisté à cette interprétation en raison d'une définition réductrice d'« œuvre musicale ». *Réseau de Télévision CTV Ltée* c. Canada *(Commission du droit d'auteur), précité*, note 312, p. 128. Dans une opinion très critiquable, la cour avait décidé que CTV communique « l'exécution d'œuvres musicales » et non des « œuvres musicales », exonérant ainsi le câblodistributeur des redevances réclamées au titre du droit d'auteur. Or, le texte de l'article 3(1) *Lda* visait spécifiquement la communication par télécommunication d'œuvres musicales. La définition d'œuvres musicales faisait référence à une fixation matérielle et empêchait donc qu'une œuvre musicale puisse faire l'objet d'une communication : « toute combinaison de mélodie et d'harmonie, ou l'une ou l'autre, imprimée, manuscrite, ou d'autre façon produite ou reproduite graphiquement ». Le législateur canadien rétablira la juste application du droit de communication en modifiant la définition d'œuvre musicale en 1994.

distribution secondaire des exemplaires dès lors que leur circulation correspond, dans sa finalité, à une distribution de l'oeuvre.

Enfin, les nouveaux modes de distribution étudiés font apparaître la nécessité de la licence obligatoire[334]. Elle n'est pas seulement l'expression d'un droit à rémunération. Elle est une autre manifestation tangible d'un droit de distribution : les redevances perçues sous son régime compensent les méventes d'exemplaires. Elle introduit donc dans le régime des droits d'auteur une commercialisation hypothétique. C'est dire encore qu'il existe dans l'orbite de chaque droit qu'elle accompagne - y compris le droit de communication au public par télécommunication, un droit de distribution dont la particularité est qu'il ne donne pas la prérogative d'interdire. Sans le mot, le droit d'auteur s'ingère donc dans l'ensemble des modes de distribution.

À ce stade de notre étude nous pouvons résumer l'évolution du droit d'auteur comme suit. Jusqu'au début du XIX^{ième} siècle le contrôle de l'œuvre était essentiellement limité à l'impression, relevant du droit de reproduction, et au droit d'exécution publique. Les autres formes d'exploitation étaient par ailleurs négligeables (on songera aux clubs de lecture, par exemple) et la circulation des œuvres, principalement le fait de la circulation d'exemplaires, largement déréglementée. De sorte que le droit d'auteur était d'application plutôt stricte et limitée. Puis, le droit d'auteur s'est intéressé au sort des œuvres importées et à la protection des étrangers. Il s'agissait essentiellement d'organiser la distribution transfrontalière des œuvres. L'instrumentalisation du droit à cette fin a été décisive et a augmenté considérablement le champ des prérogatives de droit d'auteur. Le droit d'auteur devient du même coup un droit de marché puisque les recours en importation, les saisies, et l'application de principe de traitement national permettent de contrôler l'introduction sur le sol domestique d'éditions concurrentes.

Les techniques ont par la suite démultiplié les occasions d'application du droit. D'abord le droit d'exécution publique a muté en un droit de communication de l'œuvre à distance et

---

[334] « [...] when courts have curtailed the scope of copyright protection, Congress often has stepped in to assure copyright owners some form of compensation from the new means of exploitation - if not always control over it. Because these compromise measures generally have taken the form of compulsory licenses that trade control for compensation, one might therefore conclude that when copyright and new technology conflict the copyright owner's right to control the disposition of the work must yield to a greater public interest in promoting its unfettered (if not always unpaid) dissemination », J. GINSBURG, « Copyright and Control Over New Technologies of Dissemination », *loc. cit.*, note 164, pp. 1616. L'auteur poursuit toutefois en expliquant que la réponse du droit est plus nuancée et qu'il ne faudrait pas systématiser l'abandon du droit exclusif pour un droit à rémunération.

l'on a introduit le droit de retransmission. Ensuite, la reproduction est incidente à de nombreuses manipulations, tant au titre de l'utilisation de l'œuvre que de sa distribution. Le morphisme du droit d'auteur vers un droit de distribution apparaît évident.

L'augmentation des prérogatives de droit d'auteur vers un contrôle croissant de la distribution des œuvres est incontournable. Cette tendance sera confirmée par les extensions récentes du droit de reproduction au titre de droits accessoires, tels les droits de prêt et de location[335].

Cette emprise du droit d'auteur sur la distribution va être aggravée par la convergence des média. Trait marquant de cette évolution, les traités « Internet » de 1996, préparé sous l'égide de l'OMPI, introduisent explicitement un *droit de distribution*. Ce droit sera pourtant limité aux exemplaires. Il faudra donc en tenir compte. Nous présumons également - et nous tacherons de le démontrer dans le prochain titre - que la convergence des média va continuer à nourrir le phénomène de la juxtaposition des droits. Or, dans l'univers numérique et dès lors qu'une seule communication peut appeler l'application de plusieurs droits, ce phénomène se traduit par une omniprésence du droit d'auteur; ce qui signifie que l'auteur dispose, en théorie, de tous les moyens juridiques pour contrôler la distribution dématérialisée de son œuvre[336].

Il est temps de vérifier ces hypothèses.

---

[335] Le professeur Françon fait le même constat dans ses commentaires du Livre Vert européen sur le droit d'auteur et le défi numérique (COM(88) 172 final). A. Françon, « Réflexions sur le livre vert », (1989) 139 *R.I.D.A.* 129, p. 143

[336] Du même avis et discutant de l'érosion du principe de la « première vente » qui devient inopérant dans l'environnement numérique, voir J. LITMAN, *Digital Copyright*, New York, Prometheus Books, 2001, pp. 81-83.

Université de Montréal

Le droit de distribution électronique

Essai sur le droit de distribution des œuvres en droit d'auteur canadien, américain, anglais et français

par

Pierre-Emmanuel Moyse

Faculté de droit

Thèse présentée à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de docteur en droit,

février 2006.

© Pierre-Emmanuel Moyse

Vol. II de 2

Titre quatrième

Titre 4 - Le droit de distribution électronique

Introduction

Droit d'auteur et droit de distribution électronique, voilà une association qui aurait pu paraître énigmatique si nous n'avions pas revisité l'évolution du droit d'auteur et démontré à quel point il y a unité de sens dans cette alliance : unité dans l'objectif du droit d'auteur, la distribution, mais également dans leur origine, la technique. La conjonction est d'ailleurs peut-être de trop. Nous avons déjà soutenu en effet que le droit d'auteur est un droit de distribution.

Il faut toutefois en convenir, cette théorie trouve difficilement assise dans le droit positif. Le juriste canadien peut même être réticent à voir une quelconque association possible entre droit de distribution et droit d'auteur. La *Loi canadienne sur le droit d'auteur*[1], en effet, ne formule pas d'autres droits que ceux prévus à son article 3(1)[2]. Or, si on y retrouve, notamment, les droits de reproduction et de communication au public par télécommunication[3], le droit de distribution, électronique ou non, n'y est pas prévu. Il fait une brève apparition aux articles 80(2) (copie privée) et 27(2) (violation à une étape

---

[1] *Loi sur le droit d'auteur*, L.R. 1985, c. 42, ci-après : « Lda ».

[2] La construction analytique du droit canadien, héritée du système de *copyright*, mène généralement à des interprétations restrictives du droit d'auteur. Voir notamment, *Bishop* c. *Stevens*, [1990] 2 *R.C.S.* 467. Dans cette affaire, la Cour suprême devait se prononcer sur l'existence d'un droit de reproduction éphémère. Rejetant la demande de la société de gestion collective (l'Association des compositeurs, auteurs et éditeurs du Canada) la Cour adopte une attitude extrêmement restrictive eu égard à la structure patrimoniale du droit d'auteur. Après avoir relevé que la loi ne prévoit pas expressément l'enregistrement éphémère comme accessoire au droit de radiodiffusion, elle précise : « [...], il faut d'abord rappeler que le droit d'auteur a pour seule source la législation qui « crée simplement des droits et obligations selon certaines conditions et circonstances établies dans le texte législatif »: *Compo Co. Ltd.* c. *Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 *R.C.S.* 357, à la p. 373, le juge Estey. Ce pourvoi soulève donc d'abord et avant tout une question d'interprétation des lois. Il ressort nettement de l'examen du par. 3(1) qu'il énumère un certain nombre de droits distincts qui appartiennent au titulaire du droit d'auteur. Comme le dira encore le lord juge Greene dans l'arrêt *Ash* v. *Hutchinson & Co. (Publishers)*, Ltd., [1936] 2 *All E.R.* 1496 (C.A.), à la p. 1507: [TRADUCTION] Le paragraphe 1(2) de la Copyright Act, 1911 [sur laquelle la loi canadienne est modelée, nos précisions] expose les droits du titulaire d'un droit d'auteur. Il énumère certains actes que seul le titulaire d'un droit d'auteur peut accomplir. Le droit d'accomplir chacun de ces actes est, à mon avis, un droit distinct, créé par la loi, et quiconque accomplit l'un de ces actes sans le consentement du titulaire du droit d'auteur commet de ce fait un délit; s'il en accomplit deux, il commet deux délits et ainsi de suite », *id.*, p. 477.

[3] Respectivement, paragraphes 3(1)a), 3(1)b) et 3(1)f *Lda*.

ultérieure) *Lda* sans que l'on sache très bien quel sens donner à cette notion par ailleurs inconnue du dispositif central de l'article 3(1) *Lda*.

Le droit d'auteur actuel, en général, ne connaît guère les termes de droit de distribution. Et, lorsqu'il émerge au milieu des autres droits exclusifs, c'est bien souvent pour être muselé par la règle de l'épuisement. C'est le cas, on le sait, en droit américain, qui codifie la doctrine de la première vente. Pour cette raison, le droit de distribution est généralement présenté comme un droit atrophié, sous-développé, comme un droit modeste dont les effets se limitent à réserver à l'auteur le droit d'acquiescer à la première mise en marché. Voilà tout. Le mauvais traitement législatif dont il souffre doit-il nous détourner du sujet ? Certes non. Ce serait d'abord ignorer les développements qui nous ont amenés jusqu'ici. Nous verrons ensuite qu'en dehors de cette apparence, il existe un droit moderne de distribution plus généreux, plus insidieux aussi. Nous voulons parler d'un droit de distribution *lato sensu*, un droit qui se dissimule sous d'autres appellations et qui étend considérablement les prérogatives de l'auteur. Il s'infiltre dans notre droit sous différentes formes. On le retrouve masqué sous une variété d'autres termes appartenant au même champ sémantique : les droits de location et de prêt prennent la suite des recours en importation et s'ajoutent à la liste des droits et recours du droit d'auteur. La doctrine française parlera encore du droit de destination, un droit de distribution sur les exemplaires qui ne s'épuise pas. Cette communauté de sens ou d'objets s'explique par l'aspiration sempiternelle du droit d'auteur à conférer aux ayants droit les moyens de contrôler l'usage de leurs œuvres.

Pour arriver à cette fin il faut nécessairement donner à l'ayant droit les moyens de *contrôler* ou au moins de repérer la *destination* du support sans quoi le droit perd son point d'appui. L'exemplaire est un peu au juriste ce que la balise Argos est au navigateur[4]. Le droit d'auteur a déjà obtenu un certain succès dans cette quête du *contrôle*, notamment, pour

[4] On songera également ici au *droit de suite*. Parmi les nombreux ouvrages sur le sujet on aura choisi le travail de droit comparé de Liliane de PIERREDON-FAWCETT, *The Droit de Suite in Literary and Artistic Property*, New York, Columbia University School of Law, 1991. L'objet du droit de suite rejoint dans son objectif l'idée du droit de distribution que nous voudrions voir consacré : « Le droit de suite tente de rétablir un équilibre avec les autres créateurs qui tirent profits de l'exploitation successive de leurs œuvres et avec les opérateurs de marché de l'art qui en retirent un bénéfice en associant les artistes au succès économiques de leurs œuvres par un droit portant sur leur revente successive sur le marché », Wladimir DUCHEMIN, « La directive communautaire sur le droit de suite », (2002) 191 *R.I.D.A.* 3, p. 5.

reprendre les termes des professeurs André et Henri-Jacques Lucas, en limitant certaines « prérogatives du propriétaire de l'objet corporel dans lequel se concrétise l'œuvre de l'esprit » et en reconnaissant la faculté « au titulaire du droit de reproduction d'interdire ou de restreindre certains usages par les détenteurs des exemplaires de l'oeuvre»[5]. Toutes restrictions dans l'emploi des biens en propriété sont autant de victoires pour le droit d'auteur, qui ne voit dans l'objet qu'un support asservi à une fonction d'intermédiaire. Il est le moyen de la *communication* de l'oeuvre, de sa *distribution*. C'est en cela d'ailleurs que le droit moderne de communication au public, qui vise une communication directe, nous semble être un droit plus pur, plus proche de l'objectif ultime de notre discipline. Le fait que la *télédistribution* - la retransmission incidente des œuvres par *câblodistribution* - ait été appréhendée par le droit d'auteur au titre d'un droit de retransmission marque une autre avancée notable vers cet objectif.

Rien de surprenant puisque, selon notre thèse, la distribution et les droits qui s'y rapportent constituent la substance juridique du droit d'auteur, sa moelle épinière.

Naturellement, l'expression *distribution électronique* lève le voile sur l'objectif de cette étude : allier au droit d'auteur un droit permettant de régir l'exploitation numérique des œuvres protégées. Il ne s'agit plus cette fois de contrôler l'œuvre par la maîtrise de l'objet corporel, mais par l'oeuvre nue. L'expression dans son ensemble « le droit de distribution électronique » annonce déjà son appartenance à une espèce, celle du droit de distribution. L'appendice ne fait qu'en conjuguer le sens pour en faire dériver une application technologique. L'emploi de la notion de distribution ne nous semble pas éclectique même si les récents développements internationaux ont circonscrit l'application du droit de distribution aux seuls exemplaires physiques d'une oeuvre. Ainsi que l'écrira encore récemment, et fort justement M. Mihály Ficsor, « the right of distribution emerged as one of the « candidates » for the right or rights to be applied for interactive transmissions »[6].

---

[5] André et Henri-Jacques LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2ième éd., Paris, Litec, 2001, p. 201.

[6] Mihály FICSOR, *The Law of Copyright and The Internet*, New York, Oxford University Press, 2002, p. 485.

Quel que soit le nom, la force qu'on lui donne, quel que soit l'objet auquel on voudrait l'appliquer - exemplaire ou œuvre -, le sujet du droit de distribution connaît un regain d'intérêt. Les accords ADPIC conclus en 1994 prévoient un droit de location visant les programmes d'ordinateur et les oeuvres cinématographiques (article 11) ainsi que les phonogrammes (article 14.4)[7]. Il s'agit là d'un premier développement notable. Même si le droit en cause est limité dans les catégories d'œuvres qu'il concerne, son apport est important. Ces modes d'exploitation longtemps tenus hors du spectre des droits traditionnels sont enfin rapatriés dans le domaine d'application de la loi. Puis, en 1996, les traités de l'OMPI de 1996 font apparaître, au côté du droit de location, un droit général de distribution[8]. Il s'agira d'une reconnaissance en demi-teinte puisque son objet sera limité aux exemplaires. Au niveau national, la situation est fort disparate même si l'harmonisation des législations sur ce point semble inévitable en raison de la ratification des accords précités. On relèvera que la notion de distribution est absente du schéma patrimonial du droit français. La doctrine et la jurisprudence orientent toutefois l'interprète vers l'existence d'un droit de distribution implicite sans épuisement qui prendrait sa source dans le concept de reproduction : le droit de destination. Le droit de distribution existe expressément aux États-Unis depuis 1976[9] et le Royaume-Uni l'a inclus à la liste des droits exclusifs au sein de sa loi de 1988[10]. Ici comme là, il semble être fort limité dans ses effets. Au Canada, le *Projet de loi C-60*, adopté en première lecture à l'été 2005, sort le droit national du mutisme passé. Dans un texte destiné à transposer les traités TODA et TOIEP dans la législation canadienne, le législateur canadien - dans un exercice qui montre d'ailleurs ni conviction ni concision - propose d'introduire un droit nouveau « d'effectuer le premier transfert de propriété, notamment par vente, de toute forme matérielle et tangible de

---

[7] *Annexe 1C, Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (ADPIC)

[8] Voir l'article 6 du *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur* de 1996 (ci-après : « TODA »), 8 du *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes* (ci-après : « TOEIP »), pour le droit de distribution et 7 TODA, 9 TOIEP pour le droit de location. On renverra aussi aux *Déclarations communes* relatif à chacun des traités et précisant les notions de « copies », « copies ou exemplaires » et « original et copies ». Le droit de location est réservé aux auteurs de programmes d'ordinateur, d'œuvres cinématographiques et d'œuvres incorporées dans des phonogrammes et aux artistes interprètes ou exécutants pour les interprétations ou exécutions fixées sur phonogrammes. À leur sujet, J. REINBOTHE et S. VON LEWINSKI, *The EC Directive on Rental and Lending Rights and on Privacy*, Londres, Sweet & Maxwell, 1993, pp. 80-87 et 351-356 (respectivement, droit de distribution TODA et TOEIP), pp. 88-97 et 357-365 (respectivement, droit de location TODA et TOEIP).

[9] 106(3), 17 U.S.C.

[10] Article 18, *Copyright, Design and Patent Act*, c. 48 (1988), ci-après : « CDPA ».

l'oeuvre qui n'a jamais fait l'objet d'un tel transfert »[11]. On perçoit assez bien que le droit dont il s'agit ici, sans qu'il en porte le nom, est un droit de distribution qui se limite à la première vente.

Ce bref état des lieux montre un droit moderne partagé entre résignation et progression : d'une part, on maintient le droit de distribution dans une acception restrictive, celle d'un droit appliqué à l'exemplaire et qui se limite à la première vente. Lorsque le droit de distribution s'épuise, c'est le législateur qui se résigne à faire prévaloir les droits des propriétaires et des utilisateurs sur ceux de l'auteur, affranchissant ainsi la revente et les opérations du marché secondaire. D'autre part l'on voit émerger, de façon épisodique mais selon une tendance constante, des droits modernes et spécifiques qui visent directement de nouveaux modes d'exploitation et qui ajoutent progressivement aux droits exclusifs déjà en place. Les droits de location et de prêt constituent de parfaits exemples de cette progression. Ici les droits des propriétaires plient devant le droit d'auteur. Flux et reflux, voilà comment nous pouvons décrire les mouvements du droit autour sur le sujet de la distribution.

Nous étudierons donc dans un premier chapitre les courants et contre-courants qui animent le droit traditionnel de distribution. Il s'agit essentiellement de dessiner d'un trait les contours du droit positif au regard du contrôle des exemplaires. Pour cela, nous intitulerons notre premier Chapitre, « Le droit de distribution de première génération » (Chapitre I). Le second chapitre sera consacré à la distribution numérique et aux réponses que le droit actuel aura pu apporter à ce nouveau phénomène. Nous retiendrons plus particulièrement une idée qui fut avancée très tôt lors des travaux sur le droit applicable, celle d'adopter un droit spécifique de distribution numérique. L'exemplaire s'efface pour ne laisser au législateur que l'œuvre nue et une question simple : débarrassé de l'exemplaire, le droit d'auteur ne doit-il pas retrouver sa fonction première, celle de régir la distribution de l'œuvre ?

Notre étude prendra ici un tour nécessairement prospectif. Il s'agira alors de présenter un droit de distribution de *seconde génération* (Chapitre II).

---

[11] Article 3 du *Projet de loi* modifiant l'article 3(1) *Lda* du projet de loi C-60, *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, première lecture le 20 juin 2005, Première session, trente-huitième législature, 53-54 Elizabeth II, 2004-2005 (ci-après, « *Projet de loi C-60* »).

Chapitre I - Le droit de distribution de première génération

Faisons d'abord l'état des droits nationaux qui connaissent un droit de distribution des exemplaires (Section 1). Pour cette première section nous travaillerons en nuance en partant de l'examen des droits nationaux qui maintiennent le droit de distribution dans son acception la plus stricte. Il s'agit en effet de l'interprétation dominante. C'est en tout cas celle suivie par les droits américain, anglais et canadien. Nous visiterons ensuite les fondements conceptuels du droit de distribution en suivant les pistes laissées avant nous par la doctrine. Ce travail devrait nous permettre de revenir aux raisons d'être du droit de distribution et, partant, de dégager les différents sens qu'il peut revêtir (Section 2). Nous verrons en particulier que le droit de distribution peut apporter une protection bien plus étendue que celle à laquelle on le dédit. En particulier, nous voulons montrer que l'épuisement, principal empêchement au fonctionnent du droit de distribution, n'est pas un mécanisme automatique. Il a été souvent critiqué. La redécouverte de la fonction première du droit d'auteur, celle de régir la distribution des œuvres, réduit considérablement l'idée de l'extinction des droits. Le droit d'auteur peut survivre aux transferts du support de l'oeuvre. Ce dernier n'est, après tout, que le serviteur de l'œuvre. C'est ainsi que la structure patrimoniale explose sous la force de cet argument et engendre de nouveaux droits spécifiques, tels que les droits de location, de prêts et d'importation notamment. La théorie du droit de destination du droit français nous éclairera également sur cette *autre solution* qui serait la reconnaissance d'un droit de distribution sans épuisement. Son étude, ainsi que celle des droits spécifiques, feront l'objet de notre dernière section. Nous aurons complété ainsi le spectre de nos nuances et présenté les contrastes du droit de distribution (Section 3).

Précision importante, nous ne traiterons pas ici de la *responsabilité indirecte* au titre du droit de distribution. Nous nous limiterons à l'étude de l'existence et de la nature du droit de distribution lui-même. Les sujets sont de toute évidence connexes puisqu'il ne serait y avoir de contrefaçon à une étape ultérieure sans une première violation; c'est à celle-ci que

nous nous arrêterons[12]. La seule exception à cette exclusion sera le droit à l'importation qui est traité dans tous les systèmes au titre des recours pour contrefaçon indirecte, mais qui constitue, en réalité, un réel droit de distribution.

Section 1 - Le droit de distribution d'acception stricte dans les droits nationaux

Le droit de distribution est généralement perçu comme un droit accessoire. Cette impression résulte principalement du fait que sa présence dans la loi renvoie à une conception *américaine* du droit d'auteur alors même que le concept de droit de distribution

---

[12] L'augmentation des prérogatives de l'auteur étend d'autant le régime de la responsabilité à une étape ultérieure. C'est ainsi que la Cour suprême des États-Unis a récemment pu retenir la responsabilité de la compagnie Grokster pour avoir contribué à des actes de violations commis, non par elle, mais par les utilisateurs qui reproduisent ou distribuent de la musique à l'aide du logiciel de partage qu'elle avait mis au point : « I concur in the Court's decision, which vacates in full the judgment of the Court of Appeals for the Ninth Circuit, *ante*, at 24, and write separately to clarify why I conclude that the Court of Appeals misperceived, and hence misapplied, our holding in *Sony Corp. of America* v. *Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984). There is here at least a « genuine issue as to [a] material fact,» Fed. Rule Civ. Proc. 56(c), on the liability of Grokster or StreamCast, not only for actively inducing copyright infringement, but also or alternatively, based on the distribution of their software products, for contributory copyright infringement. On neither score was summary judgment for Grokster and StreamCast warranted. », *MGM Studios, Inc.* v. *Grokster, Ltd.*, 125 *S. Ct.* 2764 (2005), la juge Ginsburg. En général, NIMMER, M. B., *Nimmer On Copyright*, Matthew Bender & Company, 1963, 12.04[A][2] (ci-après, NIMMER). On comparera avec la décision *CCH Canadienne Ltée* c. *Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 *R.C.S.* 339. Dans cet arrêt la Cour suprême exonère Le Barreau de l'Ontario pour les actes de reproduction que les éditeurs lui reprochaient, actes couverts selon la Cour par l'exception d'utilisation équitable, et rejette les moyens présentés devant elle sur la responsabilité indirecte : « Suivant l'al. 27(2)a) de la Loi sur le droit d'auteur, constitue une violation du droit d'auteur (appelée violation à une étape ultérieure) la vente d'une copie d'une oeuvre par une personne qui sait ou qui aurait dû savoir qu'elle viole le droit d'auteur. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont rejeté l'allégation de violation à une étape ultérieure au motif qu'il n'avait pas été établi que le Barreau savait ou aurait dû savoir qu'il fournissait des copies illicites des oeuvres des éditeurs. Ces derniers contestent cette conclusion dans le cadre du pourvoi incident. Dans ses motifs concourants, le juge Rothstein, de la Cour d'appel, a correctement énoncé les trois éléments requis pour prouver la violation à une étape ultérieure : (1) l'oeuvre est le produit d'une violation initiale du droit d'auteur; (2) l'auteur de la violation à une étape ultérieure savait ou aurait dû savoir qu'il utilisait le produit d'une violation initiale du droit d'auteur; (3) l'utilisation à une étape ultérieure est établie, c'est-à-dire qu'une vente a eu lieu. Dans le cadre du pourvoi principal, j'ai conclu que le Barreau n'avait pas violé le droit d'auteur en photocopiant sur demande les oeuvres des éditeurs dans le cadre du service de photocopie. Vu l'absence de violation initiale, il ne peut y avoir de violation à une étape ultérieure. Je suis d'avis de rejeter ce moyen d'appel incident.», *CCH Canadienne Ltée* c. *Barreau du Haut-Canada*, *id.*, p. 377. La responsabilité indirecte peut également être retenue en application du *droit d'autoriser* contenu à l'article 3(1) *in fine Lda*. Sur ce point, Y. GENDREAU, « Authorization Revisited », (2001) 48 *J. Copr. Soc'Y* 341. En droit français la question est étudiée au titre des sanctions, en général, A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2ième éd., *op. cit.*, note 5, p. 587 et s. En droit anglais, Lionel BENTLY et Brad SHERMAN, *Intellectual Property Law*, 2e éd., Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 185 et s.

est plutôt d'origine européenne[13]. Le droit américain a su cependant pousser l'analyse afin de s'en servir comme pièce d'ajustement de sa politique législative. Son régime y est donc plus développé et il se lit ainsi beaucoup mieux. Or, le droit de distribution américain est soumis au principe de la première vente qui est codifié par la loi de 1976 ce qui, en pratique, neutralise ses effets et limite son application à quelques situations d'exception. Cette limitation expresse du législateur doublée de l'influence du droit américain sur le droit actuel, suffit encore à renforcer l'impression générale d'un droit *atrophié*.

Le choix du droit américain nous est donc imposé et nous commencerons cette section par son analyse (a). Il sert de modèle d'explication à partir duquel d'autres droits nationaux issus du système anglais ont pu prendre position. Les droits anglais (b) et canadiens (c), bien que moins détaillés et moins catégoriques que le droit américain, optent également pour une approche restrictive du droit de distribution. Ces législations refusent généralement l'ingérence du droit d'auteur dans les marchés secondaires et privilégient, au nom du libre commerce, les intérêts des utilisateurs au lieu de ceux de l'auteur.

a) Le droit de distribution en droit américain

L'article 106(3) de la loi américaine confère au titulaire du droit d'auteur le droit exclusif « de distribuer au public des exemplaires ou des phonogrammes de l'œuvre protégée par voie de vente ou autre transfert de propriété, ou par louage, location ou prêt »[14].

Il s'agit d'une formulation très synthétique du droit de distribution puisqu'elle inclut, *a priori* sans distinction de catégories, les droits de location et de prêt. Ce droit inclut également un droit de première publication puisque l'acte soumis au droit de distribution est, selon la lettre de l'article 106(3), la *distribution au public*. C'est en tout cas

---

[13] J. H. SPOOR, W. R. CORNISH et P. F. NOLAN, *Copies in Copyright*, Alphen Aan Den Rijn, Pays-Bas, Sithoff & Noordhoff, 1980.

[14] Article 106, 17 U.S.C. Traduction par l'UNESCO, *Recueil des lois et traités sur le droit d'auteur*, Volume II, Paris, UNESCO, 1988 (ci-après : « traduction UNESCO (1988) »). Nota : quand le texte est disponible en français et qu'il n'a pas subi de modifications depuis sa traduction nous privilégierons la traduction. Dans toutes les autres situations la version originale prévaudra.

l'interprétation majoritairement retenue par la doctrine américaine[15]. Il vise également le droit d'interdire les importations. L'article 602(a) qui concerne l'importation illicite d'exemplaires ou de phonogrammes renvoie à l'article 106(3). Il prévoit en effet que «[l]'importation aux États-Unis, sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur en vertu du présent titre, d'exemplaires ou de phonogrammes d'une œuvre qui ont été acquis en dehors des États-Unis constitue une infraction au droit exclusif de distribution d'exemplaires ou de phonogrammes prévu par l'article 106 [...] »[16]. Notre conception du droit de distribution, *lato sensu*, rejoint donc celle retenue par le droit américain dans les textes de ses articles 106(3) et 602(a).

Notre sympathie s'arrêtera ici[17]. Le droit de distribution américain ne bénéficie pas des largesses que la lecture des articles 106 et 602(a) aurait pu laisser entrevoir. L'article 109 limite considérablement le champ d'application du droit de distribution en codifiant la doctrine de la première vente. Son paragraphe 109(a) énonce en effet que : « Nonobstant les dispositions de l'article 106.3), le propriétaire d'un exemplaire ou d'un phonogramme déterminé réalisé licitement en vertu du présent titre, ou toute personne autorisée par ledit propriétaire, a le droit de vendre cet exemplaire ou ce phonogramme ou d'en disposer de toute autre manière sans le consentement du titulaire du droit d'auteur »[18]. On retrouve ici le principe de la première vente dégagée dans l'arrêt *Bobbs-Merrill Co.* c. *Straus*[19] rendu en

---

[15] NIMMER, 8-148 : « In essence, it is a right to control the work's publication (taking the « public ». component of that word literally). The term « distribution » rather than « publication » was used merely for sake of clarity ». Nous lui préférons cependant l'analyse du professeur Kernochan qui, plus justement, fait du droit de publication un élément du droit de distribution et non son équivalent. L'auteur écrit : « [...] section 106(3) speaks of distribution to the public. Thus it encompasses a right of first publication or disclosure of the copyrighted work, as well as some right of control over the disposition of objects embodying the work and the dissemination of those objects John. M. KERNOCHAN, « The Distribution Right in the United States of America : Review and Reflection », (1989) 42.5 *Vanderbilt L. J.* 1407, p. 1409.

[16] Article 602, 17 U.S.C., traduction UNESCO (1988).

[17] Avec celle d'autres auteurs également. John Kernochan note que « What section 106(3) seems to give generously in delineating the distribution right, however, section 109(a) withdraws in large measure». John M. KERNOCHAN, « The Distribution Right in the United States of America : Review and Reflection », *loc. cit.*, note 15.

[18] Article 109(a) 17 U.S.C., traduction UNESCO (1988).

[19] *Bobbs-Merrill Co.* c. *Straus*, 210 U.S. 339 (1908). Cette décision est le résultat de plusieurs poursuites menées contre le propriétaire des célèbres magasins Macy par les éditeurs Bobbs-Merrill et Charles Scribners's Sons. La compagnie R. H. Macy & Co. était la propriété de messieurs Isidor et Nathan Straus. Pour un récit des circonstances entourant ces décisions, voir Richard Rogers BOWKER, *Copyright Its History and Its Law*, New York, Constable & Co., 1912, p. 54-57. La décision est encore fréquemment citée (par exemple, *Quality King Distributors. Inc.* v. *L'Anza Research Int'l, Inc.*, 523 U.S. 135 (1998)) comme

1908 par la Cour suprême des États-Unis. Il établit un précédent toujours invoqué dans les pays de *copyright*. Invoquant le droit de vendre prévu à la loi de 1891[20], l'éditeur Bobbs-Merrill cherchait à contrôler le prix de revente au détail des livres qu'il mettait sur le marché en soumettant la défenderesse, revendeur de ses livres mais non lié par un contrat avec Bobbs-Merrill, à la clause étiquette suivante : « The price of this book at retail is one dollar net. No dealer is licensed to sell it at a less price, and a sale at a less price will be treated as an infringement of the copyright ». Déclinant l'application du droit d'auteur, un droit « pleinement statutaire »[21], selon ses propres termes, le juge Day pose le principe de la première vente :

> What does the statute mean in granting « the sole right of vending the same »? Was it intended to create a right which would permit the holder of the copyright to fasten, by notice in a book or upon one of the articles mentioned within the statute, a restriction upon the subsequent alienation of the subject-matter of copyright after the owner had parted with the title to one who had acquired full dominion over it and had given a satisfactory price for it? It is not denied that one who has sold a copyrighted article, without restriction, has parted with all right to control the sale of it. The purchaser of a book, once sold by authority of the owner of the copyright, may sell it again, although he could not publish a new edition of it.[22]

En principe donc, le propriétaire de l'objet tangible peut disposer de l'objet à sa guise à condition qu'il l'ait acquis en pleine propriété, généralement suite à sa première vente ou, plus rarement, par toute autre opération juridique permettant d'accéder à la pleine

---

consacrant le principe de l'épuisement dégagé antérieurement par la jurisprudence américaine : *Kipling* v. *G. P. Putnam's Sons*, 120 F. 631 (1903) (Court of Appeals, 2nd Circ.); *Doan* v. *American Book Co.*, 105 F. 772 (1901) (Court of Appeals, 7th Circ.); *Harrison* v. *Maynard, Merrill & Co.*, 61 F. 689 (1901) (Court of Appeals, 2nd Circ.); *Bobbs-Merrill Co.* v. *Snellenburg*, 131 F. 530 (1904) (ED Pa.); *Clemens* v. *Estes*, 22 F. 899 (1885) (Mass.); *Stowe* v. *Thomas*, 23 F. Cas. 201 (1853) (ED Pa.).

[20] En vertu du texte de la loi applicable à l'époque des faits, le titulaire du droit d'auteur retenait les droits suivants : « printing, reprinting, publishing, completing, copying, executing, finishing, and *vending* », article 4952, *Copyright Act* (1891), 26 *Stat.* 1107.

[21] « Wholly statutory », ce qui est une manière de dire que le texte sera appliqué strictement.

[22] *Bobbs-Merrill Co.* c. *Straus, précité*, note 19, p. 346.

propriété[23]. Il résulte des exigences attenant au transfert initial de propriété que le paragraphe 109(a) ne devrait pas, en principe, épuiser les droits du titulaire lorsque ce dernier loue ou prête des exemplaires de l'œuvre et en retient la propriété. Le paragraphe 109(a) doit ainsi se lire en conjonction avec le paragraphe 109(d) qui prévoit expressément que l'épuisement du droit de distribution ne bénéficie pas à la personne qui se serait assurée « auprès du titulaire du droit de la possession de l'exemplaire ou du phonogramme par voie de louage, location, prêt ou autre, sans en acquérir la propriété »[24]. Ceci est entendu.

En revanche, la mise en œuvre du principe de l'épuisement a été plus longuement débattue dans le cas où l'exemplaire est acheté pour ensuite être loué. Ici la vente précède la location comme premier moyen de mise à disposition du public. L'acquéreur dispose-t-il du droit de louer ou de prêter l'exemplaire au titre de son droit « d'en disposer de toute autre manière sans le consentement du titulaire du droit d'auteur » ? La doctrine est demeurée longtemps hésitante[25]. La pratique quant à elle n'a pas attendu que la question soit tranchée. Les titulaires de droit d'auteur ont préféré se réserver la propriété des exemplaires destinés à la location. Pour les vidéogrammes par exemple, les entreprises de location sont tenues par un contrat d'approvisionnement qui contient une réserve de propriété en faveur du titulaire[26]. Le loueur n'est donc pas propriétaire de l'exemplaire. La requalification de l'opération juridique en location plutôt qu'en vente n'affecte pas réellement le transfert de possession de l'exemplaire et évite les effets de l'article 109(a). Par mesure de protection supplémentaire et pour optimiser l'exploitation de l'œuvre par la location, les vidéogrammes sont mis en vente dans le commerce quelques mois après leur apparition dans les centres de location.

En définitive, l'article 109(b) restreint considérablement les prérogatives de l'auteur. En ce qui nous concerne, cette amputation du droit d'auteur est d'autant moins acceptable qu'elle

---

[23] Dans ce sens la doctrine de la première vente porte un libellé réducteur en ce qu'il ne rend pas compte des autres formes de transfert de propriété (succession, donation, ...). En ce sens, J. M. KERNOCHAN, *loc. cit.*, note 15, p. 1410.

[24] Article 109(d) 17 U.S.C., traduction UNESCO (1988).

[25] Richard COLBY, « The First Sale Doctrine - The Defense That Never Was ?», (1984) 32 *J. Copr. Soc'Y.* 77, pp. 85-87.

[26] Joseph BEARD, « Sale, Rental, and Reproduction of Motion Picture Videocassettes: Piracy or Privilege », (1979-1980) 15 *New Eng. L. Rev.* 435, p. 459 et s. Voir également, NIMMER, *op. cit.*, note 12, 8-178.4(1).

semble érigée en système. En effet, une série de dispositions connexes clôt toute possibilité de contrôle des œuvres dans diverses autres situations[27]. Il s'agit notamment des articles 110[28] et 111[29]. Ce dernier, présentant un texte plutôt abscons, soumet la retransmission des œuvres par câblodistribution à un mécanisme de licence obligatoire. Plus loin, l'article 112[30] permet la distribution des œuvres au chapitre des enregistrements éphémères, l'article 113(c)[31] réserve la distribution de photographies et d'images d'articles utilitaires, l'article

---

[27] J. M. KERNOCHAN, *loc. cit.*, note 15, p. 1415.

[28] Article 110, 17 U.S.C. : « Limitations des droits exclusifs : exemption de certaines représentation ou exécution et présentations - Nonobstant les dispositions de l'article 106, les actes suivants ne constituent pas une infraction au droit d'auteur :
1) la représentation ou exécution, ou la présentation, d'une œuvre par des enseignants ou des élèves au cours des activités éducatives en direct dans un établissement d'enseignement à but non lucratif, dans une classe ou un lieu semblable consacré à l'enseignement, à moins que, dans une classe d'un film cinématographique ou d'une autre œuvre audiovisuelle, la représentation ou exécution, ou la présentation, d'images isolées ne soit effectuée à l'aide d'un exemplaire qui n'a pas été réalisé licitement en vertu du présent titre, [...] » (extraits) (traduction UNESCO (1988)). Cet article été sujet à des modifications mais reste inchangé dans la partie reproduite plus haut. La rédaction de cette disposition est intéressante en ce qu'elle démontre la démarcation difficile entre les droits visant l'exemplaire et ceux visant la représentation puisque l'exemplaire peut servir à la représentation de l'œuvre. D'ailleurs, en France la question du droit de distribution (droit de destination) a été soulevée par l'utilisation radiophonique des disques du commerce. Voir H. DESBOIS, *Le droit d'auteur*, 2ième éd., (1966), pp. 328-334, revenant sur sa position énoncée dans la première édition de ce traité et selon laquelle : « Le droit de reproduction lorsqu'il a été exercé, a épuisé ses effets : il ne permet pas de subordonner tel ou tel usage à des conditions particulière ». Voir H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, 1ère éd., (1950), no 423.

[29] Article 111, 17 U.S.C. Bien que le professeur Kernochan cite également cet article au nombre des limitations du droit de distribution, il faut signaler encore une fois que la distribution dont il s'agit est faite par câble et non par transfert d'exemplaires des œuvres protégées. La distribution dont il est fait allusion ici est moins celle d'un exemplaire que celle d'un bien incorporel, l'œuvre. J. M. KERNOCHAN, *loc. cit.*, note 15, p. 1415.

[30] Non reproduisons ici un extrait de cette disposition dans sa formulation actuelle : « Sec. 112. - Limitations on exclusive rights: Ephemeral recordings - .
(a) (1) Notwithstanding the provisions of section 106, and except in the case of a motion picture or other audiovisual work, it is not an infringement of copyright for a transmitting organization entitled to transmit to the public a performance or display of a work, under a license, including a statutory license under section 114(f), or transfer of the copyright or under the limitations on exclusive rights in sound recordings specified by section 114(a), or for a transmitting organization that is a broadcast radio or television station licensed as such by the Federal Communications Commission and that makes a broadcast transmission of a performance of a sound recording in a digital format on a nonsubscription basis, to make no more than one copy or phonorecord of a particular transmission program embodying the performance or display, if - [...] » (extraits).

[31] Article 113, 17 U.S.C. « 113. Scope of exclusive rights in pictorial, graphic, and sculptural works -
(a) Subject to the provisions of subsections (b) and (c) of this section, the exclusive right to reproduce a copyrighted pictorial, graphic, or sculptural work in copies under section 106 includes the right to reproduce the work in or on any kind of article, whether useful or otherwise.
(b) This title does not afford, to the owner of copyright in a work that portrays a useful article as such, any greater or lesser rights with respect to the making, distribution, or display of the useful article so portrayed than those afforded to such works under the law, whether title 17 or the common law or statutes of a State, in effect on December 31, 1977, as held applicable and construed by a court in an action brought under this title.

114(b)[32] vise la distribution d'enregistrements sonores à des fins d'enseignement en excluant leur distribution au public et l'article 115[33] établit un régime de licence obligatoire pour la location et la reproduction mécanique des œuvres. Enfin, pour terminer cette rapide recension, l'article 117 de la loi américaine autorise une personne autre que le titulaire des droits ou son licencié à effectuer des copies d'un programme d'ordinateur et à les distribuer dans certaines conditions :

> (b) Lease, Sale, or Other Transfer of Additional Copy or Adaptation. -
> Any exact copies prepared in accordance with the provisions of this section may be leased, sold, or otherwise transferred, along with the copy from which such copies were prepared, only as part of the lease, sale, or other transfer of all rights in the program. Adaptations so prepared may be transferred only with the authorization of the copyright owner.[34]

Finalement, on pourrait même s'interroger sur la véritable utilité d'avoir consacré un droit de distribution pour en enlever ensuite toute la substance juridique. Les droits résiduaires de la nature d'un droit de distribution consistent finalement aux droits de première publication

---

(c) In the case of a work lawfully reproduced in useful articles that have been offered for sale or other distribution to the public, copyright does not include any right to prevent the making, distribution, or display of pictures or photographs of such articles in connection with advertisements or commentaries related to the distribution or display of such articles, or in connection with news reports. [...] » (extraits).

[32] Article 114, 17 U.S.C. « Sec. 114. - Scope of exclusive rights in sound recordings
(a)The exclusive rights of the owner of copyright in a sound recording are limited to the rights specified by clauses (1), (2), (3) and (6) of section 106, and do not include any right of performance under section 106(4).
(b)The exclusive right of the owner of copyright in a sound recording under clause (1) of section 106 is limited to the right to duplicate the sound recording in the form of phonorecords or copies that directly or indirectly recapture the actual sounds fixed in the recording. The exclusive right of the owner of copyright in a sound recording under clause (2) of section 106 is limited to the right to prepare a derivative work in which the actual sounds fixed in the sound recording are rearranged, remixed, or otherwise altered in sequence or quality. The exclusive rights of the owner of copyright in a sound recording under clauses (1) and (2) of section 106 do not extend to the making or duplication of another sound recording that consists entirely of an independent fixation of other sounds, even though such sounds imitate or simulate those in the copyrighted sound recording. The exclusive rights of the owner of copyright in a sound recording under clauses (1), (2), and (3) of section 106 do not apply to sound recordings included in educational television and radio programs (as defined in section 397 of title 47) distributed or transmitted by or through public broadcasting entities (as defined by section 118(g)): Provided, That copies or phonorecords of said programs are not commercially distributed by or through public broadcasting entities to the general public [...] ». (extraits)

[33] Article 115 U.S.C. « 115. Scope of exclusive rights in nondramatic musical works: Compulsory license for making and distributing phonorecords. In the case of nondramatic musical works, the exclusive rights provided by clauses (1) and (3) of section 106, to make and to distribute phonorecords of such works, are subject to compulsory licensing under the conditions specified by this section. [...] ». (extraits)

et aux mesures visant le contrôle des importations d'œuvres protégées[35]. Quant au droit de location, il est présenté comme une exception au mécanisme de l'épuisement. On notera en particulier que l'article 109(b)(1)(a) tient désormais soustrait de l'application de la règle de la première vente la location des enregistrements sonores[36] et des programmes d'ordinateur[37]. A contrario donc, et à moins de mettre en place un dispositif contractuel semblable à celui existant pour les vidéogrammes, la première vente d'exemplaires d'œuvres non visés par l'article 109(b)(1)(a) épuise tout droit de distribution par location ou prêt.

b) Le droit de distribution en droit anglais

Le professeur Cornish écrit en 1980 que le droit d'auteur britannique est traditionnellement compris dans l'acception restreinte d'un droit de *fabriquer* des *copies* : « United Kingdom copyright law has little coherent to contribute to a comparative discussion of rights over the distribution and subsequent use of copies. It has usually been assumed that copyright is concerned only with the making of copies and with specifically defined acts of dealing and use, such as public performance and broadcasting »[38]. C'est dans ce cadre exigu, au sein de cette législation *fermée*, qu'un droit de distribution a été récemment ajouté à la liste des droits réservés.

Depuis 1988, en effet, la loi anglaise contient en son article 16 un droit de distribution sous le libellé d'un droit de mise en circulation au public (« to issue to the public »)[39]. Ce droit s'ajoute à la liste des actes qui doivent être expressément autorisés par l'auteur. En vertu de

---

[34] Article 117(b) U.S.C.
[35] Article 602(a), 17 U.S.C.
[36] *Record Rental Amendment of 1984*, Pub. L. No. 98-450, 98 *Stat.* 1727 (4 octobre 1984). Le droit de location semble viser les œuvres musicales uniquement à l'exclusion d'autres catégories d'œuvres qui peuvent être fixées sur bandes sonores. Voir sur ce point les commentaires de Kernochan. J. M. KERNOCHAN, *loc. cit.*, note 15, pp. 1420-1421.
[37] *Computer Software Rental Amendments Act of 1990*, title VIII of the Judicial Improvements Act of 1990, Pub. L. No. 101-650, 104 *Stat* 5089, 5134. (1er décembre 1990).
[38] William CORNISH, « Copies in UK Copyright Law », in J.H SPOOR, W.R. CORNISH et P.F. NOLAN, *Copies in Copyright, op. cit.*, note 13, p. 167,

ce nouvel article, l'auteur ou le titulaire du droit d'auteur bénéficie du droit de mettre à la disposition du public l'original ou une copie de son œuvre. Préalablement, le droit de distribution était pour ainsi dire quasi inexistant en droit anglais. Seul le droit de publication, auquel se substitue désormais celui de mise en circulation, a pu imiter avec un succès bien limité la fonction d'un droit de première mise en circulation.

L'application particulière du droit de publication résulte d'une modification législative en apparence anodine. En vertu de la loi de 1911, l'auteur avait le droit de publier une œuvre *non publiée*, c'est-à-dire, en réalité, de décider de rendre publique l'œuvre en choisissant l'éditeur. Au-delà de ce choix qui ne pouvait être fait qu'une seule fois, le droit de publication n'avait plus lieu de s'appliquer. Jusqu'en 1956, le droit de publier concernait donc le droit de publier des *œuvres non publiées*. Cette dernière précision ayant été jugée superfétatoire, le législateur de 1956 a cru bon supprimer toute référence à l'œuvre *non publiée*[40]. La *non-publication* n'est plus une présupposition de la loi. À l'époque de la réforme, l'amendement n'avait donné lieu à aucune précision. Seuls demeurent les commentaires laconiques de la doctrine :

> Section 1(2) of the 1911 Act expressly confined infringement by publication to the publication of unpublished works : the Act does not, and therefore the act of infringement by

---

[39] C'est ainsi qu'est traduite l'expression « to issue to the public copies », Denis DE FRETAS, « The United-Kingdom new copyright law », (1999) 143 *R.I.D.A.* 25, pp. 38-39.

[40] L'article 1(2) de la loi de 1911 définit le terme « copyright » comme étant le droit « to produce or reproduce the work or any substantial part thereof in any material form whatsoever, to perform, or in the case of a lecture to deliver, the work or any substantial part thereof in public; if the work is unpublished, to publish the work or any substantial part thereof; [...] » et, plus loin, à l'article 1(3), la notion de publication : « For the purpose of this Act, publication, in relation to any work, means the issue of copies of the work to the public [...] ». *An Act to amend and consolidate the Law relating to Copyright*, 1&2 Geo. 5 (1911). La loi de 1956 se contente de faire la liste des droits conférés au titulaire du droit d'auteur : « The Act restricted by the copyright in a literary, dramatic or musical work are :
(a) reproducing the work in any material form;
(b) publishing the work;
(c) performing the work in public;
(d) broadcasting the work;
(e) causing the work to be transmitted to subscribers to a diffusion service;
(f) making any adaptation of the work;
(g) doing, in relation to an adaptation of the work, any of the acts specified in relation to the work in paragraphs (a) to (e) of this subsection. [...]». Article 2(5), *Copyright Act*, 4&5 Eliz. 2 (1956).

> publication would appear to have been extended by the Act to the publication of published as well as unpublished works.[41]

Il était pourtant permis de s'interroger sur la nouvelle portée du droit de publication (qui, au demeurant, restera inchangée jusqu'en 1988). D'abord, l'abandon de la référence aux œuvres non publiées détend considérablement la règle et ouvre la discussion sur le traitement national des publications faites à l'étranger avec le consentement de l'auteur. On peut ainsi faire dire à la loi que ne seront pas considérées *publiées* au sens de la loi les œuvres déjà publiées à l'étranger. La nouvelle formulation peut donc être lue comme un véritable *droit de mise en circulation*. Une telle solution trouverait également confirmation dans le principe de la territorialité du droit d'auteur[42]: le droit de publication s'opposerait à la publication au Royaume-Uni d'une œuvre déjà publiée à l'étranger. Les effets de cette interprétation sur le commerce international sont donc importants puisqu'elle neutralise la théorie de l'épuisement international et seconde alors les recours en importation dont l'exercice avait pu se révéler défaillant dans les cas d'importation parallèle. Le droit de publication pourrait ainsi soumettre à l'autorisation de l'ayant droit national la distribution d'une œuvre d'abord publiée à l'étranger avec le consentement de son auteur. Ensuite, le droit de publication pourrait prolonger ses effets au-delà des limites contractuelles données à une certaine édition, voire à une certaine forme de publication. L'auteur ne dispose-t-il pas d'un droit d'autoriser ou d'interdire toute nouvelle forme de publication, mais aussi du droit de désigner la personne responsable de cette publication ? Le marchand qui achète de l'éditeur l'inventaire d'une édition et décide de les vendre dans son échoppe ne procède-t-il pas ainsi à un acte de *publication* non autorisée ? Dans l'affirmative, les effets du droit de publication se rapprocheraient d'un réel droit de distribution. On doit convenir qu'une telle interprétation, si elle demeure plausible, n'a jamais été établie ni par la jurisprudence ni par la doctrine. En revanche elle a suscité certaines interrogations quant à l'existence ou non d'un droit de distribution dans les systèmes dérivés du droit anglais et notamment au Canada. Ceci sera examiné plus en détail au titre de l'étude du droit canadien.

---

[41] P.F. CARTER-RUCK, E.P. SKONE JAMES, *Copyright, Modern Law and Practice*, Londres, Faber & Faber, 1965, p. 217.

[42] Dans ce sens, *Infabrics Ltd v Jaytex Shirts Co Ltd*, (1981) 1 *All E.R.* 1057. Désormais la loi anglaise de 1988 est claire sur ce point. Voir les articles 16 et 18(2) CDPA.

Autant dire, pour résumer, qu'avant le vote de la loi anglaise de 1988, la question du droit de distribution ne s'est posée en droit anglais qu'en filigrane - et de façon fort incertaine - à partir de la notion de publication ainsi que dans un cadre international, celui de l'importation parallèle d'œuvres fabriquées à l'étranger. Nous le savons, la loi reconnaît sous certaines conditions une forme de droit de distribution dans la seule mesure où l'introduction de copies provenant de l'étranger risque de remettre en cause l'exploitation nationale de l'œuvre. Hors des droits d'importation et de publication, il n'y a jamais eu d'autres candidats à la réglementation de la distribution domestique des œuvres. Les droits spécifiques de location ou de prêt étaient de plus inexistants. Dans le contexte national, l'exemplaire restait ainsi largement non réglementé.

C'est donc certainement pour combler ce qui apparaissait comme une zone grise du droit anglais que le législateur est intervenu en 1988 pour créer un droit autonome de distribution distinct du droit de publication. Là encore la jurisprudence nous prive de ses lumières et nous laisse dans l'obscurité des textes; ce nouveau droit n'a de toute évidence pas encore révélé tous ses aspects. La quatorzième édition de Copinger and Skone James on Copyright se contente de noter que l'introduction du nouveau droit de mise en circulation oblige à s'écarter des développements jurisprudentiels au titre du droit de publication : « Infringement by issue of copies to the public was a new concept introduced by section 18 of the 1988 Act and represented a substantial departure from the previous law, under which « publication » of a literary, dramatic, musical or artistic work was an infringement. Decisions under earlier law are therefore of limited assistance in interpreting section 18 »[43].

Notons d'abord que l'article 16 de la loi de 1988 réserve à l'auteur ou à son ayant droit le droit « de mettre en circulation au public » des exemplaires de son œuvre.

> 16.—(1) The owner of the copyright in a work has, in accordance with the following provisions of this Chapter, the exclusive right to do the following acts in the United Kingdom—
> [...]

[43] K. GARNETT, J. R. JAMES, G. DAVIES, *Copinger and Skone James on Copyright*, 14ième éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1999, p. 447.

> (b) to issue copies of the work to the public (see section 18);
> (nous soulignons)
> [...]

La portée du droit de mise en circulation au public est ensuite précisée à l'article 18 :

> 18.—(1) The issue to the public of copies of the work is an act restricted by the copyright in every description of copyright work.
> (2) References in this Part to the issue to the public of copies of a work are to the act of putting into circulation copies not previously put into circulation, in the United Kingdom or elsewhere, and not to—
> (a) any subsequent distribution, sale, hiring or loan of those copies, or
> (b) any subsequent importation of those copies into the United Kingdom;
> except that in relation to sound recordings, films and computer programs the restricted act of issuing copies to the public includes any rental of copies to the public.

Ces dispositions ont été par la suite précisées et complétées pour transposer le droit européen, notamment les directives concernant la protection des programmes d'ordinateur[44] et le droit de location et de prêt du 19 novembre 1992[45].

Au final, le droit de distribution actuel comporte essentiellement trois volets. D'abord, pour les exemplaires mis en circulation au Royaume-Uni, l'ayant droit disposerait d'un droit de

---

[44] *Directive 91/250/CEE du Conseil, du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur*, JOCE n° L 122 du 17/05/1991 p. 0042 - 0046 (ci-après, la « Directive programmes d'ordinateur »). Voir notamment l'article 4c) de la Directive : « Actes soumis à restrictions - Sous réserve des articles 5 et 6, les droits exclusifs du titulaire au sens de l'article 2 comportent le droit de faire et d'autoriser:
[...]
c) toute forme de distribution, y compris la location, au public de l'original ou de copies d'un programme d'ordinateur. La première vente d'une copie d'un programme d'ordinateur dans la Communauté par le titulaire du droit ou avec son consentement épuise le droit de distribution de cette copie dans la Communauté, à l'exception du droit de contrôler des locations ultérieures du programme d'ordinateur ou d'une copie de celui-ci ».

[45] *Copyright and Related Rights Regulations* 1996 (S.I. 1996 No 2967) mettant en oeuvre la *Directive location et prêt, Directive 92/100/CEE du Conseil, du 19 novembre 1992, relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle*, Journal officiel n° L 346 du 27/11/1992 p. 0061 - 0066 (ci-après, la « Directive location et prêt »).

contrôle supplémentaire dès lors que les exemplaires concernés n'ont pas été mis en circulation avec son consentement.

> The section therefore makes the act of putting particular copies of a work into circulation in the United Kingdom for the first time a restricted act, even where the work has already been published in the sense that other copies of the work have already been put into circulation in the United Kingdom. So, for example, the putting into circulation of a further 10 copies of a work which has been already been published is a restricted act. It is also clear that it does not matter for this purpose whether the copies in question are licensed or unlicensed. A trader who therefore acquires a number of copies of a work which were made with the licence of the copyright owner but who does not have the owner's express or implied licence to put them into circulation will infringe if he does so.[46]

En pratique, et pour reprendre l'exemple des auteurs anglais précités, puisque le droit de distribution est épuisé dès la première mise en circulation, on voit mal comment la mise en circulation de 10 copies supplémentaires serait un acte soumis au droit de distribution sans rencontrer au préalable le droit de reproduction. La loi double donc l'infraction, mais n'en créée pas une nouvelle. Il nous semble que l'utilité de ce droit est considérablement réduite et la solution anglaise s'alignerait donc sur la solution américaine.

Ensuite, pour les exemplaires mis en circulation hors du Royaume-Uni, ce droit se présente dans une variante qui diffère peu de l'interprétation restrictive qui avait été faite du *droit de publication* si ce n'est que le mécanisme de l'épuisement est définitivement établi pour les exemplaires mis en circulation dans l'un des pays de l'Union européenne. L'épuisement est un *épuisement communautaire* uniquement. Voici la version amendée de l'article 18 :

> 18(1) The issue to the public of copies of the work is an act restricted by the copyright in every description of copyright work.
> (2) References in this Part to the issue to the public of copies of a work are to -

[46] K. GARNETT, J. R. JAMES, G. DAVIES, *Copinger and Skone James on Copyright*, 14ième éd., *op. cit.*, note 43, p. 448.

> (a) the act of putting into circulation in the EEA47 copies not previously put into circulation in the EEA by or with the consent of the copyright owner, or
> (b) the act of putting into circulation outside the EEA copies not previously put into circulation in the EEA or elsewhere.
> (3) References in this Part to the issue to the public of copies of a work do not include-
> (a) any subsequent distribution, sale, hiring or loan of copies previously put into circulation, or
> (b) any subsequent importation of such copies into the United Kingdom or another EEA state, except so far as paragraph (a) of subsection (2) applies to putting into circulation in the EEA copies previously put into circulation outside the EEA.
> [...]

Reste enfin un troisième volet : le droit de mise en circulation pourrait s'appliquer dans les hypothèses où les exemplaires seraient produits ou autrement introduits dans un pays étranger non membre de l'Union européenne, par exemple au Canada, puis remis en vente au Royaume-Uni. La force du droit de distribution serait ainsi rétablie dans le cas de l'importation de ces produits au Royaume-Uni puisque le mécanisme de l'épuisement est inopérant dans ce cas de figure. Reste toutefois que l'on voit mal l'intérêt d'une telle solution, étant entendu que les recours en importation pourraient mener également à retenir la contrefaçon et servent tout aussi bien à contrôler le respect des clauses contractuelles d'allocation de territoires. Il s'agirait tout au plus d'un droit supplétif aux dispositifs de protection contre l'importation parallèle, dispositifs qui sont en péril, on le sait, lorsque l'auteur anglais a lui-même autorisé la production à l'étranger des exemplaires mis ensuite sur le marché domestique[48].

c) Le droit de distribution en droit canadien

---

[47] *European Economic Area*, article 172A(1) CDPA.

[48] On se souviendra des enseignements de la décision *Pitt Pitts* v. *George & Co.*, (1896) 2 *Ch.* 866, voir Titre 2. Le nouveau droit de distribution pourrait ainsi permettre de revenir sur la solution dégagée dans *Infabrics Ltd.* v. *Jaytex*, *précité*, note 42. Dans cette cause, les demandeurs avaient invoqué sans succès le droit de publication pour faire obstacle à l'introduction au Royaume-Uni d'imprimés utilisés dans la fabrication de maillots. Warwick A. ROTHNIE, *Parallel Imports*, London, Sweet & Maxwell, 1993, p. 247.

Il n'existe pas, à proprement parler, de droit de distribution en droit canadien. Cette situation devrait changer puisque le *Projet de loi C-60* prévoit un droit « d'effectuer le premier transfert de propriété, notamment par vente, de toute forme matérielle et tangible de l'œuvre qui n'a jamais fait l'objet d'un tel transfert »[49]. Même si ce texte n'est pas encore loi, il donne une bonne indication de la position canadienne au sujet du droit de distribution : il s'agirait d'un droit visant uniquement les objets tangibles et limité au premier transfert de propriété, c'est-à-dire, en clair, à la première vente.

Le droit canadien actuel semble bien ainsi épouser les formes limitées du droit de distribution américain. Il s'agit là d'une conclusion que l'on tire de la jurisprudence, du silence de la loi et de la direction prise par le *Projet de loi C-60* sur ce thème. Pour l'heure et tant que le texte n'aura pas été promulgué, il est juste de dire que le droit de distribution est inconnu du texte de l'article 3(1) *Lda* qui établit la liste des droits substantifs. Le terme « distribution » apparaît dans la loi seulement à quelques reprises, soit au titre de la responsabilité indirecte de la personne qui distribue une œuvre contrefaisante (article 27(2) - violation à une étape ultérieure ; article 42(1)d) *Lda* - recours criminels) soit encore pour délimiter le champ d'application de l'exception de copie privée (article 80(2)d) *Lda* - Copie pour usage privée). Nous aurons l'occasion de revenir sur la signification de ces manifestations ponctuelles.

En revanche, si la loi canadienne ne connaît pas le droit spécifique de distribution, elle contient, tout comme la loi anglaise que nous avons étudiée, un droit de publication auquel on a tenté d'attribuer, sans réel succès, une fonction similaire à celle dévolue au droit de distribution. Sur ce volet, le droit canadien s'appuie d'ailleurs essentiellement sur la jurisprudence anglaise et en reprend les enseignements.

Voyons donc d'abord la solution du droit de publication (1). Nous examinerons ensuite la décision *Théberge* c. *Galerie du Petit Champelain*, décision qui affiche le refus d'étendre le dispositif du droit d'auteur au contrôle des exemplaires une fois ces derniers mis en

[49] Article 3, *Projet de loi C-60, précité*, note 11.

circulation avec le consentement de l'auteur (2). Nous présenterons ensuite le *Projet de loi C-60* adopté en première lecture en juin 2005 (3).

1) Le droit de publication

Ainsi que l'écrivent justement Keyes et Brunet « la publication est un acte qui détermine l'existence, la durée et l'étendue de la protection. Avant celle-ci, l'auteur a des droits et un contrôle absolu de son œuvre, mais une fois que celle-ci est publiée, la protection est assujettie à de nombreuses exceptions et dure un temps limité »[50]. Il est acquis que l'auteur a le droit de publier pour la *première fois* son œuvre ou, alternativement, de ne pas la publier. La loi canadienne reconnaît ainsi au paragraphe introductif de l'article 3(1) *Lda*, le droit, « *si l'oeuvre n'est pas publiée, d'en publier la totalité ou une partie importante* ».

Mais le droit de publication est-il seulement un droit de publier une œuvre non publiée ? Sa fonction pourrait être envisagé autrement. Il pourrait s'agir d'un droit de contrôler les différentes formes de publication, c'est-à-dire les nouveaux modes de mise en circulation d'une œuvre déjà publiée. On peut se demander, autrement dit, si le prêt d'un livre déjà mis sur le marché à la vente n'est pas, par exemple, une forme de publication au sens de la loi. Dans l'affirmative, l'autorisation de l'auteur sera requise.

Le rapport interministériel « Stimuler la culture et l'innovation » de 2002[51] et une partie de la doctrine[52] semblent reconnaître une fonction assez large au droit de publication, une

---

[50] A. A. KEYES et Claude BRUNET, *Le droit d'auteur au Canada*, Ottawa, Ministre des Approvisionnements et des services Canada, 1977, p. 55.

[51] Rapport interministériel, Industrie Canada, *Stimuler la culture et l'innovation : Rapport sur les dispositions et l'application de la Loi sur le droit d'auteur*, Ottawa, 3 octobre 2002. Disponible sur le site du gouvernement canadien, http://http:www.strategis.gc.ca. À la question « *Doit-on modifier la Loi afin d'y intégrer un droit de distribution explicite en vue de satisfaire aux exigences des traités de l'OMPI?* », le Rapport conclut : « Au Canada, ce droit peut être protégé en grande partie par le droit de publication ». L'article 92(1) *Lda* de 1997 avait expressément prévu la révision de la loi : «Dans les cinq ans suivant la date de l'entrée en vigueur du présent article [c.-à-d. au plus tard le 1er septembre 2002], le ministre [de l'Industrie] présente au Sénat et à la Chambre des communes un rapport sur la présente Loi et les conséquences de son application, dans lequel il fait état des modifications qu'il juge souhaitable ».

[52] Par exemple Sunny Handa, citant Tamaro, énonce que : « After publishing the work in a specific form for the first time, the exclusive right to publishing that form is exhausted ». Sunny HANDA, *Copyright Law in*

fonction de droit de distribution. Il s'agirait ainsi d'un droit qui s'appliquerait au-delà du contrôle de la « publication » d'œuvres non publiées. Les recommandations du rapport Keyes et Brunet publié en 1977 allaient déjà en ce sens :

> Il doit être apporté une modification au droit de publier. Celui-ci ne s'applique actuellement qu'à des œuvres non publiées mais non, semble t-il, à des œuvres déjà publiées. Il n'y a aucune raison de limiter ainsi ce droit. L'auteur doit être mis en mesure d'autoriser toute publication de son œuvre, à l'origine et *par la suite.*[53]

Normand Tamaro dans son ouvrage *Loi sur le droit d'auteur* est clairement d'avis que le droit de publication peut régir cette *suite.* Il développera l'idée selon laquelle le droit de publication est « décomposable »[54] et, ainsi, que la *publication* d'une œuvre selon un mode spécifique de commercialisation avec le consentement de l'auteur n'épuise pas son droit de contrôler les autres modes de publication. Il écrit :

> Le fait pour un auteur d'autoriser la location d'une œuvre permet à quiconque de donner en location cette œuvre. Par ailleurs, le fait, pour un titulaire de droits d'auteur, d'avoir autorisé la seule vente de son œuvre, à l'exclusion de tout autre droit, interdit la location de celle-ci. Ce principe se conçoit très bien quand on réalise qu'en droit d'auteur, il est possible d'exploiter les droits sur une œuvre sans nécessairement recourir à une vente. Évidemment, quand l'auteur a rendu, d'une manière générale l'œuvre disponible pour la vente, il « épuise » son droit exclusif de vendre l'œuvre car le droit de publication existe uniquement avant la première publication, en l'occurrence avant la première vente. Ainsi, toute personne pourra vendre des exemplaires de l'œuvre ayant fait l'objet d'une première autorisation de vente. Par ailleurs, comme le titulaire des droits peut

---

Canada, (2002) Markham, Butterworth, 2002, pp. 198-199. N. TAMARO, *Le droit d'auteur - Fondements et principes*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1994, pp. 141-142. Voir également, Jean-Philippe MIKUS, *Droit de l'édition et du commerce du livre*, Montréal, Thémis, 1996, p. 41-42, l'auteur soulignant l'existence la théorie développée par Tamaro selon laquelle le droit de publication pourrait être décomposable de façon territoriale ou suivant le mode de publication, ce qui aurait l'effet de « donner au titulaire du droit de première publication le droit d'autoriser séparément la diffusion par la vente et la diffusion par la location ».

[53] Nos italiques. A. A. KEYES et C. BRUNET, *Le droit d'auteur au Canada , op. cit.*, note 50, p. 55.

[54] N. TAMARO, *Le droit d'auteur - Fondements et principes*, *op. cit.*, note 52, p. 140.

> décomposer ou diviser son droit de publication, il peut, par exemple, procéder à une première publication sous une forme donnée. Dans cette hypothèse, il épuise le droit de publier l'œuvre sous cette forme. Le titulaire des droits pourra également publier l'œuvre, c'est-à-dire la rendre disponible au public, par exemple en autorisant uniquement la location de l'œuvre. Dans cette hypothèse, toute personne pourra, suite à cette première forme de publication, offrir les exemplaires de cette œuvre en location.[55]

Une jurisprudence isolée reprendra cet énoncé. Dans une décision *Les Amusements Wiltron Inc.* c. *Mainville*[56] de 1991, la Cour supérieure du Québec conclut que le créateur indépendant d'un logiciel de jeu ne peut plus invoquer son *droit de publier* pour interdire la location dudit logiciel quand les faits démontrent qu'il avait autorisé la publication de son œuvre pour fins de location. Citant intégralement l'extrait de l'ouvrage de Tamaro que nous avons reproduit plus haut, la Cour interdit à la défenderesse de reproduire l'œuvre mais autorise l'exploitation du jeu par location. Car, dit elle, en donnant une « autorisation de première publication relative à la location, [l'auteur] a épuisé son droit exclusif de location mais n'a jamais cédé un droit de reproduction à la compagnie Wiltron »[57]. Le juge semble bien consacrer un *droit de location* à un moment où le droit de location n'avait aucune existence en droit canadien[58]. Mais quelle serait donc son origine ? Le contrat ? La première option interpelle : elle pose la question non résolue de la création par un simple

---

[55] N. TAMARO, *Loi sur le droit d'auteur*, 6ième éd., Thomson Carswell, 2003, pp. 276-277.

[56] *Les Amusements Wiltron Inc.* c. *Mainville,* (1991) *R.J.Q.* 1930.

[57] *Id.*, p. 1938. Dans cette affaire, la Cour fait l'impasse sur la question de la forme du consentement qui, selon la loi, doit être constatée par écrit. L'article 13(4) Lda prévoit en effet que « 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 ». Or sur ce point la Cour se contente de relever qu'il y a eu « acquiescement de la part de [l'auteur] à l'utilisation de son programme dans le but de le publier, de le rendre accessible au public par location » et énonce, dans une logique qui n'est certainement pas celle du législateur, que « l'écrit, non nécessaire mais qui confirme par ailleurs cet acquiescement très précis de la publication aux fins de location, du programme de son jeu de poker, se trouve dans les bons de commande de modifications de programme signés par [l'auteur] », *id.* p. 1938.

[58] La décision Wiltorn serait avant tout une décision d'équité. Elle s'explique d'abord par la volonté de la Cour de trouver une solution commerciale un litige qui oppose deux prétendants à la titularité sur une même oeuvre, un donneur d'ouvrage et le créateur indépendant. Après l'examen de leur relation contractuelle, le juge des faits propose une solution qui préserve une forme d'équité économique : le donneur d'ouvrage peut « continuer de mettre en location le jeu de poker » et l'auteur « peut continuer à commercialiser » le jeu de Poker identique créé par lui ultérieurement mais ne peut « plus le louer de façon exclusive ». « [P]uisqu'il [l'auteur] a choisi de rendre publique son œuvre en autorisant uniquement la location, poursuivra la Cour, cette forme de première publication est désormais du domaine public et tous peuvent louer cette œuvre en autant qu'ils ne la reproduisent pas », *id.*, p. 1939.

accord de volonté de droits non prévus à la loi. À moins de faire entrer ce nouveau droit dans un de ceux reconnus à l'article 3(1), il est difficile d'imaginer la *loi des parties* intervenir dans un domaine réservé au seul législateur fédérale. La loi ? Il faudrait faire dire au texte de la loi qu'un réel *droit de distribuer* se dissimule derrière le *droit de publier.* L'extension du droit de publication aux opérations subséquentes à la première mise à disposition du public est certes louable mais les bases juridiques qui supporteraient cette interprétation sont friables. L'introduction de dispositions spécifiques visant le droit de location prouverait bien qu'il n'existe pas, sous le libellé du droit de publication, de droit général de distribution au Canada[59]. L'assimilation peut être le fait d'une construction doctrinale, mais ne reflète certainement pas l'intention du législateur ni même celle de la pratique commerciale[60]. Le droit canadien n'aura de toute manière pas la souplesse requise pour rendre effective cette lecture.

Mais examinons de plus près ce droit de publication. D'abord le droit de publication peut consister en celui de publier une œuvre *non encore rendue publique*[61]. Il s'apparente fort, dans cette forme, à l'attribut de droit moral connu en droit français sous l'expression droit de divulgation. Sous cet aspect, il ne peut fonctionner qu'une seule fois, il ne peut pas *être* un droit de distribution. L'auteur André Bertrand note à son endroit que « le droit de divulgation, qui est le droit pour l'auteur de porter ou non son œuvre à la connaissance du public, est défini par les dispositions de l'article L.121-2 du CPI selon lesquelles : l'auteur a

---

[59] En ce sens généralement, on notera l'observation de J.-P. Mikus : « l'ensemble des acteurs économiques ont toujours agi comme si ce démembrement n'était pas possible, considérant que l'achat d'un exemplaire donne automatiquement le droit de louer », dans, *Droit de l'édition et du commerce du livre, op. cit.*, note 52, p. 42. D'un avis contraire, voir N. Tamaro, *Le droit d'auteur - Fondements et principes*, *op. cit.*, note 52, pp. 140-141 : « En 1993, le législateur a expressément ajouté à la loi des droits qui portent sur la location de disques et de logiciels. Pour plusieurs spécialistes ce type de droit était nouveau. Ils soutenaient que du moment qu'une œuvre avait fait l'objet d'une première publication, n'importe qui était libre de publier l'œuvre de la manière qu'il l'entend. [...] Nous ne partagions pas cette vision des choses, du moins quant au principe qu'elle sous-entendait ».

[60] J.-P. MIKUS, *Droit de l'édition et du commerce du livre*, *op. cit.*, note 52, p. 42.

[61] Le droit de publication en droit anglais et canadien joue plutôt un rôle d'aiguillage entre le régime des œuvres publiées et celui des œuvres non-publiées. Pour ces dernières seulement, il prendrait presque la coloration d'un droit moral ou, selon les mots du professeur Bertrand, « de la plus personnelle des prérogatives reconnues à l'auteur ». Cette interprétation du droit de publication semble encore confirmer par la lecture du texte même de l'article 3(1) *Lda* qui précise que l'auteur a le droit de publier son œuvre en totalité ou une partie importante « si l'œuvre n'est pas publiée ». Le droit anglais a supprimé cette référence à la notion d'œuvre non publiée en 1956. Voir sur l'aspect *droit de divulgation* du droit de publication en droit anglais : *Prince Albert* v. *Strange*, (1849) 1 *M & G* 25.

seul le droit de divulguer son œuvre. Le droit de divulgation, bien que considéré comme une prérogative du droit moral, est en fait intimement lié à l'exercice des droits patrimoniaux. En fait, en décidant la divulgation de son œuvre, l'auteur exerce bien souvent son droit de reproduction ou de représentation»[62]. Et l'auteur poursuit un peu plus loin : « Compte tenu de l'indépendance de l'œuvre par rapport à son support, le droit de divulgation, qui est un fait matériel, s'épuise par la première communication au public »[63]. Cette analogie avec le droit français est d'autant plus marquante que le droit canadien, à l'instar du droit anglais, semble également attacher une dimension personnaliste au droit de publier une œuvre non encore publiée. Il est vrai que dans ces deux systèmes la notion de publication ou de divulgation n'est pas un attribut du droit moral ; on se gardera bien de pousser la comparaison plus avant[64]. Il n'empêche que le droit de publier se révèle comme un droit quasi personnel[65]. On rapportera ici les propos du juge Maclean dans la décision *Underwriters' Survey Bureau Ltd.* v. *Massie & Renwick Ltd*[66]. Rappelant les droits de l'auteur, il énonce : « A literary production or work being the author's property he may exercise full dominion over it at common law or under the statute and it is exclusively for him to determine whether it shall be published at all, or if published, when, by whom, and in what form. The public has no greater right to it that it would have in any other part of the author's personal property, no matter how useful it might be »[67].

Ensuite, le rapprochement du droit de publication avec le droit de distribution repose essentiellement sur la définition de publication même si, à l'origine, elle dictait l'application de la loi et non l'établissement d'un régime. La disposition de l'article 2.2(1)a *Lda* définit le terme publication comme « la mise à disposition du public d'exemplaires de

---

[62] André BERTRAND, *Le droit d'auteur et les droits voisins*, Paris, Dalloz, 1999, p. 277.
[63] *Ib.*, p. 277.
[64] Avec nous, S. Handa, « In sum, the Canadian right of disclosure does not fall within the domain of moral rights, nor should it. It serves two masters: those of the privacy and the utilitarian components of the copyright law. Its existence in Canadian law should not be confused with the moral rights regime that exists in the same legislation. That said, there is little support for this or any other such proposition regarding any theoretical underpinning of copyright in the case law ». S. HANDA, *op. cit.*, note 52, pp. 198-199.
[65] Voir plus généralement sur ce point, S. HANDA, *id.*, pp. 108-112.
[66] *Underwriters' Survey Bureau Ltd.* v. *Massie & Renwick Ltd,* (1936), (1937) *Ex C.R.* 15, infirmée en partie, [1937] *R.C.S.* 265, (1937) 2 *D.L.R.* 213. Voir également sur la question de la protection des œuvres non publiées, Harold G. FOX et John S. MCKEOWN, *Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4ième éd., Scarborough, Carswell, 2004, 6:3.
[67] *Underwriters' Survey Bureau Ltd.* v. *Massie & Renwick Ltd,* (1936), *précité*, p. 20.

l'œuvre, [...] ». C'est donc un trait qu'il partage avec la définition généralement retenue du droit de distribution dans sa fonction de *mise en circulation*. Cette définition semble directement issue du droit anglais. Dans une décision anglaise de 1914, *Francis, Day & Hunter* v. *Feldman & Co.*, le juge Nelville fait *in obiter* une proposition qui semble bien entendue en droit canadien[68] : « I think « issued to the public » can mean no more than an invitation or a right to the public to acquire copies. Notice of the publication is given to the public by copies sent to the British Museum and to the Universities. I do not say that that satisfied the statute. I think it does not, but « issued to the public » can mean no more that having them on sale »[69]. Le droit de publication viserait donc la première vente. Ce point commun avec le mécanisme du droit de distribution n'est que circonstanciel ; on ne peut ignorer que l'objectif des deux droits est fondamentalement différent. Celui du droit de publication est *spécifique* alors que la question du droit de distribution s'atèle directement à l'analyse générale de la participation de l'auteur à la distribution de son oeuvre.

Tant en droit anglais que canadien, il est difficile de trouver la confirmation d'un droit de publication interprété comme ayant eu pour fonction complémentaire celle de contrôler la destination ou l'usage des exemplaires. La décision *Les Amusements Wiltron Inc.* demeure une référence isolée dont il est difficile de tirer enseignement. Il est difficile sinon impossible, ainsi que nous l'avons déjà souligné, de lire la décision comme introduisant un droit de location dans le droit canadien. Quant à la possibilité de décomposer territorialement le droit de publication, là encore il semble que les cours aient refusé l'extrapolation. On mentionnera ici la décision anglaise *Infabrics Ltd.* v. *Jaytex* qui fait autorité au Canada[70]. La demanderesse, *Infabrics*, invoquait le droit de publication afin de s'opposer à la distribution en Angleterre d'exemplaires publiés à l'étranger, mais non encore publiés en Angleterre. Il s'agissait bien évidemment de causes visant l'importation parallèle[71]. On tenta de faire valoir ainsi que l'auteur pouvait s'opposer à la *publication* en

---

[68] *Francis, Day & Hunter* v. *Feldman & Co.*, (1914) 2 *Ch.* 728. L'arrêt est rapporté et commenté dans l'ouvrage de droit canadien, R. G. HOWELL, Linda VINCENT, Michael D. MANSON, *Intellectual Property Law*, Toronto, Edmond Montgomery Publications Ltd., 1999, p. 27

[69] *Francis, Day & Hunter* v. *Feldman & Co.*, *id.*, p. 731.

[70] *Infabrics Ltd.* v. *Jaytex*, *précité*, note 42. Voir notamment N. TAMARO, *Loi sur le droit d'auteur*, 6ième éd., *op. cit.*, note 55, 2003, p. 275.

[71] À ce sujet également, R. G. HOWELL, Linda VINCENT, Michael D. MANSON, *Intellectual Property Law*, *id.*, p. 26 et s.

Angleterre d'œuvres produites et publiées légalement à l'étranger. Selon ce raisonnement, la publication à l'étranger n'équivaudrait donc pas à une *publication* au sens de la loi nationale. La jurisprudence refusera l'argument et en limitera rigoureusement les conditions d'application du droit de publication :

> [...] in view of the wide definition of « publish », it had been argued that the right to publish was infringed by the act of distribution without authority from the copyright owner. In the United Kingdom, the problem was resolved in favour of confining the right to a right of first publication. One factor in persuading the House of Lords to this view was the anomaly created by the alternative. If the right of publication were not confined to a right of first publication, two separate sets of provision could apply to unauthorised distributions. Hence, reliance on the publication right would render the « secondary » infringement provisions ineffective.[72]

À l'exemple du droit de divulgation et du droit de distribution, le droit de publication semble également s'épuiser lors de la première mise à disposition du public. « Une fois l'œuvre diffusée, écrira encore Jean-Philippe Mikus, le titulaire ne peut s'opposer à des diffusions subséquentes. Il y a alors épuisement de ce droit »[73]. C'est l'acte matériel de porter à la connaissance du public qui importe. L'épuisement du droit de publication est, selon nous, l'expression d'une évidence : une fois rendue publique, l'œuvre ne peut plus demeurer secrète. Mais toutes différentes sont la nature et la justification de l'épuisement du droit de distribution puisqu'elles s'expliquent principalement par les prérogatives de droit commun qu'exerce l'acquéreur de l'exemplaire sur le bien ou encore pour des raisons de commerce.

Le droit de publication en droit canadien peut au mieux avoir l'effet d'un droit de première *mise en circulation,* mais il ne permet certainement pas de contrôler la distribution, ni les usages secondaires des œuvres. Spoor distinguait d'ailleurs clairement les deux droits : le

---

[72] W. A. ROTHNIE, *Parallel Imports*, *op. cit*, note 48, p. 247, citant notamment *Infabrics Ltd.* v. *Jaytex*, *précité*, note 42. « [P]ublishing the work »... means making public in the United Kingdom or other country to which the [United Kingdom Copyright Act] extends a work hitherto unpublished in that territory », propos du juge Scarman, *id.*, p. 1067.

[73] J.-P. MIKUS, *Droit de l'édition et du commerce du livre*, *op. cit.*, note 52, p. 41.

droit de mise en circulation est une expression limitée du droit de distribution ; il correspond seulement à la première phase de la distribution[74]. Il dira ainsi du droit de mise en circulation qu'il est d'une importance mineure[75]. Cette conclusion ne peut pas échapper, selon nous, à ceux qui entendent faire du droit de publication un droit de distribution plénier au nom de la protection des auteurs. La solution n'est pas satisfaisante. Si le droit canadien est défaillant au regard de la distribution, il faut l'amender et non forcer des solutions imparfaites. En 1977, les auteurs Keyes et Brunet avaient malgré tout maintenu la solution du droit de publication, concluant ainsi que « l'auteur doit être mis en mesure d'autoriser toute publication de son œuvre, à l'origine et *par la suite* » (nos italiques)[76]. Leur souhait a certainement devancé le droit sur ce point, droit qui n'a jamais connu cette *suite* tant escomptée! L'auteur Brunet reviendra sur une position plus classique en 1994. Il écrit alors que « there is, however, an obvious limitation to the right to publish : it is only valid once. There is no exclusive right to publish an already published work. What seems to be the purpose of the right is to allow copyright owners to prohibit the disclosure of their works. In this respect, this right, which deals with works on the frontier between private and the public domain is more in the nature of a moral right. [...] »[77], mais réaffirme plus loin le bénéfice que l'on pourrait tirer d'une interprétation large de la notion de publication: « As the level of copyright protection is increased throughout the world to correspond to the new techniques of making works available and to ensure a better return to copyright owners from the exploitation of their works, the right to publish will eventually be extended to every publication and not limited to the first one »[78]. Encore une fois, nous sommes d'accord sur l'objectif mais non sur la méthode. Nous maintenons l'interprétation stricte qui rapproche le droit de publication à celui de divulgation en notant avec l'auteur Reimer

---

[74]« From the Law viewpoint, a distinction can here be made between the first phase of distribution, putting into circulation, and the further distribution of the copies ; [...] », J.H. SPOOR, « Copies in Continental Copyright », in J.H. SPOOR, W.R. CORNISH et P.F. NOLAN, *Copies in Copyright*, *op. cit.*, note 13, p. 57.
[75] *Id,*. p. 84.
[76] A. A. KEYES et C. BRUNET, *Le droit d'auteur au Canada* , *op. cit.*, note 49, p. 55.
[77] Claude BRUNET, « Copyright : The Economic Rights», dans Gordon F. HENDERSON, *Copyright and Confidential Information Law of Canada*, Thomson Canada, 1994, 128, p. 143.
[78] *Ib.*, p. 143.

que ce dernier est « peu fait pour résoudre les problèmes que soulèvent la circulation ultérieure des exemplaires déjà mis en circulation »[79].

La récente décision de la Cour suprême *Théberge c. Galerie d'art du Petit Champlain*[80], qui aborde pour la première fois en droit canadien la question du droit de l'auteur de contrôler le sort des exemplaires de son œuvre, ne traite absolument pas du droit de publication. Le juge Binnie, mentionnant une décision hollandaise qui concerne la publication nouvelle d'une oeuvre, semble plus enclin à travailler à partir du concept du droit de reproduction. Il lui oppose donc une décision anglaise qui rejette l'extension du droit de reproduction aux utilisations subséquentes de l'exemplaire d'une œuvre, utilisations ne nécessitant pas *per se* une reproduction de l'oeuvre. Il écrit :

> Le « droit de destination » s'applique dans d'autres pays de tradition civiliste. Ainsi, dans Hovener/Poortvliet, HR 19 janvier 1979, NJ 412, décision qu'a portée à notre attention l'avocat de l'intimé, la Cour suprême des Pays-Bas a conclu que constituait une violation du droit d'auteur le fait pour l'acheteur d'un calendrier artistique d'en découper les photographies, de les coller à des dessous de verre et de les revendre. La cour a estimé qu'il s'agissait d'une « publication » entièrement nouvelle et différente. Dans Frost c. Olive Series Publishing Co. (1908), 24 T.L.R. 649 (Ch. Div.), par opposition, le tribunal anglais n'a pas considéré comme une violation le découpage d'illustrations contenues dans des livres, leur collage à des cartes et leur revente. [TRADUCTION] « [La remise en circulation] d'objets préexistants ne constitue pas une reproduction sous une forme matérielle » : Laddie et autres, op. cit. p. 614. [81]

La Cour ne fera aucune autre allusion au droit de publication.

Finalement, la discussion sur le droit de publication met en évidence la crainte des pays de *copyright*, crainte éprouvée tant par leur législateur que par leurs tribunaux, d'explorer ces nouveaux *comtés* du droit d'auteur, ces domaines limitrophes au champ d'application de la loi, qui pourraient être *annexés* soit par interprétation soit par intervention législative. On

---

[79] Dietrich REIMER, « Le droit de mise en circulation, en particulier la location et le prêt des livres et des disques », (1973) 86 *D.A.* 56, p. 59.
[80] *Théberge* c. *Galerie d'art du Petit Champlain Inc.*, (2002) 2 *R.S.C.* 336.
[81] Nos soulignés, *id.*, p. 368.

notera à titre d'exemple les recommandations du rapport de 1984 du Comité australien sur la réforme du droit d'auteur (*Copyright Law Review Committee*). Traitant du droit de publication[82], le Comité prévient que la discussion sur le droit de publication peut ouvrir sur celle du droit de distribution, sujet hautement politique, et suggère une approche plus retenue :

> Dealing with the policy issues first, it was noted in the discussion paper that an unlimited publication right would allow the copyright owner to control the supply of any reproductions of his work to the public, whether the work be new or second hand. This would amount to a de facto distribution right which, it seems to the Committee, would have some most undesirable consequences. For example, mere sale of a copy of a work would be an infringement of copyright even though the copy had been made with the copyright owner's permission
>
> et conclut :
>
> Most members of the Committee (including the Chairman) are of opinion that no amendment to the Act is necessary in order to make it clear that the right to publish is the right to publish for the first time.[83]

Voyons à présent la jurisprudence canadienne sur le sujet du droit de distribution. Nous pouvons déjà dire qu'elle est peu fournie et ceci s'explique par l'abstention du législateur.

---

[82] Sa composition est sensiblement similaire à celle du droit de publication britannique depuis la réforme de 1956. L'article 31 (Nature of Copyright in original works) qui prévoit que l'auteur a le droit exclusif de publier son oeuvre, ni l'article 29 (1) qui fait référence à la notion de publication font appel à la notion d'œuvres non publiées : « Subject to this section, for the purposes of this Act:
(a) a literary, dramatic, musical or artistic work, or an edition of such a work, shall be deemed to have been published if, but only if, reproductions of the work or edition have been supplied (whether by sale or otherwise) to the public; [...] ». Article 31 et 29(1)(a) *Copyright Act* (1968).

[83] Copyright Law Review Committee, *Report on Reference Concerning the Meaning of « Publication » in the Copyright Act 1968,* 1984, pp. 2-4. La problématique était essentiellement de savoir si les tribunaux australiens suivraient l'interprétation de la Chambre des Lords qui avait décidé dans l'arrêt *Infabrics Ltd v Jaytex Shirts Co Ltd* que le droit de publication devait s'entendre comme la première publication d'une œuvre dans le territoire du Royaume Uni. *Infabrics Ltd v Jaytex Shirts Co Ltd, précité*, note 42. En droit australien, cette conception restrictive du droit de publication l'emportera. Elle sera d'ailleurs confirmée dans une décision de 1990, *Avel* v. *Multicoin Amusements Pty Ltd*, (1990) 18 *I.P.R.* 443 (High Court of Australia), décision qui aligne le droit australien sur le droit anglais.

Le droit de distribution n'est pas à la loi canadienne. On y trouve cependant des invitations intéressantes faites aux juges canadiens afin qu'ils abordent le sujet.

2) La décision Théberge et la jurisprudence canadienne sur la distribution

L'absence d'un droit exclusif de distribution dans la loi canadienne explique le silence des tribunaux à son sujet. La récente décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Théberge*[84] constitue l'avancée la plus importante - si ce n'est la seule - de la jurisprudence sur la problématique du droit de distribution. Tout au plus mentionnerons-nous une décision rendue en matière de marque de commerce dans laquelle la Cour fédérale avait dû répondre à l'argument selon lequel le propriétaire d'une marque de commerce serait toujours en droit de contrôler la distribution par un tiers revendeur des produits mis sur le marché avec son consentement.

Dans cette affaire *Coca-Cola Ltd.* v. *Pardhan*[85], les revendeurs, parties défenderesses à l'action, avaient acheté des inventaires de bouteilles Coca-Cola au Canada pour ensuite les exporter. Les demanderesses propriétaires de la marque *Coca-Cola* tentent de les en empêcher. Le juge Strayer, pour la Cour d'appel, confirme le jugement de première instance et, déboutant pour une seconde fois les sociétés Coca-Cola, rappelle que :

> [...] la personne qui effectue des opérations subséquentes touchant les marchandises, dans le cadre desquelles elles sont transmises à un autre propriétaire et la marque de commerce qu'elles portent pour en identifier le créateur demeure intacte, ne peuvent être considérées comme employant cette marque pour distinguer les marchandises « fabriquées ... par elle » de celles fabriquées par d'autres, comme le voudrait la définition du terme " marque de commerce » prévue à l'article 2.

---

[84] *Théberge* c. *Galerie d'art du Petit Champlain Inc.*, *précité*, note 80.

[85] *Coca-Cola Ltd. et al.* v. *Pardhan et al.*, (1999) 85 *C.P.R.* (3d.) 489 (en anglais, la traduction française est disponible sur le site de la Cour fédérale du Canada, section d'appel, http://reports.fja.gc.ca/fc/1999/fic/v3/1999fc24286.html).

> Cette conception de l'emploi est renforcée par la jurisprudence, qui met l'accent sur la tromperie comme élément essentiel de l'usurpation. [...]
>
> Par conséquent, la revente de marchandises fabriquées par le propriétaire d'une marque de commerce, qui portent la marque de commerce de leur fabricant, ne peut pas être considérée, de façon réaliste, comme un emploi, par le vendeur, visant à tromper l'acheteur quant à la provenance des marchandises. [...].[86]

L'appelante, la société Coca-Cola, avait pourtant évoqué la question d'un droit de distribution en soutenant que lorsque « le propriétaire d'une marque de commerce a avisé un défendeur qu'il restreint l' « emploi » du produit, le droit d'engager une poursuite [...] demeurerait intact »[87]. En d'autres termes, les limitations contractuelles imposées aux premiers contractants acheteurs lieraient les distributeurs subséquents et créeraient, pour reprendre les propos de l'appelante, une interdiction absolue à ce que les intimées s'appuient sur la « théorie de l'épuisement »[88]. La Cour rejettera l'argument, soulignant par ailleurs « qu'aucune jurisprudence n'a été citée à l'appui de cette conception » et rétablit la cause en précisant que le litige doit être résolu en application du concept d'« emploi » et non, nous poursuivons ici librement le raisonnement du juge, par l'application d'une théorie de la distribution qui n'a aucune existence légale en droit canadien[89]. On peut dire sans se

---

[86] *Id.*, pp. 496-497 (paras 17, 18 et 20)

[87] *Id.*, p. 498, para. 25.

[88] *Id.*

[89] « Malgré ce qui précède, les intimés ont prétendu devant le juge Wetston et en l'espèce que l'article 8 de la *Loi sur les marques de commerce* interdit au défendeur de s'appuyer sur la théorie de l'épuisement d'un droit : si le propriétaire d'une marque de commerce a avisé un défendeur qu'il restreint l'« emploi » du produit, le droit d'engager une poursuite que confère l'article 19 à son propriétaire demeurerait intact. Aucune jurisprudence n'a été citée à l'appui de cette conception universelle des droits des propriétaires de marques de commerce. Le libellé de l'article 8 n'étaye pas non plus cette prétention. Le juge Wetston a statué, à bon droit selon moi, que l'article 8 crée simplement une garantie implicite, entre le cédant et le cessionnaire des marchandises, selon laquelle la marque de commerce apposée sur celles-ci peut être employée légalement relativement aux marchandises. C'est-à-dire qu'un lien contractuel doit exister entre le demandeur et le défendeur pour que cette garantie ait force exécutoire. Aucun lien de ce type n'est allégué en l'espèce. De plus, de par sa nature, cette garantie signifie que la marque de commerce peut être « employée » légalement relativement aux marchandises et, pour les motifs exposés plus haut, l'exportation par les intimés de Coca-Cola dans des contenants portant la marque de commerce Coca-Cola ne constitue pas un « emploi » de cette marque », *id.*, pp. 498-499, para. 25.

tromper que la position de la Cour d'appel a figé les développements du droit des marques sur la question de la distribution de produits de marque par un tiers non autorisé[90].

En droit d'auteur, ce sera certainement l'effet que l'on donnera à l'affaire *Théberge*[91]. Les faits se présentent ainsi : la défenderesse, une galerie d'art, avait acheté d'un détaillant des reproductions autorisées des œuvres du peintre Théberge sous forme d'affiche. Elle revendait ensuite les versions entoilées des œuvres. Le procédé d'entoilage consiste à déplacer la pellicule de couleur de l'affiche sur un support imitant l'apparence d'une toile[92]. Une fois l'opération terminée, l'affiche reste totalement blanche. L'image de l'œuvre disparaît pour se trouver incorporé à ce nouveau support. Notant qu'il n'y a pas création d'exemplaires, la Cour conclura d'abord à l'absence de reproduction au sens de la loi[93]. C'est dans ce contexte qu'avait été introduite implicitement la notion de *distribution*. S'inspirant de la théorie française du droit de destination - théorie qui sera présentée plus loin -, l'auteur faisait valoir que le droit de reproduction contenu à l'article 3(1) *Lda* comporte également le droit de contrôler la destination des affiches sur lesquelles ses œuvres avaient été reproduites avec son consentement.

> Il me semble que l'intimé essaie de faire valoir une forme de « droit de destination » en l'espèce. Or, sous le régime de notre Loi, le droit de destination n'existe pas en soi. Généralement, les droits économiques du titulaire du droit d'auteur ne lui permettent pas de conserver le contrôle sur les usages ultérieurs que font les tiers

[90] « [...] l'exportation par les intimés de Coca-Cola dans des contenants portant la marque de commerce Coca-Cola ne constitue pas un « emploi » de cette marque », *id.* Nous avions déjà évoqué la confusion qui consiste à attribuer aux effets au mécanisme d'épuisement la solution selon laquelle le revendeur d'un produit ne commet pas une violation des droits du propriétaire de la marque lorsqu'il importe, exporte ou autrement distribue un produit mis sur le marché par le propriétaire. Le droit de marque ne s'épuise pas dans les hypothèses visées, il ne s'applique tout simplement pas, ce qui est fort différent. Voir P.-E. MOYSE, « La distribution électronique des biens à forte composante intellectuelle », (2002) dans Vincent GAUTRAIS (dir.), *Le droit du commerce électronique*, Montréal, Thémis, 2002, p. 553.

[91] *Théberge* c. *Galerie d'art du Petit Champlain Inc.*, *précité*, note 80.

[92] Le procédé est décrit par le juge Gonthier, dissident : « L'entoilage est un procédé récent qui permet de prélever d'une affiche papier imprimée les seules encres utilisées et de les reporter sur une toile. Ce procédé laisse l'affiche d'origine blanche, sans trace de ce qui y avait été précédemment imprimé. Il n'y a donc pas, en fin de compte, augmentation du nombre total de reproductions », *id*, p. 375.

[93] « Il faut garder à l'esprit la portée historique de la notion de « reproduction » figurant dans la Loi. Comme on s'y attendrait avec le mot « *copyright* » (droit d'auteur) lui-même, la « reproduction » est généralement définie comme l'action de produire des copies supplémentaires ou nouvelles de l'oeuvre sous une forme matérielle quelconque. La multiplication des copies serait une conséquence nécessaire de cette notion matérielle de « reproduction » ». Propos du Juge Binnie, les soulignés sont de lui, *id.*, note 80, p. 359.

> acquéreurs des copies autorisées de son oeuvre. Même si, dans certains cas précis, la Loi confère au titulaire du droit d'auteur un certain pouvoir de contrôle sur les usages ultérieurs des copies autorisées de son oeuvre ou une certaine possibilité de tirer profit de ces usages, les dispositions pertinentes sont formulées en termes restrictifs de manière à s'appliquer uniquement à des formes de reproduction très précises, comme les enregistrements sonores (par. 15(1)) ou les programmes d'ordinateur (al. 3(1)h)). S'il existait un droit général de contrôler l'usage ultérieur, il n'aurait pas été nécessaire de prévoir des dispositions particulières visant ces cas.[94]

Le juge Binnie rejettera donc l'interprétation extensive du droit de reproduction et conclura sur ce point qu'« une fois qu'une copie autorisée d'une œuvre est vendue à un membre du public, il appartient généralement a l'acheteur, et non à l'auteur, de décider du sort de celle-ci »[95]. Avec cet énoncé, la Cour refuse ainsi d'augmenter les prérogatives exclusives du droit d'auteur par une construction prétorienne. L'importation de la théorie de la destination en droit canadien ne se fera pas. Le droit de reproduction canadien confère donc à l'auteur le droit limité d'autoriser la multiplication des exemplaires de ses œuvres. La loi l'assiste dans l'organisation contractuelle de ces droits uniquement en ce qui concerne les conditions de l'*édition* au sens d'*impression*. En revanche, elle l'abandonne pour les actes d'édition qui s'inscrivent naturellement dans le prolongement de la reproduction et notamment les actes de distribution.

Il est intéressant de rapprocher les conclusions du juge Strayer dans *Coca-Cola Ltd.* v. *Pardhan* avec celles du juge Binnie dans le jugement rendu dans *Théberge*[96]. Le point commun est évident : l'un et l'autre s'en tiendront à l'interprétation littérale des textes. Le droit de distribution, qu'il appartienne au droit des marques ou au droit d'auteur, doit être écrit pour exister. La proposition vaut également pour la face obscure du droit de distribution, la théorie de l'épuisement. Elle n'est que théorie et non une norme appliquée. Le droit de distribution est ainsi tenu hors de portée de l'interprétation législative. Les deux décisions solutionnent la problématique du mécanisme de pondération des droits de propriété intellectuelle avec ceux de propriété ordinaire en ramenant le raisonnement

---

[94] Nos soulignés, *id.*, p. 368
[95] *Id.*, p. 355.
[96] *Id.*

juridique sur l'analyse stricte des textes. Elles font apparaître la déficience des textes et certainement aussi le *stigmate* attaché à la question de la distribution en matière de propriété intellectuelle.

En définitive, les motifs de la Cour suprême nous laisse avec une impression de travaux législatifs inachevés, de vide : sans autre justification que l'absence de mot le droit de distribution n'est point. La Cour ne fera pas plus référence à l'épuisement. Et elle fait bien. C'eût été là une incohérence avec la compréhension générale de la loi. Faute de combler le vide laissé par la loi et de s'exprimer sur le droit de distribution et donc sur sa mesure, il fallait mieux en rester à des déclarations générales sur les droits des propriétaires d'exemplaires. En effet, le sujet de l'épuisement a encore moins d'assise en droit canadien que celui du droit de distribution. Nous avons indiqué que même si la liste de l'article 3(1) *Lda.* ne contient pas de droit de distribution, la notion de distribution a au moins une présence *résiduelle* dans la loi[97], alors que celle de l'épuisement est inexistante. Il est donc certainement plus sage de poser la règle selon laquelle le droit canadien ne connaît pas de droit de distribution que de conclure à l'existence d'un mécanisme d'épuisement. Le second n'allant pas sans le premier, il aurait fallu reconnaître un droit de distribution implicite. Ce n'est pas la solution actuelle. Le droit canadien respire court, mais ne s'épuise pas[98]. Quel droit s'épuiserait ? Il ne peut s'agir que du droit de distribution. N'existant pas, il n'y a rien à épuiser. Le droit de publication ? C'eût été défendable, mais il n'est pas en cause. Le droit de reproduction ? En principe, les transports subséquents de l'exemplaire lui échappent. Que l'on prenne les conclusions du juge Binnie ou celles, dissidentes, du juge Gonthier, il semble donc plus juste de répondre que le droit de reproduction n'agit pas lorsqu'il n'y a pas *multiplication* - solution retenue par la majorité - ou *fixation sur un*

---

[97] On la retrouve par exemple aux articles 80(2) *Lda.* (copie privée) et 27(2) *Lda.* (violation à une étape ultérieure).

[98] Nous nous garderons de suivre ici l'opinion de Wendy Adams qui sur ce sujet énonce que la loi canadienne contiendrait « an implicit functionnal equivalent to the express first-sale right in U.S. copyright legislation » notant que « in resolving the present dispute in favour of the galleries' rights to deal with the posters as they fit, Binnie J. provided an expansive interpretation of the first-sale doctrine, permitting modification of tangible goods prior to resale in a secondary market so long as the embedded copyrighted image is not duplicated », Wendy ADAMS, « Secondary Markets for Copyrighted Works and the "Ownership Divide": Reconciling Competing Intellectual and Personal Rights », (2002) 37 *Can. Bus. L. J.* 321, p. 329.

nouveau support - solution retenue par le juge Gonthier[99]. Quel que soit l'interprétation retenue, la Cour pouvait, comme elle l'a fait, soustraire la question de la distribution de l'analyse du droit de reproduction. Si la majorité s'était arrêtée à cet étape l'effet de la décision aurait été relativement contenu : il s'agirait d'un cas d'espèce dont les enseignements aurait été limités à l'application spécifique du droit de reproduction à l'entoilage. Mais la Cour ne s'est pas contentée d'un exercice d'interprétation technique. Le juge Binnie a justifié sa lecture du droit de reproduction par l'énoncé général selon lequel une « interprétation large des droits économiques décrits au par. 3(1) fait trop pencher la balance en faveur du titulaire du droit d'auteur et ne reconnaît pas suffisamment les droits de propriété des appelants sur les affiches qu'ils ont achetées. En retenant cette interprétation élargie, on introduirait la notion civiliste de « droit de destination » sans que la Loi ne le permette, [...] »[100]. Sans que la question du droit de distribution ait vraiment été débattue - ni par elle ni par d'autres cours d'ailleurs -, la Cour voudrait faire prévaloir une interprétation stricte *des droits d'auteur* et pas seulement du droit de reproduction, au nom des intérêts concurrents de l'acheteur. Cette interprétation restrictive du droit d'auteur est regrettable; elle n'était pas non plus nécessaire pour conclure qu'il n'existe pas en droit canadien de droit de distribution. L'analyse technique des textes aurait fort bien suffi. Elle ignore également les développements de notre matière qui tendent plutôt à démontrer que notre droit rayonne et ne s'éclipse pas devant les prérogatives de l'acheteur (droit de location, de prêt, de retransmission, etc.). Nous préférons à ce titre retenir les propos de la

---

[99] Pour le juge Binnie, « [l]à où on avait une seule affiche au départ, on a toujours une seule affiche » (par. 38). Je ne peux partager son opinion. La notion d'« oeuvre » renvoie à toute forme d'expression matérialisée et originale (Tamaro, op. cit., p. 84). L'oeuvre est, pour ainsi dire, l'aboutissement matériel du processus de création. La fixation à un support matériel constitue une condition sine qua non de la production d'une oeuvre. Ainsi, « produire » une oeuvre fait référence à une première matérialisation et la « reproduire » à toute fixation matérielle ultérieure qui s'inspire (au sens causal) de la première fixation.
Par conséquent, « reproduire [une] oeuvre, sous une forme matérielle quelconque » équivaut simplement à « rematérialiser » ce qui existait déjà sous une première forme matérielle. Celui qui s'inspire de la matérialisation originale afin de procéder à une matérialisation subséquente reproduit donc l'oeuvre sous une forme matérielle quelconque. Il fait alors naître l'oeuvre une seconde fois.
Cela étant, il devient clair qu'une multiplication du nombre de copies d'une oeuvre ne constitue pas un élément essentiel de l'acte de « reproduire [. . .] sous une forme matérielle quelconque ». Peu importe que le procédé qui donne lieu à une nouvelle matérialisation en fasse par ailleurs disparaître une autre; tout ce qui importe, c'est que survienne un nouvel acte de fixation. Ainsi, ce que l'on compte afin de déterminer s'il y a eu reproduction, ce n'est pas le nombre total de copies de l'oeuvre en existence suite à la rematérialisation, mais bien le nombre de matérialisations survenues dans le temps », *Théberge* c. *Galerie d'art du Petit Champlain Inc*, *précité*, note 80, p. 354.

[100] *Théberge* c. *Galerie d'art du Petit Champlain Inc*, *précité*, note 80, p. 354.

dissidence et notamment ceux du juge Gonthier, qui écrit que de façon général, le droit d'auteur « permet à son titulaire d'empêcher la dissémination non autorisée d'une œuvre originale »[101].

Les arguments de la Cour ont pourtant pesé plus lourd que les mouvements du temps. Comme nous allons le voir, la décision Théberge a eu une influence certaine sur la rédaction du projet de *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, le *Projet de loi C-60.*

3) Le Projet de loi C-60 et le droit d'effectuer le transfert de propriété des exemplaires

Étudier un texte qui n'est pas encore loi est une entreprise hasardeuse, surtout lorsqu'il fait l'objet de vives discussions. Certains auteurs impatients ont pourtant déjà échappé leurs commentaires, anticipant l'adoption d'une loi qui est pourtant loin d'être votée[102]. Pour notre part, nous nous contenterons de présenter la manière dont le Canada entend transposer le droit de distribution contenu aux traités TODA et TOEIP de l'OMPI[103] :

> Article 6 - Droit de distribution
>
> 1) Les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser la mise à la disposition du public de l'original et d'exemplaires de leurs œuvres par la vente ou tout autre transfert de propriété.
> 2) Aucune disposition du présent traité ne porte atteinte à la faculté qu'ont les Parties contractantes de déterminer les conditions éventuelles dans lesquelles l'épuisement du droit prévu à l'alinéa 1) s'applique après la première vente ou autre opération de transfert de propriété de l'original ou d'un exemplaire de l'œuvre, effectuée avec l'autorisation de l'auteur.[104]
>
> Article 8 - Droit de distribution

---

[101] *Id.*, p. 338.
[102] Michael GEIST (dir.), *In The Public Interest - The Future of Canadian Copyright Law*, Toronto, Irwin Law, 2005. Nombreuses sont les contributions à cet ouvrage qui explorent le projet de loi actuel.
[103] Pour une discussion sur les obligations du Canada quant à la transposition des traités de 1996, voir Myra TAWFIK, « International Copyright Law - W[h]ither User Rights ? », dans, M. GEIST (dir.), *In The Public Interest - The Future of Canadian Copyright Law*, *id.*, 66, p. 78.
[104] Article 6 TODA, *précité*, note 8.

> 1) Les artistes interprètes ou exécutants jouissent du droit exclusif d'autoriser la mise à la disposition du public de l'original et de copies de leurs interprétations ou exécutions fixées sur phonogrammes par la vente ou tout autre transfert de propriété.
> 2) Aucune disposition du présent traité ne porte atteinte à la faculté qu'ont les Parties contractantes de déterminer les conditions éventuelles dans lesquelles l'épuisement du droit énoncé à l'alinéa 1) s'applique après la première vente ou autre opération de transfert de propriété de l'original ou d'une copie de l'interprétation ou exécution fixée, effectuée avec l'autorisation de l'artiste interprète ou exécutant.[105]

L'article 3 du *Projet de loi C-60* ajoute un paragraphe j) à la liste de l'article 3(1) *Lda* qui fait état des droits exclusifs réservés à l'auteur. En voici la substance :

> 3. Le paragraphe 3(1) de la même loi est modifié par adjonction, après l'alinéa i), de ce qui suit :
>
> j) d'effectuer le premier transfert de propriété, notamment par vente, de toute forme matérielle et tangible de l'oeuvre qui n'a jamais fait l'objet d'un tel transfert[106]

L'intervention du législateur canadien est donc brève, signalant peut-être un certain embarras à traiter d'un sujet jusqu'alors soigneusement évité. Il faut dire que depuis le début du processus de réforme le sujet du droit de distribution semble clairement déranger. On se souviendra que le rapport interministériel « Stimuler la culture et l'innovation » de 2002 avait tenté une première sortie en concluant, sans explications d'aucune sorte, qu'au Canada le droit de distribution « peut être protégé en grande partie par le droit de publication »[107]. Le débat sur la création d'un droit spécifique aurait ainsi été évité et le *statu quo* maintenu. L'affirmation cachait fort probablement de nombreuses interrogations sur la fonction réelle du droit de publication, mais aussi plus largement quant à la position

---

[105] Article 8 TOIEP, *précité*, note 8.

[106] Ce droit est au bénéfice des auteurs mais aussi des artistes-interprètes et des producteurs d'enregistrements sonores, respectivement article 3, 4 et 8(1) du *Projet de loi* C-60, *précité*, note 11.

[107] En réponse à la question « *Doit-on modifier la Loi afin d'y intégrer un droit de distribution explicite en vue de satisfaire aux exigences des traités de l'OMPI?* ». Rapport interministériel, Industrie Canada. *Stimuler la culture et l'innovation : Rapport sur les dispositions et l'application de la Loi sur le droit d'auteur*, *précité*, note 51.

du gouvernement sur l'apport de nouveaux droits dans le système patrimonial du droit d'auteur. De toute évidence, le droit de publication ne constitue plus une base suffisamment solide au droit de distribution puisque le *Projet de loi C-60* introduit un droit de distribution. Mais nous croyons que c'est par obligation et non par intention de pourvoir à une insuffisance que le législateur est intervenu. Ceci illustre, une fois encore, la difficulté de traiter d'un droit qui définit l'axe politique de la protection du droit d'auteur et au sujet duquel il faut nécessairement prendre position. Appelé à la tâche, le Canada va pourtant suivre la voie du minimum conventionnel. En fait, le *Projet de loi C-60* crée un droit de distribution formulé en des termes obscurs et limité par le principe de l'épuisement.

On s'étonnera d'abord du langage utilisé. Premier constat, la formulation évite la référence à la notion de *distribution.* Le législateur utilise un vocable qui n'apparaît nulle part ailleurs dans la loi actuelle. Le droit « d'effectuer le premier transfert » d'un objet « tangible » serait donc une version toute canadienne du droit de distribuer l'exemplaire d'une œuvre. Deuxième constat, l'expression « objet tangible » est préférée à la notion d'exemplaire. Le nouveau droit de l'article 3(1)j *Lda.* a en effet pour objet « toute forme matérielle et tangible de l'œuvre ». Cet emploi est conforme à l'esprit des *Déclarations communes* de 1996 qui précisent que les « expressions « exemplaires » et « original et exemplaires », dans le contexte du droit de distribution [...] désignent exclusivement les exemplaires fixés qui peuvent être mis en circulation en tant qu'objets tangibles »[108]. Le rédacteur du *Projet de loi C-60* aurait pu se contenter d'employer le terme « exemplaire » plutôt que d'utiliser la définition du traité. Il suffisait alors de préciser, comme dans les *Déclarations communes,* que le terme « exemplaire » s'entend de tout objet tangible incorporant une œuvre. Le langage retenu par le législateur isole le nouveau droit « d'effectuer le premier transfert de propriété » du reste de la loi. En particulier, l'expression laisse orphelines les notions de « distribution commerciale », contenue à l'article 80(2) *Lda*[109], et de « mise en circulation » de l'article 27(2) *Lda*[110], notions qui souffraient déjà d'un manque de

---

[108] Voir les déclarations communes concernant le TODA et le TOIEP, *précité*, note 8.

[109] Le paragraphe 80(2)b) *Lda.* définit les limites du mécanisme de copie privée et fait en sorte que l'exception de copie privée est neutralisée si le support audio reproduisant l'œuvre est utilisé pour la « distribution commerciale ou non ». Cette disposition reste inchangée.

[110] Article 27(2) : « Constitue une violation du droit d'auteur l'accomplissement de tout acte ci-après en ce qui a trait à l'exemplaire d'une oeuvre, d'une fixation d'une prestation, d'un enregistrement sonore ou d'une

définition. On cherchait déjà leur sens, le *Projet de loi* nous maintient dans l'ignorance. Le législateur vise-t-il les mêmes actes ? Difficile de répondre. La vente est certainement le dénominateur commun de toutes ces activités. Elle est visée expressément au titre du nouveau droit puisqu'il s'entend du droit d'effectuer le premier transfert de propriété, « notamment par la vente », d'objets tangibles[111]. Elle est certainement aussi le principal mode de distribution commerciale et de mise en circulation. Ainsi, on pourra se demander si le rédacteur n'a pas manqué une opportunité d'uniformiser la loi. Il aurait pu de toute évidence opter pour l'introduction d'un droit de distribution ou encore, comme il a été fait en Angleterre, pour un droit de mise en circulation[112].

On notera également que l'article 3(1)j n'apporte aucune précision sur le régime du nouveau droit. Il comporte seulement une indication au sujet de son épuisement. L'article 3(1)j précise en effet qu'il s'applique au transfert de propriété d'un exemplaire « qui n'a jamais fait l'objet d'un tel transfert ».

En l'état actuel du texte, il est difficile de connaître la portée de la règle. S'agit-il d'un épuisement national ou international ? Faut-il lire le texte restrictivement et retenir que le droit d'effectuer le premier transfert de propriété s'épuise uniquement lorsque l'exemplaire a fait l'objet d'un tel transfert de droit au Canada ? Dans l'affirmative, la distribution - pour autant que l'on puisse admettre une identité de sens avec l'expression « transfert de

---

fixation d'un signal de communication alors que la personne qui accomplit l'acte sait ou devrait savoir que la production de l'exemplaire constitue une violation de ce droit, ou en constituerait une si l'exemplaire avait été produit au Canada par la personne qui l'a produit :
a) la vente ou la location;
b) la mise en circulation de façon à porter préjudice au titulaire du droit d'auteur;
c) la mise en circulation, la mise ou l'offre en vente ou en location, ou l'exposition en public, dans un but commercial; [...] ». La version anglaise emploi le verbe « to distribute ».

[111] Article 3, *Projet de loi C-60, précité,* note 11.

[112] Cette dernière solution aurait eu l'avantage de la clarté : le droit de mise en circulation est désormais connu du droit anglais et a fait l'objet de suffisamment d'étude pour que l'on puisse croire en sa lisibilité. Comme nous le verrons en analysant ses travaux, Spoor explique que le droit de mise en circulation se présente comme un droit minimal de distribution puisqu'il ne s'étend pas aux usages secondaires. C'est ce sens que le rédacteur législatif semble avoir voulu donner, bien maladroitement il faut l'avouer, à la formule de l'article 3. « The « right of distribution », finally, has already been discussed above in the framework of « putting into circulation ». We saw how it is exhausted once the copies have been legally put into circulation. There is an express provision to that effect in art. 17, para. 2, of the UrhG [...] », J.H. SPOOR, « Copies in Continental Copyright », in J.H. SPOOR, W.R. CORNISH et P.F. NOLAN, *Copies in Copyright, op. cit.*, note 13, p. 94 et

propriété » - à l'étranger d'un exemplaire de l'œuvre n'affecterait pas le droit de l'auteur d'autoriser ou d'interdire la mise en circulation subséquente de cet exemplaire au Canada. On viendrait résoudre ainsi la controverse commencée au titre de l'application du droit de publication dans cette même hypothèse. Si telle a été l'intention du législateur, le texte demande à être clarifié. Il faut noter également que le texte proposé ne reprend pas la condition de consentement, élément pourtant prévu expressément aux articles 6 et 8 des Traités de l'OMPI de 1996[113]. Pour qu'il y ait épuisement, il faut certes qu'il y ait eu une première mise en circulation - un premier transfert de propriété -, mais encore que cette mise en circulation ait été consentie par l'auteur ou le titulaire des droits. Le *Projet de loi C-60* présente ainsi une première copie qui devra être relue plus attentivement si l'on veut éviter des écueils dans son application.

L'imprécision de langage du *Projet de loi C-60* démontre à notre avis la faible compréhension que l'on a en général du sujet du droit de distribution ou encore, peut-être, le peu d'intérêt qu'on lui porte. On notera par exemple qu'aucun des auteurs de l'ouvrage collectif « In The Public Interest », ouvrage publié en 2005 et destiné en grande partie à commenter le *Projet de loi C-60*, n'aborde la question du droit de distribution. On y cherchera en vain un commentaire sur la proposition de texte de l'article 3(1)j. Or, comme nous l'avons démontré, la notion de distribution - d'abord dans son sens traditionnel, c'est-à-dire de distribution d'exemplaires - est au cœur du système du droit d'auteur[114]. Malgré cette évidence, les droits canadiens et anglais semblent refuser tout débat et se ferment : ne serait-ce de leurs obligations internationales, le droit de distribution n'existerait tout

---

encore, p. 84 : « compared with the right of reproduction, the right to put copies into circulation is one of limited significance ».

[113] « [...] a definition of the basic conditions for exhaustion is provided for. Exhaustion may only occur « after the first sale or other transfer of ownership of the original or a copy of the work with the authorization of the author ». It is important to note that exhaustion may under no circumstances take place in the case of putting into circulation without the consent of the author », J. REINBOTHE et S. VON LEWINSKI, *The EC Directive on Rental and Lending Rights and on Privacy*, *op. cit.*, note 8, p. 87. Le droit anglais, aligné sur le droit européen, prévoit expressément que la première mise en circulation épuise le droit de mise en circulation au public, voir article 18 CDPA et sur ce même point, K. GARNETT, J. R. JAMES, G. DAVIES, *Copinger and Skone James on Copyright*, 14ième éd., *op. cit.*, note 43, p. 448.

[114] Daniel GERVAIS, « Use of Copyrighted Content on The Internet », dans, M. GEIST (dir.), *In The Public Interest - The Future of Canadian Copyright Law*, *op. cit.*, note 102, 517, p. 519 : « The pre-Internet history of copyright and author's rights during the twentieth century was essentially that of the adaptation to new forms of creation (e.g. cinema) and, more importantly, of new way to disseminate copyrighted works (radio, then television broadcasting, cable, satellite) ».

simplement pas dans ces deux pays. Le droit américain est le seul à avoir pris réellement position. En droit américain, le droit d'auteur ne confère que peu de contrôle sur la distribution des exemplaires, il est expressément limité au droit d'interdire ou d'autoriser la première vente. Il s'agit là d'un choix politique clair qui, même s'il ne nous semble pas le meilleur, a l'avantage d'être exposé dans la loi. Le droit de distribution, depuis *Bobbs-Merrill Co.* c. *Straus*[115] en passant par la codification du droit de distribution en 1976, continue ici à être débattu. Et il y a matière à débat ! Il est possible, à notre avis, d'obtenir de ce droit un *meilleur rendement*, pour les auteurs mais aussi, incidemment, pour le public.

Afin de présenter les alternatives possibles à l'expression restrictive du droit de distribution telle que retenue dans les droits américain, anglais et canadien, il est nécessaire de revenir aux théories de la distribution.

Section 2 - Les théories de la distribution

Quel que soit le système de droit étudié, on doit convenir que le droit d'auteur ou *copyright* ne peut pas être limité au seul droit de reproduction ou de fabrication. Il comporte nécessairement d'autres attributs qui composent ce que l'on nomme dans les systèmes de copyright, le « bundle of rights ». Le droit de distribution devrait, selon nous, être de ceux-là. Sur ce point, les opinions divergent et, en réalité, on lui réserve une place plutôt limitée à l'ombre des *grands droits,* les droits de reproduction et d'exécution publique. L'examen des droits américain, anglais et canadien est ici particulièrement probant.

Ce manque de considération dont souffre le droit de distribution résulte paradoxalement de l'importance du sujet, importance tant juridique que politique. Il contient en effet l'ensemble de la controverse élémentaire sur la place du droit d'auteur au sein du système économique, sur sa nature : le droit d'auteur doit-il interférer avec les règles du commerce et prolonger son effet sur le marché ? L'adoption du principe de l'épuisement est manifestement une réponse négative à cette interrogation. Une fois l'exemplaire acquis,

---

[115] *Bobbs-Merrill Co.* c. *Straus, précité*, note 19.

l'acheteur est maître du bien. Tant qu'il n'en fait pas la reproduction ou qu'il n'est pas autrement empêché par la loi, il lui est loisible de distribuer l'exemplaire, activité dont les revenus échappent ainsi à l'auteur. Mais l'épuisement n'est pas la seule réponse possible. L'épuisement est une création juridique et non une règle naturelle ou un principe d'ordre supérieur auquel le législateur doit se plier. Il est une façon de mettre en œuvre une décision politique, dans ce cas particulier, celle d'exclure les auteurs du contrôle de l'exemplaire pour ses mises en marché successives.

L'adhésion à la conception restrictive du droit de distribution est rarement expliquée. Elle est soit imposée, comme en droit américain, soit non avouée comme en droit anglais et canadien. Pour comprendre réellement l'enjeu politique du droit de distribution, il faut revenir à la doctrine. C'est elle qui nous éclairera. Certains auteurs ont marqué ce champ d'étude, des noms qui aujourd'hui sont références : Gotzen, Spoor, Strömholm notamment, pour nommer les plus importants. Comme nous, ils se sont interrogés sur la définition du droit d'auteur à travers l'étude du droit de distribution. On découvrira notamment avec eux que la façon de formuler le droit de distribution peut permettre aux États d'introduire des nuances quant à sa force. Le choix d'adopter un droit de « mise en circulation » ou un « droit d'effectuer le transfert de propriété », plutôt qu'un « droit de distribution » comme le prévoit les traités de l'OMPI de 1996, doit être un choix réfléchi. Il y a, nous croyons, un sens attaché à ces nuances (a).

Nous examinerons ensuite un lieu commun du droit de distribution : sa matérialité. Le droit d'auteur l'a en effet confiné aux exemplaires. C'est aujourd'hui la conception dominante; elle est en tout cas celle retenue par les récents traités de l'OMPI de 1996. Cette limitation n'est pas évidente. Nous verrons que cette matérialité grève le droit de distribution d'un handicap unique, de cette pathologie juridique douteuse que l'on nomme *l'épuisement* (b).

a) Les théoriciens de la distribution

Voyons d'abord les travaux de Strömholm sur la notion de « mise en circulation » dégagée du droit allemand (1), puis l'étude de droit comparé de Spoor sur le droit d'auteur et les exemplaires (2).

Cette doctrine n'épuise pas la littérature juridique en ce domaine, loin s'en faut[116]. Elle se démarque toutefois par son excellence documentaire et l'exactitude de leurs analyses de sorte qu'elle cristallise l'essentiel de la théorie sur le droit de distribution.

1) La notion de « mise en circulation » dans les travaux de Strömholm

L'essentiel des travaux de Strömholm sur la question de la distribution est contenu dans un texte publié en 1967 dans la Revue mensuelle des Bureaux internationaux pour la protection de la propriété intellectuelle (BIRPI). Il y traite avant tout du droit de « mise en circulation » connu du droit allemand depuis 1870. Ce droit, nous le verrons, présente déjà certaines caractéristiques du droit moderne de distribution tel que consacré, par exemple, dans les traités de l'OMPI 1996 ou encore dans la loi américaine. La qualité de cette étude ne sera jamais égalée. D'abord elle traite, pour la première fois en langue française et dans un style exemplaire, un sujet développé jusqu'alors presque exclusivement en droit

[116] Pour les études générales, voir encore, Frank GOTZEN, « Le droit de destination en Europe », (1989) 102 *D.A.* 230. L'édition de Larcier est augmentée d'un résumé en français intitulé « Le droit de destination de l'auteur ». F. GOTZEN, *Het bestimmingsrecht van de auteur*, Bruxelles, Larcier, 1975. Thierry DESURMONT, « Le droit de l'auteur de contrôler la destination des exemplaires sur lesquels son œuvre se trouve reproduite », [1987] 134 *R.I.D.A.* 2. Richard COLBY, « L'argument tiré de la doctrine de la première vente - mythe ou réalité ? » (1985) 98 *D.A.* 169. André FRANÇON, « L'auteur d'une œuvre de l'esprit épuise t-il son droit de divulgation par le premier usage qu'il en fait ? », (1973) *GRUR Int.* 264. Philipp ALLFELD, *Das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst : Kommentar z.d. Gesetze von 19. Juni 1901 sowie z.d. intern. Verträgen zum Schutze des Urheberrechts*, Munich, Beck, 1928. On ne saurait oublier la contribution du professeur Alain Strowel, Alain STROWEL, *Droit d'auteur et copyright, divergences et convergences*, Étude de droit comparé, Bruxelles, Bruyant, 1993, pp 131 et s. Pour une application particulière du droit de distribution, voir notamment, D. REIMER, « Le droit de mise en circulation, en particulier la location et le prêt des livres et des disques », *loc. cit.*, note 79. Dominique DISERENS, *La location de vidéogrammes et de phonogrammes en droit d'auteur*, Genève, Librairie Droz, 1986. Gunnar KERNELL, « La location des vidéogrammes, ses répercussions sur le marché et le droit de distribution dans le cadre de la législation sur le droit d'auteur », (1983) 115 *R.I.D.A.* 78 ; Nancy B. LEWSON, « The Videocassette Rental Controversy, The Future State of Law », (1982) 30 *J. Copyright Soc'Y U.S.A.* 1; 76. Franca KLAVER, « The Legal Problems of Video-Cassettes and Audio-Visual Discs », (1976) 23 *J. Copyright Soc'y U.S.A.* 152. Debra A OPRI, « Video Rentals and the First Sale Doctrine: The Deficiency of Proposed Legislation », (1986-87) 8 *Whittier L. Rev.* 331.

allemand. Strömholm apporte ainsi à la scène internationale la première recherche fondamentale sur le rôle du droit d'auteur en matière de distribution. Spoor, qui poursuivra les travaux de Strömholm, ne tarira pas non plus d'éloges en qualifiant le texte de 1967 d'« exceptionnel »[117].

Un écart de textes est à l'origine de l'étude de Strömholm. Alors que la loi allemande connaît depuis longtemps la notion de « mise en circulation » - elle semble d'ailleurs en être l'inventeur - celle-ci est inconnue du droit français.

> Si l'on part de l'hypothèse que le droit de mise en circulation correspond réellement à des besoins pratiques, s'applique au moins à certains cas concrets, ce problème revient à la question de savoir si et le cas échéant de quelle façon, par quels moyens juridiques, le droit français pourvoit à ces mêmes besoins.[118]

Remarquant que la diffusion des exemplaires peut donner lieu à des utilisations qui ne sont pas contrôlables par l'auteur au titre du droit de reproduction - on pensera notamment à l'utilisation par les organismes de radiodiffusion des disques du commerce -, il s'interroge alors sur la pertinence d'un droit distinct :

> [...] le but de cette étude est d'arriver à une solution du problème de savoir si et dans quelle mesure le droit de mise en circulation a une fonction utile et si la constitution d'une prérogative autonome de ce contenu est la meilleure méthode technique pour assurer le contrôle des auteurs sur leurs productions.[119]

Strömholm examine d'abord le droit allemand[120]. Il découvre l'origine législative du droit de « mise en circulation » dans une disposition de la loi allemande de 1870 qui visait essentiellement à punir la mise en circulation d'exemplaires contrefaits. Cette règle est

---

[117] J.H SPOOR, « Copies in Continental Copyright », in J.H SPOOR, W.R. CORNISH et P.F. NOLAN, *Copies in Copyright*, *op. cit.*, note 13, p. 36.
[118] Stig STRÖMHOLM, « Le « droit de mise en circulation » dans le droit d'auteur - Étude de droit comparé », [1967] 80 *D.A.* 279, p. 280.
[119] *Id.*, p. 280.

d'application spécifique. Elle concerne essentiellement la circulation d'éditions contrefaisantes uniquement, à l'exception des copies licites[121]. Le droit de mise en circulation, dans sa facture actuelle, a été introduit plus tard par une loi allemande de 1901[122]. Il sera ensuite ajouté à la liste des droits patrimoniaux dans la loi sur la propriété littéraire et artistique de 1907.

La rédaction de 1901 fait alors l'objet d'« un débat fort vif »[123] quant à sa définition puisque le texte de la loi établit un droit exclusif sur *la mise en circulation de l'œuvre* et non pas des exemplaires de l'œuvre. Selon certains commentateurs, cette formulation autorise son application à la distribution directe d'une œuvre. On notera par exemple que, dès 1928, le juriste allemand Allfeld assimilera la radiodiffusion à la mise en circulation des exemplaires[124]. Quelques décisions de cours inférieures se rallieront pour un temps à cette interprétation, interprétation qui sera, par la suite, abandonnée. Le droit de mise en circulation prendra finalement un sens plus étroit. Faisant sienne la définition proposée par le professeur Eugen Ulmer, Strömholm y voit plutôt un droit qui couvre les actes « ayant pour objet des fixations matérielles par lesquelles une œuvre est mise en vente ou remise à des personnes étrangères à la fabrication des exemplaires »[125]. La *Loi sur le droit d'auteur* de 1965 codifie pour l'essentiel cette position[126]. Le droit de mise en circulation vise

---

[120] C'est lui qui nous retiendra. Ses travaux sur le droit français seront exposés dans le cadre de l'étude de Pollaud-Dulian puisqu'elle constitue pour ce dernier l'étude séminale.

[121] On fera un premier rapprochement avec la législation française qui condamne d'une peine d'amende l'introduction, sur le sol français, « d'ouvrages qui, après avoir été imprimés en France, ont été contrefaits chez l'étranger » (article 426 du Code pénal, 1810). Voir *supra*, Titre II, p. 164 et S. STRÖMHOLM, « Le « droit de mise en circulation » dans le droit d'auteur - Étude de droit comparé », *loc. cit.*, note 118, p. 286.

[122] Article 11, alinéa 1, *id.*, p. 280. Dans ce sens, T. DESURMONT, « Le droit de l'auteur de contrôler la destination des exemplaires sur lesquels son œuvre se trouve reproduite », *loc. cit.*, note 116, p. 3.

[123] « [...] l' « œuvre » étant normalement considérée, par opposition aux termes désignant les fixations, comme la désignation de la production intellectuelle comme telle, certains interprètes ont conclu que la « mise en circulation » ou « diffusion » embrasse également certains actes de « communication directe », pour se servir de la terminologie du texte français de 1957 ». S. STRÖMHOLM, *id.*, p. 281.

[124] *Id.*, p. 281. P. ALLFELD, *Das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst*, *op. cit.*, note 116, pp. 143 et s.

[125] *Id.*, p. 281.

[126] *Id.*, p. 281. *Loi sur le droit d'auteur et les droits apparentés* (9 septembre 1965), (1964-65) 77-78 *D.A.* 258, *Bundesgesetzblatt*, Teil I, 1965, p. 1273. Les articles 17(1) et 17(2) de la loi de 1965 prévoit que « (1) Le droit de mise en circulation est le droit d'offrir au public l'original ou des reproductions de l'œuvre, ou de les mettre en circulation. (2) Si l'original ou des reproductions de l'œuvre ont été mis en circulation par voie d'aliénation, avec le consentement du titulaire du droit de mise en circulation pour le territoire d'application de la présente loi, leur mise en circulation successive est licite ». L'article 17 porte désormais le titre de «

uniquement le sort des exemplaires à l'exclusion des communications directes telles que la radiodiffusion et s'applique à la seule mise en circulation par transfert de propriété des exemplaires[127].

Le droit de mise en circulation présenté par Strömholm s'épuise avec la première vente autorisée par l'auteur mais de manière spécifique seulement : seul le droit de mise en circulation *par la vente* s'épuise, les autres modes de distribution ne sont donc pas affectés[128]. Il survit si l'exemplaire est mis en circulation selon un autre mode. Il est donc un droit d'application spécifique. Ainsi, si le titulaire du droit d'auteur décide de recourir au prêt comme premier mode de mise en circulation, la mise en circulation par voie de vente demeure sous le contrôle de l'auteur. Ce droit permet également d'autoriser ou d'interdire toute distribution subséquente d'exemplaires non encore mis sur le marché d'une œuvre identique et dont des exemplaires sont déjà en circulation. Il est donc également un droit sur un bien *particulier*[129]. Dans cette dimension, le droit de mise en circulation accompagne le transport contractuel des droits d'édition. Il permet à l'auteur de surveiller la bonne exécution du contrat non seulement en veillant au respect des stipulations elles-mêmes, mais également en actionnant les recours en contrefaçon[130].

En vertu du concept de mise en circulation, le contrôle de l'auteur « s'exerce, dira encore Ströhmholm, seulement en dehors des limites que l'auteur a tracées autour des prérogatives accordées au concessionnaire. Le droit de contrôle existe également en faveur de celui-ci,

---

Droit de distribution » et tient compte des règles de libre circulation dans l'espace européen : *Loi sur le droit d'auteur* tel que modifié le 16 juillet 1998, *Bundesgesetzblatt*, Teil I, No. 27, 20/05/1998, p. 902.

[127] Il faut préciser que les travaux préparatoires au vote de la loi de 1901, sans définir la notion de « mise en circulation », l'avaient décrite comme « toute cession d'un exemplaire, mais non pas à la simple communication de son contenu (récitation d'une œuvre littéraire, exécution d'un œuvre musicale) ». Cité dans S. STRÖMHOLM, « Le « droit de mise en circulation » dans le droit d'auteur - Étude de droit comparé », *loc. cit.*, note 118, p. 280.

[128] Article 17(2) de la loi de 1965.

[129] Le droit américain fonctionne aujourd'hui sur le même modèle.

[130] Selon les rédacteurs du projet de loi allemand de 1965, le droit de mise en circulation doit permettre à l'auteur de restreindre la publication de son œuvre à un certains nombre d'exemplaires ou encore dicter des conditions quant au débouché. Voir S. STRÖMHOLM, « Le « droit de mise en circulation » dans le droit d'auteur - Étude de droit comparé », *loc. cit.*, note 118, p. *285*. Cette position du législateur allemand contraste avec les solutions prétoriennes du droit anglais. Dans l'affaire *Howitt* v. *Hall*, (1862) 6 *L. T.* 349 (Q. B.) la Cour avait refuse d'accordé d'enjoindre l'éditeur de cesser de vendre l'inventaire de livres après que le

mais seulement dans les limites de la concession; tant qu'il s'agit d'exemplaires mis en circulation par le concessionnaire lui-même, le droit s'épuise avec la remise définitive à autrui »[131]. Demeure cependant irrésolue la question de savoir si le droit de mise en circulation par la vente mettrait fin à une revendication visant d'autres modes d'exploitation, par exemple le prêt ou la location. À ce sujet, Strömholm notera que le législateur de 1901, soucieux de limiter les effets du droit de mise en circulation, avait introduit au texte de loi une exception couvrant le prêt public[132]. Ainsi, en l'absence d'un droit de distribution général ou, au contraire, de droits spécifiques visant de tels modes d'exploitation, la mise en circulation par la vente laisse l'auteur sans autre droit, l'exemplaire lui échappe. Il nous semble que l'analyse de Strömholm aurait déjà pu faire valoir ici l'intérêt d'adopter un droit de distribution large de manière à ce que la loi appuie les pratiques contractuelles et permettent ainsi la rémunération des auteurs pour des usages non couverts par les droits traditionnels.

Le concept allemand de « mise à disposition » confirme toutefois certaines hypothèses que nous avons avancées plus tôt. Nous avons conclu au second Chapitre que l'alliance du droit de reproduction et du principe de traitement national résultait en un *droit de distribution*. L'intégration de ces deux éléments, l'un participant de la fabrication, l'autre de l'assimilation des étrangers aux nationaux, avait forgé un droit résolument orienté vers le contrôle des œuvres à travers celui des exemplaires. Or, l'introduction du droit de mise en circulation en droit allemand répond à ce même objectif. Strömholm rapporte que les travaux législatifs qui ont précédé la réforme de 1901 font état d'une même préoccupation. Strömholm nous apprend en effet que l'objectif législatif était de permettre à l'auteur de contrôler la distribution en Allemagne d'exemplaires licitement fabriqués à l'étranger puis introduits sur le marché allemand sans le consentement des titulaires de droit en ce pays. La loi de 1870 n'interdisait que la mise en circulation d'exemplaires contrefaits. C'est donc pour remédier à cette situation que la loi de 1901 a créé un droit distinct de mise en circulation.

---

droit de vendre prévu au contrat d'édition ait expiré. Sur des faits similaires, *Taylor* v. *Pillow*, (1869) 7 *L. R.* 421 (Equ.).

[131] S. STRÖMHOLM, « Le « droit de mise en circulation » dans le droit d'auteur - Étude de droit comparé », *loc. cit.*, note 118, p. 284.

Ce développement du droit allemand rend compte également de la fonction régulatrice du droit d'auteur dans la mesure où il sert à exprimer juridiquement une situation dans laquelle l'auteur confie à différents concessionnaires différents territoires, voire différentes tâches (éditions de luxe, économiques, illustrées, etc.). Il alimente ainsi chaque concession de l'exclusivité non plus des obligations du contrat mais de la force de la loi dans des situations hors de portée du droit de reproduction. Cette construction permet tant à l'auteur qu'au cessionnaire d'un droit particulier de distribution de s'opposer aux actions concurrentes d'un autre éditeur qui contreviendraient directement avec les droits contenus au contrat d'édition. Le droit de distribution double dans certains cas - car la doublure est évidée des zones laissées par l'épuisement - le tissu des dispositions contractuelles prévoyant les conditions de la distribution de l'oeuvre. Cette fonction, on le comprendra, s'avère particulièrement utile dans le cadre de la distribution internationale des exemplaires. Le droit de mise en circulation serait ainsi la réponse du droit allemand aux problématiques présentées par des espèces telle que l'affaire anglaise *Pitt Pitts v. George & Co* de 1896[133]. On se souviendra que dans cette affaire le demandeur, titulaire par contrat des droits d'exploitation pour l'Angleterre, poursuivait l'importateur pour la distribution non autorisée d'une œuvre musicale d'abord publiée et imprimée en Allemagne intitulée « La Fileuse ». L'importateur fut finalement condamné sur des motifs peu convaincants, laissant ainsi percevoir les lacunes de la loi anglaise. En effet, à défaut d'un droit équivalent au droit allemand de « mise en circulation », la cour aura plutôt recours à l'*équité*[134].

---

[132] *Id.*, p. 284.

[133] *Pitt Pitts* v. *George & Co.*, *précité*, note 48. La solution en droit français est moins claire. Car même si le droit de mise en circulation y est inconnu, Pouillet interprètera l'article 426 du Code pénal de 1810 comme permettant à l'auteur de s'opposer à l'introduction d'éditions concurrentes non contrefaisantes. La lettre du texte mène à la conclusion inverse. « Si l'article 426 envisage le cas, qui se présentera le plus souvent, de l'introduction en France d'un ouvrage publié à l'étranger en violation des droits de l'auteur, il n'exclut pas l'introduction dans tout autre cas. La contrefaçon s'entend de tout fait qui est une atteinte au droit exclusif de l'auteur, à son monopole [...]. L'introduction est illicite, ayant lieu contre la volonté de l'auteur et au mépris de ces droits ». Eugène POUILLET, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3ième éd., Paris, Maillard & Claro, 1908, p. 634. En revanche le droit français, selon l'interprétation de Pouillet, créerait un droit équivalent au droit de mise en circulation.

[134] « Is it to be inferred that the foreigner entitled to copyright in this country is liable to have that copyright infringed by any importer of books printed in his own country, or is the inference to be that as regards such books he is entitled to same protection as a British author would have under the Act of 1842 ? The latter inference is most in accordance with legal principles and good sense, [...] », Propos du juge Lindley, *id.*, p. 876.

Ceci étant, le droit de mise en circulation ne semble pas avoir reçu de la part de la communauté internationale la même attention que nous lui réservons puisque la Convention de Berne ne le prévoit pas. Le droit de droit de reproduction n'ayant été introduit dans la Convention de Berne qu'avec l'Acte de Stockholm de 1967, c'est à plus forte raison, dira encore Strömholm pour expliquer ce manque d'intérêt, qu'elle garde « un silence complet sur la diffusion des exemplaires »[135].

Et pourtant, le droit de mise en circulation est une addition importante aux droits de l'auteur. Strömholm fait remarquer que même si le contrôle de l'auteur sur l'exploitation de ses productions a longtemps été réservé au contrat, ses effets sont largement réduits par l'effet relatif de ses stipulations. Le contrat ne peut pas lier les tiers exploitants; il ne peut pas non plus obliger les cocontractants de l'auteur entre eux à moins qu'ils ne soient liés par la même convention. Or la loi peut, elle, pallier l'insuffisance du droit contractuel. Poursuivant l'examen des travaux législatifs relatifs au projet de loi de 1901, Strömholm relève en particulier que « l'absence d'un droit distinct sur la mise en circulation opposait des obstacles aux contrats par lesquels un auteur voulait limiter géographiquement les droits d'un éditeur : puisque la fabrication d'exemplaires par l'éditeur était licite, la diffusion de ceux-ci dans un territoire autre que celui qu'indiquait le contrat n'était qu'une simple violation des obligations contractuelles et n'entraînait pas les sanctions civiles et pénales auxquelles donnent lieu les atteintes au droit d'auteur »[136]. Le droit de mise en circulation peut également s'appliquer pour prolonger le contrôle de l'auteur sur les exemplaires qui pourraient trouver une destination autre que celles prévues au contrat (par exemple, la liquidation d'un inventaire ou la mise au pilon) ou encore pour restreindre la liberté des tiers acquéreurs. L'auteur garde ainsi, « en vertu de son droit de mise en circulation, un certain contrôle sur la destinée des exemplaires lorsque ceux-ci ont échappé définitivement à la sphère de son cocontractant »[137].

---

[135] S. STRÖMHOLM, « Le « droit de mise en circulation » dans le droit d'auteur - Étude de droit comparé », *loc. cit.*, note 118, p. 280.
[136] *Id.*, p. 283.
[137] *Id.*, p. 284.

Le droit de mise en circulation peut ainsi interférer avec le droit des obligations. Dans le rapport de l'auteur avec les tiers, le contrôle de l'exemplaire entre directement en contradiction avec le principe de l'effet relatif des conventions[138]. L'examen du droit de mise en circulation appelle donc dans une mesure importante celui de l'effet envers les tiers des clauses restrictives apposées à même les livres ou les disques, d'où, d'ailleurs, leur nom de clauses « étiquettes ». C'est ici sans aucun doute la question la plus difficile du droit de distribution. Elle est d'une acuité particulière en l'absence de droit de distribution - comme c'est le cas, notera Strömholm, en droit français[139]. Strömholm précise d'abord que la question « est moins brûlante » en matière de droit de représentation même si ce droit consiste bel et bien en un mode d'exploitation des œuvres. La raison en est que les méthodes de compensation vident le sujet de sa difficulté : « les sociétés de perception ont créé un régime qui satisfait largement les besoins de sécurité des exploitants et du public général »[140]. Dans le domaine de l'exemplaire, point de système de rémunération équitable - aujourd'hui, nous pourrions soulever la copie privée comme contre exemple -, la limite des droits de l'auteur se trouve donc dans la mesure du contrat et de la loi. Les intérêts patrimoniaux se heurtent ainsi à l'intérêt du public, mais également, et de manière plus technique, au besoin de sécurité juridique des tiers[141]. Il ne faut donc pas selon lui que l'objet incorporant l'œuvre soit grevé d'une surcharge d'interdictions. Certains auteurs comme Marwitz et Möhring craignent par exemple que le droit de l'auteur puisse menacer les libraires pour la revente d'exemplaires acquis de bonne foi auprès du cocontractant de l'auteur[142]. C'est donc l'effet *Bobbs-Merrill* qui est craint, *Bobbs-Merrill* qui usaient de ces clauses dans le but de contrôler les prix! L'épuisement qui accompagne normalement la première aliénation de l'exemplaire pourrait n'être effectif que dans la mesure des droits

---

[138] Sans mentionner ici les droits de l'acheteur au titre de sa propriété sur l'objet.

[139] La question renvoie aux travaux plus récents sur la distinction entre la vente et la licence. Par exemple, Mark A. LEMLEY, « Intellectual Property and Shrinkwrap Licenses », (1994-95) 68 *S. Cal. L. Rev.* 1239. Lothar DETERMANN, Aaron Xavier FELLMETH , « Don't Judge a Sale by Its License: Software Transfers under the First Sale Doctrine in the United States and the European Community », (2001-2002) 36 *U.S.F. L. Rev.* 1. David A. EINHORN, « Shrink-Wrap Licenses : The Debate Continues », (1998) 38 *I.D.E.A.* 383.

[140] S. STRÖMHOLM, « Le « droit de mise en circulation » dans le droit d'auteur - Étude de droit comparé », *loc. cit.*, note 118, p. 285.

[141] *Id.*, p. 285.

[142] *Id.*, p. 284. Également, J. H. SPOOR, « Copies in Continental Copyright », in J.H SPOOR, W.R. CORNISH et P.F. NOLAN, *Copies in Copyright*, *op. cit.*, note 13, p. 19.

cédés par l'auteur. Au-delà, c'est-à-dire relativement aux droits que l'auteur se sera réservé ou dans le cas de non-respect du contrat d'édition, le droit de mise en circulation survivrait.

Strömholm semble inconfortable avec une définition extensive du droit de mise en circulation en raison des incertitudes juridiques qui pèseraient sur les tiers. Reprenant la formule de Reimer, il est d'avis que « le morcellement du droit d'auteur » ne doit pas conduire à une situation juridique imprécise ou difficile à analyser[143]. Dès lors, la mise en œuvre d'interdictions par le jeu de clauses restrictives appelle d'importantes réserves et ne devrait être validée que dans la mesure où les tiers auraient eu pleinement connaissance des restrictions avant d'acquérir l'exemplaire. Selon lui, les besoins de sécurité juridique doivent prévaloir sur les prérogatives de droit d'auteur. En pratique donc et sous réserves des précisions qui précèdent, le transfert de l'exemplaire mettrait fin à toute réclamation fondée sur la loi. Échapperait ainsi au contrôle de l'auteur l'usage privé ou commercial des disques du commerce.

Ceci étant entendu, Strömholm reconnaît que la solution d'un droit spécifique, solution qui est celle de la loi allemande, a les « avantages de la netteté ». Le droit de mise en circulation s'inscrit parfaitement dans la structure patrimoniale du droit d'auteur en ce sens qu'il peut être complété par l'application d'autres droits tel que le droit de représentation qui constitue ainsi, dans ses propres mots, une « servitude négative ». L'expression de sa faveur va même jusqu'à proposer - trois décennies avant qu'il soit entendu - l'adoption au niveau international d'un droit distinct de mise en circulation :

> Si la question se pose d'une réglementation internationale du contrôle que doivent garder les auteurs sur la circulation de leurs œuvres, nous croyons que c'est vers la création d'un droit distinct et bien défini sur la diffusion des exemplaires qu'il convient de s'orienter. Cette solution est nette, universelle et relativement simple.[144]

L'analyse de Strömholm, tout en reconnaissant l'utilité du droit de mise en circulation, ne surmonte pas la difficulté du transfert de propriété par la vente. Il ne remet pas en cause la

---

[143] *Id.*, p. 286.

justification d'un tel droit qui est, finalement, l'expression naturelle d'un droit d'exploitation, mais constate la difficulté de sa mise en application : les tiers ne peuvent connaître son étendue qu'en prenant connaissance des droits ou restrictions indiquées par les clauses étiquettes. En revanche, Strömholm fait allusion au droit de représentation. Il conclut à son sujet que « les sociétés de perception ont créé un régime qui satisfait largement les besoins de sécurité des exploitants et du public général »[145]. Il trouve donc dans la comparaison les indices d'une solution qui aurait pu être développée et transposée au droit de distribution. Pourquoi ne pas avoir songé à un droit de prêt, de location ou encore de revente géré collectivement de manière à inclure l'auteur dans le partage de revenus que son œuvre génère ?

C'est Spoor qui poursuivra l'analyse de Strömholm. Il abordera cette fois de façon beaucoup plus importante la question des utilisations secondaires, du prêt et de la location notamment.

2) Les travaux de Spoor

La thèse de Spoor paraît d'abord en hollandais[146]. Elle est publiée en 1976. Traduite et publiée en 1980 sous le titre « Copies in Continental Copyright », elle est accompagnée dans l'édition préparée par Kluwer de deux autres articles sur le sujet : celui de Cornish, « Copies in UK Copyright » et celui de Nolan, « Copies in US Copyright ». L'état du droit dans les systèmes de *common law* est donc parachevé par ces deux auteurs. Le travail de Spoor demeure toutefois la pièce maîtresse du triumvirat. Il poursuit celui de Strömholm en ajoutant à l'examen du droit allemand et français celui du droit néerlandais.

---

[144] *Id.*, p. 301.
[145] S. STRÖMHOLM, « Le « droit de mise en circulation » dans le droit d'auteur - Étude de droit comparé », *loc. cit.*, note 118, p. 285.
[146] J. H. SPOOR, *Scripta Manent, de reproduktie in het auteursrecht*, Groningen, H.D. Tjeenk Willink, 1976.

L'anthologie présente l'état du droit à un moment où la question de l'usage des exemplaires est non plus « brûlante »[147], comme l'avait écrit Strömholm, mais bien préoccupante cette fois. Le prêt et la location de vidéogrammes, de phonogrammes ou de logiciels apparaissent comme de nouvelles formes de distribution donnant lieu à un usage massif, réalisé généralement en privé et donc difficilement contrôlable. L'industrie de la reprographie qui offre désormais des capacités de restitution sans précédent achève de soustraire aux intéressés les moyens d'une compensation pour l'exploitation de leurs productions, compensation jusqu'alors fondée principalement sur la vente d'exemplaires.

L'apport majeur de Spoor est d'avoir compris, à travers l'épistémologie du terme reproduction, que le droit d'auteur a été pensé non comme un droit de propriété dans une œuvre, mais comme un droit d'exploitation : « in origin, écrit-il, the right of reproduction is rather a right protecting the exploitation of a work than a right in a work ». Cette conception qui résulte de l'étude de systèmes continentaux corrobore les conclusions que nous avions pu tirer au titre de la nature du droit d'auteur. On ne s'étonnera donc pas de retrouver chez Spoor une analyse détaillée du concept d'édition en droit français. Il affirme qu'*éditer* c'est plus que *reproduire,* même si ce dernier terme a suppléé au premier. Nos travaux concernant la réponse du droit à la technologie vont dans ce sens. Ils nous avaient permis de lire à travers l'évolution des techniques d'exploitation l'extension des droits d'auteur plutôt que leur *épuisement.* On rappellera que le concept de reproduction ne doit donc pas faire oublier que les législateurs anglais de 1709 et français de 1793 avaient pris grand soin de couvrir les actes de vente, de distribution et d'importation, non pas seulement les actes d'impression. Cette propension du droit d'auteur à appréhender la *copie* et sa circulation, et non seulement sa *fabrication,* est également très marquée en droit français malgré le mutisme de la loi. C'est en tout cas l'orientation qu'indique la doctrine française. Ici, Spoor se rallie à la lecture du droit français qu'avait faite avant lui Strömholm :

> In the 1957 act the droit d'édition made way for the droit de reproduction and the definition given by the Act of the word reproduction concerns exclusively the making of copies and not their distribution. At first sight it appears as if mise en

[147] S. STRÖMHOLM, « Le « droit de mise en circulation » dans le droit d'auteur - Étude de droit comparé », *loc. cit.*, note 118, p. 285.

> circulation has gone by the board. That however is not the case, for the new nomenclature simply serves to accentuate even further the central place occupied by reproduction in communication indirecte as a whole. French publicists employ the terms droit d'édition and droit de reproduction as synonymous. The change may however be more than simply a choice of words. In all likelihood the replacement of the descriptive denomination droit d'édition by droit de reproduction, whereby the part is seemingly used for the whole, gives scope for subjecting to copyright such processes as may happen after the putting into circulation, and which thus fall outside the limits of edition, i.e., further distribution and the use of the copies. Thus reproduction and putting into circulation become part and parcel of one exclusive right.[148]

Quant aux modalités du droit de mise en circulation français, droit qui se situerait dans l'orbite du droit de reproduction, la position de Spoor diffère de celle de Strömholm. Il note que Strömholm et Desbois sont d'avis que l'extension du droit français est légitime principalement en raison d'une nouvelle disposition de la loi de 1957 - l'article 31(3) - qui donne à l'auteur la faculté de prévoir au contrat d'édition les limites géographiques de l'exploitation, sa durée ainsi que la *destination* de l'oeuvre[149]. Bien que le législateur lui-même ne donne aucune information supplémentaire sur ce qu'il faut entendre par destination, l'introduction du terme dans la loi suffirait à inscrire un droit de distribution

---

[148] J. H. SPOOR, « Copies in Continental Copyright », in J.H SPOOR, W.R. CORNISH et P.F. NOLAN, *Copies in Copyright*, *op. cit.*, note 13, p. 81. Strömholm avait été plus éloquent sur les origines de cette théorie qu'il attribue à Pouillet : « C'est encore Pouillet qui [...] met en évidence des situations où la protection efficace des auteurs demande que la mise en circulation des exemplaires licitement fabriqués soit soumise au contrôle de ceux-ci. Parlant des copies manuscrites faites en vue de la mise en location dans un cabinet de lecture, il conclut qu'il s'agit là d'une « véritable édition, d'autant plus dangereuse qu'avec un très petit nombre d'exemplaires on peut satisfaire un très grand nombre de personnes, désireuses de connaître l'œuvre ». Or c'est là élargir le sens des mots. Ce qui est dangereux pour les auteurs, ce n'est pas la fabrication d'un seul ou de quelques exemplaires faits à l'usage privé [...] mais l'usage ultérieurement fait des exemplaires. Cet usage constitue, en l'occurrence, un acte de distribution. Pouillet revient à la question en parlant de la location des ouvrages contrefaits; sur ce point, il développe une véritable théorie du débit, considéré (selon une idée de Renouard) comme un terme applicable à toute communication d'une œuvre par le moyen d'exemplaires ». S. STRÖMHOLM, « Le « droit de mise en circulation » dans le droit d'auteur - Étude de droit comparé », *loc. cit.*, note 118, p. 287.

[149] Article 31, § 3 de la loi française de 1957 : « la transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée ».

implicite à la suite de l'exercice des droits d'exploitation par les clauses restrictives[150]. Apposées sur les supports des œuvres, ces clauses constitueraient, pour ainsi dire, l'extension contractuelle d'un droit de destination. Spoor, qui refuse l'effet directoire des clauses étiquettes, fait ici, à notre avis, une lecture incorrecte du texte de Strömholm. Strömholm soulevait déjà d'importantes réserves quant à leur effet réel vis-à-vis des tiers et leur oppose les besoins de la sécurité juridique. Desbois était plus catégorique. Dans la seconde édition de son traité - alors que la première, publiée avant le vote de la loi de 1957, véhiculait des vues beaucoup plus réservées sinon contraires à celle de 1966 -, il fait prévaloir plus franchement l'intérêt de l'auteur dès lors que l'exemplaire porte les conditions de son emploi[151]. Ceci étant précisé, il est juste d'associer les deux théoriciens au sujet du caractère unitaire du droit de reproduction. Desbois comme Strömholm déduisent que le droit de mise en circulation en droit français, prolongement du droit de reproduction, est non seulement tributaire des clauses restrictives, mais qu'il est tout entier compris dans le droit de reproduction de telle sorte qu'il ne saurait être revendiqué *ipso jure* de manière indépendante[152].

---

[150] H. DESBOIS, *Le droit d'auteur*, 2ième éd., (1966), p. 332; 3ième éd. (1978), p. 373. S. STRÖMHOLM, « Le « droit de mise en circulation » dans le droit d'auteur - Étude de droit comparé », *loc. cit.*, note 118, p. 297.

[151] S. STRÖMHOLM, *id*, p. 298. Desbois approche la problématique de manière plus optimiste : « Pour rendre opposables aux tiers les limitations qu'il entendra fixer il faudra et il suffira que l'ayant droit prenne des précautions. C'est ainsi que, moyennant l'apposition d'une mention sur les disques, l'utilisation radiophonique ne sera licite qu'en vertu d'une autorisation spéciale », H. DESBOIS, *Le droit d'auteur*, 2ième éd., (1966), p. 584. Desbois précise toutefois sa pensée dans la note 1 de la même page. Il écrit : « Ne pourrait-on même soutenir que les disques ne peuvent être radiodiffusés, et plus généralement utilisés en public dans le silence du contrat, en l'absence d'une autorisation spéciale ? Peu importe le défaut de précaution, de publicité, car la mise en vente des enregistrements n'implique pas de toute nécessité l'usage public. Ce serait-là, pensons-nous, aller trop loin, car l'usage public du disque, comme tel, relève du droit d'exécution publique. S'il n'est pas contraire à l'économie du droit de reproduction que le titulaire délimite l'utilisation des exemplaires, du moins faut-il, pour éviter les surprises, tenir compte d'un éventuel cumul de redevances, résultant de l'exercice de ce droit et de celui d'exécution publique. [...] le propriétaire d'un disque est fondé, en l'absence de stipulation portée à sa connaissance, à penser, que du chef du droit de reproduction, tous usages lui sont permis, d'autant plus que l'audition publique est tributaire du droit d'exécution publique. Aussi estimons nous qu'il faut, pour tenir compte de cette particularité, exiger qu'une mention appropriée soit portée sur les disques : permettre en l'absence d'autorisation l'usage radiophonique, ce n'est pas barrer d'un trait de plume le principe d'interprétation restrictive, mais seulement imposer aux auteurs, à leurs représentants et ayants cause, une mesure d'information afin que ne soient pas trompée la bonne foi des tiers », *id.*, pp. 584-585.

[152] J. H. SPOOR, « Copies in Continental Copyright », in J.H SPOOR, W.R. CORNISH et P.F. NOLAN, *Copies in Copyright*, *op. cit.*, note 13, p. 82.

Le droit de mise en circulation, selon Spoor, est d'application plutôt limitée. Lorsqu'il n'est pas limité par le principe de l'épuisement comme en droit allemand, il est subordonné au droit de reproduction en droit français et à la validité des clauses restrictives qui l'animent[153]. Il conclut alors que « compared with the right of reproduction, the right to put copies into circulation is one of limited significance »[154]. En pratique, en effet, l'auteur transmet à l'éditeur le droit de mise en circulation en même temps que le droit de reproduction; l'un comme l'autre sont les instruments essentiels à l'exploitation de l'œuvre. Simplement, l'éditeur se charge de sous-traiter le travail d'impression alors qu'il s'occupe de commercialiser l'œuvre de la manière prévue au contrat. Nous pourrions dire que le droit de mise en circulation dans la théorie de Spoor correspond dans une analyse de *copyright* au droit que l'on a cherché à obtenir par interprétation du droit de publication[155]. Il note ainsi que le droit de mise en circulation s'avère surtout efficace dans le cadre de la distribution de copies importées fabriquées légalement à l'étranger. Dans ce cas en effet, le droit de reproduction ne pouvant s'appliquer, la mise en marché d'éditions étrangères concurrentes pourrait être qualifiée de mise en circulation et ainsi nécessiter l'autorisation de l'ayant droit sur le territoire d'importation[156]. Cette solution trouverait plus difficilement son chemin en droit français, le droit de reproduction étant plus difficile à appliquer dans ce genre de situation mettant en cause un acte d'importation, à moins de faire valoir, peut-être une clause restrictive qui indique la destination exclusive de l'exemplaire. C'est elle seule qui pourrait faire naître le droit d'exploitation de l'auteur en gestation dans la sphère du droit de reproduction.

---

[153] « The « right of distribution », finally, has already been discussed above in the framework of « putting into circulation ». We saw how it is exhausted once the copies have been legally put into circulation. There is an express provision to that effect in art. 17, para. 2, of the UrhG [...] », J. H. SPOOR, *id*, p. 94.

[154] *Id.*, p. 84.

[155] W. CORNISH, « Copies in UK Copyright Law », in J.H SPOOR, W.R. CORNISH et P.F. NOLAN, *Copies in Copyright*, *id.*, p. 166.

[156] W. A. ROTHNIE, *Parallel Imports*, *op. cit.*, note 48. Faisant référence au cas d'espèce *Infabrics Ltd.* v. *Jaytex*, *précité*, note 42, l'auteur écrit que « in view of the wide definition of « publish », it had been argued that the right to publish was infringed by act of distribution without authority from the copyright owner. In the United Kingdom, the problem was resolved in favour of confining the right to a right of first publication. One factor in persuading the House of Lords to this view was the anomaly created by the alternative. If the right of publication were not confined to a right of first publication, two separate sets of provision could apply to unauthorised distributions. Hence, reliance on the publication right would render the « secondary » infringement provisions ineffective », *id.*, p 247.

C'est ici que Spoor distingue le droit de mise en circulation du droit de distribution : ce dernier intéresse non plus le fait et le moyen de rendre publique une œuvre, mais l'usage des exemplaires après leur mise en circulation initiale[157]. Strömholm n'avait pas clairement identifié la distinction. Il emploie d'ailleurs indifféremment distribution et mise en circulation. Spoor porte la problématique du contrôle des œuvres à un niveau supérieur. Il pose une première question. Le droit d'auteur cesse-t-il ses effets à la première publication de l'œuvre ou doit-il survivre aux différentes formes de distribution secondaire ? On doit s'interroger car, écrit-il, « many writers [...] believe that the right of the author should not end at that point [at the time of putting into circulation] but should also include prerogatives in respect of further distribution and use of the copies, or at least their continued exploitation »[158]. Si l'on répond par l'affirmative à cette première interrogation, alors une seconde survient : le droit d'auteur doit-il conserver son caractère exclusif ou doit-il être un droit compensatoire ? Prenant l'exemple du prêt public, il estime que le principe du droit à rémunération est souvent préférable; d'abord parce que ce type de distribution doit se faire contre compensation, ensuite parce que le système libère l'accès aux œuvres par ses distributeurs. La fonction concurrentielle de la licence obligatoire réapparaît donc systématiquement à chaque nouveau mode de distribution.

Peu importe également que la distribution secondaire se fasse au détriment de la vente d'exemplaires. Plus important est de reconnaître que l'exemplaire profite à une exploitation qui doit être compensée. L'argument porte, à notre avis, un coup décisif à ceux qui tentent de justifier, aujourd'hui, la légalité des systèmes de partage de fichiers au motif qu'il ne s'agirait pas là d'une mévente, mais bien d'une manière de faire connaître l'œuvre. Le partage de fichiers ne mène pas moins à une utilisation de l'oeuvre.

Ce qui importe c'est qu'il y ait effectivement exploitation de l'œuvre. Le prêt s'avère être une illustration particulièrement importante dans l'étude de Spoor :

---

[157] « *Distribution* of a copy means any action whereby a third party is enabled to make use of the copy, irrespective of whether there is any transfer of ownership of the object, and likewise regardless of the nature of the underlying legal relationship. *Further* distribution means any distribution which takes place after the copy has first been put into circulation », J. H. SPOOR, « Copies in Continental Copyright », in J.H SPOOR, W.R. CORNISH et P.F. NOLAN, *Copies in Copyright*, *op. cit.*, note 13, p. 87.

[158] *Id.*, p. 86.

> It is admittedly controversial whether lending takes place at the expense of the sale of new copies of the works concerned, because it is not certain that borrowers would buy the works if they were unable to borrow them and because lending may familiarize large sections of the population with literature and thus turn them into potential buyers. What is however certain is that lending may result in a work being enjoyed by many people.[159]
>
> Lending, conclut encore Spoor, is an important means of exploitation.[160]

La problématique est similaire sinon plus complexe relativement à l'usage radiophonique des disques du commerce. Du moins en droit français, car pour les droits allemand et néerlandais la solution se trouve dans l'épuisement du droit. Le droit français demeure plus obscur en raison de la flexibilité de la notion d'édition et de l'absence corrélative d'un droit distinct de distribution. La doctrine, Strömholm le premier, et la jurisprudence s'étaient fait les laborantins de ce droit fuyant et mal défini. Nous avions déjà noté à ce sujet la juxtaposition des droits d'exécution et de reproduction. L'irradiation des œuvres, par exemple, relève du premier, et la constitution d'enregistrements préalables à l'émission, du second. L'un comme l'autre sont gérés collectivement. Mais, les prérogatives que ces droits confèrent n'appartiennent pourtant pas à des sphères étanches. Tant dans le cadre de l'étude de la télédiffusion que de celle des instruments mécaniques, nous avons observé que le droit d'édition pouvait s'infiltrer dans toute nouvelle qualification de par son extension naturelle à des actes de distribution. C'est le cas de l'utilisation, en direct, des disques du commerce. L'usage n'implique aucunement la reproduction. Cependant, il peut être inféré de cet usage, et l'argument devient encore plus convaincant si on lui ajoute le phénomène de la copie privée, que l'emploi d'un disque conduit à une mévente de copies neuves et donc à une exploitation non rémunérée. C'est d'ailleurs cette justification que les tribunaux français ont avancée dans la cause *Poggioli* c. *Soc. Salabert* pour valider la perception par la SDRM d'une redevance supplémentaire - additionnelle à celle perçue au titre du droit de

---

[159] *Id.*, p. 88.
[160] *Id.*, p. 88.

reproduction mécanique - pour l'usage radiophonique des disques[161]. Cette jurisprudence, qui semble encore aujourd'hui perpétuer, est fondée sur l'interprétation souple du droit d'*éditer*. La décision *Poggioli* a été vivement critiquée à sa publication, mais nourrira ensuite la doctrine française qui y voit la consécration de la conception synthétique du nouveau droit de reproduction adopté en 1957. Spoor est loin d'être convaincu par la justesse de l'analyse herméneutique. Pour lui, « the act [la loi française de 1957] does not enable one to deduce with certainty the precise state of French law in these matters »[162]. Et il remet finalement en cause l'interprétation extensive du droit de reproduction :

> From the viewpoint of the extensive doctrine it is true that the right of reproduction also covers, alongside reproduction itself, putting into circulation and use, but this does not imply that these are independent powers which can be exercised in total separation from reproduction and must therefore be the subject of separate rights. On the contrary the extensive right of reproduction, even so far as restrictions on distribution and use are concerned, is exercised en bloc as a one-time event, and right at the beginning, on the occasion of reproduction. It is not therefore unthinkable that the French legislator may have found it sufficient simply to define the word reproduction and leave both mise en circulation and use out of account.[163]

---

[161] *Poggioli* c. *Soc. Salabert et Soc. De droit de reproduction mécanique*, Trib. Civ. de la Seine, 25 oct. 1943, *D.* 1944, Jurisprudence 127, p. 128, note de H. DESBOIS, confirmée en appel, Paris, 27 avril 1945, *S.* 1945.2.63. « [...] le jugement du tribunal de la Seine indique au moins une tendance et anticipe, si l'on peut dire, sur une solution que nous retrouvons dans la loi de 1957 : en admettant la possibilité pour le bénéficiaire du droit d'exploitation de garder un certain contrôle juridique sur le but d'une *édition*, c'est-à-dire sur l'emploi fait des exemplaires qui en proviennent, le tribunal fait allusion, plutôt qu'il ne l'affirme, à l'idée selon laquelle la détermination de la *destination* des exemplaires rentre parmi les prérogatives de l'auteur ». S. STRÖMHOLM, « Le « droit de mise en circulation » dans le droit d'auteur - Étude de droit comparé », *loc. cit.*, note 118, p. 294.

[162] Spoor s'oppose à la lecture faite de l'article 31(3) : « At first sight it appears difficult to assume that the legislator can have bestowed so broad a scope on the right of reproduction by the indirect means of a provision on the retransmission of that right ». J. H. SPOOR, « Copies in Continental Copyright », in J.H SPOOR, W.R. CORNISH et P.F. NOLAN, *Copies in Copyright*, *op. cit.*, note 12, p. 104. Il note que le silence des textes français quant au sort des copies est chose étonnante : « [...], it remains strange in that case that legislator should not have expressed his intention clearly in one way or the other », *id.*, p. 104. « On se gardera bien de déduire de ces observations que la doctrine du droit de destination est dépourvue de tout fondement légal. Simplement, il faut convenir que le législateur français avait tout le loisir de prendre parti nettement, et qu'il ne l'a pas fait. De ce point de vue, le silence gardé en 1985 ne peut évidemment suffire à dissiper l'équivoque [...] », A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2ième éd., *op. cit.*, note 5, p. 215.

La doctrine française, nous le verrons, lui donnera la réplique sur ce point en développant la théorie du droit de destination.

Spoor semble favorable au rapatriement des principales prérogatives de distribution dans la sphère du droit contractuel. Le contrat d'édition suffirait donc à les organiser. En revanche, on retiendra sa préoccupation pour certaines formes d'exploitation qui ne peuvent entrer sous le contrôle de l'auteur que par la consécration, soit par la loi, soit par les tribunaux, d'un droit de distribution, qu'il soit spécifique - droit de location ou de prêt - ou général.

b) La matérialité du droit de distribution

L'application du droit de distribution aux seuls exemplaires n'est pas une évidence. Elle ne l'a pas été par le passé : nous avons vu dans l'analyse des travaux de Strömholm que le droit de distribution avait été interprété plus largement avant que le législateur allemand n'intervienne. La communauté juridique tente toutefois de mettre fin aux controverses qui auraient pu subsister quant à son objet : c'est la solution d'un droit limité à régir l'exemplaire qui est généralement retenu en droit positif (1).

Outre l'intérêt de rappeler que cette restriction est exposée dans certains traités internationaux, la matérialité de ce droit est au cœur du mécanisme de l'épuisement. C'est essentiellement à partir de cette matérialité que l'on a voulu expliquer sa spécificité. On a choisi de la maintenir, à notre avis, pour arrêter le développement du droit de distribution (2).

1) La définition moderne du droit de distribution

Par distribution, il faut entendre l'acheminement de l'œuvre à son public. Peu importe, a priori, que l'acheminement de l'œuvre se fasse via l'exemplaire ou autrement. Le droit de

---

[163] *Id.*, p. 104, également pp. 111-117.

distribution est donc, dans un sens large, la règle ou l'ensemble de règles qui capte juridiquement les activités de communication directe ou indirecte de l'œuvre. Cette acception large du droit de distribution explique naturellement pourquoi il est difficile de le distinguer du droit de communication au public. Le médium électronique crée alors une confusion des genres, le même acte pouvant être soumis à plusieurs droits tout en constituant une même *distribution*. Pour éviter de répandre l'incertitude, la communauté juridique semble avoir renoué précipitamment avec la *summa divisio* biens corporels/incorporels, réservant des traitements différents selon l'existence ou non d'un exemplaire physique. Le droit de distribution dans la majorité des accords internationaux sera donc assorti d'un carcan tout intellectuel tenant à la nature de l'objet qu'il régit : il s'appliquera seulement aux exemplaires des œuvres et non aux œuvres elles-mêmes. Cette rhétorique ne peut que déplaire[164]. Elle a la résonance d'un péché à peine avouable pour un civiliste. Le droit d'auteur ne peut pas ignorer l'importance de traiter l'exemplaire comme l'œuvre elle-même, au moins dans des situations où il génère un revenu dû à la présence de l'œuvre dans ses atomes. Et si le droit d'auteur pouvait suppléer aux règles qui gouvernent la propriété matérielle ? Le professeur Lucas, parlant des droits de prêt et de location, deux droits que nous classons au registre du droit de distribution, soulève très justement cette ambivalence : « Le lien entre la propriété incorporelle et propriété corporelle est particulièrement étroit pour le droit de location et le droit de prêt des exemplaires de l'œuvre [...] »[165].

En théorie, il semble difficile de justifier le confinement du droit de distribution par la seule nature du bien auquel il s'applique, surtout lorsque l'objectif fondamental est d'établir une mesure de contrôle sur l'usage des œuvres. La nature du droit d'auteur devient subitement trouble en ce sens que sa composition laisserait apparaître des traces de propriété corporelle.

---

[164] Brigitte Castell avait démontré dans sa thèse que l'épuisement du droit de distribution - et donc l'abandon des prérogatives de l'auteur - ne peut pas s'expliquer par le seul transfert du droit de propriété matérielle. Ce transfert est indépendant dans son objet et sa nature des droits conférés au titre de la propriété intellectuelle. Brigitte CASTELL, *L'« épuisement » du droit intellectuel en droit allemand, français et communautaire,* Paris, P.U.F., 1989, pp. 86-95.

[165] A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2ième éd., *op. cit.*, note 5, p. 201.

On a donc emmuré le droit de distribution en le réservant aux supports. La solution semble, en apparence au moins, convenir à la majorité. Puisque le medium physique préexiste à la distribution électronique, il concerne donc uniquement la distribution des exemplaires des œuvres. Voilà une solution bien fragile. La proposition aurait été plus acceptable si au moins on avait écrit : il concerne la distribution des œuvres *quel qu'en soit le support ou le véhicule*. Cette formule si simple et, à notre avis, si juste, qui fait fi du média, aurait pourtant remis en cause le principe de l'épuisement et avec lui, celui de la libre circulation des biens culturels. C'eût été un progrès. Car en réalité, traiter la vente de ce bien comme celle d'une simple marchandise, c'est faire mentir l'interprète. Il est temps de soigner cette myopie, cette irrévérence du droit à l'égard de l'oeuvre.

L'exclusion du domaine numérique interpelle. La priorité qui est ainsi concédée au domaine du tangible ne peut être que chronologique et non normative. Il faut s'en défaire. Le droit d'auteur, nous soumettrons encore, n'a pas su faire le deuil de l'exemplaire, n'a pas osé, au-delà des travaux de la doctrine, explorer le droit de distribution.

Pour les exemplaires comme pour les fichiers numériques, le droit d'auteur demeure inadapté à la distribution[166]. Pour les premiers, il a souvent abdiqué et abandonné la victoire aux propriétaires; pour les seconds, il bafouille, il souffre de dyslexie et parle de reproduction ou de communication alors qu'il s'agira de distribution. Mme Audrey Lebois est en désaccord sur ce point. Pour elle, « si la *summa divisio* droit de reproduction, droit de représentation répond de manière satisfaisante aux défis lancés par l'apparition des exploitations d'œuvres en ligne, nous pensons qu'elle n'est pas adaptée aux droits qui touchent à la circulation et l'utilisation des exemplaires » (nos soulignés)[167]. En note, elle précise encore, « Le droit d'auteur continental n'a pas besoin de la consécration d'un droit de distribution numérique ». Les développements récents au titre du droit de mise à disposition suffisent, à notre avis, à nous convaincre du contraire. Nous lui répondrons dans la seconde et dernière partie de ce titre.

---

[166]Audrey LEBOIS, « Le droit de location et la structure des droits patrimoniaux : la théorie du droit de destination bousculée », Chroniques, *D.* 2002.2322, p. 2325.
[167] Note 33, *Id.*, p. 2325.

Le droit de distribution demeure attaché, à tort selon nous, à la matérialité du médium.

Les deux traités de l'OMPI de 1996 intègrent également, sous un même intitulé « Droit de distribution », une disposition traitant spécifiquement du droit de distribution. Il y est formulé dans des termes similaires, respectivement aux articles 6 et 8 desdits traités[168]. Il s'agit là d'une apparition notable, même si elle vise les seuls exemplaires tangibles des œuvres. La Déclaration commune qui accompagne les articles 6 et 8 précise en effet que : « [...] les expressions « exemplaires » et « original et exemplaires », dans le contexte du droit de distribution [...], désignent exclusivement les exemplaires fixés qui peuvent être mis en circulation en tant qu'objets tangibles»[169].

D'autres accords régionaux avaient fait référence au droit de distribution, mais dans des contextes plus spécifiques[170]. La directive européenne de 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur[171] et celle de 1992 relative au droit de location et de prêt avaient déjà introduit la terminologie de droit de distribution :

---

[168] TODA, article 6, *précité*, note 6 : «Droit de distribution - 1) Les auteurs d'oeuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser la mise à la disposition du public de l'original et d'exemplaires de leurs oeuvres par la vente ou tout autre transfert de propriété.
2) Aucune disposition du présent traité ne porte atteinte à la faculté qu'ont les Parties contractantes de déterminer les conditions éventuelles dans lesquelles l'épuisement du droit prévu à l'alinéa 1) s'applique après la première vente ou autre opération de transfert de propriété de l'original ou d'un exemplaire de l'oeuvre, effectuée avec l'autorisation de l'auteur. ». Quant à l'article 8 le TOIEP, en voici sa rédaction : « - Droit de distribution (1) Les artistes interprètes ou exécutants jouissent du droit exclusif d'autoriser la mise à la disposition du public de l'original et de copies de leurs interprétations ou exécutions fixées sur phonogrammes par la vente ou tout autre transfert de propriété.
(2) Aucune disposition du présent traité ne porte atteinte à la faculté qu'ont les Parties contractantes de déterminer les conditions éventuelles dans lesquelles l'épuisement du droit énoncé à l'alinéa 1) s'applique après la première vente ou autre opération de transfert de propriété de l'original ou d'une copie de l'interprétation ou exécution fixée, effectuée avec l'autorisation de l'artiste interprète ou exécutant ».

[169] *Déclaration commune* TODA, articles 6 et 7. La Déclaration commune concernant le TOIEP et accompagnant l'article 8 est au même effet : « Articles 2.e), 8, 9, 12 et 13 - Aux fins de ces articles, les expressions « copies », « copies ou exemplaires » et « original et copies » dans le contexte du droit de distribution et du droit de location prévus par ces articles désignent exclusivement les copies ou exemplaires fixés qui peuvent être mis en circulation en tant qu'objets tangibles ».

[170] Strömholm écrivait déjà en 1966 que « Cela fait, il convient de se placer sur le plan international. Jusqu'ici le droit de mise en circulation y a joué un rôle fort effacé. Rappelons que la Convention de Berne, le texte international principal en notre matière, ne mentionne que depuis la signature de l'Acte adopté par la Conférence de Stockholm (14 juillet 1967) le droit de reproduction des auteurs. A plus forte raison garde-t-elle un silence complet sur la diffusion des exemplaires». S. STRÖMHOLM, « Le « droit de mise en circulation » dans le droit d'auteur - Étude de droit comparé », *loc. cit.*, note 118, p. 280.

> *Directive programmes d'ordinateur*
> Art. 4. Actes soumis à restrictions
> Sous réserve des articles 5 et 6, les droits exclusifs du titulaire au sens de l'article 2 comportent le droit de faire et d'autoriser:
> [...]
> c) toute forme de distribution, y compris la location, au public de l'original ou de copies d'un programme d'ordinateur. La première vente d'une copie d'un programme d'ordinateur dans la Communauté par le titulaire du droit ou avec son consentement épuise le droit de distribution de cette copie dans la Communauté, à l'exception du droit de contrôler des locations ultérieures du programme d'ordinateur ou d'une copie de celui-ci[172].
>
> *Directive location et prêt*
> Article 9 - Droit de distribution
> 1. Les États membres prévoient:
> - pour les artistes interprètes ou exécutants, en ce qui concerne les fixations de leurs exécutions,
> - pour les producteurs de phonogrammes, en ce qui concerne leurs phonogrammes,
> - pour les producteurs des premières fixations des films, en ce qui concerne l'original et les copies de leurs films,
> - pour les organismes de radiodiffusion, en ce qui concerne les fixations de leurs émissions, au sens de l'article 6 paragraphe 2,
> un droit exclusif de mise à la disposition du public de ces objets, y compris de copies, par la vente ou autrement, ci-après dénommé « droit de distribution » [173]

À leur suite, l'Accord de libre-échange nord-américain, entré en vigueur en 1994, contient un droit de location pour les enregistrements sonores et les programmes d'ordinateur. Cependant, aucune mention ne sera faite à l'endroit du droit de prêt. De plus, et de manière

---

[171] *Directive programmes d'ordinateur, précité*, note 44.
[172] Article 4, *id.*
[173] Article 9, *Directive location et prêt, précité*, note 45. Cette reconnaissance vient après que son préambule l'ait élevé au rang des droits fondamentaux du droit d'auteur : « [...] considérant que la protection appropriée, par les droits de location et de prêt, des oeuvres couvertes par le droit d'auteur et des objets protégés par des droits voisins, ainsi que la protection des objets par le droit de fixation, le droit de reproduction, le droit de distribution, le droit de radiodiffusion et le droit de communication au public, peuvent, dès lors, être considérées comme ayant une importance fondamentale pour le développement économique et culturel de la Communauté; [...] ». On retrouve une formulation identique du droit de distribution à l'article 1706(1)c *Accord de libre-échange nord-américain* (ci-après, l'« ALÉNA ») qui vise plus particulièrement les enregistrements sonores cette fois.

plus générale, l'article 1705(2) prévoit un droit de première distribution, par vente, location ou autrement :

> 2. Chacune des Parties accordera aux auteurs et à leurs ayants droit, en ce qui concerne les oeuvres protégées conformément au paragraphe 1, les droits énumérés dans la Convention de Berne, y compris le droit d'autoriser ou d'interdire
> [...]
> b) la première distribution au public de l'original et de chaque exemplaire d'une oeuvre, par vente, location ou autrement;
> [...] [174]

La présence du droit de distribution dans les traités de 1996 reste toutefois bien plus significative. N'oublions pas en effet que les accords de 1996 cristallisent les plus récents efforts de la communauté internationale en vue de l'harmonisation du droit d'auteur à l'ère numérique, validant ainsi l'actualité et la modernité du sujet du droit de distribution. La présence de ce droit dans un instrument destiné à traduire les changements technologiques peut d'ailleurs surprendre! La Convention de Berne qui n'en touchait mot souffrait, faut-il le dire, d'un vieillissement prématuré provoqué par l'avancée effrénée de la technologie. Elle n'a pas été révisée depuis 1971[175] et ne répondait plus aux préoccupations actuelles, y inclus celles concernant le sort des exemplaires. Les traités de l'OMPI revigorent donc l'intérêt pour la distribution.

La récente directive européenne concernant l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information [176] adopte, sans surprise, une définition restrictive du droit de distribution conforme à celle des Traités de l'OMPI de 1996. Elle confirme la position du législateur européen à son endroit. Son considérant 28 précise que « la protection du droit d'auteur en application de la présente directive inclut le droit exclusif de contrôler la distribution d'une œuvre incorporée à un *bien matériel* » (nos italiques). Cette proposition est consacrée à l'article 4 de la directive qui se lit ainsi :

---

[174] Article 1705(2)b ALÉNA, *id.*.

[175] Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques, Acte de Paris du 24 juillet 1971 (ci-après, la « Convention de Berne 1971 »).

> 4- Droit de distribution.
> 1. Les États membres prévoient pour les auteurs le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute forme de distribution au public, par la vente ou autrement, de l'original de leurs œuvres ou de copies de celles-ci.
> 2. Le droit de distribution dans la Communauté relatif à l'original ou à des copies d'une œuvre n'est épuisé qu'en cas de première vente ou premier autre transfert de propriété dans la Communauté de cet objet par le titulaire du droit ou avec son consentement[177].

On notera enfin que la législation canadienne prend également la direction qui lui est imposée par les Traités de 1996. Le *Projet de loi C-60* prévoit en effet un droit d'effectuer le transfert de propriété pour les objets tangibles uniquement[178].

La matérialité du droit de distribution qui semble désormais être bien établie explique la règle de l'épuisement. C'est elle qui sera maintenant présentée.

2) L'épuisement du droit de distribution

L'épuisement est le produit d'une mixité de droits, le précipité *imparfait* d'une solution cherchant à marier, sinon concilier, deux régimes fort différents, celui des droits corporels et celui des droits incorporels. Il est également présenté comme un instrument d'éviction en

---

[176] *Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*, Journal officiel n° L 167 du 22/06/2001 p. 0010 - 0019 (ci-après, la « Directive société de l'information »)

[177] *Id.*, article 4.

[178] Article 3, *Projet de loi C-60*, *précité*, note 11. On se souviendra que le rapport interministériel canadien, présenté dans le cadre de la réforme actuelle de la loi canadienne, avait conclu que le sujet de la distribution des exemplaires était déjà couvert par le droit de publication. Nous avons répondu à cette proposition, voir *supra*, p. 394. Le rapport pose clairement la question de la conformité du droit canadien au regard de ses obligations internationales : « *Doit-on modifier la Loi afin d'y intégrer un droit de distribution explicite en vue de satisfaire aux exigences des traités de l'OMPI? ».* L'interrogation, franche et incisive, semblait placer notre sujet sous d'heureux auspices. Même s'il risquait fort d'être circonscrit aux seuls exemplaires ; au moins est-il abordé de front. Nous ne pourrions reprocher à notre législateur de se limiter à une telle adhésion de principe. On s'attendait toutefois à une réponse pleine de retenue indiquant, par exemple, que le droit canadien ne connaît pas de droit de distribution ou, à défaut, un renvoi à une étude approfondie sur la question. Industrie Canada, *Stimuler la culture et l'innovation : Rapport sur les dispositions et l'application de la Loi sur le droit d'auteur*, *op. cit.*, note 51.

faveur des utilisateurs : son application empêche l'exercice du droit d'auteur dans certaines situations et sauvegarderait donc le droit des utilisateurs quant à certains usages de l'oeuvre.

Nous présenterons d'abord le mécanisme de l'épuisement et ses fondements (i), les types d'épuisement - national, régional ou international - (ii) avant d'en présenter une critique (iii).

i) La règle de l'épuisement

Ainsi que nous venons de l'indiquer, le droit de distribution est, dans une compréhension classique, tributaire de l'exemplaire. Son sort est irrémédiablement lié à celui du support corporel. Cette interdépendance fait apparaître un phénomène juridique unique : l'épuisement.

Consacré par la loi ou par la jurisprudence, le mécanisme de l'épuisement est une règle de conflit limitant la portée des droits d'exploitation de l'auteur. La première mise en circulation de l'exemplaire par la vente avec le consentement du titulaire du droit de distribution épuise ce droit[179]. Cette proposition nous permet d'aborder les deux conditions essentielles de l'épuisement. D'abord, l'épuisement n'est généralement constaté que si la mise en circulation initiale est le fait d'un transfert de propriété. Ensuite, il faut que ce premier transfert de propriété ait été consenti par l'auteur. Les traités de l'OMPI de 1996 réfèrent à ces principes élémentaires en énonçant qu'il appartient aux pays signataires de préciser dans quelle mesure l'épuisement « s'applique après la première vente ou autre opération de transfert de propriété de l'original ou d'un exemplaire de l'œuvre, effectuée avec l'autorisation de l'auteur »[180]. Ces conditions, désormais codifiées dans un instrument

[179] Frédéric POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination*, Paris, L.G.D.J., 1989, p. 347.

[180] « [...] a definition of the basic conditions for exhaustion is provided for. Exhaustion may only occur « after the first sale or other transfer of ownership of the original or a copy of the work with the authorization of the author ». It is important to note that exhaustion may under no circumstances take place in the case of putting into circulation without the consent of the author », J. REINBOTHE et S. VON LEWINSKI, *The EC Directive on Rental and Lending Rights and on Privacy*, *op. cit.*, note 8, pp. 86-87.

international, sont généralement celles reconnues par les législations nationales qui retiennent l'épuisement[181].

Dans ses effets, l'épuisement fait « perdre au titulaire d'un droit de propriété intellectuelle les prérogatives qui lui permettent d'interdire une mise en circulation ultérieure des produits protégés »[182]. Cette règle est elle-même soumise à de nombreuses restrictions - autant d'espaces à la renaissance du droit exclusif -, souvent développées par la jurisprudence et repose sur des bases théoriques fragiles[183]. Dans ce sens, l'épuisement ne constitue pas une règle de conflit absolue ni une explication satisfaisante de la destitution des droits de l'auteur par les propriétaires des objets matériels. Cette proposition est particulièrement vraie dans les pays qui ne reconnaissent pas expressément le principe comme la France et le Canada. Dans ce dernier cas, elle serait au mieux un principe d'interprétation de la loi sur le droit d'auteur. Ici, la théorie de l'épuisement n'a finalement pas plus de valeur que son contraire, celle de la destination. Ces propos valent encore plus pour le droit canadien qui cherche encore sa voie à ce sujet[184]. Une conception généreuse du droit de distribution favorable aux auteurs va dans le sens de la doctrine du droit de destination que l'on retrouve en droit français et belge notamment et que nous présenterons plus loin. Ici, le droit d'auteur suit l'exemplaire dans ses différents transports[185]. À l'inverse, lorsque l'aliénation de l'objet fait cesser ses effets, comme c'est le cas en droit anglais et américain, les prérogatives de l'auteur sont considérablement diminuées.

---

[181] Revenant sur les conditions de transfert de propriété initial et de consentement posées par les traités de 1996 au titre du droit de distribution les auteurs J. Reinbothe et Lewinski ajoutent que : « [...] it is only under these conditions that Contracting Parties are free to choose their model of exhaustion of the distribution right. In other words, the freedom of Contracting Parties is limited by the definition of the conditions for exhaustion contained in Article 6(2) WCT », *id.*, p. 87. Nous noterons également que le *Projet de loi C-60* qui donnerait suite à la ratification par le Canada des traités de 1996, est défaillant sur au moins une des conditions précitées puisqu'il n'introduit aucunement la condition du consentement.

[182] Dominique GRAZ, *Propriété intellectuelle et libre circulation des marchandises : étude de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle en droit suisse, en droit communautaire et selon l'Accord de libre-échange Suisse-CEE*, Genève, Librairie Droz, 1988, p. 68

[183] *Id.*, p. 68.

[184] Il est vrai que le *Projet de loi C-60* semble introduire implicitement la notion d'épuisement puisque la formule actuelle indique que le droit d'effectuer le premier transfert de propriété vise seulement « la forme matérielle et tangible de l'œuvre *qui n'a jamais fait l'objet d'un tel transfert* » (nos italiques), article 3 du *Projet de loi* modifiant l'article 3(1) *Lda.*, *précité*, note 11.

De manière générale, les pays qui reconnaissent un droit de distribution soumettent ce dernier à l'épuisement[186] ou, ce que l'on nomme aux États-Unis, à la doctrine de la première vente. Plusieurs raisons sont avancées pour justifier cette extinction du droit d'auteur. Selon les auteurs Melville B. et David Nimmer, le droit de distribution est un complément nécessaire au droit de reproduction. Prenant un exemple inusité, les auteurs écrivent encore que le droit de reproduction n'accorde aucun secours à l'auteur lorsque des exemplaires de son œuvre, fabriqués avec son consentement, ont été volés puis distribués illégalement. Le droit de distribution viendrait donc pallier ce *vacuum*. Mais hors de cette fonction, il n'a plus lieu d'exister :

> This rationale becomes inapplicable in the situation where the copyright owner first consents to the sale or other distribution of copies or phonorecords of his work. In such circumstances, the copyright owner wishes still to prevent unauthorized reproduction, but it is no longer for the purpose of preventing distribution of the copies or phonorecords that have been released into the public channels because, by hypothesis, he has already consented to such disposition of his work. [...]. In such circumstances, continued control over the distribution of copies is not so much a supplement to the intangible copyright, but is rather primarily a device for controlling the disposition of the tangible personal property that embodies the copyrighted work. Therefore at this point, the policy favoring a copyright monopoly for authors gives way to the policy opposing restraints of trade and restraints on alienation[187].

L'épuisement constitue donc principalement une digue destinée à contenir l'exercice dit *monopolistique* du droit d'auteur. La théorie de l'épuisement sert à définir les contours du droit d'auteur, ses limites. Réduite à sa plus simple expression, il s'agit de savoir dans quelle mesure le titulaire du droit d'auteur peut contrôler la circulation ou les usages subséquents des exemplaires de son œuvre une fois mis en circulation avec son consentement.

---

[185] Avec certaines limites cependant puisque le commerce des livres usagers ne semble pas être interdit en France alors qu'il s'agirait d'une entorse au droit de distribution de l'auteur.

[186] C'est le cas notamment du droit allemand depuis 1901. Voir, D. REIMER, « Le droit de mise en circulation, en particulier la location et le prêt des livres et des disques », *loc. cit.*, note 79, p. 57. Mais aussi du droit hellénique. Sur ce dernier point, Georges KOUMANTOS, « La nouvelle loi hellénique sur le droit d'auteur et les droits voisins », (1994) 159 *R.I.D.A.* 205.

La question de l'épuisement ne se pose d'abord réellement que si la règle a un objet, c'est-à-dire un droit qui *s'épuise*. Or seul le droit de distribution s'épuise. C'est la solution retenue par les traités de l'OMPI de 1996[188]. On songe alors au droit de reproduction qui n'est pas affecté par cette règle et dont l'activité est maintenue au cours des multiples opérations menant à l'usage final. Le droit de reproduction dans ce sens ne s'épuise donc pas - ni d'ailleurs le droit de représentation; il est absolu dans son principe d'application même si la loi et la jurisprudence l'assortissent d'autres types de tempéraments tels, par exemple, l'utilisation équitable[189].

Le marché de l'occasion présente une illustration particulièrement intéressante des effets de l'épuisement. Les titulaires de droit peuvent-ils autoriser ou interdire cette seconde vie donnée à l'exemplaire ? D'abord, ces situations n'impliquent pas le droit de reproduction au sens littéral. Il n'implique pas non plus celui de représentation. Le droit de distribution, quant à lui, prolongerait effectivement le droit de reproduction au-delà de la fabrication et de la première mise à disposition de l'œuvre. Ici, l'épuisement a un effet, celui de supprimer la jouissance d'un droit dont la loi a par ailleurs prévu l'exercice. Le droit américain illustre bien le mécanisme.

Mais qu'en est-il des législations qui, comme la loi canadienne ou la loi française, ne connaissent pas de droit de distribution ? Comment peut-on soutenir, sans tomber dans le paradoxe, que le droit de distribution s'épuise ? L'épuisement vise-t-il un autre droit spécifique du droit d'auteur, l'un les droits de l'article 3(1) *Lda*, tous ? Nous devons répondre par la négation. Les droits de reproduction ou d'exécution publique continuent à jouer même au-delà de la première vente. Ainsi donc, les reprographies, photocopies, télécopies, déchargement, téléchargement sont en théorie autant d'opérations qui peuvent conditionner l'usage d'une œuvre et que la loi et les tribunaux sanctionnent. Ceci explique

---

[187] NIMMER, *op. cit.*, note 12, 8-150.4.

[188] Les traités de 1996 introduisent le concept d'épuisement uniquement au sujet du droit de distribution pour prévoir que les États signataires décident seuls de la mesure de cet épuisement et de sa mise en œuvre. Articles 6 TODA, 8 TOEIP.

[189] Voir, en droit canadien, les articles 29 et suivants *Lda*. En général, Gillian DAVIES, *Copyright and The Public Interest*, 2ième éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2002.

d'ailleurs que le droit français ne connaît pas de règle générale d'épuisement puisqu'il n'existe pas de droit à épuiser - seulement une disposition spécifique visant l'épuisement du droit de mise en marché des programmes d'ordinateur. Pareillement, les droits de location ont pour fonction précise de restreindre l'usage de l'exemplaire. Il serait donc illogique d'en inhiber l'effet. D'ailleurs, lorsque l'épuisement du droit de distribution est prévu, il concerne généralement uniquement la vente, et le droit de location est généralement soustrait à son application[190].

Voyons désormais les types d'épuisement.

ii) Présentation sommaire des types d'épuisement

Pour les raisons précédemment exposées, l'élément qui provoque l'application du mécanisme de l'épuisement du droit de distribution est en principe l'aliénation de l'exemplaire. Il s'agira de la vente ou de tout autre type de transfert de propriété. Or, le transfert de propriété peut très bien avoir lieu à l'étranger avec le consentement du titulaire des droits dans le pays domestique. La dimension internationale du commerce des objets du droit d'auteur et la divisibilité de ce dernier font que l'on distingue souvent l'épuisement national de l'épuisement régional ou international[191].

---

[190] Voir notamment l'article premier, paragraphe 4, de la *Directive location et prêt, précité*, note 45 : « Les droits visés au paragraphe 1 ne sont pas épuisés par la vente ou tout autre acte de diffusion d'originaux et de copies d'oeuvres protégées par le droit d'auteur ou d'autres objets mentionnés à l'article 2 paragraphe 1 ». *Directive location et prêt, précité*, note 45. Voir les Articles 18(3)a) et b) CDPA et L 122-6 (3) *C. propr. intell.* La loi française est la plus explicite sur ce point : « La mise sur le marché à titre onéreux ou gratuit, y compris la location, du ou des exemplaires d'un logiciel par tout procédé. Toutefois, la première vente d'un exemplaire d'un logiciel dans le territoire d'un État membre de la Communauté européenne ou d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen par l'auteur ou avec son consentement épuise le droit de mise sur le marché de cet exemplaire dans tous les États membres à l'exception du droit d'autoriser la location ultérieure d'un exemplaire. La solution semblait la même en droit américain. Désormais cette solution est expressément reconnue à l'article 109(b)(1)(a), 17 U.S.C. en ce qui concerne le droit de location des logiciels et des enregistrements sonores. La loi canadienne reste muette à ce sujet.

[191] En général, D. GRAZ, *Propriété intellectuelle et libre circulation des marchandises*, *op. cit.*, note 182. Voir aussi, Jean-Sébastien BRIÈRE, « Importation parallèles : quand les marchés gris nous en font voir de toutes les couleurs ! », dans *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, Cowansville, Yvon Blais, 2002, 121, p. 132.

On parle d'épuisement national lorsque le fait extincteur est réalisé dans l'espace territorial de compétence nationale. L'affaire *Théberge* donne un exemple de situation dans laquelle seule la question de l'épuisement national des droits serait envisagée. Dans de tels cas, il suffit généralement de déterminer si l'exemplaire de l'œuvre - des affiches dans *Théberge* - a été mis en circulation par la vente et si cette première vente a été autorisée. Si l'on veut se plier à l'exercice en droit américain, il ne fait aucun doute que l'acheteur des affiches, placé dans une situation identique à celle présentée dans l'affaire *Théberge*, pourrait de bon droit invoquer la doctrine de la « première vente ». Sont donc examinées ici les conditions d'application pure et simple des règles relatives au droit de distribution. Autrement dit, l'ensemble des faits appréhendés par le droit est couvert par la législation nationale. On rappellera que la législation canadienne ne connaissant pas le droit de distribution, il est logique de ne pas trouver dans *Théberge,* ni même dans la loi, la moindre indication au regard de la notion d'épuisement national. Le *Projet de loi C-60* contiendrait implicitement un mécanisme d'épuisement puisque le texte fait référence au droit d'effectuer un transfert de propriété d'un objet tangible « n'ayant *jamais fait* l'objet d'un tel transfert »[192].

Il y a épuisement international lorsque le ou les droits de propriété intellectuelle prévus par la législation nationale s'épuisent par l'aliénation de l'exemplaire ou de l'objet du droit d'auteur hors du territoire domestique. Cette soumission de la loi nationale à un acte ayant eu lieu à l'étranger - la mise en circulation - peut être le fait d'un accord régional. On parle alors d'*épuisement régional* dans la mesure où seul la mise en marché dans un pays signataire épuise les droits de propriété intellectuelle ou l'un de ses démembrements (pour le droit d'auteur ce sera le droit de distribution). Les droits anglais et français sont liés par un tel principe en vertu des dispositions 24 à 28 du *Traité instituant la communauté européenne*[193] et du jeu des différentes directives que nous avons évoquées précédemment. La libre circulation des biens prévaut donc dans l'espace économique européen à moins d'une dérogation spéciale. Le principe est ici l'épuisement. L'exercice des droits exclusifs sera possible, même s'ils font obstacles au principe de la libre circulation, à la seule

[192] Nos italiques, article 3 du *Projet de loi C-60, précité*, note 11.
[193] *Traité instituant la communauté européenne* (version consolidée), *Journal officiel n° C 325 du 24 décembre 2002.*

condition qu'ils ne constituent pas « un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres »[194].

En l'absence de texte conventionnel, la question de l'épuisement international devient complexe du fait de l'élément d'extranéité. La mise en marché ayant été réalisée à l'étranger, le principe de territorialité des lois de propriété intellectuelle fait en sorte que l'acte ne devrait pas avoir d'effets dans l'ordre interne[195]. L'épuisement international renvoie donc largement à l'application des principes de droit international privé et n'existe pas en absence de texte[196]. Il faut rappeler également que, sur cette question, les intérêts des pays exportateurs ou producteurs sont radicalement opposés à ceux des pays importateurs qui sont plus sensibles au principe de l'épuisement. On comprendra ainsi que les accords ADPIC (article 6 - *Épuisement*[197]) évacuent la problématique et laissent aux pays signataires le soin d'aménager leur propre politique commerciale :

---

[194] Article 30, *précité*. Moritz RÖTTINGER, « L'épuisement du droit d'auteur », (1993) 157 *R.I.D.A.* 51, pp. 63 et s. F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination*, *op. cit.*, note 179, p. 403 et s.; B. CASTELL, *L'« épuisement » du droit intellectuel en droit allemand, français et communautaire*, *op. cit.*, note 164, p. 165 et s. Et aussi, parmi les nombreux articles et commentaires de doctrine, Janelly FOURTOU, « La position du Parlement européen sur l'épuisement des droits de propriété intellectuelle: Vers un dérapage ? », (2002) 209 *R.I.P.I.A.* 56. A DIETZ, « The Harmonization of Copyright in the European Community », (1985) 16 *I.I.C.* 379; Gerhard REISCHL, « Droit d'auteur et libre circulation des marchandises dans le marché commun », (1982) 95 *D.A.* 116.

[195] Voir sur cette question et plus particulièrement sur la qualité d'auteur en droit international l'excellent texte de Paul L. C. TORREMANS, « The Law Applicable to Copyright : Which Rights are Created and Who Owns Them », (2001) 188 *R.I.D.A* 37. Également, soulevant la question de l'extranéité de la création, *Itar-Tass Russian News Agency* v. *Russian Kurier, Inc.*, 153 *F.*3d 82 (2d Cir. 1998, Cour d'appel).

[196] Dans ce contexte il est d'ailleurs difficile de connaître la portée (nationale ou internationale) l'épuisement implicitement prévu au *Projet de loi C-60*. En effet, le projet de loi n'indique pas si l'article 3(1)j) devrait être compris comme visant uniquement le transfert de propriété d'un exemplaire « n'ayant jamais fait l'objet d'un tel transfert » au *Canada*. Si la clause devait se lire ainsi, c'est-à-dire dans un contexte géographiquement limité au territoire canadien, alors il n'y aura pas d'épuisement international puisqu'un premier transfert hors du Canada n'épuiserait pas le droit d'effectuer le « transfert de propriété ». Un élément de réponse se trouve dans la proposition canadienne faite au cours des travaux de 1995 du Comité d'experts de l'OMPI sur un éventuel protocole relatif à la Convention de Berne, proposition en faveur d'un droit exclusif de distribution limité par un épuisement international obligatoire. Voir, J. REINBOTHE et S. VON LEWINSKI, *The EC Directive on Rental and Lending Rights and on Privacy*, *op. cit.*, note 8, p. 82. En l'état du *Projet de loi C-60*, la question de la portée réelle du nouveau paragraphe 3(1)j) reste ouverte. *Projet de loi C-60, précité,* note 11.

[197] L'article 6 se lit ainsi : « Aux fins du règlement des différends dans le cadre du présent accord, sous réserve des dispositions des articles 3 et 4, aucune disposition du présent accord ne sera utilisée pour traiter la question de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle », *précité*, note 7.

> [...] the TRIPs Agreement leaves it entirely to the Member States to regulate the exhaustion of rights, although it acknowledges it as an « issue ».
>
> The lack of a TRIPs regulation of the exhaustion of IPRs may be ascribed to the absence of consensus among the Member States as to most appropriate manner to deal with this issue. The exhaustion of IPRs is one of the issues that have traditionally divided the developed and the developing countries. The former usually prefer and apply in their domestic legislation a territorial exhaustion of IPRs, while the latter subscribe to the more liberal international exhaustion of rights.[198]

Les traités de l'OMPI contiennent également une clause de dédit de ce type - même si à la grande différence des accords ADPIC, ils consacrent un droit de distribution. L'Article 6(2) TODA en particulier prévoit qu'« aucune disposition du présent traité ne porte atteinte à la faculté qu'ont les Parties contractantes de déterminer les conditions éventuelles dans lesquelles l'épuisement du droit prévu à l'alinéa 1) s'applique après la première vente ou autre opération de transfert de propriété de l'original ou d'un exemplaire de l'œuvre, effectuée avec l'autorisation de l'auteur ». L'article 8(2) TOIEP est au même effet.

Rappelons également que la circulation internationale des exemplaires, à l'image de ce qui se passe au niveau national, ne met généralement pas en jeu le droit de reproduction; mais, lorsqu'une situation permet de l'invoquer, il s'applique sans réserve. À ce titre, notons qu'un auteur canadien peut interdire en France la numérisation de son œuvre mise sur en marché ici comme là sous la forme d'un livre. Ces usages subséquents sont constitutifs d'un acte de contrefaçon et sont couverts par le mécanisme du traitement national.

Hormis ces situations, le contrôle sur la distribution de l'exemplaire ne pourrait reposer que sur la base d'un droit de distribution et, selon le cas, plus spécifiquement, d'un droit de mise en circulation, d'un recours en importation ou, mais son application est très incertaine, d'un droit de première publication. L'étude de la question de la distribution ou de

---

[198] Carlos M. CORREA et Abdulqawi A. YUSUF, *Intellectual Property and International Trade : The Trips Agreement*, Londres, Kluwer International Law, 1998, p. 18. Également, en generis, Daniel GERVAIS, *The TRIPS Agreement*, 2ième éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2003.

l'épuisement international en droit d'auteur revient donc presque exclusivement à étudier les mesures contre l'importation. L'empreinte territoriale des lois sur le droit d'auteur explique la présence des recours civils en matière d'importation. C'est ainsi, par exemple, que l'article 602 de la loi américaine, article qui vise les importations, renvoie à l'article 106(a) U.S.C. qui pose le principe du droit de distribution. La question est d'ailleurs de savoir si les dispositions de l'article 602 U.S.C. sont à l'abri de l'épuisement prévu sous l'article 109(a) U.S.C.. Dans l'affirmative, l'auteur recouvrirait le plein contrôle de la distribution internationale de son œuvre.

Avec le professeur Koumantos, nous pouvons dire ainsi que « le droit d'importation n'est, au fond, que la variante géographique du droit de destination »[199] ou, ce qui revient au même, le prolongement du droit de distribution sans épuisement. Les dispositions relatives à l'importation contournent la problématique liée à l'extranéité du fait auquel se rattache normalement l'épuisement, c'est-à-dire l'aliénation de l'objet incorporant l'œuvre. Il n'est plus alors nécessaire de considérer l'application d'un droit substantif, ni même d'examiner l'effet, dans l'ordre interne, d'une distribution ayant eu lieu à l'étranger. La loi introduit ici un mécanisme dont l'élément générateur de droit est l'introduction sur le territoire d'exemplaires de l'œuvre sans l'autorisation de son auteur alors même que les exemplaires ont pu être fabriqués avec son consentement. Ces dispositions se heurtent aux accords internationaux concernant le commerce des biens puisqu'ils constituent un empêchement à la libre circulation des biens.

Aussi, en abordant le sujet de l'épuisement international, il faut distinguer deux hypothèses. Admettons dans un premier cas que le titulaire du droit d'auteur dans le pays domestique veuille interdire l'importation d'exemplaires fabriqués à l'étranger sans son consentement. Le titulaire, s'il est résident ou citoyen d'un pays de l'Union de Berne, bénéficiera du traitement national et pourra donc revendiquer la même protection que les auteurs du pays du lieu de la fabrication et, dès lors, faire sanctionner la violation du droit de reproduction dans ce pays. On comprend également que l'importation, dans le pays, des objets contrefaits pourra être interdite. Cette solution semble justifiée : l'exemplaire contrefait

conserve son caractère contrefaisant au sens de la loi nationale. La problématique est différente lorsque l'illégalité ne résulte pas d'une contravention à la loi - fabrication sans l'autorisation du titulaire des droits - mais à un contrat d'exclusivité. On le sait, le droit d'auteur peut être divisé territorialement[200]. Des contrats de concessions et de distribution limitent donc territorialement les droits de fabriquer et de distribuer les produits. L'épuisement international peut dès lors se justifier du fait que l'auteur lui-même a autorisé la fabrication et la distribution de l'exemplaire à l'étranger. La question devient alors de savoir si le titulaire du droit d'auteur dans le pays domestique peut s'opposer à la distribution dans son pays d'exemplaires fabriqués avec son consentement à l'étranger. Ici les lois et les solutions prétoriennes divergent. Le traitement de cette question est destiné au chapitre traitant des recours en importation.

iii) Justifications et critiques de la règle de l'épuisement

La doctrine, avant nous, s'était interrogée sur l'utilité d'un tel concept. L'auteur Cohen Jehoram écrivait déjà en 1988 : « En doctrine, on s'est demandé si le concept de l'épuisement était bien utile. Que l'on opte pour l'épuisement ou bien pour une formulation limitée du droit, ce serait avant tout un problème technique de législation : par exemple « l'auteur a le droit de décider de la première diffusion de chaque exemplaire » »[201].

---

[199] G. KOUMANTOS, « La nouvelle loi hellénique sur le droit d'auteur et les droits voisins », *loc. cit.*, note 186, p. 221.

[200] Par exemple, l'article 13(4) *Lda.* : « Le titulaire du droit d'auteur sur une oeuvre peut céder ce droit, en totalité ou en partie, d'une façon générale ou avec des restrictions relatives au territoire, au support matériel, au secteur du marché ou à la portée de la cession, 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». L'article L. 131-3 *C. propr. Intel.* est même très formaliste : « la transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à sa durée ».

[201] Herman COHEN JEHORAM, « L'épuisement du droit d'auteur aux Pays-Bas », (1988) 137 *R.I.D.A.* 59, p. 60.

L'option législative ouvre à notre avis sur un véritable questionnement théorique sur la nature du droit d'auteur. Il en va donc de la définition et de la portée des droits de propriété intellectuelle, pas seulement d'une technique législative[202].

L'épuisement se présente avant tout comme une règle de conflit entre les droits de propriété intellectuelle et des principes en apparence incompatibles. Mais quels sont ces *principes* ? Il s'agit principalement de ceux qui régissent le droit des biens et le droit commercial. Techniquement, le droit de propriété matérielle de l'acquéreur de l'exemplaire résiste à l'invasion du droit intellectuel. L'épuisement est donc d'abord le résultat d'un empêchement technique (1). Mais il trouve rapidement appui dans le principe de droit commercial de libre commercialisation (2). L'épuisement a pu également être expliqué par le recours à l'idée de récompense : la première vente de l'exemplaire suffirait pour amortir financièrement l'absence de contrôle sur les exploitations subséquentes (3). Plus récemment, enfin, est apparue l'idée d'un droit des utilisateurs qui viendrait limiter l'étendue des prérogatives patrimoniales de l'auteur lorsque celles-ci empiètent sur la jouissance finale de l'œuvre. L'acquisition de l'exemplaire emporte une jouissance d'usage sur celui-ci qui ne peut être remise en cause par l'auteur (4).

1) La propriété matérielle

L'épuisement est souvent présenté comme une conséquence logique du transfert de propriété[203]. Les prérogatives de l'auteur doivent cesser devant celles du propriétaire du bien dans lequel l'œuvre est incorporée[204]. Cette hiérarchie des normes, articulée autour de

---

[202] Sur les divergences ou convergences des systèmes dits « ouverts » et « fermés », A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright, divergences et convergences*, *op. cit.*, note 116, p. 146. Alain Strowel écrira ainsi qu'« en zone copyright, l'extension des droits des auteurs se réalise par voie législative, par l'adjonction de nouvelles prérogatives dans la loi, alors que dans le système de droit d'auteur, l'expansion des droits se fait plus facilement par l'intermédiaire des juges. Ce qui, certes, rend moins apparent ce phénomène d'expansion, mais a aussi pour effet de le fragiliser : la théorie jurisprudentielle et doctrinale du droit de destination en est un exemple », *id.*, p. 146.

[203] H. COHEN JEHORAM, « L'épuisement du droit d'auteur aux Pays-Bas », *loc. cit.*, note 201, citant Kohler, p. 65.

[204] La *common law* autant et le droit civil admettent difficilement les transferts incomplets de droit, source d'instabilité dans les échanges. C'est pour cette raison que les restrictions sont exceptions. Le droit d'auteur

la nature corporelle ou non du bien objet de droit, nous semble être un argument critiquable. Il perd de sa force lorsqu'on le sort de sa rhétorique et qu'on lui apporte un éclairage plus juste : le transfert de propriété sur l'objet n'emporte pas celui de la propriété intellectuelle[205].

Brigitte Castell a critiqué la thèse de la priorité des droits réels, thèse qui revient finalement à faire plier le droit de propriété intellectuelle devant le mécanisme du droit civil alors que le transfert lui-même a pour seul objet le transport de la production intellectuelle elle-même[206].

L'argument de la propriété matérielle, aussi faible et contesté qu'il soit, semble pourtant encore convaincre. Il est notamment présent dans les motifs du juge Binnie dans l'arrêt *Théberge* c. *Galerie d'art du Petit Champlain Inc* de la Cour suprême du Canada lorsque, critiquant la position de la dissidence, il énonce que : « À mon humble avis, mon collègue le juge Gonthier attribue une portée trop étroite aux droits de l'acheteur en sa qualité de propriétaire de l'affiche, c.-à-d. de l'objet incorporant l'expression protégée par le droit d'auteur, et il accorde trop de droits à l'artiste qui a autorisé l'impression et la vente de l'affiche achetée »[207].

étant perçu comme une restriction à la jouissance de l'exemplaire, on peut expliquer par cet attachement aux règles gouvernant les droits réels que le législateur puisse privilégier la doctrine de l'épuisement pour faire cesser ce lien qui limite le droit du propriétaire. Voir notamment l'affaire américaine, *Sebastian Int'l, Inc.* v. *Consumer Contacts (PTY) Ltd.*, (1988) 847 *F.2d.* 1093, 1096 (3d. Circ.).

[205] La loi américaine édicte même un tel principe même qu'il semble difficile de marier avec la théorie de la première vente (article 202, 17 U.S.C.): « Ownership of a copyright, or of any of the exclusive rights under a copyright, is distinct from ownership of any material object in which the work is embodied. Transfer of ownership of any material object, including the copy or phonorecord in which the work is first fixed, does not of itself convey any rights in the copyrighted work embodied in the object; nor, in the absence of an agreement, does transfer of ownership of a copyright or of any exclusive rights under a copyright convey property rights in any material object ». La loi française comporte un énoncé similaire sous son article L 111-3 *C. propr. Intel.* : « La propriété incorporelle définie par l'article L. 111-1 est indépendante de la propriété de l'objet matériel. L'acquéreur de cet objet n'est investi, du fait de cette acquisition d'aucun des droits prévus par le présent code sauf dans les cas prévus par les dispositions des deuxième et troisième alinéas de l'article L. 123-4 ».

[206] B. CASTELL, *L'« épuisement » du droit intellectuel en droit allemand, français et communautaire*, *op. cit.*, note 164, pp. 86-95. Dans ce sens également, F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination*, *op. cit.*, note 179, p. 347 et s. et dans en conclusion générale, p. 495 et s.

2) Propriété matérielle et libre commercialisation des biens

En second lieu, l'épuisement a pu être expliqué en soulignant la nécessité économique de sortir la commercialisation des œuvres et/ou des biens du droit de propriété intellectuelle[208]. C'est le principe de l'épuisement européen, principe qui est mis généralement en avant lors des négociations d'accords internationaux visant l'intégration des marchés. Il cristallise le principe de la libre circulation des biens dans un cadre géographique étendu. Ici la théorie de l'épuisement « sert à libérer les échanges de produits auxquels s'appliquent les droits intellectuels, elle ne porte que sur la commercialisation des produits »[209]. Ainsi, le droit d'auteur, comme le droit du breveté, est limité au droit de fabrication et ne s'étend pas à l'exploitation[210]. Selon Brigitte Castell, c'est à l'éminent Kohler que « revient le mérite d'avoir été le premier en Europe à expliquer l'« épuisement » en s'appuyant sur le but de la prérogative de commercialisation »[211]. L'argument du libre échange se nourrit donc de celui de la propriété matérielle.

L'épuisement supprimerait les aspérités entre le droit de propriété intellectuelle et le principe de libre circulation des biens. On trouve ainsi dans les propos de Castell une explication plausible à la disparition des droits de vendre et distribuer contenus dans les premières lois sur le droit d'auteur. Observant les développements du droit des brevets allemand, elle écrit :

> En Allemagne les interprètes de la loi sur les brevets étaient confrontés à des dispositions générales qui paraissent étendre le droit exclusif de commercialisation du breveté à tous les modes d'activité économique (production, commerce, usage) et à tous les stades d'exploitation du produit depuis sa

---

[207] *Théberge* c. *Galerie d'art du Petit Champlain Inc.*, *précité*, note 80, p. 346.

[208] « Il nous apparaît qu'il est vain de vouloir trouver une justification juridique de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle. Sa pertinence réside en réalité dans des impératifs d'ordres économiques ». Dominique GRAZ, *Propriété intellectuelle et libre circulation des marchandises*, *op. cit.*, note 182, p. 67. Ici les vues sont partagées et ces divergences expliquent que la question de l'épuisement ait été laissée aux États dans les accords ADPIC et OMPI. J. REINBOTHE et S. VON LEWINSKI, *The EC Directive on Rental and Lending Rights and on Privacy*, *op. cit.*, note 8, pp. 84-85.

[209] B. CASTELL, *L'« épuisement » du droit intellectuel en droit allemand, français et communautaire*, *op. cit.*, note 164, p. 19.

[210] *Id.*, pp. 95-106.

[211] *Id.*, p. 95.

> fabrication jusqu'à la vente au consommateur final. Les juristes ont cherché un correctif susceptible de restreindre l'étendue du droit de commercialisation qu'ils jugeaient excessive et incompatible avec l'application du principe de libre circulation des produits[212]

Il nous semble que l'idée selon laquelle l'acte de fabrication serait l'acte principal générateur des droits de propriété intellectuelle est fort réductrice. Nos développements quant à la nature du droit d'auteur s'inscrivent d'ailleurs en totale contradiction avec cette lecture. On chercherait à imposer au droit d'auteur un code de conduite rigoureux lorsque ses effets interfèrent avec le libre exercice du commerce alors que la propriété qu'il organise est le moteur de ce commerce. Et il est vrai que le droit d'auteur peut créer des distorsions dans les mécanismes du droit commercial puisqu'il peut gêner non seulement l'usage, mais également la circulation des biens mis dans le commerce. Mais, ces distorsions ne se traduisent pas par un empêchement au commerce. Elles doivent se traduire au contraire par un aménagement de la distribution pour prendre en compte les intérêts légitimes de l'auteur et le plus pécuniaire de ceux-ci, le moins contestable, est le droit à rémunération. On doit ainsi se demander si ce n'est pas plutôt les règles du commerce qui déforment la compréhension du marché des produits culturels. Avant d'être produits, ils sont culturels.

En droit américain, on oppose à cette vision protectrice l'idée du progrès - comme si propriété intellectuelle et progrès se devaient d'être des notions antinomiques. On nous a plutôt enseigné que le deuxième ne va pas sans son premier. L'article I, § 8, clause 8, de la Constitution des États-Unis d'Amérique revêt ici une signification particulière. Définissant la compétence de l'organe législatif, il énonce que le Congrès américain « shall have Power ... To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries » (nos soulignés). En ne retenant que les passages soulignés, la clause constitutionnelle peut plébisciter une conception étroite du droit d'auteur, créant ainsi un milieu favorable à la théorie de l'épuisement[213] et un principe justifiant les restrictions au droit d'auteur.

---

[212] *Id.*, p. 97.

[213] Voir notamment *Eldred* v. *Ashcroft*, 123 *S. Ct* 769 (Supreme Court, 2003), 778 (justifiant l'intervention du Congrès pour allonger la durée de protection du droit d'auteur). Également, *Quality King Distributors. Inc.* v. *L'Anza Research Int'l, Inc.*, *précité*, note 19. La Cour suprême des États-Unis dans ce dernier arrêt en favorisant la doctrine de la première vente énonce : « In construing the statute, however, we must remember that its principal purpose was to promote the progress of the « useful Arts » ». Cette interprétation privilégierait l'objectif social au détriment des droits des créateurs. Les auteurs Melville B. et David Nimmer ne sont pas de cet avis. Commentant la position prise par la Cour suprême dans cet arrêt, ils écrivent : «Given

Cette conception *marchande* du droit d'auteur n'est pas étrangère au droit canadien bien qu'elle soit plus difficile à discerner. À défaut de clause constitutionnelle, c'est dans la jurisprudence qu'il faut puiser. La Cour suprême a trouvé dans le principe de libre concurrence - *Consumers Distributing Co. v. Seiko Time Canada Ltd.*[214]-, puis dans son corollaire, le droit de l'utilisateur - *Théberge* -, des limites conceptuelles aux droits de propriété intellectuelle. Les tribunaux qui sont saisis des litiges mettant en évidence les aspérités entre droit d'auteur et droit commercial en rappellent souvent l'enjeu, mais se gardent bien de trancher. Outre les arrêts *Seiko* et *Théberge* qui coopteraient le principe de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle, la jurisprudence canadienne fait preuve d'une remarquable retenue à l'égard de la problématique. Rendus dans une cause relevant de l'application du droit des marques, les propos du juge Linden dans l'affaire *United Artists Pictures Inc.* v. *Pink Panther Beauty Corp.*[215] reflètent assez bien cette attitude :

> Le problème qui se pose pour les régimes de propriété intellectuelle est de fixer la ligne de démarcation entre le droit de copier et le droit d'entrer en concurrence. Il s'agit de se demander ce qui mérite réellement le statut de propriété et ce qui ne constitue en réalité qu'un élément du marché, que tous les compétiteurs devraient pouvoir utiliser dans les efforts qu'ils déploient pour réussir. J'estime sage de garder cette question à l'esprit[216].

La jurisprudence canadienne fuit donc la discussion concernant le droit de distribution et son éventuel épuisement et évite les énoncés de principe trop bruyants, préférant de loin les *obiter dicta*. L'auteur Sunny Handa attribue cet abstentionnisme juridique à l'absence de direction politique. Selon lui, à défaut de principes directeurs, par exemple sous forme d'une formule constitutionnelle, la détermination des limites du droit d'auteur devient un

---

no citation or seeming awareness of the contrary point of view, however, *Quality King* should not be considered authoritative on this point ». NIMMER, *op. cit.*, note 12, 1-88, note 1.

[214] *Consumers Distributing Co.* v. *Seiko Time Canada Ltd. et al.*, [1984] 1 *R.C.S.* 583.

[215] *United Artists Pictures Inc.* c. *Pink Panther Beauty Corp,* (1998) 80 *C.P.R.* (3d) 247 (C.A.F.).

[216] *Id.*, p. 256. Voir également, les propos rapportés du juge McLachlin, qui dans des termes aussi éthérés énonce que : « We must stop thinking of intellectual property as an absolute and start thinking of it as a function, as a process, which, if it is to be successful, must meet diverse aims: the assurance of a fair reward to creators and inventors and the encouragement of research and creativity, on the one hand; and on the other hand, the widest possible dissemination of the ideas and products of which the world, and all the individuals in it, have such great need ». *Id.*, p. 257

exercice approximatif. La cartographie du droit d'auteur canadien serait donc moins précise que celle du droit américain et plus difficile à tracer pour les tribunaux:

> As stated, in the U.S. intellectual property rights are not viewed as natural rights, but as a scheme of economic rights whose primary purpose is to promote the progress of technology and the dissemination of information in order to secure that goal. Recall art. I of the U.S. Constitution, adopted in 1789 [sic]. [...]. Although with respect to intellectual property Canadians lack a similar "purposive" mission statement in their law, generally these rights have developed with a similar underlying theory. This is largely due to the common British legal heritage of both countries. This lack of a strong explicit purposive statement has caused Canadians to often question the underlying basis, and hence interpretation, of their own copyright law, and occasionally to corrupt the coherence and consistency of the regime through inconsistent legislative enactment and questionable judicial decision-making system[217].

Nous croyons que cette analyse est insuffisante. D'abord, toutes les juridictions n'ont pas « enchâssé » dans leur loi suprême un guide conceptuel tel la clause constitutionnelle américaine. En fait, des droits étudiés, seul le droit américain contient une telle déclaration, ce qui n'empêche pas que l'on retrouve aux États-Unis comme ailleurs les mêmes controverses autour de la définition du droit d'auteur[218]. Enfin, et cela résulte de ce qui

---

[217] S. HANDA, *Copyright Law in Canada*, *op. cit.*, note 52, p. 113.

[218] Même si la Constitution canadienne en est dépourvue, la jurisprudence canadienne est riche en énoncés de principe, énoncés qui peuvent jouer un rôle similaire lors de l'interprétation. On remarquera d'ailleurs que dans la décision d'appel de la Cour fédérale *CCH Canadienne Ltée* c. *Barreau du Haut-Canada* (pourvoi accueilli par la Cour suprême) le juge Linden semble avoir très clairement été inspiré par le droit américain. Il écrit: « Généralement parlant, le droit d'auteur canadien vise à favoriser les auteurs en leur accordant un monopole, pendant un certain temps, tout en encourageant la publication d'oeuvres pour le bienfait de la société en général (voir Apple Computer, Inc. c. Mackintosh Computers Ltd., [1987] 1 C.F. 173 (1re inst.), à la page 200 (version abrégée), mod. sur d'autres points par [1988] 1 C.F 673 (C.A.), conf. par [1990] 2 R.C.S. 209 (Apple Computer); voir aussi Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc. (2002), 210 D.L.R. (4th) 385 (C.S.C.), au paragraphe 30). Le droit d'auteur devrait reconnaître l'intérêt de la diffusion des oeuvres, en ce qui concerne l'avancement de la science et du savoir, la mise en valeur de l'utilité commerciale, la stimulation des arts et du spectacle et la promotion d'autres fins souhaitables pour la société. Pour que ces bienfaits se réalisent, il faut toutefois que les créateurs soient à l'abri de l'exploitation non autorisée de leurs oeuvres afin qu'ils soient suffisamment encouragés à produire des oeuvres nouvelles et originales. On doit permettre à celui qui sème de récolter le fruit de ses efforts, mais la récolte doit se faire de façon à ce que la société ne soit pas privée de certains de ses bienfaits. C'est peut-être lord Mansfield qui a le mieux expliqué le problème, il y a plus de deux siècles, lorsqu'il a déclaré ce qui suit dans la décision Sayre and Others v. Moore (1785), 102 E.R. 139 [à la page 140]: [traduction] [. . .] nous devons nous garder de deux positions extrêmes

précède, la clause constitutionnelle n'est pas une pierre philosophale et les tribunaux y voient bien ce qu'ils veulent y voir. L'incertitude textuelle, si l'on peut dire, demeure, même à ce niveau normatif, un écueil pour qui se prête au périlleux exercice de l'interprétation. Ceci étant dit, la proposition de l'auteur Sunny Handa conserve toute sa pertinence en ce qu'elle souligne clairement la place de la détermination politique et de l'analyse théorique dans les solutions du droit d'auteur. Ainsi qu'il le précise très justement: « Although copyright is purely a statutory right, this does not obviate the need for an underlying theory or premise upon which the courts may base their interpretation »[219].

3) L'idée de récompense

En troisième lieu, on a encore avancé que la finalité du droit d'auteur est de donner une récompense à l'auteur sous la forme d'un profit résultant de la première mise en circulation. La récompense suffit, le reste est libre circulation. On le comprendra, c'est ici faire fi des usages secondaires et autres modes de distribution qui ne peuvent pas être couverts par le contrat d'édition initiale. En pratique donc, l'auteur ayant déjà reçu sa pièce, il ne pourra quémander une quelconque rémunération pour les profits dégagés par des tiers lors des transports subséquents de l'exemplaire. « Selon la théorie de la récompense suffisante (*Belohnung-theorie*), le but recherché par le législateur est atteint lorsque l'auteur ou une personne dûment autorisée a retiré de la première vente une compensation suffisante »[220].

---

tout aussi nocives: l'une voulant que les gens de talent qui ont mis leur temps au service de la collectivité ne peuvent être privés de leur juste mérite non plus que de la récompense de leur ingéniosité et de leur travail, et l'autre, qu'on ne saurait priver le monde d'améliorations et que le progrès des arts ne peut souffrir de retard.
Le défi pour la présente Cour, et pour le droit d'auteur en général, consiste à trouver un juste équilibre qui permettra d'atteindre ces deux objectifs » (nos soulignés). *CCH Canadienne Limitée* c. *Barreau du Haut-Canada,* [2002] 212 *D.L.R.* (4th) éd. 385, p. 407. On jugera des similitudes avec la décision de la Cour suprême américaine *Twentieth Century Music Corp.* v. *Aiken*, 422 *U.S.* 151 (1975), p. 157 (citant également Lord Mansfield, note 6) : « The limited scope of the copyright holder's statutory monopoly, like the limited copyright duration required by the Constitution, reflects a balance of competing claims upon the public interest: Creative work is to be encouraged and rewarded, but private motivation must ultimately serve the cause of promoting broad public availability of literature, music, and the other arts ».

[219] S. HANDA, *Copyright Law in Canada*, *op. cit*, note 52, p. 114. L'auteur cite la célèbre affaire de la Cour suprême *Compo Co.* c. *Blue Crest Music*, *précité*, note 2.

[220] François DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, Lausanne, CEDIDAC, 1999, p. 201. Pollaud-Dulian fait également allusion à l'idée de la double rémunération. Selon lui la théorie de l'épuisement « a été adoptée et

Cet argument est difficilement soutenable, notamment lorsque la technologie permet la réutilisation sans perte de qualité des supports numériques. Les supports peuvent être réutilisés à discrétion créant un marché secondaire aussi important que le marché primaire. Le professeur Pollaud-Dulian s'opposera avec véhémence à l'idée de *récompense* qui découle de l'exercice de l'épuisement[221]. Apportons ici nos commentaires. Cette récompense sous-entend la cession initiale des droits de l'auteur à l'éditeur en contrepartie d'une quote-part de son revenu, revenu généré par la première vente de l'exemplaire. La théorie de la récompense interdit en effet les paiements successifs correspondant au transport subséquent des droits. On évite ainsi le *double paiement* sur un bien qui a déjà été payé[222]. De la sorte, une grande partie de l'exploitation de l'œuvre échappe au calcul de ce revenu. Par exemple, n'eut été des modifications législatives incluant le droit de prêt et de location, l'auteur aurait continué à subir un système qui ne lui garantissait pas la moindre *récompense.*

Nous sommes pourtant d'avis que le droit d'auteur aurait pu aisément se faire valoir sur le terrain du principe de la *récompense,* mais d'une récompense *multiple.* Pour arriver à cette conclusion, il faut considérer l'objet physique non comme un objet en propriété mais comme une balise permettant, lorsqu'elle est repérable, d'indiquer le moment où une perception de redevances est possible. Ainsi, chaque fois que l'oeuvre sort de la sphère privée et rejoint le marché, le support devient l'indicateur du lieu et du moment d'une perception au titre du droit d'auteur. La *récompense* est due à chacune des apparitions physiques à la *surface* commerciale - vente, location, prêt, *etc.* -, à chaque distribution donc. Le mécanisme de l'épuisement est ici neutralisé dans son aspect pécuniaire uniquement. L'exemplaire demeure libre : il ne s'agit pas d'empêcher le transfert de propriété sur l'objet, il s'agit simplement d'intégrer des considérations patrimoniales dès le

---

développée par la jurisprudence et la doctrine allemandes qui ont précisé la notion de mise en circulation. La mise en circulation doit être licite, mais elle n'implique pas nécessairement un transfert de propriété : le prêt ou la location suffisent.
Trois arguments principaux soutiennent cette théorie :
- l'utilisation et la revente constituent la suite et le prolongement de l'acte de fabrication;
- le titulaire ne doit pas pouvoir recevoir une double rémunération;
- le titulaire ne doit pas pouvoir restreindre la liberté du commerce et fausser la concurrence ».

F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination*, *op. cit.*, note 179, p. 80.

[221] *Id.*, pp. 285 et 496.

[222] *Id.*, p. 285.

moment où l'objet peut servir à générer des revenus pour l'auteur. On pourrait ainsi, par exemple, justifier l'imposition d'un tarif pour les activités commerciale de revente de disques ou de livres usagés. Le mécanisme de redevance pour prêt public mis en place dans certaines législations invite déjà à la réflexion. Pour que le raisonnement vaille, il faut nécessairement réduire l'argument du droit réel. Il faut que l'acte de vente soit un *accessoire* au principal, l'acte de licence. La cause d'un contrat de vente d'un livre est l'œuvre, non l'acquisition du papier. L'analyse se poursuit naturellement sur le terrain contractuel. Elle questionne la qualification de l'acte de vente qui, devenant accessoire, s'effacerait devant celle de la licence[223]. On notera sans s'y attarder davantage que cette lecture trouve une application particulière dans l'industrie informatique. Pour éviter de subir les effets de la doctrine de la première vente, là où elle existe, les ayants droit défendent souvent l'interprétation selon laquelle le programme d'ordinateur incorporé dans un cédérom ou une disquette n'est pas vendu mais mis sur le marché sous licence. L'essence de la transaction et sa finalité soutient cette position, solution aujourd'hui consacrée par une certaine jurisprudence[224]. Il faut l'approuver.

Si l'on accepte l'inversion des rôles, c'est-à-dire la suprématie de l'intangible sur le tangible, alors il existe une réelle difficulté dans l'application des théories de la libre

---

[223] Ou, au moins, y serait assujetti. C'est la solution retenue dans la décision écossaise *Beta Computer (Europe) Ltd. v. Adobe Systems (Europe) Ltd,* (1996) *S.L.T.* 604, *F.S.R.* 367 (Scottish Court of Session). Dans cette affaire la défenderesse avait placé une commande par téléphone auprès de la demanderesse, distributrice de produits informatiques, afin d'acquérir le logiciel *Informix*. Adobe retourne le produit sans le déballer et refuse de payer le prix. Beta Computer soutient que la vente est parfaite et lie Adobe. Adobe en défense soumet au contraire que le contrat ne serait lier l'utilisateur/acheteur avant que celui-ci n'ait accepté les termes et conditions de licence que le produit contient. La Cour accueille cette dernière analyse et conclut que le contrat de distribution est un contrat complexe dont la validité est soumise à l'acceptation par l'utilisateur des termes de la licence.

[224] On admettra toutefois que les tribunaux ne semblent pas toujours disposés à ignorer à la fois carton, plastique et cédérom. La résistance est grande. La trilogie américaine *Adobe* illustre parfaitement les hésitations de la jurisprudence. Dans les décisions *Adobe* v. *One Stop Micro, Inc*, 84 *F. Supp. 2d.* 1086 (2000) (N.D. Cal.) et *Adobe Systems Inc.* v. *Stargate Software, Inc.*, 216 *F. Supp. 2d.* 1051 (2002) (N.D. Cal.), saisis de faits similaires, les juges ont conclu que les contrats de distribution des logiciels Adobe étaient des contrats de licence et non des contrats vente. Dès lors, le revendeur non autorisé de produits Adobe ne peut pas invoquer la doctrine de la première vente. Dans les deux cas, les défenderesses avaient acquis des versions éducatives ou des lots de programmes informatiques Adobe qu'elles revendaient à prix réduits ou à l'unité plutôt qu'en lot. *Contra*, sur les mêmes faits, mais jugeant cette fois que « the circumstances surrounding the transaction strongly suggests (sic) that the transaction is in fact a sale rather than a license », *SoftMan Products, Co.* v. *Adobe Systems, Inc.*, 171 *F. Supp. 2d.* 1075 (2001) (C.D. Cal.). Pour une critique des motifs de cette dernière décision, Christian H. NADAN, « Software Licensing in the 21st Century : Are Software « Licenses » Really Sales, And How Will The Software Industry Respond ? », (2004) 32 *AIPLA* 555, p. 613.

commercialisation. Comment en effet expliquer que le droit de la concurrence ait pu réduire le droit de propriété intellectuelle à un droit à récompense *unique* lié à la première mise en circulation alors que l'on viendrait d'assurer la supériorité du droit intellectuel sur la marchandise ? Il faut, pour concilier commerce et protection, changer l'équation et opter pour un droit à récompense *multiple* fondé sur un droit de distribution qui n'épuise pas ses effets pécuniaires[225]. Selon la conception que nous présentons, les marchands d'exemplaires deviennent autant de *douaniers volants* au service de l'œuvre, à la différence toutefois qu'ils perçoivent pour l'auteur une redevance due en raison d'une autorisation sur l'œuvre et non une taxe[226].

---

[225] Roubier, à qui Castell attribue la mise en évidence de la fonction de récompense du droit d'auteur, n'entend pas d'ailleurs limiter le droit à récompense. Il écrit seulement que « [...] dans tous les cas, le but est le même : il s'agit d'assurer à chacun la récompense de son travail, et le prétendu monopole d'exploitation n'est rien d'autre qu'une mesure tendant à garantir le respect de personnelle de l'auteur ». Paul ROUBIER, « Droits intellectuels ou droits de clientèle », (1935) *RTD Civ* , 251, p. 273. B. CASTELL, *L'« épuisement » du droit intellectuel en droit allemand, français et communautaire*, *op. cit.*, note 164, p. 111.

[226] Voir sur ce point l'analyse de la Commission du droit d'auteur qui devait répondre à la question suivante «La redevance sur la copie privée constitue-t-elle une taxe? », dans *Tarif des redevances à percevoir par la SCPCP, 2003 et 2004 sur la vente de supports audio vierges, au canada, pour la copie pour usage privé d'enregistrements sonores ou d'œuvres musicales ou de prestations d'œuvres musicales qui les constituent*, Commission du droit d'auteur, 12 décembre 2003 (Juge H. Gomery), disponible en ligne sur le site de la Commission du droit d'auteur, http://www.cb-cda.gc.ca/index.html, p. 31, notamment aux pages 32 et 33 : Encore une fois, on avance l'argument selon lequel la redevance sur la copie privée est une taxe. [...] Ainsi, même si la SCPCP reconnaît qu'elle ne fournit aucun service aux fabricants ou aux importateurs en contrepartie du paiement de la redevance (la raison même pour laquelle elle affirme ne pas percevoir la taxe sur les produits et services sur la redevance), cela ne signifie pas nécessairement que la redevance est une taxe ». On comparera avec l'opinion exprimée par Thomas Mcaulay dans ce célèbre passage de son discours de 1841 devant la Chambre de communes d'Angleterre : « The principle of copyright is this. It is a tax on readers for the purpose of giving a bounty to writers. The tax is an exceedingly bad one; it is a tax on one of the most innocent and most salutary of human pleasures; and never let us forget, that a tax on innocent pleasures is a premium on vicious pleasures. I admit, however, the necessity of giving a bounty to genius and learning. In order to give such a bounty, I willingly submit even to this severe and burdensome tax. Nay, I am ready to increase the tax, if it can be shown that by so doing I should proportionally increase the bounty. My complaint is, that my honorable and learned friend doubles, triples, quadruples, the tax, and makes scarcely and perceptible addition to the bounty. Why, Sir, what is the additional amount of taxation which would have been levied on the public for Dr. Johnsons works alone, if my honorable and learned friends bill had been the law of the land? I have not data sufficient to form an opinion. But I am confident that the taxation on his Dictionary alone would have amounted to many thousands of pounds. In reckoning the whole additional sum which the holders of his copyrights would have taken out of the pockets of the public during the last half century at twenty thousand pounds, I feel satisfied that I very greatly underrate it. Now, I again say that I think it but fair that we should pay twenty thousand pounds in consideration of twenty thousand pounds worth of pleasure and encouragement received by Dr. Johnson. But I think it very hard that we should pay twenty thousand pounds for what he would not have valued at five shillings », Thomas B. MACAULAY, Speech Delivered in the House of Commons (Feb. 5, 1841), *in* « The Life And Works Of Lord Macaulay », VIII,

Nous devons concevoir ici le droit de propriété intellectuelle comme un droit gestion et non comme un droit sanction. Ce modèle est celui d'un modèle qui garantit le droit à rémunération ; il est celui des techniques de distribution de masse.

4) Le droit des utilisateurs

Finalement, en quatrième lieu, on a reconnu plus récemment dans le principe de l'épuisement du droit de distribution l'expression d'un droit de l'utilisateur. La règle garantirait aux *consommateurs* le libre accès à l'œuvre, notamment en favorisant la distribution des œuvres sur les marchés secondaires à moindre prix et en garantissant une plus grande latitude dans l'utilisation dont elles sont l'objet. Il est certain que la manipulation des exemplaires offre une souplesse d'utilisation que certains voudraient élever en droit acquis.

Lors de la période de consultation publique mise en place par le gouvernement canadien en 2001 relativement à la réforme du droit d'auteur[227], un grand nombre de répondants ont exprimé leur crainte de perdre leur droits d'usagers à l'approche du tout numérique. La question de la protection juridique des méthodes de protection technique ainsi que celle relative à la création d'un droit spécifique de mise à disposition ont provoqué les réactions les plus vives chez les Canadiens. L'outil logiciel permet désormais de suivre ou de contrôler toutes les utilisations des œuvres, à toutes les étapes de leur distribution, sans égard aux tempéraments traditionnels prévus à la loi tels que l'exception d'utilisation équitable[228]. Or, la possession de l'exemplaire couvrait une variété d'utilisations qui

---

Londres, Longmans, Green, and Co., p. 201, reproduit également sur sur http://www.baen.com/library/palaver4.htm.

[227] Direction de la politique de la propriété intellectuelle, Industrie Canada et la Direction de la politique du droit d'auteur Patrimoine canadien, *Document de consultation sur les questions de droit d'auteur à l'ère numérique*, Ottawa, 22 juin 2001, disponible, http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/incrp-prda.nsf/fr/h_rp01102f.html

[228] En général, et commentant le *Projet de loi C-60* qui transpose les dispositions des Traités de l'OMPI au regard de la protection des mesures techniques, les articles de Jane BAILEY, « Deflating The Michelin Man : Protecting The Users' Right In The Canadian Reform Process », dans M. GEIST (dir.), *In The Public Interest - The Future of Canadian Copyright Law*, *op. cit.*, note 102, respectivement p. 125 et Éric LABBÉ, « L'accès aux dispositifs de neutralisation des œuvres verrouillées : une condition nécessaire à l'exercice d'exceptions

échappaient ainsi à la loi, tel le prêt, ou à l'exclusivité du droit d'auteur dans le cas de la copie privée. La problématique de l'épuisement redevient alors une préoccupation essentielle :

> Beaucoup de participants [...] soulèvent des préoccupations d'intérêt public eu égard, notamment, à la liberté d'expression et à l'accès au patrimoine culturel, surtout lorsque compris dans le domaine public; d'autres mettent l'accent sur des questions liées au droit d'auteur relativement à l'épuisement des droits et à l'utilisation équitable. On propose même l'établissement d'une guilde spécialisée pour garantir un accès efficace au contenu protéger par droit d'auteur.
>
> D'autres prennent comme prémisse la propriété de la copie légitime d'une œuvre: celle-ci permet à l'utilisateur de jouir de l'œuvre au moyen de l'instrument ou de la plate-forme de son choix, selon les objectifs de la politique du régime de droit d'auteur du Canada.[229]

Puisque le principe de l'épuisement limite le contrôle de l'œuvre par son auteur, certains ont pu dire qu'il s'agissait là d'un droit consacré au bénéfice des utilisateurs. L'argument peut trouver un certain appui dans l'idée générale selon laquelle le droit d'auteur doit préserver l'intérêt du public[230]. Il y aurait donc d'un côté l'auteur, de l'autre l'utilisateur et, au centre, comme ligne de « partage des eaux », l'épuisement. Les notions sempiternelles de *liberté d'expression*, d'*accès aux œuvres ou au savoir* que l'on verse dans le camp de l'intérêt public viendraient donc s'élever contre toute extension de prérogatives légales menant à l'exclusion. Mais il faut l'admettre, l'expression *droit des utilisateurs* semble être d'une manipulation tout aussi délicate que celle de *droit de distribution*. Autrement dit, notre

---

au droit d'auteur », (2002) 14 *C.P.I.* 741 et plus généralement, du même auteur, sur la technicisation du droit, « L'efficacité technique comme critère juridique ou la manière dont les lois se technicisent », (2004) *Lex Electronica*, vol. 9, n°2, http://www.lex-electronica.org/articles/v9-2/labbe1.htm.

[229] Direction de la politique de la propriété intellectuelle, Industrie Canada et la Direction de la politique du droit d'auteur Patrimoine canadien, *Sommaire des soumissions écrites des intervenants*, Ottawa, mars-avril 2002, disponible, http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/incrp-prda.nsf/fr/rp00842f.html#_1_1

[230] Cet énoncé est principalement repris par les cours des systèmes de *common law*. Par exemple, *Apple Computer, Inc.* c. *Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 C.F. 173 (C.F.). Voici les propos de la juge Reed : « La Loi sur le droit d'auteur a toujours eu pour but de créer un certain monopole. Elle ne contient aucune distinction relative à l'objectif visé par l'oeuvre créée, que ce soit le divertissement, l'enseignement ou autre. À

discipline ne l'accepte pas naturellement dans son langage. On connaît sa provenance. Elle est l'argument qui a servi à déconstruire certains monopoles et que l'on veut gardienne d'une certaine idée de l'innovation ou du progrès. Elle est le fruit d'une *évangélisation* juridique menée d'abord en grande partie par l'industrie concurrente. On se souviendra qu'elle est le slogan brandi par l'éditeur de province du XVIII[ième], par l'industrie du câble dans les années 1970 et par Napster plus récemment, slogan que l'on vocifère pour rejeter le plus loin possible l'*affreux* monopole du droit d'auteur[231]. Il faut donc se méfier de ce vieux démagogue qu'est le *droit de l'utilisateur.*

La résistance à son emploi est particulièrement marquée en droit français. Ici le *droit de l'utilisateur* a plus de mal à se faire valoir. La tradition hexagonale a su jusqu'à présent faire rayonner l'idée d'un droit encore ancré dans son auteur et non pas étiré entre divers intérêts.

La notion de *droit des utilisateurs* est moins étrangère aux systèmes de *copyright* bien que nous ne puissions dire qu'il y soit coutumier de l'employer. Certains auteurs en contestent d'ailleurs la justesse, le sens ou l'origine[232]. Sa manifestation la plus pertinente est sans aucun doute contenue dans le titre d'un remarquable - mais controversé - ouvrage de doctrine signé par les éminents professeurs Patterson et Lindberg : *The Nature of Copyright - A Law of Users' Rights*. La position des auteurs y est clairement avancée. La doctrine de l'épuisement en droit américain y est présentée comme un mécanisme nécessaire - un mal ? - et constitue la reconnaissance expresse du droit des utilisateurs :

---

mon avis, la Loi avait deux buts : encourager la publication d'oeuvres, pour « l'avancement de la science », et protéger et récompenser les efforts intellectuels des auteurs, pendant un certain temps », *précité*, p. 200.

[231] On renverra ici au chapitre consacré aux réponses du droit aux différentes techniques de distribution où l'argument de l'intérêt public a pu être présenté à de multiples occasions. « New means of dissemination have often escaped the copyright owner's control, as courts or legislatures have been persuaded to exempt, or limit liability in favor of the exploiters of new ways to bring works to consumers. Hence, piano rolls were not « copies », cable retransmissions were not « performances », time-shifting of free broadcast television programs was fair use. [...] We can thus see that the seeds of the concept of end user rights have in fact long been germinating », Jane C. GINSBURG, « Authors and Users in Copyright », (1998) 45 *J. Copr Soc'Y* 1, p. 6.

[232] Le professeur Ginsburg note cette tendance récente à voir dans le droit d'auteur un droit des utilisateurs et commente la nature fallacieuse de cette indication : « The impending « Digital Millenium » has amplified the assertion of users' rights in U.S. copyright law. Copyright has been reimaginated as a « law of users' rights » whose acolytes caution copyright owners not to stand as piggish impediments to the progress of learning and culture in the Digital Age ». Jane C. GINSBURG, « Essay : Copyright and Intermediate Users' Rights », (1999-2000) 23 *Colum.-VLA J.L. & Arts* 67, p. 67.

> [...] the exclusive right that the copyright clause empowers Congress to grant to the author is the right to publish his or her writings. The exclusive right to publish a book does not include the right to control the use of the book after it is published and sold, that is, to control the secondary market. This problem arose - apparently for the first time - when a copyright owner made the claim that the unqualified right to vend the copyrighted work in the copyright act included the right to resell the work after it had been purchased : in other words, the purchaser of the book could not resell it. The claim is analogous to the claim that only the copyright owner can make a personal copy.
>
> The claim of the absolute right to vend resulted in the first sale doctrine - specifying that the copyright owner's right to vend is exhausted with the first sale. The first-sale doctrine is now codified in section 109 of the 1976 Copyright Act as a limitation on the copyright monopoly, and in this regard, section 107, on fair use, serves the same purpose.
>
> Control of the copyrighted work for the primary market, of course, is already a large reward in the form of a monopoly : justified protection against competitors in the marketplace. But to create a secondary market is to give any user - the target of the copyrighted work, whether published or performed - the status of a competitor who must pay tax for using the work The fact that copyright owners can obtain additional profits by creating a secondary market does not mean that they are or should be allowed by law to do so.
>
> [...] From the policy standpoint, several considerations militate against allowing the use of copyright to create secondary markets for the work through the imposition of license fees for the individual use of copyrighted work. First, while the copyright act empowers the copyright owner to control the use of the copyright, this control does not extend to the use of the work per se. Second, the practice is contrary to almost every single principle of copyright law, especially the public interest, the market principle, the right-of-access principle, the personal-use principle and the fair-use principle. And, finally, such a practice would be contrary to the basic constitutional policy that copyright promote learning.[233]

[233] L. Ray PATTERSON et Stanley W. LINDBERG, *The Nature of Copyright*, Athens, Georgia, University of Georgia Press, 1991, pp. 187-188. Dans le même sens, Niva ELKIN-KOREN, « Copyright Law and Social Dialogue on the Information Superhighway », (1995) 13 *Cardozo Arts & Ent. L. J.* 345.

L'épuisement pondérerait les intérêts patrimoniaux de l'auteur et l'intérêt du public dans un système où ils s'opposent. Nous croyons qu'au contraire notre matière s'est développée sans prendre grand soin de l'auteur et encore moins des utilisateurs. Il faut se garder de voir, dans l'un (l'auteur) ou dans l'autre (l'utilisateur), les fondements conceptuels de notre matière. Expliquons-nous. Historiquement, nous avons vu que le droit d'auteur est un système régulateur entre des industries qui se disputent l'exploitation des œuvres. C'est donc à travers des idées abolitionnistes et dans l'espace laissé par la loi - essentiellement défini par une protection limitée dans le temps - qu'on pu réellement sentir le pouls de l'*intérêt public* : la concurrence améliore, dira-t-on, le prix et l'approvisionnement - l'*accès* - en quantité suffisante des exemplaires. Le *droit des utilisateurs* est donc peut-être confondu avec le principe de libre concurrence. La genèse du droit d'auteur dépeint également une réalité dans laquelle l'auteur existe souvent le temps du transfert de ses droits, où le génie de l'*auteur* est un argument avancé par les imprimeurs. Ici comme là, l'auteur comme l'intérêt du public servent d'arguments. Dans le contexte du XVIII^{ième} et de la première moitié du XIX^{ième} siècle il est difficile de parler de *droit d'auteur* ou du *droit d'utilisateur*. Il y aura redressement, heureusement, et on tentera de rétablir la place de l'auteur à partir d'un système qui l'excluait. On s'occupera des héritiers de l'auteur (dans le calcul de la protection *post mortem* ou encore par le principe de la réversibilité du droit en droit canadien[234]), en introduira le droit moral, etc. Cette évolution doit être sans condition, elle ne doit pas se faire en contrepartie d'un droit d'utilisateur : l'auteur veut rejoindre son public et vit de cette relation, cela est suffisant. Elle est une relation de confiance. Bien au contraire l'augmentation des prérogatives de l'auteur doit se faire en prévention des abus des marchands et des éditeurs. Car, en réalité, ce qui a provoqué la discussion sur l'intérêt du public serait bien plutôt, hier comme aujourd'hui, le manque de *droit d'auteur* dans le droit d'auteur. C'est l'industrie de la télévision qui était pointée du doigt, ce sont encore

[234] Article 14(1) *Lda.* : « Lorsque l'auteur d'une oeuvre est le premier titulaire du droit d'auteur sur cette oeuvre, aucune cession du droit d'auteur ni aucune concession d'un intérêt dans ce droit, faite par lui -- autrement que par testament -- après le 4 juin 1921, n'a l'effet d'investir le cessionnaire ou le concessionnaire d'un droit quelconque, à l'égard du droit d'auteur sur l'oeuvre, pendant plus de vingt-cinq ans à compter de la mort de l'auteur; la réversibilité du droit d'auteur, en expectative à la fin de cette période, est dévolue, à la mort de l'auteur, nonobstant tout arrangement contraire, à ses représentants légaux comme faisant partie de ses biens; toute stipulation conclue par lui concernant la disposition d'un tel droit de réversibilité est nulle ».

aujourd'hui les producteurs de phonogrammes. C'est donc, l'épicentre de la loi qui doit être déplacé ou plutôt replacé sur l'auteur. Or l'épuisement, présenté comme un mécanisme de concurrence, met un terme non seulement à la force du droit exclusif - généralement cédé par l'auteur - mais également à celui du droit à rémunération, droit qui est généralement maintenu dans le patrimoine de l'auteur sous forme de pourcentage. La théorie de la récompense à laquelle Patterson et Lindberg font référence est un affranchissement et non un droit de propriété intellectuelle. Nous avons déjà exposé les raisons de nos objections à cette doctrine. Ginsburg répliquera également que le droit de l'auteur, dans la tradition constitutionnelle américaine, n'est pas en *opposition* avec celui de l'intérêt du public. « The Constitution does not set copyright in tension with the public interest; on the contrary, it equates the public interest with the guarantee of authors' exclusive rights; thus encouraged, authors in turn enrich society and further knowledge by creating works that promote learning »[235]. Pour elle, et nous adhérons au principe, le droit d'auteur n'est pas un droit des utilisateurs :

> Copyright is not « a law of users' rights ». End-users are indeed the ultimate beneficiaries, but they benefit because copyright is a law that seeks to promote authorship by ensuring authors a financial return from a reasonable control over the exploitation of their works. Copyright is a law about creativity; it is not, and should not become, merely a law for the facilitation of consumption.[236]

L'expression semble pourtant se répandre, et avec elle, l'idée qu'il peut exister une prérogative d'ordre *naturel* au bénéfice des utilisateurs. Et si elle n'est pas reconnue par les textes de loi, son emploi rend compte d'une réelle attraction vers un droit consumériste, c'est-à-dire protecteur des intérêts des utilisateurs. Le droit canadien est à cet égard très représentatif de cette évolution. Après avoir reconnu le droit de l'acquéreur d'une affiche à en disposer à sa guise et notamment de l'assujettir au processus de l'entoilage, la Cour

---

[235] J. C. GINSBURG, « Authors and Users in Copyright », *loc. cit.*, note 231, pp. 4-5.

[236] *Id.*, p.20. Offrant une vue plus nuancée, Paul Goldstein écrit : « Under the view that I propose, copyright is not about protecting authors or publishers, nor is copyright singularly about securing authors' welfare or consumers' welfare. Copyright is not about bolstering international trade balances, nor is it about protecting art, high or low. Copyright is none of these things; and Copyright is about all of them. Copyright, in a word, is about authorship », Paul GOLDSTEIN, « Copyright », (1991) 38 *J. Copr Soc'Y* 109, p. 110.

suprême dans l'affaire *CCH*[237] a confirmé l'existence du droit des utilisateurs dans le cadre de l'examen de l'utilisation équitable d'une œuvre pour fins de recherche. Selon la Cour, les exceptions aux droits de l'auteur ne sont donc pas seulement des actes tolérés mais bien, dans le langage de la cour, des prérogatives de droit. Citant l'auteur David Vaver[238], la juge en chef McLachlin écrit pour la Cour :

> Un acte visé par l'exception relative à l'utilisation équitable ne viole pas le droit d'auteur. À l'instar des autres exceptions que prévoit la Loi sur le droit d'auteur, cette exception correspond à un droit des utilisateurs. Pour maintenir un juste équilibre entre les droits des titulaires du droit d'auteur et les intérêts des utilisateurs, il ne faut pas l'interpréter restrictivement. Comme le professeur Vaver, op. cit., l'a expliqué, à la p. 171, [TRADUCTION] « [l]es droits des utilisateurs ne sont pas de simples échappatoires. Les droits du titulaire et ceux de l'utilisateur doivent donc recevoir l'interprétation juste et équilibrée que commande une mesure législative visant à remédier à un état de fait.[239]

Il semble que l'idée d'un droit d'utilisateur soit une *insurrection tranquille* contre un système qui privilégie le cessionnaire des droits au détriment de l'auteur. On découvrirait ainsi, avec stupéfaction et après trois siècles d'existence, la vraie nature d'un système qui suit les paramètres du marché de la distribution.

En définitive, l'argument du droit de l'utilisateur renforce la nécessité d'ouvrir la discussion sur la nature distributive du droit d'auteur. Il s'inscrit et se nourrit en effet dans le mouvement de résistance au contrôle de l'œuvre et replace alors le débat sur la mesure à adopter quant à sa distribution. L'équation est simple à poser, difficile à résoudre : le droit de distribution doit favoriser l'auteur sans nuire à la distribution.

La discussion sur le droit de distribution contient alors à elle seule les moyens d'une solution législative. En aucun cas, cependant, l'argument du *droit de l'utilisateur* ne peut

---

[237] *CCH Canadienne Ltée* c. *Barreau du Haut-Canada*, *précité*, note 12.
[238] David VAVER, *Copyright Law*, Toronto, Irwin Law, 2000, p. 171.

justifier l'épuisement dans la mesure où il supprime injustement une rémunération due à l'auteur. Et d'ailleurs, il nous plaît à penser que le principe de la copie privée - qui agit comme un droit négatif de distribution - condamne la théorie exposée par Patterson et Lindberg dans la plupart des pays et laisse les États-Unis isolés. Elle rétablit en effet, sous la forme d'un droit à rémunération, l'avoir des auteurs.

Ces réflexions ouvrent également sur la distinction entre distribution et utilisation. La copie privée redresse une situation dans laquelle l'utilisation - la copie - équivaut souvent à une mévente et également à une exploitation non contrôlée. Il semble naturel de compenser l'auteur pour la distribution de son œuvre. Il faut veiller en revanche à ce que le droit qui contient cette prérogative - celui de distribution - ne puisse pas être utilisé pour créer des monopoles de distribution nuisibles à la diffusion de l'œuvre. Le principe de la rémunération doit être prioritaire.

La question des *droits des utilisateurs* renaît avec la distribution numérique. Il est dans ce cas difficile de ne pas contrôler la distribution sans contrôler l'utilisation. Or on s'entend à ce que l'utilisateur puisse faire un usage paisible de l'œuvre. Les systèmes de verrouillage ou d'encodage visant à éviter la distribution parallèle de copies figent généralement l'utilisation de l'œuvre. Dans cette hypothèse, les possibilités de manipulation de l'œuvre numérique peuvent devenir plus restreintes que celles d'un support physique. Nous verrons en particulier que la distribution numérique des œuvres force à abandonner la doctrine de l'épuisement.

Finalement, on pourra dire que l'épuisement est le résultat d'une *incapacité matérielle* à récolter les fruits autrement dus à l'auteur pour l'exploitation incontrôlable de son œuvre. Il est une abdication technique, non un droit, ni de l'acheteur, ni de l'utilisateur, ni de l'industrie concurrente. Une fois cette incapacité résolue - effacement conceptuel du support ou dématérialisation -, il n'aura plus lieu d'être. Le droit de distribution qui en est libéré peut alors, en principe, pleinement être appliqué.

---

[239] *CCH Canadienne Limitée* c. *Barreau du Haut-Canada, précité*, note 12, p. 350, para. 11 « La Loi sur le droit d'auteur établit les droits et les obligations des titulaires du droit d'auteur et des utilisateurs », également para. 48, p. 364 qui parle des « intérêts des utilisateurs ».

Dans l'attente du tout numérique, il faut bien conjuguer avec la *matière*. Et, il faut bien le reconnaître, malgré le fait que le principe de l'épuisement rencontre une critique encore très vigoureuse, le droit de distribution tel que présenté jusqu'ici est un *appendice* bien court aux droits patrimoniaux de l'auteur. Nous pourrions à juste titre en questionner l'utilité si nous arrêtions ici l'étude du droit positif. En réalité, dans le domaine qui nous échoie, la distribution, le droit d'auteur n'a pas tout à fait abandonné son auteur. Il n'aura pas tiré tous ses coups. En effet, même si le principe de l'épuisement se rencontre dans les législations américaines et, sous une forme plus ou moins précise, dans les législations anglaise et canadienne, il se présente comme une négation du droit de vendre seulement. Nous avons vu que c'est la première vente qu'épuise le droit de distribution et nulle autre forme de mise en circulation. De ce fait, l'auteur retrouve la plénitude de ses droits lorsque, par exemple, l'exemplaire est d'abord loué ou encore lorsqu'il n'y a pas vente mais uniquement distribution sous licence. En principe, le droit de distribution permet également à son auteur de décider de la forme et du canal de distribution. Bien que cet avantage soit moins évident à percevoir en pratique, puisqu'il se manifeste au moment de la négociation du contrat d'édition, il ne faut pas l'exclure ni le sous-estimer. Mais ce n'est pas tout. L'enveloppe conceptuelle rigide du droit d'auteur - qui avait mené au refus d'accepter un droit de distribution général et extensif - se déchire sous la pression du marché et s'ouvre désormais au contrôle de la distribution. La structure patrimoniale des droits augmente inexorablement pour accueillir cette fois des droits spécifiques de distribution.

C'est cette très nette orientation que nous allons étudier maintenant.

Section 3 - Les manifestations modernes du droit de distribution

Nous examinerons dans un premier temps les avancées législatives les plus significatives relativement aux droits de la famille du droit de distribution. Il s'agira de présenter sommairement les droits spécifiques de distribution - notamment le droit de prêt, le droit de location et des recours en importation - rencontrés dans la législation anglaise, américaine

et canadienne (a). L'avènement récent de ces droits est un rappel, un rappel que le champ d'application du droit d'auteur ne peut être limité aux seuls droits d'exécution ou de reproduction.

C'est en droit français que nous trouvons l'expression la plus accomplie de l'idée selon laquelle l'auteur aurait *ab initio* un droit de distribution. Ce droit qui s'inscrit *naturellement* dans le prolongement du droit de reproduction en serait le relais nécessaire et permettrait de contrôler la destination des œuvres. Il nous a semblé bien à propos de clore ce Chapitre sur la théorie française du droit de destination (b).

a) Les droits spécifiques de distribution

Voyons le droit de prêt (1), le droit de location (2) et les recours en importation (3)

1) Le droit de prêt public

Ce que l'on nomme droit de prêt public d'abord est plutôt un mécanisme de compensation afin d'offrir une rémunération compensatoire aux auteurs. Il a pour objectif naturel de redresser les effets d'une distribution affranchie de droits. Il est l'expression d'un *droit gestion* dans le sens où une rémunération est perçue malgré l'absence de contrôle sur la destination de l'exemplaire.

En 1988, dans un document de travail intitulé *Œuvres imprimées*[240], le groupe d'experts de l'OMPI et de l'UNESCO avait soulevé la nécessité de faire adopter au profit des auteurs un droit de percevoir une rémunération équitable pour le prêt d'exemplaires par les bibliothèques. Notant le caractère « anormal »[241] de la situation - puisque à l'époque quelques pays seulement prévoyaient un dispositif compensatoire -, le rapport précise que

[240] OMPI, *Œuvres imprimées*, Document préparatoire pour le Comité d'experts gouvernementaux OMPI/Unesco et rapport de ce comité, OMPI, Genève, 7-11 décembre 1987, (1988) 101 *D.A.* 42.
[241] *Id.*, p. 89.

la rémunération au titre du prêt « ne devrait pas rester facultative et relever simplement de la charité ou de la générosité ; elle devrait être rendue obligatoire »[242]. Le principe d'une rémunération pour cette forme de distribution a progressivement été reconnu par les législations étudiées, mais sa transposition en droit interne n'a pas toujours connu le succès escompté par les auteurs.

Le portrait du droit de prêt en droit comparé est relativement aisé à esquisser. D'une part, il est imposé par la législation européenne au titre de la directive 92/100/CEE relative au droit de location et de prêt[243]. Son examen devrait donc simplifier la présentation de l'état des législations française et anglaise à ce sujet (i). D'autre part, le Canada est le seul pays d'Amérique du Nord à avoir mis en place un système de paiement pour l'utilisation publique des livres. On comprendra donc que l'examen du droit américain ne demandera pas de longs développements (ii).

i) La situation européenne

La *directive location et prêt* impose aux États membres de prévoir le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire le prêt. Le droit de prêt appartient aussi bien à l'auteur qu'aux titulaires de droits voisins et vise toutes les œuvres ainsi que tous les supports[244]. Son régime est relativement souple et permet aux États membres de prévoir au lieu et place du droit exclusif un droit à rémunération. Le paragraphe 5(1) prévoit en effet que :

> Les États membres peuvent déroger au droit exclusif prévu à l'article 1er pour le prêt public, à condition que les auteurs au moins obtiennent une rémunération au titre de ce

---

[242] *Id.*

[243] *Directive location et prêt, précité*, note 45.

[244] Article premier, « Aux fins de la présente directive, on entend par « prêt » d'objets leur mise à disposition pour l'usage, pour un temps limité et non pour un avantage économique ou commercial direct ou indirect, lorsqu'elle est effectuée par des établissements accessibles au public ». A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2ième éd., *op. cit.*, note 5, p. 222. Pour une étude détaillée de la directive, J. REINBOTHE et S. VON LEWINSKI, *The EC Directive on Rental and Lending Rights and on Privacy*, *op. cit.*, note 8. Également, Henri COMTE, « Une étape de l'Europe du droit d'auteur : la directive du 19 novembre 1992 relative au prêt et à la location », (1993) 158 *R.I.D.A.* 3.

> prêt. Ils ont la faculté de fixer cette rémunération en tenant compte de leurs objectifs de promotion culturelle.[245]

Le gouvernement français a été plus actif en matière de prêt qu'il ne l'a été en matière de location. Intervention tardive, mais qui évite de justesse la sanction de la Commission européenne[246], une loi du 18 juin 2003 « relative à la rémunération au titre du prêt en bibliothèque de livres »[247], que l'on dit d'une « rare complexité »[248], transpose partiellement la directive européenne par l'insertion au Code de la propriété intellectuelle d'un certain nombre de dispositions nouvelles ou correctives[249]. Il reste que la transposition n'est ici que partielle. Les modifications législatives concernent « certains livres »[250], de certains auteurs[251], prêtés par « certaines bibliothèques »[252] et excluent les autres

---

[245] « La directive reste évasive sur les modalités concrètes de mise en œuvre de ce droit à rémunération, l'article 4.4 renvoyant notamment aux États membres la question de « savoir auprès de qui cette rémunération peut être réclamée et perçue » et ne donnant aucune indication sur son caractère « équitable ». A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2ième éd., *op. cit.*, note 5, p. 223.

[246] La France était sur la liste des pays en défaut de la Commission. *Rapport de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comite économique et social sur le droit de prêt public dans l'Union européenne*, COM/2002/0502 final. Voir également la communication du 16 janvier 2004 dans laquelle la Commission observe que la France n'a toujours pas publié les décrets d'application de la loi de 2003. Les deux décrets d'application de la loi du 18 juin 2003 (visant pour le premier le champ d'application de la loi et les procédures d'homologation de la société chargée de la gestion du droit de prêt et pour le second, les modalités de calcul de la contribution à la charge de l'État) ont été publiés au Journal officiel le 2 septembre 2004.

[247] *Loi n°2003-517 du 18 juin 2003 relative à la rémunération au titre du prêt en bibliothèque et renforçant la protection sociale des auteurs*, J.O n° 140 du 19 juin 2003 p. 10241. Voir aussi les décrets n° 2004-920 du 31 août 2004 portant application des articles L. 133-2 à L. 133-4 du code de la propriété intellectuelle et n° 2004-921 du 31 août 2004 portant application de l'article L. 133-3 du code de la propriété intellectuelle et relatif à la part de rémunération au titre du prêt en bibliothèque. Pour un commentaire de la loi, Christophe CARON, « Le nouveau prêt public des oeuvres en droit d'auteur », (2004) 4 *J.C.P.A.* 57. Fabrice RENEAUD, « La loi du 18 juin 2003 : une nouvelle réglementation du prêt public des livres dans les bibliothèques », (2004) 199 *R.I.D.A* 65.

[248] Christophe ALLEAUME, « Le droit de prêt public (en France et au-delà) », (2004) 12 *P.I.* 718, p. 719.

[249] En particulier, L. 133-1 à L. 133-4 *C. propr. intell.*

[250] « Sont donc exclus du champ d'application de la loi nouvelle tous les prêts portant sur d'autres supports que les livres (disques, vinyles, cassettes VHS, CD, DVD, toiles et sculptures entre musées, objets des arts appliqués par les artothèques, etc. », C. ALLEAUME, « Le droit de prêt public (en France et au-delà) », *loc. cit.*, note 248, p. 722.

[251] Il faut en effet que le livre ait été publié en vertu d'un contrat d'édition : L. 133-1 *C. propr. intell.* Les auteurs ayant publiés à compte d'auteur ou autrement en seraient donc exclus créant ainsi une distinction de régime non prévu initialement par la directive.

[252] Seuls les prêts par une bibliothèque accueillant du public sont couverts par le mécanisme de rémunération. L. 133-1 et L. 133-3 *C. propr. intell.*

supports[253]. Le droit français ouvre donc un droit à rémunération des auteurs et de leurs éditeurs au seul titre du prêt des exemplaires de livres publiés et acquis à cette fin[254].

Le perfectionnement de la législation française réalisé par la loi de 2003 est, à notre avis, un élan salutaire vers la réglementation des phénomènes de la distribution par la mise en œuvre d'un mécanisme de rémunération. Certains critiqueront la tendance à une certaine *socialisation* du droit, à la *réduction* du droit à une méthode comptable au service de la collecte et à la redistribution des redevances[255]. Mais au-delà de ces remontrances, on reconnaîtra dans la loi de 2003 un acte d'intention réel, une intervention qui sort la question du prêt du silence des textes et replace ainsi la problématique de la distribution des œuvres au cœur du droit d'auteur moderne[256].

Le Royaume-Uni a mis en place un mécanisme de compensation pour le prêt public des livres par une loi de 1979[257]. Cette loi spéciale n'a pas été refondue dans les textes du droit d'auteur et demeure une législation isolée, voire *déracinée,* pour des motifs essentiellement « bureaucratiques »[258]. Ceci est d'autant plus surprenant que la loi anglaise compte depuis 1996 le droit de prêt public parmi les droits réservés au titulaire du droit d'auteur[259]. Christophe Alleaume dira à ce propos que la « législation britannique est mixte »[260]. Cette dualité de sources témoigne plutôt du pragmatisme britannique. Il faut comprendre que le système actuel de perception et de redistribution des redevances mis en place en vertu de la loi de 1979 - système qui concerne essentiellement les livres - n'a pas nécessité la

---

[253] Un droit de prêt additionnel et limité peut être trouvé sous la disposition L. 122-6 (3) *C. propr. intell.* concernant le prêt de programmes d'ordinateur, résultat de la transposition de la directive 94-631 de 1994.

[254] Art. L. 133-1 *C. propr. intell.* « Lorsqu'une oeuvre a fait l'objet d'un contrat d'édition en vue de sa publication et de sa diffusion sous forme de livre, l'auteur ne peut s'opposer au prêt d'exemplaires de cette édition par une bibliothèque accueillant du public.
Ce prêt ouvre droit à rémunération au profit de l'auteur selon les modalités prévues à l'article L. 133-4 ».

[255] Voir sur ce thème, A. STROWEL, « Licences non volontaires et socialisation du droit d'auteur : un danger ou une nécessité? », (1991) 3 *C.P.I.* 161.

[256] André Lucas avait pointé du doigt l'immobilisme français : « seule une modification de la loi permettrait d'intégrer certaines précisions contenues dans la directive, et de donner un contenu concret au droit de prêt public », A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2ième éd., *op. cit.*, note 5, p. 220.

[257] *Public Lending Right Act*, c. 10 (1979). Denis de FREITAS, « Lettre du Royaume-Uni », (1979) 92 *D.A.* 178, p. 183 et s.

[258] « Il y a eu une tendance bureaucratique à tenir le droit de prêt à l'écart du système du droit d'auteur », *Id.* p. 183.

[259] Article 10, SI 1996 No. 2967 désormais 16(1)(ba) CDPA.

reconnaissance préalable d'un droit exclusif. Il repose donc sur le principe d'une réglementation correctrice spéciale, mais non sur celui d'une réelle *propriété* intellectuelle.

Cela ne signifie pas que les amendements de 1992 et de 1996 soient insignifiants. Dans le cas des programmes d'ordinateur et des vidéogrammes la création d'un droit de location puis de prêt a pu fort probablement servir à renforcer le contrôle des ventes en limitant les autres modes d'accès aux œuvres (vidéothèques, etc.)[261]. Mais il reste qu'au sujet du prêt public la question est moins une question de droit exclusif que de compensation et de sa faisabilité.

ii) La situation nord-américaine

Dans le cas des États-Unis, la source de nos discussions est vite tarie : il n'existe pas de droit de prêt public. On comprend dès lors que les accords ADPIC et les autres instruments régionaux impliquant les États-Unis n'y portent pas mention. Nous avons vu que, d'une manière générale aux États-unis, le concept de marché libre - préservé par le mécanisme juridique de l'épuisement - s'oppose à l'accroissement des prérogatives de l'auteur en ce sens. Le marché secondaire des œuvres est un marché peu réglementé[262].

La loi canadienne ne dit rien au sujet du prêt. Cependant, le Canada a mis en place un programme de droit de prêt en 1986. Il faut entendre par *programme de droit de prêt* un système de compensation pour l'utilisation des livres par les bibliothèques publiques. Depuis son origine, c'est le Conseil des Arts du Canada qui est chargé de son administration. Dans son fonctionnement le système canadien de prêt public est fort semblable à celui instauré en 1979 par la législation britannique à cette différence qu'il

---

[260] C. ALLEAUME, « Le droit de prêt public (en France et au-delà) », *loc. cit.*, note 248, p. 736.

[261] Pour les détails des redevances et des améliorations apportées au système de financement du prêt, Evelyn RELPH, « Le DPP au Royaume-Uni », dans Commission du droit de prêt public, *Le droit à la culture et la culture des droits*, 3ième colloque international du droit de prêt public, du 1er au 4 octobre 1999, Ottawa, Canada, p. 61.

[262] Kay MURRAY, « La situation de l'écrivain et le DPP aux États-Unis », dans Commission du droit de prêt public, *Le droit à la culture et la culture des droits*, *id.*, p. 91.

résulte d'ententes sectorielles entre bibliothèques, la Commission du prêt public et le ministre de la Culture[263].

2) Le droit de location

Les accords ADPIC ont considérablement contribué à uniformiser ce droit. Tous les droits étudiés, à l'exception de la France dont le cas nous occupera plus loin, prévoient au moins un droit de location pour les programmes d'ordinateur et les enregistrements sonores. Il s'agit d'une obligation imposée aux signataires par l'article 11 du Traité[264]. Le texte de l'article prévoit également un droit de location pour les œuvres cinématographiques, mais la disposition n'est pas impérative et laisse aux pays signataires l'option de ne pas l'inclure à la loi « à moins que cette location n'ait conduit à la réalisation largement répandue de copies de ces oeuvres qui compromet de façon importante le droit exclusif de reproduction conféré dans ce Membre aux auteurs et à leurs ayants droit »[265]. Les accords ADPIC secondent en cette matière la directive européenne relative à la protection des programmes d'ordinateur de 1991[266] et, bien entendu, celle de 1992 concernant le prêt et la location[267]

---

[263] Andreas SCHROEDER, « L'histoire du droit de prêt public au Canada », dans, Commission du droit de prêt public, *Le droit à la culture et la culture des droits*, *id.*, p. 83.

[264] Article 11, ADPIC, précité, note 7, « Droits de location - En ce qui concerne au moins les programmes d'ordinateur et les oeuvres cinématographiques, un Membre accordera aux auteurs et à leurs ayants droit le droit d'autoriser ou d'interdire la location commerciale au public d'originaux ou de copies de leurs oeuvres protégées par le droit d'auteur. Un Membre sera exempté de cette obligation pour ce qui est des oeuvres cinématographiques à moins que cette location n'ait conduit à la réalisation largement répandue de copies de ces oeuvres qui compromet de façon importante le droit exclusif de reproduction conféré dans ce Membre aux auteurs et à leurs ayants droit. Pour ce qui est des programmes d'ordinateur, cette obligation ne s'applique pas aux locations dans les cas où le programme lui-même n'est pas l'objet essentiel de la location ». Le droit de location prévu pour les programmes d'ordinateur s'applique mutatis mutandis aux enregistrements sonores. Le texte de l'article 14 - *Protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes (enregistrements sonores) et des organismes de radiodiffusion* - renvoie expressément à l'article 11 : « 14 (4). Les dispositions de l'article 11 pour ce qui est des programmes d'ordinateur s'appliqueront, *mutatis mutandis*, aux producteurs de phonogrammes et à tous autres détenteurs de droits sur les phonogrammes tels qu'ils sont déterminés dans la législation d'un Membre. Si, au 15 avril 1994, un Membre applique un système de rémunération équitable des détenteurs de droits pour ce qui est de la location des phonogrammes, il pourra maintenir ce système, à condition que la location commerciale des phonogrammes n'ait pas pour effet de compromettre de façon importante les droits exclusifs de reproduction des détenteurs de droits ».

[265] Article 11, *id.*

[266] J. REINBOTHE et S. VON LEWINSKI, *The EC Directive on Rental and Lending Rights and on Privacy*, *op. cit.*, note 8, p. 63.

[267] *Id.*, p. 33 et s. Le champ d'application de la directive prêt et location est nettement plus étendu que celui couvert par les accords ADPIC puisque la directive vise les copies d'œuvres et « autres objets » qui sont les

ainsi que, pour l'Amérique du Nord, l'ALÉNA[268]. L'article 11 des accords ADPIC a été reproduit à l'article 7 du TODA, l'article 9 du TOEIP accordant, au profit des artistes interprètes ou exécutants, un droit de location sur leurs enregistrements sonores[269].

En droit canadien, nous retrouvons le droit de location dans une formulation générale sous le paragraphe 3(1)h *Lda* concernant les programmes d'ordinateur et sous le paragraphe 3(1)i *Lda* pour les enregistrements sonores[270]. En voici les textes constitutifs :

> 3. (1) Le droit d'auteur sur l'oeuvre comporte le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'oeuvre, sous une forme matérielle quelconque, d'en exécuter ou d'en représenter la totalité ou une partie importante en public et, si l'oeuvre n'est pas publiée, d'en publier la totalité ou une partie importante; ce droit comporte, en outre, le droit exclusif :
> [...]
> h) de louer un programme d'ordinateur qui peut être reproduit dans le cadre normal de son utilisation, sauf la reproduction

---

fixations des exécutions des artistes interprètes, les phonogrammes, les phonogrammes et les copies de film (art 2(1) de la directive).

[268]

[269] Article 7(1) TODA, « Les auteurs
i) de programmes d'ordinateur,
ii) d'œuvres cinématographiques et
iii) d'œuvres incorporées dans des phonogrammes telles que définies dans la législation nationale des Parties contractantes jouissent du droit exclusif d'autoriser la location commerciale au public de l'original ou d'exemplaires de leurs œuvres.
2) L'alinéa 1) n'est pas applicable,
i) en ce qui concerne les programmes d'ordinateur, lorsque le programme lui-même n'est pas l'objet essentiel de la location et,
ii) en ce qui concerne les œuvres cinématographiques, à moins que la location commerciale n'ait mené à la réalisation largement répandue d'exemplaires de ces œuvres, qui compromette de manière substantielle le droit exclusif de reproduction. [...]».
Article 9(1) TOEIP : « Les artistes interprètes ou exécutants jouissent du droit exclusif d'autoriser la location commerciale au public de l'original et de copies de leurs interprétations ou exécutions fixées sur phonogrammes, selon la définition de la législation nationale des Parties contractantes, même après la distribution de ceux-ci par les artistes eux-mêmes ou avec leur autorisation.
[...] ».

[270] D. VAVER, « Record and Software Rentals : The Copyright Spin », (1995) 10 *I.P.J.* 109, p. 109. En général, Harold G. FOX et John S. MCKEOWN, *Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4ième éd., *op. cit.*, note 66, 21:16 (pour les programmes d'ordinateur) et 21:17 (pour les enregistrements sonores). Ces dispositions n'ont jusqu'à présent jamais été soumises aux tribunaux. Également, pour une discussion générale concernant les obligations internationales du Canada et la transposition de l'ALÉNA dans l'ordre interne, Victor NABHAN, « L'accord de libre-échange et le droit d'auteur », [1994] 161 *R.I.D.A.* 99, plus particulièrement, s'agissant du droit de location, à la page 143.

> effectuée pendant son exécution avec un ordinateur ou autre machine ou appareil;
> i) s'il s'agit d'une oeuvre musicale, d'en louer tout enregistrement sonore.
> Est inclus dans la présente définition le droit exclusif d'autoriser ces actes. (nos soulignés)

Le droit de location ne s'applique donc pas aux autres catégories d'œuvres que les œuvres musicales ni à d'autres objets du droit d'auteur. Ces amendements transposent en droit canadien le texte de l'Accord de libre-échange nord-américain entré en vigueur en janvier 1994[271]. Le texte de l'ALÉNA faisait référence spécifiquement au droit d'autoriser ou d'interdire la location commerciale des programmes d'ordinateur[272] ou des enregistrements sonores[273]. Cette précision est à l'origine d'une disposition interprétative dans la loi canadienne. La version actuelle de l'article 2.5 *Lda* prévoit en effet que :

> 2.5 (1) Pour l'application des alinéas 3(1)h) et i), 15(1)c) et 18(1)c), équivaut à une location l'accord -- quelle qu'en soit la forme et compte tenu des circonstances -- qui en a la nature et qui est conclu avec l'intention de faire un gain dans le cadre des activités générales du loueur de programme d'ordinateur ou d'enregistrement sonore, selon le cas.
> (2) Il n'y a toutefois pas intention de faire un gain lorsque le loueur n'a que l'intention de recouvrer les coûts -- frais généraux compris -- afférents à la location.[274]

Notons également que les articles 15(1)c) et 18(1)c) *Lda* étendent la jouissance du droit de location sur les enregistrements sonores aux titulaires de droits voisins, c'est-à-dire aux artistes-interprètes et aux producteurs. Voilà donc pour les dispositions pertinentes.

---

[271] Article 1705(2)d de l'ALÉNA. En ce qui concerne le droit de location des programmes d'ordinateur, voir l'article 55(2) de la *Loi portant mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, 40-41-42 Eliz. II, c. 44 (1993). En ce qui concerne le droit de location des enregistrements sonores, voir l'article 57(2)(4). Concernant la définition, peu claire, du terme location accompagnant les modifications législatives précitées, on réfèrera aux articles 55(3) et 57(5). En particulier, la version française de l'article 57(2)(5), désormais 2.5(1) *Lda*, ne brille pas par sa concision : « (5) pour l'application du paragraphe (4) (introduisant le droit de location, nos précisions), équivaut à une location l'accord - quelle qu'en soit la forme et compte tenu des circonstances - qui en a la nature et qui est conclu avec l'intention de faire un gain eu égard aux activités générales du loueur d'empreinte, de rouleau perforé ou autre organe à l'aide duquel des sons peuvent être reproduits mécaniquement ».

[272] Article 1705(2)d ALÉNA.

[273] Article 1706(1)c ALÉNA.

Le régime du droit de location, qui ne semble pas avoir enflammé la doctrine canadienne, appelle plusieurs commentaires. D'abord, la référence à la contrepartie pécuniaire incluse à la définition de l'article 2.5 *Lda* laisse en suspend la question du droit de prêt. Quid du prêt à titre onéreux ? Un contrat de prêt à titre onéreux ayant pour objet des enregistrements sonores ou des programmes d'ordinateur serait-il exclu des dispositions des articles 3(1)i et h *Lda* ? Ensuite, les articles 3(1)i et h *Lda* ne sont pas explicites quant à leur domaine d'application respectif. À leur lecture, l'application du droit de location aux *œuvres*, par contraste aux exemplaires de l'œuvre, demeure une possibilité. La distinction bien corporel/incorporel est plus tranchée lorsque l'on introduit les données des dispositions interprétatives. L'expression enregistrement sonore est définie à l'article 2 *Lda* en des termes qui confinent son application aux « sons fixés sur un support matériel quelconque » et celle de programme d'ordinateur renvoie aux notions d'ensemble d'instructions ou d'énoncés « fixés, incorporés ou emmagasinés »[275].

En droit anglais, et suite à l'adoption des directives précitées, le droit spécifique de location est désormais inclus à l'article 18A CDPA. La rédaction initiale de la loi de 1988 subit ici d'importantes modifications. À l'origine, le texte de loi précisait seulement que la mise en circulation au public n'épuisait pas les droits de prêt ou de location pour les films, les enregistrements sonores et les programmes d'ordinateur. Le principe est conservé mais la clause a été renforcée par une disposition expresse visant cette fois *toutes* les catégories d'œuvres

> 18A Infringement by rental or lending of work to the public
> (1) The rental or lending of copies of the work to the public is an act restricted by the copyright in -
> (a) a literary, dramatic or musical work,
> (b) an artistic work, other than -
> (i) a work of architecture in the form of a building or a model for a building,
> or
> (ii) a work of applied art, or

[274] Article 2.5 *Lda*. Voir à ce sujet Harold G. FOX et John S. MCKEOWN, *Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4ième éd., *op. cit.*, note 66, 21 :16c).
[275] Article 2 *Lda*, définition d'« enregistrement sonore » et de « programme d'ordinateur ».

(c) a film or a sound recording.
[...]

Les droits de prêt et de location sont donc désormais des droits permanents qui accompagnent ou complètent la législation anglaise existante relativement au droit général de mise à disposition.

Dans le cas des États-Unis, le droit de location a été introduit en 1984 pour les phonogrammes[276] et 1990 pour les programmes d'ordinateur[277]. La loi américaine présente le droit de location comme une exception au mécanisme de l'épuisement[278]. On doit ici noter, tout en renvoyant à nos développements sur le droit de distribution américain[279], que les vidéogrammes ne font pas l'objet d'un régime particulier et tombent donc sous le coup de l'épuisement. Dans l'hypothèse où le vidéogramme serait d'abord vendu, l'ayant droit ne peut plus, en principe, en contrôler l'exploitation par location.

3) Les recours en importation

La distribution internationale est l'axe majeur à partir duquel le droit d'auteur s'est formé. Le sujet a pleinement occupé les esprits des juristes du XIX^{ième} siècle et, pour ce qui nous concerne, une bonne partie de nos développements historiques. Nous avions conclu notre

---

[276] *Record Rental Amendment of 1984*, Pub. L. No. 98-450, 98 Stat. 1727 (codifié sous 17 U.S.C. § 109(b)(1)(a)) : « Notwithstanding the provisions of subsection (a), unless authorized by the owners of copyright in the sound recording or the owner of copyright in a computer program (including any tape, disk, or other medium embodying such program), and in the case of a sound recording in the musical works embodied therein, neither the owner of a particular phonorecord nor any person in possession of a particular copy of a computer program (including any tape, disk, or other medium embodying such program), may, for the purposes of direct or indirect commercial advantage, dispose of, or authorize the disposal of, the possession of that phonorecord or computer program (including any tape, disk, or other medium embodying such program) by rental, lease, or lending, or by any other act or practice in the nature of rental, lease, or lending. Nothing in the preceding sentence shall apply to the rental, lease, or lending of a phonorecord for nonprofit purposes by a nonprofit library or nonprofit educational institution. The transfer of possession of a lawfully made copy of a computer program by a nonprofit educational institution to another nonprofit educational institution or to faculty, staff, and students does not constitute rental, lease, or lending for direct or indirect commercial purposes under this subsection. [...] ».

[277] *Computer Software Rental Amendments Act of 1990, title VIII of the Judicial Improvements Act of 1990,* Pub. L. No. 101-650, 104 Stat 5089, 5134, enacted December 1, 1990 (codifié sous 17 U.S.C. § 109(b)(1)(a))

[278] NIMMER, *op. cit.*, note 12, 8-178.4(1) et s.

[279] Voir *supra*, p. 380.

deuxième chapitre sur ce qui nous avait apparu comme étant une révélation : le droit de reproduction associé au principe du traitement national avait su résoudre en une seule équation la question de la distribution internationale des livres fabriqués sans l'autorisation de l'ayant droit, opérant ainsi un transfert des forces du droit vers le droit de reproduction.

Restait finalement la difficile question des importations parallèles, incidence de la divisibilité territoriale du droit. Les dispositions relatives au droit d'importation ont donc été maintenues pour répondre à ce phénomène complexe et protéger les systèmes nationaux de distribution. Nous examinerons d'abord les grands principes du droit européen en matière d'importation (i) puis les droits américain et canadien (ii).

i) Le droit européen de l'importation

Notre objectif n'est pas de dresser un tableau exhaustif du droit européen de la distribution. Plus modestement, nous voulons rappeler les profondes relations du droit d'auteur et de la distribution dans un cadre d'intégration économique. Le droit européen chérit tout naturellement le principe de libre circulation des biens dans l'espace économique européen[280]. Celui-ci est un principe directeur auquel reste soumis le droit d'auteur dans sa fonction « distribution » comme tous les autres droits de propriété intellectuelle[281]. Il n'est donc pas surprenant que le droit européen s'intéresse à la notion de droit de distribution principalement à travers son contraire, l'épuisement[282], ce qui laisse l'impression que le

---

[280] Articles 2, 3, 24 et 30 du *Traité instituant la communauté européenne, précité*, note 194. En général, Thomas HAYS, *Parallel Importation under European Union Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 2004, notamment, sur le principe de libre circulation, pp. 15 et s.

[281] « La construction, (...) faite par la Cour de Justice sur l'épuisement du droit, si elle trouve son origine dans la pensée allemande, n'est ni de droit d'auteur, ni de copyright. Portée au plan européen, elle correspond à un souci propre qui est celui d'instaurer un marché sans frontière», Michel VIVANT, « Entre droit d'auteur et Copyright : l'Europe au carrefour des logiques », (1992) 10 *C.P.I.* 41, p. 47. Le droit des marques et des brevets connaissent également cette limite au monopole d'exploitation. F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination*, *op. cit.*, note 179, pp. 412-421.

[282] Beaucoup a été écrit à ce sujet. Nous renverrons donc ici aux excellents ouvrages généraux au sujet de l'épuisement et notamment, F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination*, *op. cit.*, note 179, p. 403 et s. En général, S. STRÖMHOLM, « Le « droit de mise en circulation » dans le droit d'auteur - Étude de droit comparé », *loc. cit.*, note 118. M. RÖTTINGER, « L'épuisement du droit d'auteur », *loc. cit.*, note 194. C. VILMAR, « L'épuisement des droits de propriété intellectuelle ; La jurisprudence française à la lumière des plus récentes décisions communautaires », (2001) 194 *Revue internationale de la concurrence* 17. Nous

droit européen cède plus volontiers au principe du libre échangisme qu'à celui de la protection de ses auteurs ou de ses inventeurs. En réalité, la situation européenne est plus nuancée et la jurisprudence de la Cour de Justice est venue, à de nombreuses occasions, limiter l'effet de l'épuisement européen soit en précisant ses conditions d'application, soit en accueillant certains motifs d'exemption.

Premièrement, l'épuisement européen est un « épuisement du droit de distribution intracommunautaire »[283]. La règle est donc inefficace dans le cas d'importation de biens mis en marché hors du marché européen. Le considérant 28 de la Directive 2001/29 sur l'harmonisation de certains aspects du droit et des droits voisins dans la société de l'information rappelle ainsi que « la première vente dans la Communauté de l'original d'une œuvre ou des copies de celle-ci par le titulaire de droit ou avec son consentement épuise le droit de contrôler la revente de cet objet dans la communauté. Ce droit ne doit pas être épuisé par la vente de l'original ou de copies de celui-ci hors de la Communauté par le titulaire du droit ou avec son consentement » (nos soulignés)[284]. Son objet est également limité au droit de distribution *stricto sensu.* L'épuisement concerne essentiellement la *revente* et non les autres modes de distribution. La Cour de Justice avait admis ce principe dans l'arrêt *Egmont Film* :

> La mise en circulation d'un support d'images et de sons ne peut pas par définition rendre licites d'autres actes d'exploitation de l'œuvre protégée, tels la location, qui ont une nature différente de celle de la vente ou de tout autre acte licite de distribution. Tout comme le droit de représentation par voie d'exécution publique d'une œuvre, le droit de location demeure au nombre des prérogatives de l'auteur et du

---

avions également écrit à ce sujet, Pierre-Emmanuel MOYSE, « La distribution électronique des biens à forte composante intellectuelle », (2002) dans l'ouvrage collectif dirigé par le professeur Vincent Gautrais, *Le droit du commerce électronique*, Montréal, Thémis, 2002, p. 503, en particulier aux pages 569 et s. .

[283] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination*, *op. cit.*, note 179, p. 424.

[284] *Directive société de l'information*, *précité*, note 176. La jurisprudence est désormais constante et a été récemment rappelée par le tribunal des communautés européennes dans la décision *Micro leader* : « L'achat d'une copie d'un programme d'ordinateur au Canada n'épuise pas la protection juridique prévue par la directive [91/250]. Ainsi, toute tentative d'utiliser ou de vendre une telle copie dans la Communauté constituerait une violation des droits d'auteur, et toute action de Microsoft visant à prévenir l'importation de telles copies constituerait une tentative de faire respecter ses droits légitimes plutôt qu'un accord ou pratique concertée entre Microsoft et ses revendeurs, qu'ils soient au Canada ou dans la Communauté », *Micro Leader Business* c *Commission des Communautés*, (16 décembre 1999) T-198/98 (Rec.1999, p.II-3989).

> producteur en dépit de la vente du support matériel qui contient l'œuvre. Le droit spécifique d'autoriser ou d'interdire la location serait en effet vidé de sa substance s'il devait être épuisé du seul fait de la première offre de location.[285]

La règle de l'épuisement préserve donc les droits de prêt ou de location qui restent sujets à l'autorisation de l'auteur, ainsi d'ailleurs que les droits de reproduction ou de communication au public, alors même que l'exemplaire est autrement accessible à l'achat sur le marché[286]. La directive prêt et location du 19 novembre 1992[287] prévoit ainsi expressément en son paragraphe 4, article premier, que les droits de prêt et de location ne sont pas épuisés par la vente ou tout autre acte de diffusion, laissant à l'article 9 le soin de rappeler que le régime de ces droits est sans préjudice de l'épuisement du droit de distribution dans l'espace européen.

Deuxièmement, l'épuisement européen est soumis à une exigence technique rigoureuse : pour que le droit de mise en circulation soit épuisé, il faut que l'acte initial de mise en marché ait été autorisé par le titulaire du droit[288].

---

[285] Arrêt C.J.C.E., C-61/97 du 22 septembre 1998, *Foreningen af danske Videogramdistributører, agissant pour Egmont Film e.a. / Laserdisken*, (Rec.1998, p.I-5171). Confirmant ainsi l'arrêt Arrêt C.J.C.E., C-200/96 du 28 avril 1998, *Metronome Musik / Music Point Hokamp* (Rec.1998, p.I-1953) dans lequel il avait été énoncé que la mise en circulation d'un film ou d'un support de son ne peut donc pas, par définition, rendre licites d'autres actes d'exploitation de l'oeuvre protégée, tels que la location, qui ont une nature différente de celle de la vente ou de tout autre acte licite de distribution.

[286] « Article 4 - Sous réserve des articles 5 et 6, les droits exclusifs du titulaire au sens de l'article 2 comportent le droit de faire et d'autoriser :
[...]
c) toute forme de distribution, y compris la location, au public de l'original ou de copies d'un programme d'ordinateur. La première vente d'une copie d'un programme d'ordinateur dans la Communauté par le titulaire du droit ou avec son consentement épuise le droit de distribution de cette copie dans la Communauté, à l'exception du droit de contrôler des locations ultérieures du programme d'ordinateur ou d'une copie de celui-ci », *Directive programmes d'ordinateur, précité*, note 44.

[287] *Directive location et prêt, précité*, note 45.

[288] « L'épuisement est tout d'abord conditionné par le fait que les produits ont été mis dans le commerce par le titulaire ou avec son consentement », Arrêt du 16 juillet 1998, C.J.C.E., *Silhouette International Schmied / Hartlauer Handelsgesellschaft* (Rec.1998, p. I-4799). Sur la notion de consentement, on citera encore le récent arrêt de la CJCE du 20 novembre 2001 réunissant les causes C.J.C.E., *Davidoff, Levi Strauss* et *Tesco* et *Costco* qui interprète l'article 7§1 de la directive 89/104 sur les marques pour affirmer que ce consentement peut être exprès ou « implicite, lorsqu'il résulte d'éléments et de circonstances antérieurs, concomitants ou postérieurs à la mise dans le commerce en dehors de l'EEE, qui, appréciés par le juge national, traduisent de façon certaine une renonciation du titulaire à son droit de s'opposer à une mise dans le commerce dans l'EEE »; ainsi, le consentement ne peut pas résulter du silence du titulaire ou de son absence d'interdiction explicite, le consentement n'est pas présumé. Arrêt C.J.C.E., 414/99 du 20/11/2001, *Zino Davidoff et Levi Strauss* (Rec.2001, p.I-8691). Comparer avec la solution de l'arrêt *Idéal Standard* de la CJCE en date du 22 juin 1994

Troisièmement, l'épuisement ne concerne que la libre circulation des exemplaires[289] : *a priori* les droits de communication au public ou tout autre droit visant la distribution dématérialisée de l'œuvre lui échappe. C'est le sens notamment du considérant 33 de la directive bases de données :

> considérant que la question de l'épuisement du droit de distribution ne se pose pas dans le cas de bases de données en ligne, qui relèvent du domaine des prestations de services; que cela s'applique également à l'égard d'une copie matérielle d'une telle base faite par l'utilisateur de ce service avec le consentement du titulaire du droit; que, contrairement au cas des CD-ROM ou CD-I, où la propriété intellectuelle est incorporée dans un support matériel, à savoir dans une marchandise, chaque prestation en ligne est, en effet, un acte qui devra être soumis à une autorisation pour autant que le droit d'auteur le prévoit.[290]

---

qui fait la distinction entre la situation du cédant et celle du donneur de licence. En effet, la Cour indique que : « Le consentement qu'implique une cession volontaire d'un droit de marque n'est pas celui exigé pour que joue l'épuisement du droit. Il faut pour cela que le titulaire du droit dans l'État d'importation ait directement ou indirectement le pouvoir de déterminer les produits sur lesquels la marque peut être apposée dans l'État d'exportation et en contrôler la qualité. Or ce pouvoir disparaît lorsque la maîtrise de la marque est volontairement cédée à un tiers sans lien économique avec le cédant. Cette situation doit donc être nettement distinguée du cas où les produits importés proviennent d'un licencié. Contrairement au cédant, le donneur de licence a, en effet, la possibilité de contrôler la qualité des produits du licencié en insérant dans le contrat des clauses qui obligent le licencié à respecter ses instructions et lui donnent la faculté de s'assurer de leur respect ». Arrêt C.J.C.E., C-9/93 du 22 juin 1994, *IHT Internationale Heiztechnik / Ideal-Standard* (Rec.1994, p.I-2789). On prendra connaissance des développements récents du droit européen qui désormais portent essentiellement sur des aspects du droit de la preuve : Peter DYRBERG, « For EEA Exhaustion to Apply, Who has to Prove the Marketing of the Trade Marked Goods in the EEA - the Trade Mark Owner or the Defendant ? », (2004) 2 *E.I.P.R.* 81.

[289] Cette exigence de matérialité a même trouvé une application particulière en droit des marques. Dans l'arrêt *Sebago*, la CJCE a été décidé que l'épuisement concerne uniquement les biens effectivement vendus par le propriétaire de la marque et ne peut être invoqué pour des biens similaires ou identiques portant la même marque. Arrêt C.J.C.E., C-173-98 du 1 juillet 1999, *Sebago et Maison Dubois* (Rec.1999, p.I-4103).

[290] *Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données*, JOCE n° L 077 du 27/03/1996 p. 0020 - 0028 (ci-après, *Directive bases de données*).

Cet énoncé fondamental est repris également dans la directive société de l'information[291], car il confirme le principe selon lequel la *distribution de l'œuvre* - par opposition à la *distribution de l'exemplaire* - doit être soumise au droit de l'auteur[292]. Comme ailleurs, l'épuisement européen risque de devenir d'application résiduaire dans le sens où la distribution des œuvres fait de moins en moins appel au support matériel. L'état physique de l'objet véhiculant l'œuvre disparaît et avec lui le régime du bien corporel. La licence supplante donc logiquement la vente. Sur ce dernier point, la discussion sur la fonction « distribution » du droit d'auteur a été ouverte par la jurisprudence *Coditel* dans les années 1980. Dans deux arrêts consécutifs, la CJCE avait confirmé que le droit d'exécution ne s'épuisait pas du fait des autorisations territoriales de télédistribution données pour l'exploitation d'un film. C'est donc à tort et sans droits que la société défenderesse avait capté les signaux diffusés licitement par une télévision allemande pour les retransmettre en Belgique[293]. La Cour établissait ainsi une distinction entre le régime d'une oeuvre véhiculée par un support de celui d'une œuvre dans son état immatériel[294]. L'état immatériel justifierait alors l'application d'un régime distinct - qui ne connaît pas l'épuisement -, celui des « services » :

> Les problèmes que comporte le respect du droit du producteur d'un film cinématographique par rapport aux exigences du traité ne sont pas les mêmes que ceux qui concernent le droit d'auteur d'oeuvres littéraires et artistiques dont la mise à la disposition du public se confond avec la circulation du

---

[291] Considérant 29, « La question de l'épuisement du droit ne se pose pas dans le cas des services, en particulier lorsqu'il s'agit de services en ligne. Cette considération vaut également pour la copie physique d'une oeuvre ou d'un autre objet réalisée par l'utilisateur d'un tel service avec le consentement du titulaire du droit. Il en va par conséquent de même pour la location et le prêt de l'original de l'oeuvre ou de copies de celle-ci, qui sont par nature des services. [...] », *Directive société de l'information, précité*, note 176.

[292] « Considérant que les droits exclusifs de l'auteur doivent comprendre le droit de déterminer la façon dont son oeuvre sera exploitée, et par qui, et en particulier le droit de contrôler la distribution de son oeuvre à des personnes non autorisées; », *id.*, considérant 30, *Directive bases de données, précité,* note 292.

[293] « Les dispositions du traité relatives à la libre prestation de services ne s'opposent pas a ce qu'un cessionnaire des droits de représentation d'un film cinématographique dans un État membre invoque son droit pour faire interdire la représentation de ce film dans cet État, sans son autorisation, par voie de télédistribution, si le film ainsi représenté est capté et transmis après avoir été diffusé dans un autre État membre par un tiers, avec le consentement du titulaire originaire du droit ». Arrêt C.J.C.E., C-62/79 du 18 mars 1980, *Coditel / Ciné Vog Films* (Rec.1980, p.881) (Coditel I) et Arrêt C.J.C.E., 262/81 du 06 octobre 1982, *Coditel / Ciné-Vog Films* (Rec.1982, p.3381) (Coditel II).

[294] Voir à ce sujet les critiques de F. Pollaud-Dulian. F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination, op. cit.*, note 179, p. 460 et s.

> support matériel de l'oeuvre, comme c'est le cas du livre ou du disque, alors que le film appartient à la catégorie des oeuvres littéraires et artistiques mises à la disposition du public par la voie de représentations qui peuvent se répéter à l'infini et dont la commercialisation relève de la circulation des services, quel que soit son mode de diffusion publique, cinéma ou télévision.[295]

Les effets de cette jurisprudence sur le droit européen se poursuivront jusque dans l'analyse des activités de distribution numérique. La distribution de produits sous licence via Internet semble avoir été interprétée comme constituant un *service* par opposition à une *vente d'exemplaires*. Déjà dans son *Livre Vert*, la Commission des communautés européennes avait estimé qu'à « la différence du droit de distribution d'un support matériel, les différents droits qui s'attachent aux services transmis par voies électroniques peuvent difficilement faire l'objet d'épuisement. En effet, tout service transmis (par exemple, radiodiffusion, location ou prêt) est un acte qui requiert une autorisation séparée, sans préjudice concernant les futures formes d'exploitation », rétablissant ainsi la force des droits exclusifs et isolant un peu plus, par l'effet de la distinction droit de reproduction/droit d'exécution public, la théorie de l'épuisement[296].

Enfin, une fois l'ensemble de ces conditions satisfaites, le droit de propriété intellectuelle peut encore validement constituer une restriction au commerce dans la mesure où l'objet spécifique du droit invoqué le justifie[297]. En vertu de l'article 30 du *Traité instituant la Communauté européenne*, l'interdiction des restrictions au commerce ne concerne pas les «

---

[295] Coditel II, *précité*, note 293, para. 11.

[296] Commission des Communautés européennes, *Livre Vert « Le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information »*, (ci-après : « Livre Vert ») COM(95) 382 final, Bruxelles le 19 juillet 1995, p. 48. Le principe selon lequel l'épuisement concerne uniquement le droit de distribution a encore été rappelé récemment par la Cour de justice européenne dans l'arrêt *Foreningen AF Danske Videogramdistributorer* c. *Sté Laserdisken*, CJCE du 22 septembre 1998, (1999) 179 *R.I.D.A.* 301 (disant pour droit que les articles 30 et 36 du Traité, et la Directive 92/100 du 19 novembre 1992, ne s'opposent pas à ce qu'une personne titulaire d'un droit exclusif de location interdise dans un État membre la mise en location de copies d'une oeuvre cinématographique alors même que la mise en location de ces copies aurait été autorisée sur le territoire d'un autre État membre).

[297] La CJCE posant le principe selon lequel les règles dérogatoires à la libre circulation des biens sont légitimes lorsqu'il en va de la sauvegarde des droits qui constituent l'objet spécifique du droit d'auteur, Arrêt C.J.C.E., 78/70 du 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon / Metro SB* (Rec.1971, p.487).

interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons [...] de protection de la propriété industrielle et commerciale » (nos soulignés)[298].

Le droit de distribution européen est devenu plus sophistiqué, il s'est instrumentalisé, affiné, il a restauré dans certains cas le principe du droit exclusif et donc, corrélativement, nuancé l'application du principe de l'épuisement. Le contrôle des œuvres a donc grandement été augmenté en raison de son encadrement par les tribunaux européens[299].

ii) Le droit canadien de l'importation et éléments de droit américain

Notre sous-titre comporte deux thèmes qui seront examinés tour à tour. Nous examinerons le droit canadien (1) avant de présenter quelques éléments de droit américain (2).

1) Le droit canadien de l'importation

Le droit d'auteur canadien prévoit deux régimes d'importation : un régime général au titre des infractions secondaires ou, selon le libellé exact de la loi, des cas constituant une *violation à une étape ultérieure* (article 27(2)e *Lda*) et un régime spécifique depuis 1997 visant spécifiquement l'importation parallèle des livres (article 27.1 *Lda*). Même s'ils n'apparaissent pas au sein du dispositif central de l'article 3(1) Lda., ces dispositions placées sous la section « recours civils » ne constituent pas moins des *droits* au sens du droit canadien. On rappellera que dans les systèmes de *common law* le recours crée le *droit*,

---

[298] La formule « propriété industrielle et commerciale » vise également le droit d'auteur. André FRANÇON, « Le droit d'auteur et le traité de Rome instituant la Communauté Économique Européenne », (1979) 100 *R.I.D.A.* 129, p. 147 et s.

[299] La proposition est encore plus vraie en droit des marques où le reconditionnement des produits a donné lieu à une jurisprudence favorable au maintien des droits du propriétaire de la marque. Voir notamment, Arrêt C-347/89 du 16 avril 1991, *Freistaat Bayern / Eurim-Pharm* (Rec.1991, p.I-1747). L'exception à l'application de l'épuisement du droit peut également être invoquée si, compte tenu des circonstances propres à chaque espèce, l'utilisation de ces produits protégés et commercialisés conformément aux usages du commerce par l'importateur parallèle porte une atteinte sérieuse à la renommée du produit. Arrêt C-337/98 du 4 novembre 1997, *Parfums Christian Dior / Evora* (Rec.1997, p.I-6013)

il n'est dès lors pas nécessaire qu'il existe autrement que dans les sections consacrées à la contrefaçon[300].

Quant au régime général, la loi prévoit dans un langage plutôt abstrus que :

> Constitue une violation du droit d'auteur l'accomplissement de tout acte ci-après en ce qui a trait à l'exemplaire d'une oeuvre, d'une fixation d'une prestation, d'un enregistrement sonore ou d'une fixation d'un signal de communication alors que la personne qui accomplit l'acte sait ou devrait savoir que la production de l'exemplaire constitue une violation de ce droit, ou en constituerait une si l'exemplaire avait été produit au Canada par la personne qui l'a produit :
> a) la vente ou la location;
> b) la mise en circulation de façon à porter préjudice au titulaire du droit d'auteur;
> c) la mise en circulation, la mise ou l'offre en vente ou en location, ou l'exposition en public, dans un but commercial;
> d) la possession en vue de l'un ou l'autre des actes visés aux alinéas a) à c);
> e) l'importation au Canada en vue de l'un ou l'autre des actes visés aux alinéas a) à c).
> (3) Lorsqu'il s'agit de décider si les actes visés aux alinéas (2)a) à d), dans les cas où ils se rapportent à un exemplaire importé dans les conditions visées à l'alinéa (2)e), constituent des violations du droit d'auteur, le fait que l'importateur savait ou aurait dû savoir que l'importation de l'exemplaire constituait une violation n'est pas pertinent.
> [...] (nous soulignons les passages pertinents)

Ce dispositif appelle plusieurs commentaires. D'abord, le droit d'interdire l'importation est présenté comme un droit incident aux droits exclusifs de l'article 3(1) *Lda* : « The right to import a copyrighted book and, conversely, the right to exclude importation are rights incident to the general « exclusive right » of an author or copyright proprietor »[301]. Ensuite, sa fonction ne se comprend que par référence à la production de l'exemplaire. Le droit d'importation protège l'exercice du droit de reproduction dans une situation où l'éditeur

---

[300] Sur ce point nous renverrons le lecteur à notre premier Chapitre qui traite des particularismes du droit anglais. Également, et en général, voir René DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 10ième éd., Paris, Dalloz, 1992, et plus particulièrement les développements concernant la « Legal Rule », pp. 292 et s.
[301] R. R. BOWKER, *Copyright Its History and Its Law*, *op. cit.*, note 19, p. 278.

canadien qui a permission d'éditer une version canadienne d'un ouvrage se voit concurrencer dans la jouissance de cette licence par l'introduction d'exemplaires d'une même œuvre imprimée à l'étranger. Le droit de reproduire ainsi cédé n'aurait plus, dans ce dernier cas, aucune valeur et cela s'entend. C'est ainsi que l'article 27(2) *Lda* fait référence à la fiction de l'exemplaire fabriqué au Canada : « constitue une violation de ce droit, ou en constituerait une *si l'exemplaire avait été produit au Canada par la personne qui l'a produit* » (nos italiques).

Pour nous éclairer davantage sur cette fiction, nous reproduisons ci-dessous un extrait du rapport Isley de 1958 qui interprète le mécanisme du recours en importation contenu dans la loi de 1921 :

> [...] l'importation d'exemplaires d'une œuvre n'est interdite que si ces exemplaires, s'ils étaient fabriqués au Canada, violeraient le droit d'auteur. Les mots « s'ils étaient fabriqués au Canada » doivent signifier, selon nous « s'ils étaient fabriqués au Canada par la personne qui les a fabriqués » (nos soulignés). Si par exemple, le titulaire du droit d'auteur canadien au Canada et dans un pays A, avait autorisé leur fabrication par X dans le pays A, mais n'avait pas autorisé leur fabrication par X au Canada, l'article interdirait à toute personne l'importation au Canada d'exemplaires fabriqués par X, après que l'avis approprié aurait été donné.[302]

Ce mécanisme exclut le recours contre l'importation d'exemplaires produits à l'étranger par la personne qui détient aussi les droits de *fabrication* au Canada. Ceci est logique puisque les exemplaires qui se feraient concurrencés ont été fabriqués par la même personne. L'exclusion vise également l'acte d'importation à titre privé ou à tout autre dessein que la vente, la location, la mise en circulation de façon à porter préjudice au titulaire du droit d'auteur. Dans son esprit, l'article 27(2) *Lda* vient clairement renforcer la position des titulaires canadiens du droit de reproduction et sert habilement au cloisonnement des accords de distribution. Le titulaire étranger du droit d'auteur dans une œuvre s'en servira pour accorder des droits distincts de reproduction ou de fabrication à des filiales canadiennes et ce, même si l'œuvre n'est pas fabriquée au Canada, afin que le dispositif de

---

[302] Commission royale sur les Brevets, le Droit d'auteur, les Marques de Commerce et les Dessins industriels, *Rapport sur le Droit d'auteur*, Ottawa, Edmond Cloutier (1958), p. 102 (ci-après, « Rapport Isley »).

l'article 27(2) permette à cette filiale d'empêcher l'importation par une tierce personne d'exemplaires mis sur le marché à l'étranger par un autre licencié ou par la maison mère elle-même[303].

Quant au régime spécifique, régime qui vise uniquement les livres, l'article 27.1 *Lda* prévoit que l'importation d'exemplaires - fabriqués avec le consentement du titulaire du droit d'auteur - sans l'autorisation du distributeur exclusif canadien ou du titulaire de droit est proscrite[304]. Cette nouvelle disposition qui n'a jamais été soumise à l'exercice des tribunaux offre une protection de droit nouveau aux distributeurs de livres, l'auteur conservant le droit d'interdire toute importation non autorisée au titre de l'article 27(2) *Lda*. L'article 27.1 *Lda* investit donc cette fois le *distributeur exclusif*[305], c'est-à-dire le

---

[303] Cette construction est expliquée dans l'affaire *Kraft Canada Inc.* c. *Euro Excellence Inc,* (2004) 33 *C.P.R.* (4th) 246, pp. 246-249, confirmée en appel, 2005 C.A.F. 427 (19 décembre 2005). Voir également pour des cas d'application de l'article 27(2), *Godfrey, MacSkimming & Basque Ltd* c. *Coles Book Stores Ltd*, (1973) 13 *C.P.R.* 89 (Ont. H.C.J.) (accordant une injonction pour faire cesser l'importation par la défenderesse d'exemplaires de livres publiés sous licence aux États-Unis). Dans le même sens mais pour des disques, *Fly by Nite Music co.* c. *Record Wherehouse Ltd.* (1975), 20 *C.P.R.* (2d) 263 (F.C.TD), *A&M Records* c. *Millbank Music Corp*, (1984) 1 *C.P.R.* (3d.) 354 et surtout *Dictionnaires Robert Canada SCC* c. *Librairie du Nomade Inc,* (1987) 16 *C.P.R.* (3d) 319 (F.C.T.D.). Dans cette dernière décision, le juge Denault conclut à la violation du droit de la demanderesse et accorde l'injonction : « Section 3 of the *Copyright Act* defines this expression and states that « copyright » . . . includes the sole right . . . to authorize any such acts as aforesaid ». It necessarily follows that anyone who authorizes the performance of an act which is the exclusive right of the owner of the copyright infringes it : see Roger T. Hughes, *Hughes On Copyright and Industrial Design* (Toronto, Butteworths, 1984), p. 545. As we saw earlier, the evidence established that the defendant Librairie Nomade imported, distributed, exhibited in public by way of trade and sold the works protected by the copyright and derived a certain profit from so doing », *précité*, p. 335. Cette décision doit être distinguée des trois autres décisions précitées dans ce sens que le transfert du droit d'auteur n'avait ici aucun objet réel : les exemplaires distribués au Canada par la demanderesse étant fabriqués hors du Canada contrairement aux causes *Clarke, Irwin & Co*, *Fly by Nite* et *A&M Records*. Le droit d'importation perd donc sa justification puisqu'il ne préserve pas l'exercice du droit de reproduction au Canada.

[304] Article 27.1 (1) *Lda* dispose que : « Sous réserve des règlements pris en application du paragraphe (6), constitue une violation du droit d'auteur sur un livre l'importation d'exemplaires de celui-ci dans les cas où les conditions suivantes sont réunies :

a) la production des exemplaires s'est faite avec le consentement du titulaire du droit d'auteur dans le pays de production, mais leur importation se fait sans le consentement du titulaire du droit d'auteur au Canada;

b) l'importateur sait ou devrait savoir qu'il violerait le droit d'auteur s'il produisait les exemplaires au Canada »

[305] Le distributeur exclusif est présumé avoir un intérêt concédé par licence dans le cadre des actions qu'il peut intenter en vertu de 27.1 *Lda*. Articles 27.1(3) *Lda* et *Règlement sur l'importation de livres*, DORS/99-324, 28 juillet 1999. « distributeur exclusif » s'entend selon l'article 2 de la *Lda*, « [...] de toute personne qui remplit les conditions suivantes :

a) le titulaire du droit d'auteur sur le livre au Canada ou le titulaire d'une licence exclusive au Canada s'y rapportant lui a accordé, avant ou après l'entrée en vigueur de la présente définition, par écrit, la qualité d'unique distributeur pour tout ou partie du Canada ou d'unique distributeur pour un secteur du marché pour tout ou partie du Canada;

b) elle répond aux critères fixés par règlement pris en vertu de l'article 2.6. [...] »

marchand, de la prérogative autrefois seulement dévolue à l'auteur ou à un titulaire. Il résout ainsi la question de l'obtention par le distributeur d'un intérêt légitime dans le droit d'auteur[306].

Notons également que l'article 45 *Lda* prévoit un certain nombre d'exceptions au bénéfice de la personne qui importe pour son propre usage deux exemplaires au plus d'une œuvre[307]. Le Gouvernement du Canada ou de l'une de ses provinces bénéficie de ce tempérament. L'exception vise également les livres d'occasion produits avec le consentement du titulaire du droit d'auteur dans le pays de production, « sauf s'il s'agit de livres de nature scientifique, technique ou savante qui sont importés pour servir de manuel scolaire dans un établissement d'enseignement »[308].

Antidote à l'épuisement international donc, les articles 27(2)e et 27.1 *Lda* apportent un recours curatif en violation de droit d'auteur à qui oserait, fort des expériences européennes, invoquer le principe de libre circulation internationale des biens.

---

[306] Refusant d'accorder l'injonction visant les activités d'importation de la défenderesse au motif que l'importateur n'avait ni intérêt, ni titre pour agir, *Maison du Livre Français de Montréal Inc.* c. *Institut Littéraire du Québec Ltée,* (1959) 31 *C.P.R.* 69 (CS Québec). Le juge Lesage notera également que la libre circulation des biens doit prévaloir à moins d'un droit clair : « Whereas the board principle of freedom of trade and competition favours the defendant who must be left free to conduct his business until such time as it is established that he does not have the right to do so. », *id.*, p. 78. L'explication de ces prérogatives accordées spécifiquement aux distributeurs exclusifs est toute entière contenue dans cet extrait du rapport Isley de 1958 : « L'article 27 a été l'objet de représentations soutenues et vigoureuses de la part d'un certain nombre d'éditeurs de livres et d'organismes représentant des éditeurs de livres. Ils étaient intéressés à ce que l'article soit non seulement maintenu mais aussi grandement renforcé de leur point de vue. Les maisons d'édition de livres au Canada sont, en général, surtout des importateurs de livres. Ils impriment et font imprimer certains livres au Canada mais ce n'est pas là le côté profitable de leur entreprise. Elles déclarent que pour rester dans une situation financière qui leur permette de continuer à imprimer des livres canadiens originaux et contribuer ainsi au progrès de la littérature canadienne, il convient que ne soient pas indûment entravées leurs opérations d'importation et de distribution. La plupart ne sont pas les titulaires du droit d'auteur canadien des livres qu'ils importent, mais sont les vendeurs ou distributeurs exclusifs des titulaires du droit d'auteur. La majeure partie des livres qui leur passent entre les mains sont importés par eux des éditeurs de Grande Bretagne, des États-unis et de la France. Jusqu'à tout récemment ils donnaient, ou certains d'entre eux donnaient des avis écrits au ministère du Revenu national de leur désir que certains livres ne soient pas importés au Canada, sauf par eux », Rapport Isley, *op. cit.*, note 302, p. 102. Voir également l'interprétation du sous-ministre de l'époque F. P. Vercoe, *id.*, pp. 102-103 Également, A.A. KEYES, « Do Proposed Copyright Amendements Bolster Canadian Culture ? », (1996) 10 *I.P.J.* 353, p. 354. Voir également le très instructif article, Noel WANDA, « The Importation Provisions of the Canadian Copyright Act », (1977) 9 *Ottawa L. Rev.* 156.

[307] Article 45 (1) a) *Lda.*

[308] Article 45(1)(e) *Lda.*

Ces développements au titre des dispositions sur l'importation complètent ceux les droits de location et de prêt. Le tableau du droit de distribution en droit canadien est l'œuvre d'un impressionniste : il apparaît par touches successives. Malgré la spécificité et la limite de l'intervention législative, les dispositions en place sont sujettes à de fortes pressions. Il y a effectivement un intérêt économique grandissant à voir renforcer les dispositions du droit d'auteur en cette matière puisqu'elles sécurisent les accords de distribution territoriale. L'exemple le plus édifiant de cette évolution est sans aucun doute la décision de la Cour fédérale dans *Kraft Canada Inc.* c. *Euro Excellence*, décision confirmée en appel. Appelé à se prononcer sur l'application de l'article 27(2)e, le juge Harrington a accueilli la demande de la société Kraft Canada qui entendait interdire à la défenderesse l'introduction au Canada des produits de chocolat de marques Côte d'Or et Toblerone, produits fabriqués en Europe par les sociétés Kraft Foods Schweiz AG et Kraft Foods Belgium SA. Afin de bénéficier de la disposition de l'article 27(2)e *Lda*, les droits de reproduction avaient été cédés par contrat à la filiale canadienne. Kraft Canada entendait ainsi se prémunir contre l'importation des « exemplaires » des marques figuratives - et accessoirement, bien entendu, des produits - par Euro Excellence. Techniquement, cette dernière importait des exemplaires qui auraient été contrefaisants *s'ils avaient été produits au Canada par la personne qui les a produits* - cette personne en l'occurrence étant les entités européennes qui ont accordé une licence exclusive de fabrication à leur filiale Kraft Canada). La Cour fédérale a énoncé que le droit d'auteur résidant dans l'aspect graphique des deux marques figuratives justifie la mise en œuvre des recours en importation et a condamné la défenderesse[309]. La solution est choquante même si elle avait déjà été accueillie dans des cas d'espèce par d'autres tribunaux du *Commonwealth* et notamment en Australie et en Afrique du Sud[310] sur des faits similaires. Un tel dévoiement des objectifs élémentaires du

---

[309] *Kraft Canada Inc.* c. *Euro Excellence Inc, précité*, note 303. Voir également, *Access International Automotive Ltd.* c. *Volkswagen Canada Inc.*, (2001) 3 *C.F.* 311, dans cette dernière affaire la filiale canadienne de Volkswagen tente d'interdire l'introduction par un tiers de pièces automobiles fabriquées au Mexique. La revendication porte cette fois sur un droit d'auteur allégué dans les logos apparaissant sur les pièces.

[310] *Bailey c. Boccaccio*, (1986), 84 *F.L.R.* 232, cette décision australienne avait reconnu au titulaire australien du droit d'auteur sur des marques figuratives (la marque Bailey) le droit d'interdire l'importation des produits sur lesquels ces marques apparaissaient. Également, Clive TURNER, « Copyright and the Parallel Importation of Goods into Australia - Recent Developments », (1990-1991) 16 *U. Queensland L.J.* 93. En droit sud-africain, et concernant cette fois une revendication de droit d'auteur sur des éléments de l'emballage des cassettes TDK importées en Afrique du Sud, *Frank & Hirsch (Pty) Ltd.* v. *A Roopanand Brothers (Pty)*

droit d'auteur a d'ailleurs provoqué dans ce pays l'intervention du législateur pour interdire de telles pratiques[311].

2) Éléments de droit américain

Par le jeu des articles 106(3) et 602(a) U.S.C.[312], les importations d'exemplaires peuvent faire l'objet d'interdictions au titre du droit de distribution lorsque les exemplaires introduits aux États-Unis ont été fabriqués sous licence dans un pays étranger mais

---

Limited, (1987) 3 *S.A.* 165, infirmé en appel (1993) 4 *S.A.* 279. Owen H. DEAN, « Parallel Importation - Infringement of Copyright », (1983) 100 *S. African L.J.* 258 et du même auteur « Infringement of copyright by dealing in parallel imports: application of the principle in recent South African, Australian and Singapore cases » (1994) 41 *Copyright World* 19.

[311] L'anomalie de la décision *Bailey* fut corrigée par un amendement à la *Loi australienne sur le droit d'auteur* (*Copyright Amendment Act* (No. 1) 1998 No. 104, 1998). Désormais, le droit d'auteur sur un élément d'un emballage ne peut plus servir à interdire l'importation d'un produit (articles 10, 10AD et 44C *Copyright Act*, No. 63, 1968). Les modifications de la l*oi australienne* suivent les recommandations faites en 1988 par le *Copyright Law Review Committee* qui condamnait déjà sévèrement les pratiques de manipulation du droit d'auteur qui consistaient à invoquer un droit d'auteur sur des étiquettes, logos et autres accessoires : « 181. The Committee is strongly of opinion that distributors of goods should not be able to control the market their products by resorting to the subterfuge of devising a label in which copyright subsist. The purpose of copyright by is to protect articles which are truly copyright articles such as books, sound recordings or films. This purpose is achieved by conferring on authors of works and makers of subject matter a bundle of exclusive rights entitling them to 'restrain conduct antipathetical to their incorporeal property and to sue for damages where such conduct has already been committed. If the simple expedient of affixing or attaching a label in which copyright subsists to any goods at all entitles the owner of the goods to exclude others from marketing similar goods, the sooner the practice is stopped the better it will be. However imaginatively labelled or packaged a bottle of liquor may be, the product is liquor. The same may be said of cigarettes, perfume and cosmetics. In the Committee's opinion it would be quite wrong to allow the present position to continue. [...].

182. In the course of its consideration of this aspect of the reference, the Committee has considered whether any product labelling or packaging should be capable of being used for the purpose of controlling a market in copyright articles. In other words, should the fact that copyright subsists in a label attached to a copyright article, for example, a book or a sound recording, be permitted to have some effect on the control of the marketing of such an article? The Committee has reached the conclusion that this also should be prevented. There is no evidence before the Committee of any such abuse taking place, but the amendment which the Committee recommends should cover product labelling and packaging of all goods whether copyright articles or not. », p. 224.

[312] « §602. Infringing importation of copies or phonorecords.

(a) Importation into the United States, without the authority of the owner of copyright under this title, of copies or phonorecords of a work that have been acquired outside the United States is an infringement of the exclusive right to distribute copies or phonorecords under section 106, actionable under section 501 ».

importés sans autorisation[313]. L'épuisement du droit de distribution, et donc du droit d'importation, ne joue que contre les exemplaires qui ont été produits aux États-Unis et voyagent des États-Unis vers l'étranger pour ensuite revenir aux États-Unis[314]. C'est dans ce contexte que la Cour suprême des États-Unis a récemment confirmé les limites du contrôle exercé par le titulaire du droit d'auteur sur les exemplaires distribués d'abord sur le marché américain :

> After the first sale of a copyrighted item « lawfully made under this title », any subsequent purchaser, whether from a domestic or from a foreign reseller, is obviously an « owner » of that item. Read literally, §109(a) unambiguously states that such an owner « is entitled, without the authority of the copyright owner, to sell » that item. Moreover, since §602(a) merely provides that unauthorized importation is an infringement of an exclusive right « under section 106, » and since that limited right does not encompass resales by lawful owners, the literal text of §602(a) is simply inapplicable to both domestic and foreign owners of L'anza's products who decide to import them and resell them in the United States[315]

On comprend, en revanche, que la première vente à l'étranger n'épuise pas les recours en importation. L'épuisement requiert un acte interne au droit américain qui ne peut qualifier de première vente un acte qui a lieu hors de sa juridiction. Ces précisions étant faites, le recours en importation demeure un recours spécifique additionnel qui permet d'assurer l'application territoriale du droit de distribution.

---

[313] *Columbia Broadcasting Systems Inc.* c. *Scorpio Music Distributors*, 569 *F. Supp.* 47 (E.D. Pa. 1983), accueillant le recours de la détentrice des droits d'auteur aux États-Unis contre la défenderesse qui importait des disques fabriqués légalement aux Philippines.

[314] Les faits soumis à la Cour suprême dans *Quality King Distributors, Inc* v. *L'Anza Research Int'l, Inc., précité*, note 19, illustre parfaitement cette hypothèse : « Respondent L'anza, a California manufacturer, sells its hair care products in this country exclusively to distributors who have agreed to resell within limited geographic areas and only to authorized retailers. L'anza promotes its domestic sales with extensive advertising and special retailer training. In foreign markets, however, it does not engage in comparable advertising or promotion; its foreign prices are substantially lower than its domestic prices. It appears that after L'anza's United Kingdom distributor arranged for the sale of several tons of L'anza products, affixed with copyrighted labels, to a distributor in Malta, that distributor sold the goods to petitioner, which imported them back into this country without L'anza's permission and then resold them at discounted prices to unauthorized retailers », *id.*, 1128. « This case involves a "round trip" journey, travel of the copies in question from the United States to places abroad, then back again », juge Ginsburg, concourant avec la majorité. Dans le même sens et pour des faits similaires, *Sebastian International Inc.* c *Consumer Contract (PTY) Ltd., précité*, note 204.

[315] *Quality King Distributors, Inc* v. *L'Anza Research Int'l, Inc., précité*, note 19, p.1130.

Les restrictions apportées au principe de l'épuisement et l'apparition d'un *faisceau de droits de distribution spécifiques* sont autant d'éléments qui rétablissent le droit d'auteur à l'endroit de l'exploitation des œuvres, de leur distribution. Ce mouvement qui s'observe dans les systèmes de *copyright* va dans le sens de la théorie dite du droit de destination connu du droit français.

b) La théorie française du droit de destination

Le *droit de distribution* n'est pas connu de la loi française bien qu'il le soit de la législation européenne, notamment au titre de la directive prêt et location et de la directive programmes d'ordinateur[316]. En réalité, si l'on compare sa législation à celle des autres pays étudiés, la France présente une position fort contrastée à cet endroit. Le droit français entend en effet répondre à ses obligations conventionnelles tant au titre du droit de distribution *lato sensu* que des droits spécifiques de distribution - prêt, location - par la *théorie du droit de destination*[317]. Pour l'expliciter nous avons choisi de présenter quelques éléments de la thèse du professeur Pollaud-Dulian qui porte sur ce sujet (1). Nous consacrerons ensuite nos développements à sa réception en droit positif (2). Il nous faudra ensuite conclure. Nous soumettrons alors que la théorie de la destination permet de procéder à une relecture du droit d'auteur (3)

---

[316] Et bien entendu des textes de 1996 de l'OMPI et des ADPIC. Il faut préciser en revanche que le droit français connaît les infractions de distribution d'œuvres piratées. L'article L. 335-4 *C. propr. Intell.* érige en délit pénal la mise en circulation d'enregistrements musicaux contrefaits. Pour un exemple d'application de cette disposition à la distribution des enregistrements non autorisé ou « pirates », *D.B.* c. *SDRM*, Cour de cass., Ch. crim., 28 octobre 1998, (1999) 180 *R.I.D.A.* 335, la disposition a également été appliquée récemment en cas d'exploitation numérique. *SACEM, SCPP* c. *Vincent ROCHE et Frédéric BATTIE*, Tribunal de grand instance de Saint-Étienne, 6 décembre 1999, (2000) 184 *R.I.D.A.* 389. Le tribunal ne s'adonne à aucune analyse juridique et se contente de relever l'infraction.

[317] Selon les professeurs André et Henri-Jacques Lucas, il revient au professeur Gotzen d'avoir suggéré l'expression « droit de destination » dans un ouvrage de 1975 intitulé « Het Bestemmingsrecht van de Auteur ». A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2ième éd., *op. cit.*, note 5, p. 212. M. Gotzen, *Het Bestemmingsrecht van de Auteur*, Bruxelles, Larcier, 1975.

1) La thèse de Frédéric Pollaud-Dulian, « Le droit de destination - Le sort des exemplaires en droit d'auteur »

La thèse de Pollaud-Dulian aura fini d'assurer la pérennité de notre sujet. Notre propre thèse y prend d'ailleurs pied. Elle synthétise l'ensemble des travaux sur le sort des exemplaires en droit d'auteur et demeure encore aujourd'hui une référence incontournable. Le seul fait que la doctrine qu'elle défend vient d'être examinée par la Cour suprême du Canada suffit pour donner la mesure de sa réception au sein de la communauté juridique; grâce à elle, le *droit de destination* éclaire encore les légistes sur la portée du droit d'auteur, sur ses limites externes.

Son importance tient peut-être aussi à une autre raison. La théorie du droit de destination est à l'image d'un droit de *distribution extensif* des exemplaires et s'oppose donc nécessairement à la théorie de l'épuisement. C'est dire également que le droit d'auteur, dans certaines situations, va survivre au transport des droits sur l'exemplaire. En pratique, la théorie de la destination fait prévaloir les règles de la propriété intellectuelle sur celles régissant la propriété mobilière. Même s'il n'est pas directement mis en cause, le droit de reproduction comporte d'autres attributs que celui d'imprimer ou de faire imprimer l'œuvre : il permet à l'auteur de choisir la destination de son œuvre. Et il y a au moins une bonne raison à cela : l'auteur doit être associé à l'exploitation de son œuvre; sans œuvre le livre n'est que papier. « L'auteur a le droit d'exploiter au mieux son œuvre » écrira Pollaud-Dulian[318]. L'idée de la *destination* élargit considérablement la sphère des prérogatives légales de l'auteur et justifie la soumission de certains usages à l'autorisation de l'auteur, usages qui autrement seraient affranchis du droit de l'auteur et demeureraient donc libres pour le propriétaire du disque ou du livre.

Nous l'avons vu, Strömholm avait émis certaines réserves quant aux conséquences d'une telle construction. Selon lui, l'empiètement du droit de propriété intellectuelle sur la jouissance à titre de propriétaire ne peut être valide que si le tiers a été préalablement averti des restrictions qu'emporte l'acquisition de l'exemplaire. De là l'interrogation sur l'effet *erga omnes* des clauses restrictives. Pollaud-Dulian reconnaîtra que le contrôle de la

destination des exemplaires par le droit des contrats n'est pas satisfaisant[319]. Il se heurte à la fois au principe de l'effet relatif[320] et au droit de propriété au bénéfice de l'acquéreur. De là également la thèse de l'effet absolu du droit de destination défendue par Pollaud-Dulian : « En résumé, on peut dire que le droit de propriété oppose un obstacle particulièrement solide à un contrôle des utilisations secondaires par l'auteur selon le droit commun... Pour pouvoir lui accorder un telle prérogative, il paraît nécessaire de fonder le contrôle sur un droit absolu : un droit intellectuel »[321]. Desurmont avait été plus tranché au sujet de l'effet des clauses restrictives, mentionnant par ailleurs que « les droits d'auteur sont opposables à tous et, par voie de conséquence, le droit de destination doit l'être aussi dès lors qu'il constitue un des attributs du droit de reproduction, indépendamment de l'effet relatif des conventions et de toute mesure de publicité »[322].

Dans ses effets, la théorie du droit de destination pallierait naturellement l'absence de droit de distribution. Elle suffit, selon Pollaud-Dulian, à créer un droit de location et de prêt pour les livres[323]; elle explique également que l'utilisation radiophonique ou par les discothèques des disques du commerce soit soumise à l'autorisation complémentaire de l'auteur au titre

---

[318] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination*, *op. cit.*, note 179, p. 496.
[319] *Id.*, p. 39.
[320] *Id.*, pp. 44 et s. Pollaud-Dulian mentionne au passage que l'intermédiaire, c'est-à-dire le distributeur, n'à guère d'intérêts à vouloir faire de la clause restrictive une condition de l'acte de vente dont fait l'objet l'exemplaire. Il reprend à son compte la conclusion de Gotzen sur ce point : « On peut conclure que « relèverait de la pure fiction toute construction juridique partant de l'idée d'un contrat qui naîtrait entre l'auteur et chacun des acquéreurs ultérieurs à la seule condition qu'au moment de l'achat, la reproduction en cause porte une mention interdisant telle ou telle utilisation ». *Id.*, p. 48. Reprenant une idée de Desbois, Pollaud-Dulian va toutefois trouver une brèche au droit commun dans le principe de la stipulation pour autrui. Selon lui, l'auteur et l'éditeur pourraient imposer au commerçant la clause qu'il s'engage à stipuler en leur faveur quand il revendra. Les intermédiaires répercutent la clause en chaîne, chacun faisant promettre au sous-acquéreur en faveur de l'auteur (et de l'éditeur) ». L'auteur reconnaît que cette construction a donné prise à la critique, *id.* pp. 48-51.
[321] *Id.*, pp. 229 et s. L'exercice du droit de destination est encadré par la théorie générale de l'abus de droit, il doit donc être justifiable et « ne serait avoir un caractère discriminatoire ou de pure fantaisie ». Pollaud-Dulian précise également que la « destination ne touche pas à l'usage purement privé des exemplaires ». Nous verrons que ces préceptes se réconcilient mal avec l'idée d'un droit de distribution électronique. En effet, les nouvelles technologies soustraient la quasi-totalité des actes de distribution ou d'utilisation au *communication publique* : l'ensemble de ces actes revêt un caractère privé. La distribution des fichiers Internet se fait donc aujourd'hui à l'abri de la notion d'usage ou de copie privée.
[322] T. DESURMONT, « Le droit de l'auteur de contrôler la destination des exemplaires sur lesquels son œuvre se trouve reproduite », *loc. cit.*, note 116, p. 33.
[323] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination*, *op. cit.*, note 179, p. 207.

du droit de reproduction, c'est-à-dire, selon certains, à une « surtaxe »[324]. Elle augmente donc ainsi considérablement les prérogatives de l'auteur. « Le droit de destination, écrira t-il encore, déborde le cadre d'un droit de mise en circulation »[325]. Il couvre autant la distribution que les usages secondaires des exemplaires. On comprend alors que Pollaud-Dulian a pu en faire l'étendard de la conception *iusnaturaliste* du droit d'auteur. Étant ainsi conçu comme un droit de propriété absolu sur la production intellectuelle, le droit d'auteur serait un droit presque omniscient qui n'attend que d'être découvert. Il défend donc avec Desbois que le prêt et la location « ne sont pas permis, du seul fait que les exemplaires de l'édition muette ou sonore sont mis en vente »[326]. Et, de fait, malgré l'obligation qui lui en avait été faite par le législateur européen, le législateur français n'a pas exprimé le besoin d'intervenir sur le prêt ou la location avant ces dernières années.

La théorie de la destination est ainsi un vase d'expansion d'une certaine conception du droit d'auteur. Elle apparaît au droit positif d'abord comme une règle d'interprétation. Le droit de destination s'inscrirait dans l'orbite du droit de reproduction, il en prolongerait les effets. Le rédaction synthétique des lois françaises appelle en effet, pour que l'on puisse en connaître le sens, l'application des principes fondamentaux tels que celui du droit naturel du créateur sur sa production[327]. De la sorte, la discussion sur l'existence ou non d'un *droit de destination* ramène le juriste à celle sur la nature du droit d'auteur. On ne sera donc pas surpris par l'analyse de Pollaud-Dulian. Traitant des origines historiques du droit de destination, il insiste sur le caractère naturel du droit d'auteur. Les lois révolutionnaires font apparaître, selon lui, un véritable *droit de l'auteur*. « Elles opèrent un véritable retournement : à l'idée de privilège succède celle de droit. Il ne s'agit plus alors de l'octroi par l'autorité publique d'un avantage concurrentiel, d'une faveur accordée

---

[324] *Id.*, pp. 208-223.
[325] *Id.*, pp. 191.
[326] *Id.*, p. 204 et H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, 3e éd., (1978), p. 371.
[327] Audrey Lebois explique qu'il existe « une profonde différence de conception et non une simple différence de méthode » entre le système français et les systèmes de copyright : « Alors que le système « synthétique » correspond à une approche individualiste et jusnaturaliste selon laquelle le droit d'auteur apparaît comme un droit naturel, absolu, et non comme un simple monopole, l'approche analytique répond davantage à l'intérêt du public : les prérogatives sont divisées selon les actes que le législateur considère utile de reconnaître ou de rendre libre », A. LEBOIS, « Le droit de location et la structure des droits patrimoniaux : la théorie du droit de destination bousculée », *loc. cit.*, note 166, p. 2322. On a l'impression, parfois, que le droit de destination est le dernier bastion à partir duquel la tradition française pourrait encore se faire valoir !

discrétionnairement par le Prince ou par le législateur. Le droit de l'auteur apparaît comme un véritable droit naturel. La loi ne le crée pas, elle le consacre »[328]. Il poursuit, sans faillir, « l'histoire du droit d'auteur se caractérise par une reconnaissance tardive et un perfectionnement constant ; par une évolution d'une conception purement marchande vers la découverte de sa nature particulière et du lien entre l'œuvre et son auteur »[329].

2) La réception de la théorie du droit de destination

Nous nous entretiendrons de la réception par le législateur (i) puis par la jurisprudence (ii).

i) Dans la législation

Bien que louable, cette sublimation du droit d'auteur trouve difficilement écho dans la législation actuelle en raison de l'état de la législation européenne. En réalité, le droit européen force le questionnement sur la place de la théorie de la destination dans l'ordre interne - il semble même la désavouer[330]. La directive prêt et location en particulier prévoit en son article 9 un droit de distribution au profit des interprètes, des producteurs de phonogrammes et de film qui *s'épuise* avec la première vente des exemplaires dans la Communauté. L'article 4 de la directive sur la protection des programmes d'ordinateur est au même effet[331]. La législation européenne complète également les accords ADPIC qui ne prévoient pas de droit général de distribution, mais un droit de location aux articles 11 et 14. Elle va également plus loin que les traités TODA et TOEIP qui contiennent un droit de

[328] *Id.*, p. 113.
[329] *Id.*, p. 113
[330] A. LEBOIS, « Le droit de location et la structure des droits patrimoniaux : la théorie du droit de destination bousculée », *loc. cit.*, note 166, p. 2322, p. 2325. Dans la première édition de leur traité les auteurs André et Henri.-Jacques Lucas font déjà une remarque similaire. Parlant de la transposition de la directive en droit interne, ils écrivent : « il nous semble même que certains développements récents vont à l'encontre de la théorie ». A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2ième éd., *op. cit.*, note 5, p. 215
[331] Article 4c) de la *Directive programmes d'ordinateur, précité,* note 44 : « toute forme de distribution, y compris la location, au public de l'original ou de copies d'un programme d'ordinateur. La première vente d'une copie d'un programme d'ordinateur dans la Communauté par le titulaire du droit ou avec son consentement

distribution aux articles 6 et 8 et un droit de location aux articles 7 et 9 en imposant un droit de prêt et un droit de location tant pour les *copies d'oeuvres* que pour les autres objets du droit d'auteur tels que les fixation des exécutions des artistes interprètes, les films et des phonogrammes.

Ainsi, si le droit de distribution en droit français a été longtemps compris tout entier dans le droit de destination, il devrait désormais être contenu dans des textes spécifiques. Le droit international l'oblige. Il cède déjà une place considérable dans le domaine des programmes d'ordinateur. Le législateur français a en effet amendé le *Code de la propriété intellectuelle* pour transposer la directive européenne sur la protection des programmes d'ordinateur et accueille ainsi pour la *première* fois les notions de location, d'épuisement et de mise en marché, notions qui appartiennent au vocabulaire général du droit de distribution. L'article L 122-6 *C. propr. Intel.* prévoit que :

> Sous réserve des dispositions de l'article L. 122-6-1, le droit d'exploitation appartenant à l'auteur d'un logiciel comprend le droit d'effectuer et d'autoriser :
> 1° La reproduction permanente ou provisoire d'un logiciel en tout ou partie par tout moyen et sous toute forme Dans la mesure où le chargement, l'affichage, l'exécution, la transmission ou le stockage de ce logiciel nécessitent une reproduction, ces actes ne sont possibles qu'avec l'autorisation de l'auteur;
> 2° La traduction, l'adaptation, l'arrangement ou toute autre modification d'un logiciel et la reproduction du logiciel en résultant;
> 3° La mise sur le marché à titre onéreux ou gratuit, y compris la location, du ou des exemplaires d'un logiciel par tout procédé. Toutefois, la première vente d'un exemplaire d'un logiciel dans le territoire d'un Etat membre de la Communauté européenne ou d'un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen par l'auteur ou avec son consentement épuise le droit de mise sur le marché de cet exemplaire dans tous les Etats membres à l'exception du droit d'autoriser la location ultérieure d'un exemplaire.

épuise le droit de distribution de cette copie dans la Communauté, à l'exception du droit de contrôler des locations ultérieures du programme d'ordinateur ou d'une copie de celui-ci ».

S'il ne va pas jusqu'à consacrer le *droit de distribution* - et on voit là toute la méfiance du droit français pour un droit qu'il associe avec *épuisement* -, l'article L 122-6 *C. propr. Intel.* introduit expressément la notion voisine - synonyme ? - de *mise en marché*. Tout comme le droit de distribution, ce droit de mise en marché s'épuise dès lors qu'un exemplaire du logiciel est mis sur le marché européen *avec* le consentement du titulaire[332]. Cette règle impose des limites importantes au contrôle de l'exemplaire[333]. L'épuisement est toutefois exclu dans le cas de la location ce qui fait dire à l'auteur Bertrand que les « logiciels ne dérogent donc pas au principe du droit de « destination » reconnu pour les autres types d'œuvres »[334].

Notons également que les articles L. 213-1, L. 215-1 et L. 216-1 *C. propr. Intel.* accordent au titre des droits voisins - et ce depuis 1985 - aux producteurs de phonogrammes, producteurs de vidéogrammes et de programmes audiovisuels « le droit d'autoriser la mise à disposition du public par la vente, l'échange, le louage » des phonogrammes, vidéogrammes et programmes audiovisuels. Ils ne consacrent pas un droit général de distribution, mais précisent seulement les activités spécifiques soumises à autorisation. Ces dispositions, avec celles visant le droit de mise en marché des programmes d'ordinateur, sont finalement les seules manifestations textuelles du droit de distribution en droit français. On notera donc que les auteurs, à la différence des titulaires de droits voisins n'ont pas de droit de location expressément prévu par la loi alors même que la directive européenne les prévoit.

---

[332] *GTX Corporation, Datagraph / Europe Data Système, Scan'Etudes, Arcole Sari, Cad Informatique* et *Top Cad BV*, TGI Paris, 3ème Ch., 6 avril 1994, *Expertises* n° 176, p. 357, obs. C. Wartel.

[333] Dans le même sens, A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2ième éd., *op. cit.*, note 5, pp. 215 et s..

[334] *Rapport de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comite économique et social sur le droit de prêt public dans l'Union européenne*, COM/2002/0502 final, il est noté qu'« en France, le DPP (droit de prêt public, nos précisions) harmonisé n'a pas été mis en oeuvre de façon spécifique. La France fait valoir que la législation française existante accorde déjà aux auteurs, aux artistes interprètes ou exécutants, aux producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes un droit de prêt exclusif. Le ministère de la Culture a annoncé récemment son intention de présenter prochainement un projet de loi pour la mise en oeuvre de la directive. Ce projet devrait proposer l'octroi d'une rémunération aux auteurs et aux éditeurs de livres pour le prêt d'oeuvres protégées », para 4.1. Le rapport indique également qu'en France les « auteurs jouissaient théoriquement d'un DPP exclusif fondé sur le « droit de destination » », *id.* para. 2.

Même si la théorie de la destination semble s'affaisser, s'arc-bouter progressivement devant un ordre juridique international qui plébiscite l'adoption de droits spécifiques, la France fait encore résistance en ce sens qu'elle refuse toujours de consacrer un droit de distribution. Elle refuse également de transposer complètement la législation européenne, laissant la question du droit de location et de prêt des auteurs largement irrésolue même si depuis 2003 la France a adopté une réglementation particulière sur le prêt de livres[335].

Il reste que, pour les tenants du droit de destination, les droits européens de prêt et de location ne sont pas à proprement parler *nouveaux* puisque le droit de destination suffisait à les garantir aux auteurs. Il est utile de rappeler ici la position officielle du gouvernement français contenue dans une réponse ministérielle de 1996 qui précise que « la loi française prévoit bien un droit de prêt, même si ce droit n'est pas toujours revendiqué par les créateurs et leurs ayants droit »[336] et « c'est d'ailleurs pourquoi, explique le professeur Bertrand, qu'il n'a pas semblé utile au législateur de procéder à sa retranscription »[337]. Cette solution étonne et a été dénoncée par la Commission européenne qui pointe ainsi du doigt l'inertie du gouvernement français qui avait jusqu'au 1er juillet 1994 pour agir[338]. Même chose pour la *directive communautaire sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information* qui complète la directive du 19 novembre 1992 en prévoyant pourtant un droit exclusif de *distribution* soumis à l'épuisement. Là encore le

---

[335] *Loi n°2003-517 du 18 juin 2003 relative à la rémunération au titre du prêt en bibliothèque et renforçant la protection sociale des auteurs, précité,* note 247.

[336] *Réponse du ministère de la culture du 8 février 1996,* no 13563, J.O. Sénat 14 mars 1996.

[337] A. BERTRAND, *Le droit d'auteur et les droits voisins, op. cit.,* note 62, p. 216. Pollaud-Dulian écrira également que « dans la tradition française le prêt et la location sont couverts par le droit d'auteur comme une composante du droit de reproduction, appelée parfois « droit de destination ». [...] Cette conception du droit, qui permet à l'auteur d'autoriser ou d'interdire le prêt ou la location explique que la France n'ait pas jugé nécessaire, jusqu'ici, d'adopter un texte spécifique pour transposer la directive européenne du 19 novembre 1992, qui reconnaît aux auteurs un droit de location et un droit de prêt public, pour lesquels les États membres de l'Union doivent assurer aux auteurs au moins une rémunération équitable ... », F. POLLAUD-DULIAN, « Le droit de prêt - Une revendication légitime des auteurs », *D.* n. 20, 17 mai 2000, Actualité, p. 891, pp. 891-892.

[338] La Commission européenne a récemment mis en demeure la France afin qu'elle se conforme à la Directive 92/100 sur le droit de location et de prêt. Voir la Communication du 16 janvier 2004, IP/04/60, la mise en demeure résulte notamment du fait que la « [...] la France, qui a récemment publié une loi sur le droit de prêt public (juillet 2003) mais qui n'a pas encore mis en vigueur les décrets d'application y afférents, malgré un engagement de la part des autorités françaises de le faire avant la fin 2003 ». « Ainsi, note récemment Valérie-Laure Bénabou, la France qui s'appuie sur la théorie de la destination pour déclarer remplir ses obligations relatives aux droits de location et de prêt est susceptible d'être condamnée en manquement si la Cour venait à

législateur français ne semble pas prêt à faire le deuil de la théorie de la destination. Une certaine jurisprudence continue d'ailleurs à la reconnaître, alimentant encore le débat sur la nécessité de suivre la méthode législative préconisée par Bruxelles.

ii) Dans la jurisprudence

C'est la doctrine et la jurisprudence, et non la loi, qui a logé le droit de destination dans le droit français. La *summa divisio* des droits de représentation et de reproduction était, explique l'auteur Bertrand, dans sa rédaction initiale, incomplète. « Par voie de conséquence, la doctrine comme la jurisprudence reconnaissaient depuis longtemps d'autres droits patrimoniaux à l'auteur, [...] »[339]. C'est plus particulièrement à partir du droit de reproduction que la jurisprudence a pu découvrir un droit de destination. Parlant du *droit de destination*, les professeurs André et Henri-Jacques Lucas mentionnent que « la présentation systématique de la théorie est récente »[340]. Elle est le résultat d'une longue maturation juridique; la présentation des théories de la distribution l'ont amplement démontré. Nous nous contenterons dans ces quelques lignes de présenter les principales étapes jurisprudentielles de son évolution.

---

considérer la contradiction manifeste ». Valérie-Laure BÉNABOU, « Puiser à la source du droit d'auteur », (2002) 192 *R.I.D.A.* 3, p. 37.

[339] A. BERTRAND, *Le droit d'auteur et les droits voisins*, *op. cit.*, note 62, p. 216. La situation est la même en droit belge : « s'agissant de la Belgique, l'on peut raisonnablement soutenir qu'un droit de distribution existe d'ores et déjà en matière de droit d'auteur, en dépit du silence de la loi belge à cet égard », A. STROWEL, « Le contrôle de la distribution des produits multimédia », (1997) 2 *Auteurs & Media* 123, p. 127. L'article L. 122-1. *C. prop. Intel.* énonce simplement que « le droit d'exploitation appartenant à l'auteur comprend le droit de représentation et le droit de reproduction ». L'approche législative française est donc fort différente de celle adoptée dans les autres législations étudiées où la loi détermine spécifiquement les droits accordés aux auteurs. L'expression consacrée pour décrire cette présentation, le faisceau de droits (*bundle of rights*), rend compte également de la différence de technique législative. Il faut reconnaître pourtant que face à une matière fort technique il est difficile de s'en tenir aux principes et de trouver une universalité de termes qui embrasseraient toutes les situations surtout quand la langue du droit doit être européenne. C'est ainsi que le droit français est contraint de préciser sa portée et se rapproche ainsi un peu plus de système descriptif ou analytique.

[340] A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2ième éd., *op. cit.*, note 5, p. 212.

Dans un arrêt du 28 janvier 1888[341], la Cour de cassation avait qualifié de contrefaçon la location de partitions musicales par le cessionnaire des droits de reproduction alors que ce droit de location n'était pas reconnu par la loi en vigueur de 1793. Dans cette affaire, un compositeur avait autorisé le directeur d'un théâtre à reproduire une partition musicale pour son théâtre. Le directeur céda la partition à un éditeur de musique qui la loua successivement à plusieurs autres théâtres. Le tribunal sanctionna ces agissements.

Cette jurisprudence permit de conforter une tendance doctrinale favorisant une interprétation large du droit de reproduction autorisant l'auteur à définir et les conditions d'utilisation des exemplaires de son œuvre et leur destination[342]. Desbois dans la seconde édition de son traité fera le lien entre cette interprétation et l'article 31, § 3 de la loi française de 1957[343]. Commentant cet article, il fera l'exposé suivant :

> La mention, qui concerne dans l'acte de cession l'étendue, répond aux questions : pourquoi et à quelle fin ? Dès lors, l'interprète ne dévie pas de la ligne tracée par l'article 31, § 3, quand il déclare que la notion de destination couvre l'usage que feront les acquéreurs des volumes ou des disques édités : le prêt et la location ne leur sont pas permis du seul fait que les exemplaires de l'édition muette ou sonore sont mis en vente. Il est de même loisible à l'auteur ou à ses ayants droit de circonscrire la destination, en excluant tel ou tel mode d'utilisation, et, en particulier, l'emploi radiophonique.[344]

Et c'est justement au sujet de l'utilisation des disques du commerce par les entreprises radiophoniques[345], puis par les discothèques[346], que la théorie de la destination a pu une

---

[341] Cour de cassation, (28 janvier 1888), Annales de la propriété industrielle et artistique, 1890, p. 82.

[342] T. DESURMONT, « Le droit de l'auteur de contrôler la destination des exemplaires sur lesquels son œuvre se trouve reproduite », *loc. cit.*, note 116, p. 21.

[343] L'article concerne le contrat d'édition et précise que « la transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée ». Désormais article L 131-3 *C. propr. Intel.*. Les articles L. 332-1, alinéa 2 et L. 335-3, alinéa 3 *C. propr. Intel.* assureraient également, selon certains commentateurs, une base légale à la théorie de la destination. A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2ième éd., *op. cit.*, note 5, p. 215.

[344] H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, 3e éd., (1978), p. 373.

[345] « C'est seulement lorsque la jurisprudence se saisit du problème de l'utilisation radiophonique des disques du commerce que le débat fut lancé ». A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2ième éd., *op. cit.*, note 5, p. 212. *Poggioli* c. *Soc. Salabert et Soc. De droit de reproduction mécanique*, Trib. Civ. de la Seine, 25 oct. 1943, *précité*, note 161. En Belgique, sur des faits similaires, *Durand/Institut National de*

nouvelle fois être testée par les tribunaux[347]. Cent ans après la décision de la Cour de cassation au sujet de la faculté de l'auteur d'interdire la location des exemplaires d'une partition musicale, la Cour de cassation reprend à son compte la théorie de la destination pour conclure que « l'autorisation donnée à la SACEM aux exploitants de discothèques d'étendre à une destination nouvelle le domaine d'exploitation du droit de reproduction cédé au nom des auteurs légitimait en contrepartie la stipulation d'une redevance complémentaire au titre du droit de reproduction mécanique »[348]. La redevance est due au titre du droit de reproduction - en plus de celle au titre du droit d'exécution - sans qu'il y ait effectivement une reproduction des enregistrements. Elle est due au motif que l'emploi des exemplaires constitue une jouissance de l'œuvre épargnant l'achat d'un disque, au motif qu'il est un *succédané imparfait* à la distribution des disques du commerce ouvrant droit à rémunération.

Anticipons ici sur le Chapitre suivant traitant de la distribution numérique : on peut s'attendre à ce que la technologie rende obsolète le débat sur le droit de destination et l'usage des disques du commerce par les discothèques. En effet, les enregistrements numériques remplaçant les disques et les cassettes, toute exécution d'une œuvre à partir d'une copie numérique met nécessairement en cause le droit de *reproduction* - contrairement à l'usage d'un exemplaire. Rappelons que le droit de reproduction ne s'épuise pas, seul celui de distribution subit ce sort. Dès lors, toutes les fois que l'usage d'une oeuvre engendre une opération qui peut être qualifiée de reproduction, il n'y a pas lieu de recourir à la théorie de la destination[349]. Par d'heureuses circonstances donc, le droit

---

Radiodiffusion, Cour de cassation, 19 janvier 1956, Pasicrisie, 1956, I, 484. Le droit prétorien belge à également consacré la doctrine du droit de destination, A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright, divergences et convergences*, *op. cit.*, note 14, pp 131-134. Voir également la liste de décisions consacrant le droit de destination proposée par T. DESURMONT, « Le droit de l'auteur de contrôler la destination des exemplaires sur lesquels son œuvre se trouve reproduite », *loc. cit.*, note 116, p. 33.

[346] *Sassi* c. *SACEM*, Cass. 1ère civ., 19 avril 1988, *J.C.P.* 88, II, 21120, note Françon. Cette décision est l'une parmi une série d'arrêt dans le même sens. Voir également, *Déric* c. *Sacem*, Cass 1ère civ., 6 décembre 1988, (1989) 140 *R.I.D.A.* 228; Cass crim., 25 janvier 1990, *J.C.P.* 1990, Jacques Martin, inédit (citations extraites de A. et H.-J. LUCAS, 1ère éd., 1994, p. 238, en note infrapaginale 150).

[347] Pour ses effets difficilement prévisibles et le manque de base juridique. Voir notamment, S. Strömholm, A. Lucas, A. Lebois. Nous renverrons à la partie consacrée aux théories de la distribution.

[348] *Sassi* c. *SACEM*, *précité*, note 346, F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination*, *op. cit.*, note 179, p. 217 et s.

[349] Cette conclusion aurait des conséquences importantes quand nous étudierons l'application du droit de distribution à la transmission électronique des œuvres. Par exemple, la reproduction d'une affiche dans un

de reproduction reprend *de facto* du service. Il conditionne aujourd'hui la plupart des usages dans l'environnement électronique. Sa pérennité tient à la technique plus qu'à la réelle nature des opérations que l'on cherche à lui soumettre. Plaise aux tenants de la théorie de la destination, le droit de reproduction devient un droit de distribution.

Enchâssé par le droit européen, sorti en partie du droit de destination par la doctrine et la loi française, le droit de distribution français resterait donc le havre des tribunaux. Et ceux-ci trouvent encore l'espace pour s'exprimer à son sujet. Dans un arrêt de 2004, la Cour de cassation a condamné deux entreprises françaises pour avoir offert en location des jeux vidéo sans l'accord du titulaire du droit d'auteur[350]. La Cour décide en substance que les droits de l'auteur « ne sont pas épuisés par la vente ou tout autre acte de diffusion d'originaux ou de copies d'œuvres protégées par le droit d'auteur » et dit pour droit que « le droit de location, qui procède de la faculté reconnue à l'auteur et à ses ayants droit de n'autoriser la reproduction de son œuvre qu'à des fins précises, constitue une prérogative du droit d'exploitation ». La qualification des œuvres en cause posait de réelles difficultés. Le caractère composite de ces créations informatiques, créations faites d'œuvres que l'on classe d'ordinaire dans différentes catégories, interdirait que l'on retienne celle de logiciel. La solution eut cependant été salvatrice puisque la loi française prévoit désormais un droit spécifique de location pour cette dernière catégorie[351]. La Cour de cassation esquive l'exercice technique de qualification et se place sur le terrain plus accueillant et surtout plus souple de la théorie de la destination. Au royaume de l'interprétation, les juges s'en remettent à leur libre arbitre et trouvent dans les théories qui leur sont proposées la mesure des droits qu'ils appliquent. Par le jugement de la Cour, la doctrine de la destination insuffle au droit d'auteur des dimensions avantageuses. *Gonflant* le droit de reproduction, elle rapatrie l'acte de location des jeux vidéo dans le giron du droit d'auteur complétant

---

film publicitaire : « Mais attendu que l'utilisation d'une telle affiche comme élément de décor d'un film publicitaire ne se ramène pas à la simple exposition de cette affiche; que, comme le relève l'arrêt attaqué, elle constitue en soi, de la part de tiers, une nouvelle reproduction déjà réalisée par l'affiche elle-même ». *N.C.K. - F.C.B.* c. *Claude Verlinde, Colgate-Palmolive et autres*, Cour de Cass., 1ère civ., 15 octobre 1985, (1986) 129 *R.I.D.A.* 124.

[350] *DPM et La Plume* c. *Nintendo*, Cass. 1ère civ. 27 avril 2004, *Bull. civ.* I, no 117, p. 96.

[351] L. 122-6-3 *C. propr. intell.* Pour une présentation de la problématique américaine sur cette même question de qualification, voir C. H. NADAN, « Software Licensing in the 21st Century : Are Software « Licenses » Really Sales, And How Will The Software Industry Respond ? », *loc. cit.*, note 224.

ainsi une loi qui ne prévoit nullement de droit général de location. L'arrêt donne l'occasion au professeur Pollaud-Dulian de répondre aux athées[352] et de réaffirmer sa foi dans le principe du droit de destination :

> Si cette doctrine a fait parfois l'objet de critiques (A. et H.-J. Lucas, Traité, 2e éd., nos 250-255) et a même été « vendue » (ou plutôt enterrée) par certains, comme la peau de l'ours dans la fable, avant qu'elle ne soit tuée (A. Lebois, Le droit de location et la structure des droits patrimoniaux : la théorie du droit de destination bousculée, D. 2002. Chron. 2322), force est de constater la fréquence de ses applications en jurisprudence, dans les hypothèses très diverses où elle permet à l'auteur d'affecter la reproduction qu'il autorise à une certaine finalité et de contrôler l'utilisation des exemplaires qui en sont issus.[353]

Il existe pourtant une autre lecture de l'arrêt : il n'est pas impossible que les Hauts magistrats aient voulu faire taire ici les critiques quant aux manquements du droit français relativement à la transposition de la directive européenne sur le droit de location. La décision prend alors une allure toute politique.

On devra conclure ici que le droit de distribution français est ainsi constitué, avec les réserves émises à son sujet, du *droit de destination* et des droits spécifiques - énoncés de façon très limitative - tenant au contrôle des exemplaires.

iii) Une relecture du droit d'auteur à travers la théorie de la destination

---

[352] Et notamment Lebois qui avait d'ailleurs pris argument de la décision infirmée par la Cour de cassation : « Enfin, en faveur de l'abandon du droit de destination, on notera l'échec de cette théorie en matière de location des exemplaires. La jurisprudence ne l'a, à notre connaissance, jamais appliquée au cas des locations d'exemplaires. Les juges n'ont d'ailleurs pas saisi l'occasion qui leur a été donnée récemment de consacrer l'application du droit de destination en matière de location. Dans un arrêt 4 juin 1999, à propos de locations non autorisées de cartouches de jeux vidéos, la Cour d'appel de Paris a retenu l'atteinte au monopole de l'auteur, non par référence au droit de location ou au droit de destination, mais en se fondant sur le droit de représentation ». A. LEBOIS, « Le droit de location et la structure des droits patrimoniaux : la théorie du droit de destination bousculée », *loc. cit.*, note 166, p. 2326.

[353] F. POLLAUD-DULIAN, « Le droit exclusif d'exploitation et ses limites », (2004) 3 *RTD Com.* 484, p. 485. Voir également note de Jeanne DALEAU, *D.* 2004.1528.

Il faut bien admettre que la théorie de la destination magnifie le droit d'auteur. C'est pour cette raison d'ailleurs qu'elle demeure attrayante. Il est difficile pourtant de lui reconnaître une existence en droit positif. L'appui textuel fait cruellement défaut. L'esprit, il nous semble, ne suffit pas et la théorie de la destination serait non un droit mais une règle d'interprétation. En définitive, le droit de destination est un instrument bien trop grossier pour que l'on puisse l'appliquer à des situations spécifiques. Le droit de destination n'a pas permis à l'auteur, comme l'aurait espéré Pollaud-Dulian, de « faire face à tout moment, aux évolutions techniques ou commerciales sans attendre une hypothétique intervention du législateur »[354].

Faisons-lui ici la critique.

La dématérialisation des supports relance le débat sur son utilité. En effet, jusqu'à présent, le droit de destination a été l'apanage de l'exemplaire. Or, la question de la destination des œuvres se pose avec une acuité non diminuée avec la diffusion électronique. En théorie, les actes électroniques de pointage (« linking ») ou de mise à disposition auraient *a fortiori* pu être compris dans « l'orbite »[355] que dessine le droit de destination autour du droit de reproduction, car il s'agit bien là de moyens et de formes de distribution. Pollaud-Dulian traite d'ailleurs brièvement du cas « où un logiciel, implanté dans un serveur à accès multiples, ferait l'objet d'utilisations multiples »[356]. Selon lui, la loi de 1985 couvre cette hypothèse dans le sens où le texte de l'article 47 examiné soumet à l'autorisation de l'ayant droit « toute utilisation d'un logiciel non expressément autorisée »[357]. « On se retrouve, écrira t-il, dans l'esprit du droit de destination »[358]. Or, l'article 47 visé a été ultérieurement modifié et sa version actuelle (L-122-6 *C. prop. Intell.*) confine le droit d'exploitation du logiciel aux seuls actes nécessitant une reproduction ou constituant une location ou un prêt : « [...] le droit d'exploitation appartenant à l'auteur d'un logiciel comprend le droit d'effectuer et d'autoriser [...] [l]a reproduction permanente ou provisoire d'un logiciel,

---

[354] *Id.*, p. 501.
[355] Pour reprendre la formule citée par Pollaud-Dulian selon laquelle le droit de destination se situe « dans l'orbite du droit de reproduction ». F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination*, *op. cit.*, note 179, p. 229.
[356] *Id.*, p. 226.
[357] *Id.*.
[358] *Id.*.

[...][l]a mise sur le marché à titre onéreux ou gratuit, y compris la location, du ou des exemplaires d'un logiciel par tout procédé[...]». L'effet du texte actuel est donc considérablement réduit et contredit clairement la thèse de la destination. Au surplus, il introduit le mécanisme de l'épuisement communautaire pour les logiciels[359].

Même dans les hypothèses où il s'agit de distribution par *mise à disposition*, le droit de destination n'a plus la main. Les traités de l'OMPI de 1996 obligent les états à adopter un droit spécifique de *communication* par « mise à disposition ». Le légiste a plus confiance à la lettre qu'à l'esprit. C'est un constat : dans une matière aussi spécialisée que la nôtre, l'interprète a du mal à se faire entendre.

Il est à regretter également que la théorie du droit de destination ait été développée uniquement à partir du droit de reproduction, laissant pour compte celui d'exécution publique. Pourtant, historiquement, l'idée de la *destination* a servi à dégager le régime du droit de retransmission. On se souviendra en effet que la diffusion *destinée* à un nouvel auditoire devait ainsi être soumise à l'autorisation de l'auteur. Mais son apport semble s'être arrêté là. L'idée du droit de destination disparaîtrait-elle avec la dématérialisation des supports ? Il faut souhaiter que non.

Enfin, la généralité du principe de la destination n'a pas pu résoudre de manière systématique la question de la distribution. Son développement a pu même considérablement gêné l'évolution du droit d'auteur : la doctrine présente le plus souvent le droit de destination comme un droit absolu, un absolu qui se traduit par l'exclusion, c'est-à-dire un droit d'interdiction. Il faut l'admettre, très souvent l'objectif recherché par l'auteur est un objectif de rémunération. Cela se comprend. La généralité de la théorie ne permet pas la distinction des cas ni le raffinement des solutions que commandent des situations forts diverses. Or, dans le cas de la distribution de masse, la licence volontaire ou obligatoire peut apparaître comme une solution à explorer. Ici, la théorie est inefficace, elle

[359] Voir, L. 122-6 *C. propr. intell.* Cet article fait référence à la *destination* mais pour introduire la limite des exceptions d'interopérabilité notamment. C'est dire, par exemple, qu'il est permis de reproduire le logiciel pour le corriger.

peut justifier la création d'une règle, mais ne peut en aucun cas s'y substituer[360]. L'imposition de tarifs ou de redevance dans des cas spéciaux n'est pas du domaine de la doctrine, encore moins de la jurisprudence. Voilà un écueil important. Dans cette perspective, il n'est pas démontré qu'un droit *gestion* soit moins protecteur des intérêts de l'auteur qu'un droit *sanction*. Pollaud-Dulian indiquera qu'il ne croit guère à « l'idée de récompense »[361] et que la négociation contractuelle est une « solution plus satisfaisante que celle d'un prix imposé par un système de licence légale »[362]. Nous ne partageons pas cette opinion, l'histoire des techniques pointe d'ailleurs vers la solution de la licence. Le droit français lui-même prend une direction plus réaliste. L'article 133-4 *C. prop. Intell.* introduit depuis peu, par exemple, le principe d'un droit à rémunération pour le prêt en bibliothèque. En outre, le prix de ces convictions semble avoir été chèrement payé. À chercher l'absolu, on provoque un réflexe abolitionniste qui se traduit par un durcissement du législateur dans sa réponse aux revendications des auteurs.

Malgré la priorité accordée à la norme écrite sur la loi des juges, malgré le manque de base textuelle, il nous semble que le précepte sur lequel repose la théorie de la destination demeure d'un riche enseignement : le droit d'auteur est plus qu'un droit de *copier*, il doit être un droit d'*exploiter*. Ce principe doit continuer à irriguer notre matière. Ce que l'on retiendra finalement, c'est la place que la théorie de la destination a faite à la distribution. La théorie de la destination remplit un vide laissé depuis l'abandon des droits de vendre ou de distribuer que l'on trouvait dans les lois originales[363].

---

[360] Surtout dans un contexte de droit *statutaire*. Les auteurs Lucas posent également la question de savoir si en droit français le droit de destination peut être sanctionné pénalement « au même titre que le droit de reproduction de la nature duquel il participe ? ». A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2ième éd., *op. cit.*, note 5, p. 594. Apportant des éléments de réponse, ils écrivent : « Au demeurant, il faudrait pouvoir fonder la répression elle-même sur un texte précis. Or l'utilisation des exemplaires ne semble pas pouvoir être incriminée en tant que telle. La regarder comme une reproduction illicite au motif que le droit de destination se situe dans l'orbite du droit de reproduction obligerait à prendre des libertés avec le principe de l'interprétation restrictive des lois pénales », id., p. 594.

[361] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination*, *op. cit.*, note 179, p. 496.

[362] *Id.*, p. 501. Et encore, p. 505 : « Il existe, en effet, une tendance très forte à une « socialisation » du droit d'auteur. Nous l'avons vu, on est tenté de plus en plus, chaque fois que les auteurs ont un droit à faire valoir, d'écarter le principe du droit exclusif au profit d'un simple droit à rémunération. On parle, en pareil cas, de « rémunération équitable », ce qui est bien inexact, puisque l'auteur est dépouillé de sa meilleure défense, le droit d'interdire [...] ».

[363] La Loi d'Anne de 1710 n'avait-elle pas flanqué le droit d'imprimer des droits de *vendre* et *d'importer* ? L'article premier de la loi française de 1793 ne confère t-il pas aux créateurs les droits exclusifs de « vendre,

« La reproduction « stricto sensu », l'exécution publique ne rendent pas compte, à elles seules, du succès et de l'exploitation de l'œuvre » conclura encore Pollaud-Dulian[364]. Nous ne pouvons qu'adhérer. L'idée de destination contribue également à notre thèse : il est de l'essence du droit d'auteur de suivre la distribution de l'œuvre. Il nous semble possible de suivre son principe. C'est au législateur, croyons-nous, de s'en inspirer pour adopter des droits spécifiques de distribution afin que leur cumul prolonge les prérogatives de l'auteur après l'impression. Audrey Lebois annonçait récemment « l'abandon du droit de destination »[365]. Ce constat nous semble trop réducteur des travaux de la doctrine. Le droit de destination reste une parabole utile pour démontrer ce que notre droit est ou cherche à être : un droit de distribution qui ne s'épuise pas. Il faudrait que le législateur l'entende. Il est vrai que les récents développements internationaux - droit de distribution des traités de l'OMPI et des directives européenne, intervention limitée en matière de location et de prêt - ont été présentés comme un désaveu de la thèse de la destination en raison notamment de l'introduction quasi-systématique du principe de l'*épuisement*[366]. Mais notre lecture de cette évolution est toute différente : elle démontre au contraire l'intérêt de traiter de la distribution, la nécessaire prise en compte de différentes formes de distribution, elle

---

faire vendre, distribuer leurs ouvrages »? Article premier du Décret relatif aux droits de propriété des auteurs d'écrits en tout genre, des compositeurs de musique, des peintres et des dessinateurs, 19-24 juillet 1703, an II de la République, reproduit dans Pouillet, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, Marchal & Billard, 1879, p. 681. Le droit américain contenait également un tel droit : Les lois américaines de 1790 à 1909 comprenaient également un droit de vendre, *An Act To amend and consolidate the Acts respecting copyright*, ch. 320, articles 1(a), (d), 35 *Stat.* 1075 (1909); *An Act to revise, consolidate, and amend the Statutes relating to Patents and Copyrights*, ch. 230, article 86, 16 *Stat.* 198 (1870); *An Act to amend several acts respecting copy rights*, ch. 16, article 1, 4 *Stat.* 436 (1831); An Act supplementary to an act, intitled « *An Act for the encouragement of learning, by securing the copies of maps, charts, and books, to the authors and proprietors of such copies, during the times therein mentioned* » *and extending the benefits thereof to the arts of designing, engraving, and etching historical and other prints*, ch. 36, articles 2 et 3*; An Act for the encouragement of learning, by securing the copies of maps, charts, and books, to the authors and proprietors of such copies, during the times therein mentioned*, ch. 15, article 1, 1 *Stat.* 124 (1790). Étonnamment, ces droits de vente, de faire vendre et de distribuer disparaîtront pour renaître récemment et de manière significative dans les législations nationales, notamment dans le droit américain et anglais sous le vocable de droit de distribution. Articles 109(a), 17 U.S.C. et 18 CDPA.

[364] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination*, *op. cit.*, note 179, p. 503.

[365] A. LEBOIS, « Le droit de location et la structure des droits patrimoniaux : la théorie du droit de destination bousculée », *loc. cit.*, note 166, p. 2323.

[366] Reprenant l'évolution récente du droit européen et plaidant en faveur d'une approche analytique, c'est-à-dire privilégiant l'intervention législation, l'auteur écrit : « nous pensons qu'il faut se réjouir de cette structure des droits patrimoniaux imposés par le droit communautaire dérivé et ne pas regretter l'abandon du droit de destination », *Id.*, p. p. 2325.

annonce également l'arrêt de l'expansion de la théorie de l'épuisement. La mort de l'exemplaire annonce sa propre mort. Finalement, on pourrait dire que la création de droits spécifiques de distribution consacre la théorie de la destination. Ils sont la démonstration qu'il n'existe pas *un* droit de distribution, mais *des* manifestations du droit de distribution. Leurs fonctions demeurent essentielles. Ils assurent en effet la bonne jouissance des autres droits composant le droit d'auteur et notamment le droit de reproduction ; ils en sont les contreforts, les mécanismes correctifs. Ils sont l'expression ponctuelle d'un droit qui contourne l'obstacle de la propriété matérielle, qui ne s'y est arrêté. Car ce droit, notre droit, sait que devant lui la route est libre. Devant lui s'ouvre le monde de l'immatériel, de l'exploitation numérique, un monde où l'obstacle de la propriété ordinaire n'est plus, où la licence remplace la vente.

L'hypertrophie législative de notre matière est un mal nécessaire. Le mur de la neutralité technologique doit tomber, il n'apporte que le silence là où nous avons besoin de la voix du législateur. Dans notre matière, son intervention est nécessaire pour donner corps à la théorie. Cette dernière doit demeurer certes, mais elle est la raison qui doit mener à l'action. Sans le législateur, elle est un acte inachevé.

Conclusion du Chapitre I

L'exploitation est un enjeu commun pour différentes personnes, pour les auteurs et leurs éditeurs certainement, mais aussi pour les distributeurs et les concurrents de ceux-ci. La difficulté réside ainsi en ce qu'un droit de distribution ne bénéficie pas seulement à l'auteur; il protègerait en principe le distributeur contre une distribution ou un usage non autorisé qui lui fait concurrence. Le danger est ainsi que le droit de distribution concentre l'activité de distribution entre les mains de quelques ayants droit et gèle, dans son exclusivité, le principe de libre commerce. Il justifierait également un droit de revendication contre les utilisateurs finaux des œuvres qui, en théorie, se verraient imposer des restrictions quant à la disposition et l'usage des exemplaires qu'ils possèdent. La crainte d'un droit monopole, d'un droit exclusif et marchand se disperse, à notre avis, si l'on

replace l'auteur au cœur du dispositif. Le droit de distribution doit libérer l'œuvre dans le phénomène de distribution, mais rémunérer l'auteur pour l'exploitation qu'elle représente.

Une façon d'arriver à cette solution est bien évidemment de soumettre la distribution à un mécanisme de licence. Certains critiqueront la solution et diront que le droit d'auteur est plus qu'un droit à rémunération, qu'il est un droit d'interdiction également. Il est toujours bien difficile de savoir quand le droit de l'un doit faire obstruction aux activités de l'autre. Mais notre droit est un outil de promotion culturelle[367] et non de propagande ou d'exclusion. Il est vrai que la problématique générale de la distribution aurait dû mener à une discussion ouverte sur les aspects de concurrence et de politique culturelle; cette discussion n'a jamais réellement eu lieu. Elle commence tout juste à se faire, forcée par le mouvement technologique de la distribution électronique. Les défenseurs du droit d'auteur *à tout prix* ont une part de responsabilité dans l'absence de discussion. Ils l'ont fuie, campant sur les positions fortifiées de l'exclusivité. La faute, s'il en est une, serait attribuable, à notre avis, à la crainte, crainte compréhensible peut-être, de voir la place de l'auteur disparaître, crainte d'obtenir trop peu.

Que le droit d'auteur soit défini comme le moyen d'une juste rétribution des auteurs et des auxiliaires de la création, cela nous semble incontestable[368]. Quand on en examine la constitution cependant, il semble toujours *charpenté* autour de l'idée d'exemplaire, de

---

[367] Depuis quelques années, le débat est d'ailleurs lancé sur la fonction ou la participation du droit d'auteur quant à la protection du patrimoine culturel. Voir la Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle (adoptée par la 31e session de la Conférence générale de l'UNESCO - Paris, 2 novembre 2001), www.unesco.org. Sur l'émergence de la notion de patrimoine culturelle, voir notamment, Association des avocats du droit d'auteur, *Droits d'auteur et patrimoine culturel*, Actes du colloque du samedi 9 juin 1990, INPI, 1990. Précision d'importance également, le Canada avait obtenu qu'une clause d'exception culturelle soit insérée au texte de l'Accord de libre-échange de nord-américain (articles 2106 et 2005 ALÉNA, en vigueur depuis 1994). Entre autres, Ivan BERNIER et Anne MALÉPRT, « Les dispositions de l'Accord de libre-échange nord-américain relatives à la propriété intellectuelle et la clause d'exemption culturelle », (1994) 6 *C.P.I.* 139

[368] Nous verrons justement que cette approche favorable aux créateurs n'est pas partagée par tous et qu'il faudra dans certains cas revenir sur cette prémisse. Renouard notait déjà la dette de l'auteur envers la société et s'interroge : « Par la publication, l'auteur ne demeure plus seul avec sa pensée ; et son œuvre est entrée dans toutes les intelligences auxquelles il en a communiqué l'expression. C'est là un fait incontestable. Naît-il, de ce fait, un droit en faveur de la société ? On peut se demander si l'auteur qui, par la publication, est arrivé à communiquer ses idées et qui, en échange, a recueilli l'influence, l'honneur, quelque fois le profit de cette communication, pourra, après avoir obtenu les avantages, rompre à son gré l'association ou il a fait

copie comme le décrit bien le terme anglais *copy-right*[369]. Pour un droit allié à la nature incorporelle des choses, à la création de l'esprit, cela s'approche du paradoxe. Pourtant, c'est bien de l'exploitation, et non de la reproduction, qu'auteurs et éditeurs reçoivent leur dû. La multiplication des copies est une étape préalable, mais elle n'est rien sans l'acte de distribution. Ce dernier a longtemps été ignoré par le législateur. Les droits spécifiques de location et de prêt constituent déjà une avancée : ils confirment l'importance du ou des droits de distribution dans le système patrimonial du droit d'auteur. Ils relèguent également le mécanisme de l'épuisement à son dernier territoire : celui de la distribution par vente.

La numérisation des œuvres s'annonce encore plus prometteuse : libre de l'exemplaire, l'auteur aurait devant lui, enfin, la possibilité de contrôler le sort de son œuvre.

Voyons à présent la distribution électronique des œuvres.

---

entrer le public, et reprendre tous son apport ». Augustin-Charles RENOUARD, *Traité des droits d'auteur*, Vol I, Paris, Jules Renouard et Cie, 1832, pp. 435-436

[369] « L'expression droit de copie, employée par les anglais et les allemands, est beaucoup plus juste ». *Ib*, p. 456.

Chapitre II - Un droit de distribution de seconde génération : le droit de distribution électronique

Malgré une résistance rencontrée tout au long de son histoire, il semble que le droit d'auteur ait finalement décidé d'appliquer progressivement sa loi à la distribution de l'œuvre, à l'épicentre de son système et non plus seulement en périphérie. Les traités TODA, TOIEP[370] et la directive société de l'information du 22 juin 2001[371], qui inscrivent le droit de distribution à la liste des droits substantifs, les développements concernant les droits de location et de prêt public, tant dans la législation nationale qu'internationale - on songera aux accords ADPIC[372] et à la directive location et prêt[373] notamment -, sont autant de signes du rapprochement du droit d'auteur aux actes de distribution. Si le droit d'auteur s'était auparavant rétracté de la distribution des exemplaires sur les marchés secondaires, marchés qui demeuraient largement hors de sa portée, force est de constater qu'il se relâche désormais pour étendre son domaine d'application à des activités spécifiques de distribution.

Certes, dans son acception stricte, le droit de distribution est encombré d'un dispositif normatif complexe qui en limite considérablement les effets et donc son utilité. On citera notamment la matérialité de son objet - il ne s'applique en principe qu'aux exemplaires - et son épuisement. L'état actuel du droit de distribution laisse l'impression d'un droit en devenir. Car en fin de compte, à l'exception de certains tribunaux français qui poursuivent ponctuellement l'œuvre de la doctrine au chapitre du *droit de destination*[374], les autres législations étudiées ont arrêté net le droit de l'auteur à la première vente. Il est, dira encore André Lucas, « une arme à un seul coup »[375]. Le principe de l'épuisement du droit de distribution tel qu'explicité dans la décision Bobbs-Merrill[376] conserve donc une force

---

[370] *Précité*, note 8.
[371] *Id.*
[372] Articles 11 et 14.4 ADPIC, *précité*, note 7. Sur ce point, C. M. CORREA et A. A. YUSUF, *Intellectual Property and International Trade : The Trips Agreement*, *op. cit.*, note 198, p. 153.
[373] *Directive location et prêt*, *précité*, note 45.
[374] Par exemple, condamnant deux entreprises françaises pour avoir offert en location des jeux vidéo sans l'accord du titulaire du droit d'auteur alors qu'il n'existe pas expressément de droit de location pour ce type d'œuvre en droit français, *DPM et La Plume* c. *Nintendo*, Cass. 1ère civ. 27 avril 2004, *précité*, note 350.
[375] A. LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, Paris, Litec, 1998, p. 141.
[376] *Bobbs-Merrill Co.* c. *Straus*, *précité*, note 19. Voir également, *infra*, Titre III, p. 381

juridique que l'on ne saurait négliger. On se souvient que la Cour suprême des États-Unis avait confirmé le rejet d'une action en contrefaçon intentée par l'éditeur *Bobbs-Merrill* contre les magasins Macy & Co., qui proposaient à la vente les livres de l'éditeur sans son autorisation et à de plus bas prix.

L'étude du droit positif nous laisse avec un message contradictoire : d'une part le droit d'auteur est sans cesse augmenté de droits spécifiques appartenant traditionnellement à la famille du droit de distribution (droit de distribution, de location, de prêt, etc.); d'autre part, il refuse d'étendre le *principe* du droit de distribution à la distribution d'oeuvre. Cette rétention se défend mal. Nous avons vu que la doctrine récente dénonce l'étroitesse du principe de l'épuisement[377]. L'épuisement est difficilement justifiable en droit, il devient aujourd'hui clairement obsolète avec la dématérialisation du support. La société de l'information replace évidemment la compréhension des activités commerciales sous un jour différent : il n'est plus possible d'assimiler la commercialisation d'un livre à la vente d'un produit. On parle alors bien plus de droit à l'usage, de *licence*, que de *vente*. On admet dans certains cas aujourd'hui qu'au-delà de la possession du support l'usage de l'œuvre demeure sous le contrôle de l'auteur de l'œuvre qui y est incorporée[378]. Quelle progression ! Mais beaucoup reste à faire, car le droit des biens offre encore une forte résistance à l'extension du droit d'auteur.

La matérialité du support fait toujours écran, mais son opacité s'estompe. L'avènement de l'immatériel, le fait que le contenu d'un livre ou d'un disque puisse se retrouver sur support numérique, fait en sorte qu'une plus grande attention est portée au sort de l'œuvre et, logiquement, moins à son support. Disons simplement qu'il y a une prise de conscience évidente du fait que la vente d'un livre est pour le moins une vente particulière. La trilogie américaine *Adobe* illustre parfaitement cette émancipation du droit. Dans les décisions *Adobe* v. *One Stop Micro, Inc*, et *Adobe Systems Inc.* v. *Stargate Software, Inc.*, les juges ont conclu que les contrats de distribution des logiciels Adobe étaient des contrats de

---

[377] *Supra*, p. 450 et s.

[378] *Adobe* v. *One Stop Micro, Inc*, *Adobe Systems Inc.* v. *Stargate Software, Inc.*, *précité*, note 224. et, contra, sur des faits identiques, *SoftMan Products, Co.* v. *Adobe Systems, Inc.*, *précité*, note 224.

licence et non des contrats de vente et, en l'absence de vente, le détaillant non autorisé ne pouvait revendiquer pour sa défense la règle de la première vente[379].

En général, le principe de l'épuisement s'est considérablement affaibli. Premièrement sa force est diminuée par la requalification nécessaire de l'acte de mise à disposition (vente *versus* licence). Deuxièmement son application est réduite, dans certains cas, par la création de droits spécifiques de distribution. Aujourd'hui, un commerçant peut toujours revendre des livres, les louer ou les prêter sans le consentement de l'auteur, mais il ne pourrait pas, par exemple, se livrer à la location de disques du commerce ou de logiciels sans l'autorisation des ayants droit. Ces activités sont désormais réservées dans la plupart des législations étudiées. On reconnaît donc à l'auteur un plus grand contrôle sur l'exploitation de son œuvre.

Il s'agit là d'un éveil du droit d'auteur à une fonction qui a toujours été connue, mais que l'on a toujours hésité à lui reconnaître officiellement. Il faut reconnaître qu'il n'est pas un simple droit de fabrication. Il faut admettre également que le droit d'auteur doit garantir à l'utilisateur la jouissance normale de l'œuvre. Le droit d'auteur ne doit pas devenir un droit d'autoriser ou d'interdire la lecture, pour reprendre l'expression de Jessica Litman[380]. Dès lors, entre ces deux balises, la solution du droit de distribution apparaît prometteuse. Elle garantirait à l'auteur un plus grand contrôle sur l'œuvre, ou au moins le moyen d'une rémunération, tout en laissant libre les principaux actes d'utilisation de l'oeuvre. La lecture d'un livre ne relève évidemment pas d'un acte de distribution. Dans son principe, le droit de distribution épargne l'utilisateur, en autant qu'il n'agit pas en tant que distributeur, mais non le distributeur qui s'enrichit *injustement* de la distribution.

Les actes de distribution électronique nous donnent l'occasion de réintroduire l'idée d'un droit de distribution *lato sensu*, mais cette fois, les supports physiques ayant disparu, son développement ne devrait pas être gêné par l'épuisement. Les praticiens n'ont d'ailleurs pas attendu que la loi s'ouvre à l'emploi de la notion de distribution électronique pour agir

---

[379] *Id.*

[380] Jessica LITMAN, « The Exclusive Right to Read », (1994) 13 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 29.

comme si cette idée était déjà réalité. L'idée d'un « droit de distribution en réseau » [381] ne semble pas repousser le rédacteur de contrat alors que l'emploi du terme « distribution » dans la loi et les accords internationaux, on le sait, est limité à la réalité physique de l'exemplaire. La langue du contrat serait donc différente de celle de la loi. Cette distance entre le langage du contrat et le langage de la loi est préoccupante. Nous soumettons que la difficulté n'est pas seulement syntaxique, elle ne relève pas exclusivement de l'outillage terminologique. Elle réside également dans la production de textes de loi inadaptés à la pratique juridique. Les défaillances de la loi sont déjà évidentes. Les droits principaux de reproduction et de communication au public sont mal ajustés aux activités numériques, se concurrencent ou se superposent, mais manquent de saisir franchement l'acte principal de distribution. C'est pour cette raison également qu'ils font de piètres instruments contractuels et que les praticiens les délaissent pour se tourner vers d'autres. En dépit de cette réalité, la communauté internationale a préféré une intervention minimale qui se traduit par l'adoption, dans le cadre des accords de l'OMPI de 1996, d'un droit de communication au public actualisé plutôt qu'une reconnaissance d'un droit de distribution électronique. Ce droit s'applique désormais à la communication au public d'une œuvre par « mise à la disposition du public »[382]. Il faut concéder que le droit de communication, enfant de la télédiffusion, était plus proche par nature des activités numériques que ne peut l'être le droit de reproduction, mais nous maintenons qu'il demeure figé dans la technologie de la radiodiffusion.

Les Traités de l'OMPI de 1996 démontrent toutefois qu'une intervention législative était nécessaire. La réalité numérique a provoqué le réexamen sinon la révision du cadre conceptuel du droit d'auteur. La *Proposition de base concernant les dispositions de fond du*

---

[381] Il nous a été donné encore récemment d'observer ce réflexe de rédacteur dans le cadre de la révision d'un contrat de licence concernant la diffusion par Internet de sonneries musicales pour téléphones portables. La clause reproduite ci-dessous parle clairement de *distribution* dans un contexte de distribution électronique : Objet du contrat et cession de droit - La SOCIÉTÉ [la société détentrice des droits de reproduction dans un catalogue de sonneries] concède à l'EXPLOITANT [l'exploitant d'un site Internet sur lequel les sonneries seront mises à disposition] une licence exclusive lui donnant *les droits nécessaires afin de distribuer son Catalogue* en vue de son exploitation à partir des services d'accès à distance. Ces services permettent l'accès, le téléchargement ou l'utilisation des œuvres du Catalogue par les utilisateurs d'appareils portables (nos italiques et nos précisions entre crochets). Il ne fait aucun doute que la clause aurait été bien moins lisible s'il avait fallu suivre la terminologie exacte de la loi, c'est-à-dire faire emploi des notions de reproduction ou de communication au public.

traité sur certaines questions relatives à la protection des œuvres littéraires et artistiques[383] soumise à l'examen de la Conférence diplomatique de Genève tenue du 2 au 20 décembre 1996 et les travaux qui auront précédé allaient servir de catalyseurs aux différentes initiatives et réflexions nationales. Face au phénomène de la distribution transfrontalière, la concertation internationale est désormais incontournable et a besoin d'un forum, d'un lieu de débats. La Conférence diplomatique sera celui-là d'autant que les États-Unis, moteur des innovations techniques au centre des préoccupations, se joignent à l'Union de Berne en 1989. À cette époque, le droit de distribution se pose comme une des solutions aux incertitudes concernant l'application des droits traditionnels de reproduction et de communication et l'on trouve, parmi les recommandations qui seront étudiées lors de la Conférence, la recommandation des États-Unis qui privilégie l'adoption d'un droit de *distribution* par transmission numérique. La Commission européenne avait également suggéré un droit de la même famille que le droit de distribution, le *droit de location*.

La solution d'un droit de distribution électronique sera finalement abandonnée sans réelle explication ni justification. Il nous semble que la solution du droit de distribution numérique était méritoire; on lui a préféré un droit de « mise à disposition ». Nous nous interrogerons d'ailleurs sur la réelle identité du droit de communication par « mise à disposition ». L'idée de mise à disposition ne renvoie-t-elle pas à celle de mise en circulation, notion familière de la distribution ? Le droit de mise à disposition ne serait-il pas un droit de distribution déguisé ? La clef de ces interrogations réside dans l'attitude américaine. Les États-Unis ont en effet ratifié, puis transposé, les Traités de 1996 sans amender la structure patrimoniale de leur droit. La solution du droit de mise à disposition, innovation majeure des Traités, a donc été acceptée à la place du droit de distribution par transmission électronique sans aucune objection. Pour quelle raison ? Le droit américain de distribution et celui de mise à disposition du Traité de 1996 n'auraient-il pas finalement les mêmes effets ? Ces questions feront l'objet de notre dernière section.

---

[382] Articles 8 TODA, 14 TOEIP, *précité*, note 8.

[383] Conférence diplomatique sur certaines questions de droit d'auteur et de droits voisin, *Proposition de base concernant les dispositions de fond du traité sur certaines questions relatives à la protection des œuvres littéraires et artistiques,* Genève, 2-20 décembre 1996, CRNR/DC-4.

Voyons dans un premier temps les difficultés d'application de la loi aux activités de distribution numérique. Nous verrons que l'insuffisance marquée des lois actuelles pointe encore dans la direction d'un droit spécifique (Section 1). Nous présenterons ainsi, dans un second temps, les solutions proposées au titre d'un droit de *distribution électronique* (Section 2).

Notre hypothèse est également que la solution du droit de *communication publique par mise à disposition* a été retenue en raison de son affiliation au droit de distribution. Ses effets devaient nécessairement se rapprocher de la proposition américaine sans quoi les États-Unis se seraient nécessairement opposés au vote du texte final des Traités de 1996. Nous devons alors étudier le mécanisme des articles 6 et 8 des traités TODA et TOEIP afin de vérifier s'ils n'introduisent pas finalement sous un autre libellé un droit de distribution électronique. Cette dernière partie sera réservée à l'exposé de nos réflexions sur le nouveau droit de mise à disposition et sa transposition (Section 3).

Section 1 - La question du droit ou des droits applicables à la distribution numérique

La question est à l'origine de nombreux écrits[384]. Elle a également été étudiée à l'occasion de rapports gouvernementaux[385]. Nous retiendrons principalement les suivants : le rapport canadien du Comité consultatif sur l'autoroute de l'information de 1994[386], le rapport

---

[384] Voir notamment l'étude séminale du professeur Trotter Hardy, T. HARDY, « The Proper Legal Regime for « Cyberspace » », (1994) 55 *U. Pitt. L. Rev.* 993. Également, Pierre-Emmanuel MOYSE, « Droit d'auteur et espace cybernétique : le dernier veau d'or », (1997) 1 *Auteurs & Media* 7.

[385] M. FICSOR, *The Law of Copyright and The Internet*, *op. cit.*, note 6, p. 109-130.

[386] Rapport préliminaire du Sous-comité sur le droit d'auteur, *Le droit d'auteur et l'autoroute de l'information*, Ottawa, 1994 (ci-après, « Rapport canadien du Sous-comité sur le droit d'auteur »). Ce rapport est le plus détaillé d'une série d'études. Certaines seront publiées par la suite sans toutefois proposer d'autres analyses : Comité consultatif sur l'autoroute de l'information, *Rapport préliminaire du sous-comité sur le droit d'auteur. Le droit d'auteur et l'autoroute de l'information*, Ottawa, Bibliothèque d'Industrie Canada, 28 février 1995. Rapport final, *Contact, communauté, contenu: le défi de l'autoroute de l'information - Rapport final du Comité consultatif sur l'autoroute de l'information,* Ottawa, mars 1995. Également voir le rapport plus général du Comité consultatif sur l'autoroute de l'information, *Le défi de l'autoroute de l'information*, Ottawa, septembre 1995, pp. 130-141, concernant la question du droit d'auteur. Groupe de travail fédéral sur la numérisation, *Vers une nation axée sur le savoir : l'apport de la numérisation -- Recommandations du Groupe de travail fédéral sur la numérisation*, Ottawa, Bibliothèque nationale du Canada, 31 décembre 1997. Voir également, plus récemment, Industrie Canada, *Stimuler la culture et l'innovation : Rapport sur les*

Sirinelli commandé par le Ministère de la Culture et de la Francophonie et publié la même année[387], le *Livre Blanc* américain de 1995[388], le *Livre Vert* des Communautés européennes (1995), le *Suivi du Livre Vert* (1996)[389] et enfin, le rapport de 1996 du *British Copyright Council*[390]. Tous se penchent avec plus ou moins d'insistance ou de brio sur le sujet du droit applicable. Aujourd'hui l'intérêt des juristes à ce sujet s'est quelque peu estompé alors que bien des questions soulevées par les rapports précités demeurent irrésolues.

Une récente décision canadienne vient encore nous rappeler que si le phénomène Internet est un fait social bien accepté, cela ne signifie pas pour autant qu'il soit aisé pour le juriste d'en appréhender les manifestations particulières. Les tribunaux demeurent encore très indécis au sujet de l'application du droit d'auteur. Saisie d'un litige concernant la divulgation de noms d'utilisateurs soupçonnés d'avoir illégalement distribué des œuvres protégées sur Internet, la section de première instance de la Cour fédérale, dans une affaire *BMG Canada* c. *John Doe,* a refusé d'accorder l'ordonnance demandée en raison de l'absence de droit d'auteur clair. La Cour rappelle le droit des utilisateurs à la copie privée et rejette l'allégation de contrefaçon au motif que « le simple fait de placer une copie dans un répertoire partagé où l'on peut y avoir accès par l'entremise d'un service de partage de fichiers entre homologues n'est pas de la distribution » [391]. Ici déjà le constat étonne puisqu'il n'y a pas de droit exclusif de distribution en droit canadien. La Cour note, par ailleurs, que le droit exclusif de mise à disposition n'est pas encore connu de la législation

---

dispositions et l'application de la Loi sur le droit d'auteur, Ottawa, Industrie Canada, 3 octobre 2002, *op. cit.*, note 51.

[387] Rapport Sirinelli, *Industries culturelles et nouvelles techniques*, La Documentation Française, juin 1994 (ci-après, « Rapport Sirinelli »).

[388] Intellectual Property and the National Information Infrastructure (Bruce A. LEHMAN, dir.), *The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights*, Information Infrastructure Task Force, septembre 1995, (ci-après, « Livre Blanc américain »). Le groupe de travail de l'administration Clinton avait déjà publié le 4 juin 1994 un Livre vert, Working Group on Intellectual Property Rights, Information Infrastructure Task Force, Green Paper: *Intellectual Property and the National Infrastructure* (Preliminary Draft, July 1994).

[389] *Livre Vert*, *op. cit,* note 296 et *Suivi du livre vert, « Le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information »*, COM(96) 568 final, Bruxelles le 20 novembre 1996 (ci-après, le « Suivi du Livre Vert »).

[390] British Copyright Council, *Submission of The British Copyright Council to The Commission of The European Communities Concerning the Issues Raised by Digital Technology in The Field of Copyright and Related Rights*, (1996) 1 *E.I.P.R.* 52 (ci-après, le « Rapport du British Copyright Council »).

[391] *BMG Canada Inc.* c. *John Doe,* (2004) 3 *R.C.F.* 241, 32 *C.P.R.* (4e éd.) 64, p. 78, en français également, para. 28, http://reports.fja.gc.ca/cf/src/shtml/2004/pub/v3/2004cf34396.shtml, confirmé en partie mais rejeté quant aux conclusions du premier juge sur l'analyse du droit d'auteur, (2005) 4 *R.C.F.* 81 (C.A.F.).

canadienne[392]. En appel, dans un jugement qui laisse clairement percevoir le désarroi de l'appareil judiciaire quant à l'application de la loi actuelle - mais également l'urgence de contenir une situation hautement médiatisée qui laissait entendre que le partage de fichiers musicaux serait légal au Canada -, la Cour d'appel fédérale isole la question du droit d'auteur de la cause et conclut que la question de la divulgation de renseignements personnels peut être traitée sans qu'il soit nécessaire de se prononcer sur la légalité des activités de partage. La Cour d'appel tient ainsi à l'écart la question du droit d'auteur. Le débat est donc relancé : quel droit servira à régir les activités de distribution électronique ? L'opportunité était pourtant belle de dire le droit : la *notion de distribution* était au cœur de la décision de première instance. Aussi brève qu'ait été son apparition, il semble que la notion de distribution avait volé le rôle des droits traditionnels. Elle signalait une fois de plus leur insuffisance.

Examinons d'abord l'application du droit de reproduction (a), puis celui du droit de communication au public à la distribution numérique (b).

a) Le droit de reproduction

Nous analyserons dans un premier temps le droit de reproduction dans sa constitution générale (1) puis dans la spécificité du droit à la copie privée (2). Il se peut en effet que la distribution soit subséquente à la réalisation d'une copie privée. Le principe de l'exemption pour copie privée pourrait ainsi jouer un rôle déflecteur en terme de responsabilité. Mais l'étude de la copie privée se justifie pour une autre raison également. Nous verrons que l'exception de copie privée réintroduit l'idée de la *distribution*.

1) Le droit de reproduction : un succédané imparfait au droit de distribution

[392] *Id.*, para. 28.

Le droit de reproduction est un droit *statique, photographique.* Cette caractéristique rend son déclenchement particulièrement sensible dans le domaine de la distribution numérique (i). Il est un droit envahissant au point où l'on peut se demander s'il ne joue pas déjà le rôle d'un droit de distribution électronique puisque toute distribution implique le plus souvent un ou plusieurs actes de reproduction (ii).

L'examen de la pratique contractuelle nous montre en réalité que l'idée de distribution éclipse progressivement celle de reproduction. Si le droit de reproduction demeure la prérogative essentielle conférée à l'auteur par la loi, le contrat cherche à étendre le contrôle de l'auteur bien au-delà des seuls actes de reproduction. C'est ainsi que le terme de *distribution* apparaît de plus en plus dans les contrats, certainement parce qu'il rend mieux compte de la réalité technique et commerciale de la transmission des œuvres en ligne. C'est donc naturellement qu'il se cristallise dans les contrats de licence. C'est à partir de cette notion de distribution que les parties s'entenderont (iii).

i) Un droit *photographique*

Attendu que toute manipulation technique engendre à un moment ou à un autre une reproduction, éphémère ou permanente[393], le droit de reproduction s'applique inévitablement à de multiples points de la transmission d'une œuvre. Ainsi que l'écrit Jaap Spoor, « immaterial as the Internet may seem from the outside, Internet operations nevertheless require almost continuous copying »[394]. Il n'est donc pas surprenant de le voir gendarmer avec zèle les actes de distribution numérique. Il est invoqué dans un grand nombre de causes Internet[395]. Il s'applique d'abord à la mémorisation des œuvres sur

---

[393] A. LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, *op. cit.*, note 375, p. 118-119.

[394] Jaap H. SPOOR, « The Copyright Approach to Copying on the Internet : (Over)Stretching the Reproduction Right ? », dans P. Bernt HUGENHOLTZ (éd.), *The Future of Copyright in a Digital Environment*, Londres, Kluwer, 1996, 67, p. 67.

[395] Par exemple, dans les causes de partage de fichiers, *Napster* v. *A&M Records, Inc.*, 239 *F. Supp.* 1004 (2001) (CA, 9ième Circ.) : « We agree that plaintiffs have shown that Napster users infringe at least two of the copyright holders' exclusive rights: the rights of reproduction, § 106(1); and distribution, § 106(3) », *id.*, p. 1014 et plus loin, p. 1027, « There is no evidence here that plaintiffs seek to control areas outside of their grant of monopoly. Rather, plaintiffs seek to control reproduction and distribution of their copyrighted works, exclusive rights of copyright holders ».

support informatique, qu'il s'agisse d'une disquette, d'une microplaquette[396] ou de tout autre support amovible ou fixe tel un serveur[397]. Ici, il y a consensus. À ce titre, on notera que l'article 1.4 de la *Déclaration commune* du traité de l'OMPI de 1996 consacre le plein exercice des prérogatives conférées par le droit de reproduction dans l'environnement électronique, précisant que « le stockage d'une œuvre protégée sous forme numérique sur un support électronique constitue une reproduction au sens de l'article 9 de la Convention de Berne »[398]. En revanche, il sera impossible de s'entendre sur le traitement des formes de

---

[396] Dans l'affaire canadienne *Apple Computer* mettant en cause la reproduction d'un logiciel, le juge Reed, concluant à la contrefaçon, rappelle avec justesse qu'il n'existe pas de différence matérielle entre un disque qui comprend une oeuvre musicale et une microplaquette ROM qui contient un programme d'ordinateur. *Apple Computer Inc.* c. *Mackintosh Computers Ltd.*, (1987) 10 *C.P.R.* (3d) 1 (C.F.), p. 19 et 30 (faisant référence à l'évolution du droit de reproduction depuis les affaires *Boosey* v. *Whight* et *White-Smith Music Publishing Co.* v. *Apollo Co.*)), confirmé en appel, 18 *C.P.R.* (3d) 129 (C.A.F.); pourvoi rejeté par la Cour suprême au motif que : « Je souscris à la conclusion à laquelle le juge de première instance et la Cour d'appel sont parvenues que les programmes incorporés dans les microplaquettes électroniques sont protégés en vertu de la Loi sur le droit d'auteur. En réalité, je ne puis ni ne voudrais ajouter grand chose aux excellents motifs du juge Reed. Comme le juge Reed, et pour les mêmes motifs, je suis d'avis que les programmes incorporés dans les microplaquettes électroniques constituent une reproduction des programmes en langage d'assemblage et sont protégés sous cette forme par un droit d'auteur en vertu du par. 3(1) de la Loi sur le droit d'auteur » ; (1990) 2 *R.C.S.* 209, p. 215.

[397] Stéphane GILKER, « L'exploitation de contenus protégés par droit d'auteur dans Internet au Canada », dans Vincent GAUTRAIS (dir.), *Droit du commerce électronique*, Montréal, Thémis, 2002, 453, p. 461 et s. « [L]a mise en mémoire sur un ordinateur, donc sur un serveur, constitue une reproduction au sens du droit d'auteur », Thierry PIETTE-COUDOL et André BERTRAND, *Internet et la loi*, Paris, Dalloz, p. 144. La jurisprudence est abondante et constante au sujet de la reproduction sur serveur, par exemple, « toute reproduction et numérisation d'œuvres protégées par le droit d'auteur et susceptibles d'être mise à disposition de personnes connectées au réseau Internet doit être expressément autorisée par le titulaire ou le cessionnaire des droits », *Art Music et Warner Chappell France* c/ *ENST et au. & Pouchenel et au. c/ ECP, REY et au.* , TGI Paris, 14 août 1996, Juriscom.net, 01/01/1998 ; *D.* 1996.J.490, note P.-Y. GAUTIER, p. 491 ou encore, plus récemment, *Monsieur T., Madame N., SA Le Serveur Administratif* c. *Sarl Editions Législatives, SA Jet On Line, SA France Télécom,* Cour d'appel de Lyon, 22 juin 2000, (confirmant la contrefaçon au titre de la reproduction non autorisée d'une partie d'un dictionnaire sur Minitel), inédit, disponible sur Legalis.net. On renverra également à la jurisprudence citée dans Ysolde GENDREAU, « Le droit de reproduction et l'Internet », (1998) 178 *R.I.D.A.* 3, notamment les notes 17 et suivantes.

[398] L'application *in extenso* du droit de reproduction a été retenue dans toutes les juridictions. Dans ce sens, la définition du terme « reproduction » propose par le *British Copyright Council* en 1996 : « (a) Reproduction : The exclusive right of reproduction should cover (i) rendition into digital forme, (ii) recording into digital form (including initial fixation), (iii) storage in digital form, and (iv) manifestation or any form of display of the digitised form, including screen display », *Rapport du British Copyright Council, op. cit.,* note 390. Selon le paragraphe 17(6) CDPA, la production de copies éphémères ou accessoires d'une oeuvre protégée est considérée comme une reproduction : « 17.—(1) The copying of the work is an act restricted by the copyright in every description of copyright work; and references in this Part to copying and copies shall be construed as follows.

(2) Copying in relation to a literary, dramatic, musical or artistic work means reproducing the work in any material form.

This includes storing the work in any medium by electronic means.

[...]

reproduction incidentes, transitoires ou éphémères. Pour cette raison, le droit de reproduction ne sera pas inclus aux textes de 1996 autrement que sous la forme de la déclaration commune qui apparaît ainsi très laconique. La Commission européenne dans son *Livre Vert* sur le droit d'auteur dans la société de l'information s'était également méfiée d'un sujet évident de discorde et se confond en généralité. Elle se borne à déclarer que « le droit de reproduction est l'essence même du droit d'auteur »[399].

On rappellera également que le droit de reproduction apparaît tardivement dans le texte de la Convention de Berne, soit en 1967 avec de l'Acte de Stockholm[400]. La raison de cette absence tient encore aux divergences quant à l'effet de la qualification sur certaines innovations techniques. Nous avons vu, en effet, que l'industrie des instruments mécaniques avait bénéficié d'une clause d'exemption afin de poursuivre ses activités sans que les fabrications ou les usages soient gênés par l'application du droit d'auteur. Il semble que l'on ait voulu éviter ainsi de freiner l'avènement de nouvelles formes de la distribution, qu'elle soit le fait de machines ou de nouveaux modes d'exploitation commerciale.

Difficilement apprivoisé à force d'exceptions dans l'univers matériel, le droit de reproduction devient de nouveau libre et accaparant dans le domaine numérique. Les

---

(6) Copying in relation to any description of work includes the making of copies which are transient or are incidental to some other use of the work ». En droit canadien, « une oeuvre reste assujettie au droit d'auteur même si elle est reproduite électroniquement. Ainsi, une œuvre fixée sous une forme matérielle quelconque sera réputée être reproduite si elle est téléchargée d'un babillard électronique et copiée sur une disquette ou un disque dur ». Rapport préliminaire du Sous-comité sur le droit d'auteur, *op. cit.*, note 386, p. 11. En droit américain l'article 101, 17 U.S.C. précise que la fixation doit être suffisamment permanente ou stable : « the fundamental right to reproduce copyrighted works in copies and phonorecords will be implicated in innumerable NII transactions. Indeed, because of the nature of computer-to-computer communications, it will be implicated in most NII transactions. For example, when a computer user accesses a document resident on another computer, the image on the user's screen exists - under contemporary technology -- only by virtue of the copy that is *reproduced* in the user's computer memory », *Livre Blanc américain*, note 388, p. 64. Pour les fins de cette étude nous ferons uniquement référence à la version finale. En droit français, l'article L. 122-3 *C. propr. intell.* qui dispose que « la reproduction consiste dans la fixation matérielle de l'oeuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte » se prête à une interprétation naturellement *extensive*. A. LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, *op. cit.*, note 375, pp. 119-120.

[399] *Livre Vert*, *op. cit,* note 296.

[400] Article 9. Y. GENDREAU, « Le droit de reproduction et l'Internet », *loc. cit.*, note 397, p. 21. S. RICKETSON, *The Berne Convention for The Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, Londres, Centre for Commercial Law Studies - Kluwer, 1987, p. 103.

questions sur son domaine application réapparaissent donc[401]. Il était un droit de la fabrication[402], de la fixation[403], de la multiplication[404] et le voilà encore impliqué dans les activités de transmission[405]. Or, il faut admettre que, prises dans leur généralité, les activités observées sur Internet s'apparentent davantage à des actes de la nature de ceux visés par le droit d'exécution publique ou, s'il n'avait pas été limité aux exemplaires, au droit de distribution. Pour reprendre la terminologie de la Convention de Bruxelles[406], la diffusion d'œuvres en ligne se compare bien plus à la *distribution* de signaux.

En raison de l'omniprésence de la reproduction technique nous soumettons que le droit de reproduction demeure inhabile à *régir* adéquatement Internet. Empruntant le commentaire

---

[401] André Lucas note que l'application du droit de reproduction à toutes les formes de fixation n'est pas une évidence : « On est tenté de penser que ce principe est dicté par l'évidence, ce qui expliquerait que le concept n'ait même pas été défini par l'article 9 de la convention de Berne. En réalité ce silence traduit plutôt la difficulté de parvenir à un consensus. C'est qu'en effet tout n'est pas aussi simple qu'il y paraît ; l'environnement numérique oblige, une fois de plus à renouveler l'analyse, aussi bien pour la fixation permanente que pour la fixation provisoire de l'œuvre », A. LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, *op. cit.*, note 375, p. 118.

[402] La référence à la notion synonyme de *production* que l'on retrouve sous l'article 27(2) *Lda* à côté de celle de *fixation* illustre l'état grégaire du droit d'auteur : « (2) Constitue une violation du droit d'auteur l'accomplissement de tout acte ci-après en ce qui a trait à l'exemplaire d'une oeuvre, d'une fixation d'une prestation, d'un enregistrement sonore ou d'une fixation d'un signal de communication alors que la personne qui accomplit l'acte sait ou devrait savoir que la production de l'exemplaire constitue une violation de ce droit, ou en constituerait une si l'exemplaire avait été produit au Canada par la personne qui l'a produit [...] » (nos soulignés)

[403] Y. GENDREAU, « Le critère de fixation en droit d'auteur », (1994) 159 *R.I.D.A.* 117, p. 129. P.-E. MOYSE, « Droit d'auteur et espace cybernétique : le dernier veau d'or », *loc. cit.*, note 384, p. 11. Voir, en droit canadien, les propos du juge Gonthier sur la notion de fixation, *Théberge* c. *Galerie d'art du Petit Champlain Inc*, *précité*, note 80, pp. 397-402.

[404] Avec la précision suivante que l'assimilation du droit de reproduction à un droit de multiplication fait en sorte que seul l'augmentation du nombre de copies peut retenir la qualification. Si, comme dans l'affaire Théberge, il n'y a pas de création de copies supplémentaires, le droit d'auteur ne s'appliquerait pas. Cette conception restrictive est généralement celle retenue dans les pays de copyright (*Théberge* c. *Galerie d'art du Petit Champlain Inc*, *précité*, note 80, p. 359 mais avec une forte dissidence exposée par le juge Gonthier sur ce point : « Peu importe que le procédé qui donne lieu à une nouvelle matérialisation en fasse par ailleurs disparaître une autre; tout ce qui importe, c'est que survienne un nouvel acte de fixation. Ainsi, ce que l'on compte afin de déterminer s'il y a eu reproduction, ce n'est pas le nombre total de copies de l'oeuvre en existence suite à la rematérialisation, mais bien le nombre de matérialisations survenues dans le temps », *id.*, p. 398). Selon le professeur Lucas, le droit français retiendrait l'interprétation large du droit de reproduction même en l'absence de création de copies supplémentaires. Ce qui signifierait, par exemple, que la reproduction numérique d'une œuvre protégée sur support amovible dont la copie originale serait simultanément détruite demeurerait un acte de reproduction. A. LUCAS, note sous *Théberge* c/ *Galerie d'Art du Petit Champelain Inc.*, (2002) 4 *Propriétés Intellectuelles* 53, p. 54.

[405] Nos discussions sur la présence du droit de reproduction dans les opérations de transmission à distance, *supra*, p. 338.

du professeur Lucas, nous soutenons que sa définition extensive « compromet la lisibilité et donc, inévitablement, la légitimité de la règle de droit »[407]. La notion de droit de reproduction encombre, elle démultiplie les applications du droit. Les controverses sur la reproduction à l'écran, le *browsing* (butinage), le *caching* (antémémoire) et autres formes de reproductions techniques témoignent de ce phénomène. « [W]hen combined with new technological means of controlling and monitoring use, copyright may enhance the power of copyright owners in an unprecedented way »[408]. La problématique de ce que l'on a pu appeler la reproduction transitoire ou temporaire n'est pas nouvelle. Un tribunal américain avait déjà ouvert la voie à une analyse favorable au maintien du droit de reproduction lors du chargement temporaire d'un logiciel dans la mémoire vive (RAM) d'un ordinateur par un agent de maintenance : « [...] the representation created in the RAM is sufficiently permanent or stable to permit it to be perceived, reproduced, or otherwise communicated for a period of more than transitory duration »[409]. Dans les mêmes années, la législation européenne avait repris le principe dans la construction du droit de reproduction relativement aux programmes d'ordinateur. L'article 4(a) de la directive programmes d'ordinateur est sans équivoque et établit le droit des titulaires de faire ou d'autoriser « la reproduction permanente ou provisoire d'un programme d'ordinateur, en tout ou en partie,

---

[406] *Convention concernant la distribution de signaux porteurs de programmes transmis par satellite*, (Bruxelles, 21 mai 1974).

[407] A. LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, *op. cit.*, note 375, p. 125.

[408] Niva ELKIN-KOREN, « Cyberlaw and Social Change : A Democratic Approach to Copyright Law in the Cyberspace », (1996) 14 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 215, p. 268. Également, James BOYLE, « Intellectual Property Policy Online : A Young Person's Guide », (1996) 10 *Harv. J. L. & Tech.* 47, p. 67 et s. (reprochant à l'administration américaine la conception retenue du droit de reproduction dans le Livre Blanc américain).

[409] *MAI System Corp. v. Peak Computer, Inc.*, 991 F. 2d. 511 (1993) (9th Cir.), p. 518. L'article 117, 17 USC de la loi américaine telle qu'amendée par le *Digital Millenium Copyright Act* a d'ailleurs pris acte de la solution prétorienne en introduisant un régime d'exception spécifique pour la réparation des ordinateurs : « (117(c) Machine maintenance or repair. Notwithstanding the provisions of section 106, it is not an infringement for the owner or lessee of a machine to make or authorize the making of a copy of a computer program if such copy is made solely by virtue of the activation of a machine that lawfully contains an authorized copy of the computer program, for purposes only of maintenance or repair of that machine ». La Cour du neuvième circuit avait suivi les conclusions du rapport CONTU d'ailleurs, *Final Report of the National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works*, Washington, Library of Congress, 1979, (Rapport CONTU), p. 40 : « The introduction of a work into a computer memory would, consistent with the new law, be a reproduction of the work, one of the exclusive rights of the copyright proprietor ». Voir aussi, critiquant la décision Mai et ses applications, Carol G. STOVSKY, « MAI Systems Corp. v. Peak Computer, Inc.: Using Copyright Law to Prohibit Unauthorized Use of Computer Software », (1995) 56 *Ohio St. L.J.* 593 (1995) et T. ARRIOLA, « Software Copyright Infringement Claims After Mai System v. Peak Computer », (1994) 69 *Washington Law Rev.* 406, pp. 416-419. Bradley J. NICHOLSON, « The Ghost in the

par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit. Lorsque le chargement, l'affichage, le passage, la transmission ou le stockage d'un programme d'ordinateur nécessitent une telle reproduction du programme, ces actes de reproduction seront soumis à l'autorisation du titulaire du droit »[410]. Il est donc possible, à partir de ce raisonnement, de conclure que la moindre trace numérique de l'œuvre *fixe* le droit d'auteur[411]. Est-ce mener le droit d'auteur trop loin ?

L'UNESCO et l'OMPI s'étaient saisis de la question dès 1987. Les deux organismes avaient en effet chargé un comité d'experts d'examiner le problème émergent des nouvelles formes d'utilisation des œuvres[412]. Une des recommandations était que l'apparition d'une œuvre à l'écran d'un ordinateur dans le cours d'une opération de récupération d'une œuvre écrite ou graphique pouvait constituer une reproduction indépendante de celle nécessaire à leur mémorisation :

> La restitution par voie de reproduction de quelque manière et sous quelque forme que ce soit (imprimé sur papier, télécopie, transfert sur d'autres dispositifs de mémoire interne ou externe, [affichage sur écran,] etc.), d'écrits ou d'œuvres graphiques mémorisés sur systèmes informatiques est un acte distinct de reproduction subordonné au droit exclusif de l'auteur d'autoriser la reproduction de son œuvre.[413]

La référence à l'apparition de l'œuvre à l'écran, même à titre de suggestion comme le signale la présence des crochets, fut l'occasion d'un premier débat « animé »[414] au sein du Comité d'experts. Cette analyse juridique à laquelle on donnera le nom de « théorie de la

---

Machine : MAI Systems Corp. v. Peak Computer, Inc. and the Problem of Copying in RAM », (1995) 10 *High Tech. L.J.* 147.

[410] *Directive programmes d'ordinateur*, *précité*, note 71. La directive base de données retient une définition similaire du droit de reproduction (article 5(a)) « L'auteur d'une base de données bénéficie, en ce qui concerne l'expression de cette base pouvant faire l'objet d'une protection par le droit d'auteur, du droit exclusif de faire ou d'autoriser: a) la reproduction permanente ou provisoire, en tout ou en partie, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit ».

[411] N. ELKIN-KOREN, « Cyberlaw and Social Change : A Democratic Approach to Copyright Law in the Cyberspace », *loc. cit.*, note 408, p. 270. *Livre Blanc américain*, *op. cit.*, note 388, p. 64.

[412] *Œuvres imprimées*, *op. cit.*, note 240.

[413] Principe PW9, para. 2, *Id.*, p. 83.

[414] M. FICSOR, *The Law of Copyright and The Internet*, *op. cit.*, note 6, p. 104.

reproduction »[415] - la mise en œuvre d'un droit de reproduction spécifique en cas d'apparition de l'œuvre à l'écran - anticipe déjà la prédominance du droit de reproduction. Puisque le droit de reproduction n'exclut pas non plus l'application du droit d'exécution publique ou d'autres droits spécifiques, le cumul des droits est inévitable, ce qui entraîne inévitablement le fractionnement du droit d'auteur, résultat logique d'un exercice de qualification séquentielle. Les commentaires accompagnant la « théorie de la reproduction » sont à cet égard particulièrement intéressants :

> La présentation d'écrits et d'oeuvres graphiques sur un écran diffère par nature de la représentation ou de l'exécution d'une oeuvre dramatique, dramatico-musicale, de la récitation d'une oeuvre littéraire et de la communication publique ou de la radiodiffusion de cette prestation ou récitation ainsi que de la représentation ou exécution, de la communication publique ou de la radiodiffusion d'une œuvre cinématographique. La différence tient essentiellement à ce que, lorsque des écrits et des œuvres graphiques sont présentés sur un écran, ils sont fixés pendant un certain temps alors que tel n'est pas le cas pour les autres utilisations précitées. La fixation intervient en tout cas pendant le délai nécessaire pour lire le texte et l'étudier ou pour apprécier l'œuvre graphique en cause. Ce qui apparaît sur l'écran est en fait une copie de l'œuvre (ou une partie de celle-ci), présentée habituellement page par page.
>
> S'il est vrai - et tel semble bien être le cas - que la présentation d'un écrit ou d'une œuvre graphique sur un écran soit une reproduction et que l'affichage de l'œuvre soit une copie, cette présentation relève forcément du droit de reproduction. Il existe entre la mémorisation de l'œuvre sur le système informatique (en tant que copie) et la présentation de la même œuvre sur l'écran (qui constitue une autre copie) le même rapport qu'entre le cliché d'impression et les exemplaires imprimés. La préparation du cliché d'impression est déjà assimilée à la reproduction de l'œuvre et le droit de reproduction englobe évidemment cette reproduction et la fabrication des exemplaires imprimés. [...]

---

[415] Le texte du document préparatoire apporte en effet cette précision : « les principes PW9 à PW11 et PW14, y compris la partie du texte figurant entre crochets, reposent sur la « théorie de la reproduction » [...] », *Œuvres imprimées*, *op. cit.*, note 240, p. 83, para. 229.

> Il ressort de la « théorie de la reproduction » qui vient d'être exposée que lorsque des écrits et des œuvres graphiques sont mémorisés sur système informatique et restitués par affichage sur écran, la transmission des signaux électroniques ou optiques entre le système informatique et l'utilisateur final (qui possède l'écran) ne doit pas être considérée comme une utilisation distincte (radiodiffusion ou communication publique) mais comme un élément d'un même processus complexe de reproduction. [...].[416]

La question du droit applicable sera de nouveau soumise à examen dans le cadre de la préparation des traités de 1996. Les textes finaux portent la trace de profonds désaccords sur l'étendue du droit de reproduction - en raison des divergences au sujet des reproductions temporaires ou transitoires[417] - puisque nous savons qu'il ne sera mention du droit de reproduction que dans le texte des déclarations communes[418]. En revanche, le droit européen y répondra puisque la directive sur le commerce électronique et celle sur la société de l'information introduisent un mécanisme d'exemption pour les reproductions transitoires ou éphémères[419]. Certaines reproductions nécessaires techniquement à la distribution des œuvres deviennent ainsi invisibles au droit. Cette analyse alimente encore notre thèse : ne valait-il pas mieux axer la réflexion sur ce qui constitue ou non une *distribution*, c'est-à-dire considérer l'objectif principal de l'acte considéré, plutôt que d'éclater l'activité de transmission pour tenter de dégager les situations soumises au droit de reproduction ?

La doctrine se soumet à l'évidence technique, mais reste réservée quant à la justesse de la solution en droit, notamment en raison de l'incertitude quant au degré de permanence

---

[416] *Id.*, p. 81, paras 211-213. En ce sens, le *Rapport canadien du Sous-comité* sur le droit d'auteur de 1994 notait que « l'action de survoler une œuvre, ou une partie importante de celle-ci devrait donc être assujettie au droit de reproduction ». Rapport canadien du Sous-comité sur le droit d'auteur, *op. cit.*, note 386, p. 15.

[417] M. FICSOR, *The Law of Copyright and The Internet*, *op. cit.*, note 6, p. 141.

[418] *Id.*, pp. 130-143

[419] Article 5, *Directive société de l'information*, précité, note 176 et article 12 (Simple transport) et 13 (Forme de stockage dite « caching »), 14 (Hébergement), Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (ci-après, « Directive sur le commerce électronique »), *Journal officiel n° L 178 du 17/07/2000 p. 0001 - 0016.*

requis pour la reproduction[420]. Car le principe d'une application extensive mène à des décisions qui continuent d'interpeller. Récemment encore, la Cour fédérale du Canada, dans une action en contrefaçon mettant en cause un système informatique, a décidé que l'apparition d'une œuvre à l'écran constituait un acte de reproduction soumis à l'autorisation de l'auteur. La Cour cite la décision britannique *Bookmakers' Afternoon Greyhound Services Ltd. v. Wilf Gilbert (Staffordshire) Ltd.*[421], qui avait déjà surpris en raison de sa prise de position en ce sens, et décide ceci :

> Le droit d'auteur sur l'oeuvre comporte le droit exclusif de reproduire la totalité ou une partie importante de l'oeuvre sous une forme matérielle quelconque (article 3 de la Loi). Or, il n'y a pas de définition de ce qu'est une forme matérielle. Il faut donc s'en tenir au sens ordinaire des mots. Une forme matérielle est une forme palpable, tangible, perceptible.
>
> La preuve démontre que l'affichage à l'écran des parties importantes des formulaires CTMSP n'est pas éphémère. Il ne

---

[420] Même si le droit de reproduction s'applique aux reproductions provisoires ou transitoires, on peut quant même faire valoir qu'il suppose un minimum de permanence. La solution de l'arrêt MAI avait d'ailleurs été critiquée sur ce point. Elle semble en effet donner un sens à la loi que le Congrès n'avait pas souhaité : « «Reproduction » under clause 1 of Section 106 is to be distinguished from « display » under clause (5). For a work to be « reproduced », its fixation in tangible form must be « sufficiently permanent or stable to permit it to be perceived, reproduced or otherwise communicated for a period of more than a transitory duration ». Thus, the showing of images on a screen or tube would not be a violation of clause (5). Voir à ce sujet les critiques de Pamela SAMUELSON, « Digital Media and the Changing Face of Intellectual Property Law », (1990) 16 *Rutgers Computer & Tech. L.J.* 323, p. 329. André Lucas note justement que la thèse du droit de reproduction extensif « recueille le soutien d'excellents auteurs » mais soutient qu'elle ne peut échapper à la critique notamment sur le point qu'elle consiste à « isoler des actes techniques au sein d'un processus de traitement ou de communication pour les confronter à la définition de la reproduction ». Cette démarche conduit, selon lui, à une « casuistique vaine ». A. LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, *op. cit.*, note 375, p. 123 et s. Pour des conclusions similaires, constatant l'inadaptation du droit de reproduction : « Le processus judiciaire fournit peut-être une explication à cette résistance : le fait de devoir cibler certaines personnes comme défendeurs, et non l'ensemble des intéressés possibles, conduit nécessairement à une analyse fragmentaire de la situation. En se concentrant sur le droit de reproduction, on ne peut décrire qu'une partie du phénomène », Y. GENDREAU, « Le droit de reproduction et l'Internet », *loc. cit.*, note 397, p. 37. Également, Jane C. GINSBURG, « Putting Cars on the Information Superhighway: Authors, Exploiters, and Copyright in Cyberspace », (1995) 95 *Colum. L. Rev.* 1466, p. 1476. Ginsburg énonce que « thus, simply accessing a work online implicates the reproduction right, even if the user does not make a more permanent copy on a hard or floppy disk », mais précise que la discussion sur ce point est vaine notamment en raison du fait que le contenu auquel les utilisateurs ont accès est généralement libre ou distribué sous autorisation et aussi parce que, dans les pays ou le régime existe, de telles reproductions sont couvertes par le régime de la copie privée. David Nimmer qualifie l'application par les tribunaux du droit de reproduction aux activités numériques à la fois de solution « glorious » et « infamous », David NIMMER, « Brains and Other Paraphernalia of the Digital Age », (1996-1997) 10 *Harv. J. L. & Tech.* 1, p. 21.

[421] *Bookmakers' Afternoon Greyhound Services Ltd* v. *Wilf Gilbert (Staffordshire) Ltd.*, [1994] *F.S.R.* 723 (Ch. D.).

> s'agit pas d'une image qui apparaît et disparaît. L'image apparaît à l'écran et l'utilisateur entre les renseignements requis; l'écran est donc interactif.
>
> Bien que la jurisprudence canadienne soit silencieuse sur la question, la jurisprudence britannique a décidé que le simple affichage constitue une reproduction matérielle quelconque dans l'arrêt Bookmakers' Afternoon Greyhound Services Ltd. et al v. Wilf Gilbert (Stafforshire) Ltd. et al, [1994] F.S.R. 723 (H.C.J.-C.H.).
>
> Dans cette affaire, le demandeur avait des formulaires pour les courses de chiens dans lesquels les handicaps, les victoires des chiens, les historiques etc., avaient été informatisés et transmis dans les « bookmaker's shops ». Le demandeur a poursuivi non seulement la personne qui avait informatisé et transmis les formulaires aux bookmakers, mais également un des bookmakers qui avait un écran où les renseignements s'affichaient.
>
> À l'instar de la loi canadienne, la loi britannique ne précise pas ce que constitue une forme matérielle quelconque.
>
> La Cour a conclu qu'il n'y avait aucun motif pour exclure du sens des mots la matérialisation sur un écran de télévision. Selon moi, la même conclusion doit prévaloir lorsqu'il s'agit de l'affichage sur un écran d'ordinateur.[422]

---

[422] *Eros Équipe de recherche opérationnelle en santé Inc.* c. *Conseillers en gestion et informatique C.G.I. Inc.*, (2005) 258 *F.T.R.* 172, pp. 192-193, en français sur le site de la Cour fédérale : http://reports.fja.gc.ca/cf/src/shtml/2005/fic/v3/2005cf34019.shtml. La notion américaine du droit de présentation (« display right ») faciliterait également cette analyse. Ce droit est toutefois assorti d'une exigence supplémentaire : l'acte doit être *public*. Il a été retenu, avec le *droit de distribution*, pour conclure à la contrefaçon dans un cas où des œuvres protégées avaient été reproduites sur un serveur et mises ainsi à la disposition d'usagers inscrits : « « Display » covers any showing of a « copy » of the work, « either directly or by means of a film, slide, television image or any other device or process.», 17 U.S.C. § 101. However, in order for there to be copyright infringement, the display must be public. A « public display » is a display « at a place open to the public or ... where a substantial number of persons outside of a normal circle of family and its social acquaintenances is gathered. » 2 MELVILLE B. NIMMER, Nimmer on Copyright § 8.14[C], at 8-169 (1993). A place is « open to the public » in this sense even if access is limited to paying customers. 2 MELVILLE B. NIMMER, Nimmer on Copyright § 8.14[C], at 8-169 n. 36 (1993); see Columbia Pictures Indus., Inc. v. Redd Horne Inc., 749 F.2d 154 (3d Cir.1984). Defendant's display of PEI's copyrighted photographs to subscribers was a public display. Though limited to subscribers, the audience consisted of « a substantial number of persons outside of a normal circle of family and its social acquaintenances » », *Playboy Enterprises, Inc.* v. *George Frena, d/b/a Techs Warehouse BBS Systems and Consulting, and Mark Dyess*, 839 *F.Supp.* 1552 (1993) (M.D. Florida), p. 1557.

On s'interrogera ainsi sur les conséquences d'une telle interprétation : n'est-ce pas dire que tout usage d'une œuvre est soumise au droit ? Est-ce acceptable ? Une chose est certaine, le droit de reproduction dans l'univers numérique fait bien plus que son homologue dans l'univers analogique : il devient un *super droit*. Il s'étend à toute forme de manipulation, qu'il s'agisse de l'expédition de l'œuvre, de sa mise à disposition ou de son utilisation.

Mais chose plus surprenante encore, il permettrait d'établir une norme plus exigeante que le droit de distribution lui-même.

ii) Droit de reproduction et droit de distribution

L'omniprésence du droit de reproduction mène inévitablement à une nouvelle lecture des activités de distribution numérique puisque celles-ci impliquent nécessairement, et à de multiples points, la reproduction.

C'est le rapport du groupe finlandais de l'ALAI, publié en 1995, qui décrit le mieux ce phénomène :

> La notion technique de reproduction [...] peut être excessive du point de vue de la politique sur l'usage en matière de droit de reproduction, à moins que son application ne soit limitée par des stipulations juridiques complémentaires. Le droit de reproduction pourrait, dans le cadre numérique, devenir un droit global d'usage qui couvre en fait tout ce qui est déplacé.
>
> [...]
>
> Il serait ainsi possible de soumettre au droit de reproduction toutes les transmissions numériques engendrant copie. Et si ce concept large et technique de reproduction était adopté, le droit de reproduction pourrait servir de base à bien d'autres transactions du monde numérique[423]

Le droit de reproduction numérique fait accepter le contrôle des œuvres là où il avait échoué dans le domaine analogique. Le libraire qui distribue un livre usagé ne sera pas inquiété, alors que l'intermédiaire qui distribue électroniquement un fichier reproduisant la même œuvre encourt, en principe, le risque d'une condamnation. Les services de distribution numérique à la demande tombent nécessairement sous le coup du droit de reproduction puisque les œuvres doivent être numérisées et conservées par la personne qui désire les mettre à disposition. Paradoxe donc de l'évolution de notre système qui ne renie plus l'application extensive du droit de reproduction à la réalité numérique. N'est-ce pas encore ici un signe de la reconnaissance progressive d'un droit de distribution numérique, de son acceptation ? Poser la question c'est y répondre. Cette extension du droit d'auteur est d'ailleurs présente dans le document préparatoire de 1987 de l'OMPI et de l'UNESCO. Le document de travail soumis au groupe d'experts avait pris très au sérieux la « théorie de la reproduction »[424]. L'ensemble des différentes situations de reproduction observées au cours de l'acheminement de l'œuvre jusqu'à son affichage à l'écran faisait partie d'un « même processus complexe de reproduction »[425]. Mais l'analyse ne s'arrête pas là. L'approche proposée amène les experts à introduire pour la première fois une théorie embryonnaire de la *distribution électronique*. Nous y reviendrons plus en détails plus loin. Analysant le mode de transmission des œuvres, ils constatent la fusion des actes de reproduction et de distribution et concluent que « la distribution fait partie intégrante du processus de reproduction »[426].

La filiation du droit de reproduction et du concept de distribution apparaît nettement dans l'environnement contractuel. On pourrait même dire le contrat est le lieu d'expression d'un droit de distribution qui émerge du droit de reproduction.

iii) Le contrat : lieu de culture du droit de distribution ?

---

[423] Le groupe finlandais de l'ALAI (intervention de M. Jukka, conseiller spécial du gouvernement), *Sort des droits de propriété intellectuelle dans le cadre des nouvelles techniques de diffusion*, Paris, C-Info, 1995, p. 3, (ci-après, Rapport Finlandais (ALAI)).
[424] *Œuvres imprimées*, *op. cit.*, note 240, p. 81, para. 212
[425] *Id.*, para. 213.
[426] *Id.*, p. 81, para. 213.

Le rapprochement du droit de reproduction au droit de distribution est manifeste dans les contrats actuels.

Voyons ici quelques éléments de techniques contractuelles à partir de l'examen du modèle de contrat de licence préparé par l'Agence canadienne des droits de reproduction musicaux (CMRRA). Le contrat vise l'exploitation des œuvres de son catalogue sous forme de sonneries musicales pour téléphones portables. *A priori*, rien d'inusité ici. Les titulaires du droit d'auteur confient généralement à des tiers la gestion de leurs droits dès lors que les utilisations de masse de leurs œuvres rendent difficile la négociation de redevances. Dans le cas qui nous intéresse, les sonneries musicales sont mises à la disposition des usagers sur des sites Internet à partir desquels elles peuvent être déchargées depuis le Canada. Premier commentaire, le contrat de licence type CMRRA repose sur la prémisse selon laquelle l'exploitation des enregistrements sonores implique nécessairement le droit de reproduction. L'hypothèse est vérifiée s'il y a reproduction au Canada et, effectivement, l'utilisateur effectue un acte de reproduction en déchargeant les sonneries numérisées sur son téléphone portable. Mais le contrat CMRRA ne vise pas directement ce type de reproduction; il concerne plutôt les reproductions faites aux fins de rendre accessible sur des sites Internet lesdites sonneries. Or, ici, et ce sera notre deuxième commentaire, la qualification est plus délicate. Dans certains cas, en effet, le distributeur - signataire de l'entente CMRRA - se contente de présenter un catalogue de sonnerie accessible à partir de serveurs étrangers et, de ce fait, il n'effectue aucune reproduction au Canada. Il est dès lors difficile de justifier l'imposition d'un tarif pour des actes de reproduction effectués hors du territoire canadien. La problématique est soulevée.

Dernier commentaire qui concerne cette fois directement la question de la distribution : le contrat CMRRA ne vise pas seulement le transfert du droit de reproduction. En réalité, à sa lecture, on s'aperçoit que l'autorisation de reproduire s'inscrit dans celle plus large de *distribuer*. Le préambule du contrat nous éclaire sur son objet :

> WHEREAS CMRRA carries on business as an agent for certain music publishers which have engaged CMRRA to issue licenses for the reproduction of certain musical work,

> AND WHEREAS Licensee carries on business as a creator and distributor of ring tones for cellular telephones which reproduce certain musical works which are owned and/or administered by CMRRA's music publishers principals,
>
> AND WHEREAS Licensee wishes to obtain licenses from CMRRA authorizing said reproduction of musical works as ring tones for distribution to cellular telephone users in Canada to the extent that CMRRA's music publisher principals may authorize same, (nos soulignés)

Ainsi que ces attendus l'indiquent, le contrat ne vise pas seulement l'acte de reproduction, mais également leur *destination*. L'acte de reproduction mécanique apparaît comme *l'accessoire* de l'acte *principal* de distribution. Et il existe peut-être une raison à l'union de ces deux éléments : il est certain qu'une distribution a lieu au Canada; le *situs* de la reproduction, en revanche, se trouve souvent à l'étranger. De plus, bien souvent, le distributeur n'est que le donneur d'accès à la banque de données contenant les œuvres. Il distribue certes, mais ne reproduit pas toujours. Cet état des choses force le questionnement. La CMRRA est-elle bien fondée à concéder une licence au titre d'une activité qui serait essentiellement une activité de distribution et seulement, marginalement, de reproduction ? La CMRRA peut-elle administrer un droit dans un contexte technique où la reproduction s'effectue à l'étranger ? On s'interrogera aussi sur les effets de la juxtaposition des droits, car l'acte de distribution peut relever tout aussi bien du droit de communication au public. L'application concurrente des droits semble d'ailleurs inévitable dans la mesure où les traités de 1996 obligent les États signataires d'étendre la protection du droit de communication par télécommunication aux actes de « mise à la disposition du public »[427]. Nous insisterons encore une fois sur le fait que le distributeur de sonneries se contente généralement de *donner accès* aux œuvres à différents partenaires qui les

---

[427] Art. 8 TODA, 10 TOEIP, *précité*, note 8. Voir notamment le *Projet de loi C-60*, *précité*, note 11, les articles 2 (définition de l'acte de communication au public par télécommunication qui intègre celui de mise à disposition) , 8(1) (droit de l'artiste interprète) et 10 (droit du producteur). En revanche, l'article 19 (1) du *Projet de loi C-60* prévoit qu'il n'y a pas de droit distinct à rémunération au titre du droit de mise à disposition. Cette disposition maintient le droit de communication au public comme seule base du droit à rémunération. On évite ainsi l'éclatement des bases de perception : « 19. (1) Sous réserve de l'article 20, l'artiste-interprète et le producteur ont chacun droit à une rémunération équitable pour l'exécution en public ou la communication au public par télécommunication — à l'exclusion de la mise à disposition visée aux alinéas 15(1.1)*e*) ou 18(1.1)*b*) et de toute retransmission — de l'enregistrement sonore publié ».

répertorient sous leur portail. Pour cette dernière opération, aucune reproduction n'a lieu entre la reproduction initiale nécessaire à la mémorisation des œuvres dans une banque de données et celle aux fins de téléchargement par l'utilisateur.

D'ailleurs, le contrat CMRRA se garde bien de définir davantage les droits concédés, ce qui, à notre avis, est une indication de la difficulté rencontrée par les rédacteurs. On pourra seulement y trouver la formule suivante qui sauvegarde le droit de reproduction pour des fins de légitimité, mais qui ne peut éviter de faire état de son objectif principal, celui de régir les actes de *distribution* :

> Issuance of Ring Tone Licenses : [...] CMRRA shall grant individual Ring Tone Licenses to Licensee on a work-by-work basis authorizing the reproduction of Authorized Work as Ring Tones or as Sound Recording Tones for distribution by the Licensee in Canada.

Les redevances sont calculées non par référence à la reproduction, mais plutôt en fonction de la vente et de la distribution du contenu :

> Obligation to Pay Royalties : Royalties shall be due and payable [...] on all Ring Tones or Sound Recording Tones sold or otherwise distributed by Licensee. [...] (nos soulignés)

La nature de l'opération dicte donc la phraséologie et c'est ici que l'on dénote un écart dans la qualification juridique. Ce n'est que par l'application incidente et marginale du droit de reproduction à l'acte de distribution que l'on peut rattacher l'exercice de la gestion des droits de reproduction par la CMRRA. Il s'agit, à notre avis, d'une application *in extremis* du droit de reproduction pour une manifestation *de minimis*. Il faudrait, à notre avis, pour rétablir la légitimité d'une telle licence, que le législateur ou le juge identifie le distributeur comme étant la personne désignée pour libérer le droit de reproduction au titre des reproductions réalisées soit par l'utilisateur final, soit au titre des actes de mises à disposition - si aucune reproduction au Canada n'est réalisée - effectués par l'opérateur de contenu localisé au Canada. Dans cette hypothèse, on exigera du législateur ou du juge la démonstration de l'existence ou la création d'un lien de logique avec le droit de

reproduction, mais également qu'ils précisent les conditions de rattachement de l'acte à la compétence territoriale canadienne. La récente décision de la Cour suprême *SOCAN c. Association canadienne des fournisseurs Internet*[428] illustre bien le processus de légalisation du mécanisme de perception en droit d'auteur. La Cour, sous la plume du juge Binnie, conclut d'abord que les intermédiaires techniques d'Internet tels les fournisseurs d'accès ne sont pas tenus de verser les redevances de droit d'auteur qui seraient dues au titre de l'exécution publique des œuvres. Examinant le droit de communication au public compris à l'article 3(1)f, la Cour conclut que « de façon générale, les appelantes [les intermédiaires Internet] n'ont pas « communiqué » ni « autorisé » la communication d'oeuvres musicales au Canada en violation du droit d'auteur de l'intimée au sens de la *Loi sur le droit d'auteur* »[429]. Seuls les fournisseurs de contenus pourront donc être tenus aux paiement des droits tels qu'imposés par le tarif SOCAN, à condition toutefois qu'il existe un lien réel et important entre l'acte visé - la communication - et la loi nationale. Ici la Cour émet un jugement très nuancé, n'évacuant pas la possibilité que certains actes soient sortis de l'empreinte législative canadienne :

> [...] la conclusion selon laquelle le Canada pourrait exercer sa compétence en matière de droits d'auteur à l'égard tant des transmissions effectuées au pays que de celles provenant de l'étranger est conforme non seulement à notre droit général [...], mais aussi aux pratiques nationales et internationales en la matière.
>
> Évidemment, il ne s'ensuit pas automatiquement que les fournisseurs de contenu étrangers dont les fichiers musicaux

---

[428] *SOCAN c. Association canadienne des fournisseurs Internet,* (2004) 2 *R.C.S.* 427.

[429] *Id.*, p. 438. Les allégations de la SOCAN sont bien résumées par la Cour : « La SOCAN a tout d'abord soutenu que « pratiquement tous ceux qui font partie de la chaîne de transmission de l'Internet sont responsables [du paiement des redevances pour] la communication, notamment ceux qui fournissent les services de transmission, ceux qui utilisent le matériel ou le logiciel employés pour les transmissions, ceux qui assurent la connectivité, ceux qui offrent des services d'hébergement ou ceux qui rendent disponible du contenu » (p. 5). La SOCAN nie maintenant vouloir cibler les fournisseurs de services de réseau de base, qui ne vendent pas des services Internet à des abonnés individuels, mais fournissent les installations et les connexions interurbaines, y compris les fibres optiques et les lignes téléphoniques qui tiennent lieu d'infrastructure à l'Internet. Pour leur part, les appelantes gardent les portails de l'Internet. Elles exploitent l'infrastructure des fournisseurs de services de réseau de base. Elles vendent l'accès à l'Internet à leurs abonnés, tant les fournisseurs de contenu que les utilisateurs finaux. Les services « Sympatico » de Bell Globemedia et « Internet haute vitesse » de Rogers, par exemple, sont bien connus. Selon la SOCAN, il ne s'agit pas d'agents passifs comme les fournisseurs de services de réseau de base, mais bien de participants actifs aux violations alléguées du droit d'auteur », *id.*, p. 440.

> sont communiqués à un utilisateur final au Canada ont l'obligation de verser des redevances. L'existence d'un lien réel et important dépend des circonstances de la transmission [...].[430]

C'est relativement à l'établissement du lien géographique de la responsabilité que l'intérêt du droit de distribution repose. Ce n'est pas par hasard que le contrat de la CMRRA entretient la confusion entre les notions de reproduction et de distribution. Même si la CMRRA doit nécessairement limiter les références à la distribution au risque de se trouver en porte-à-faux avec le droit qu'elle gère, l'idée de distribution lui sert certainement de point d'ancrage, d'élément justificatif.

L'attraction du droit d'auteur pour la notion de distribution est donc bien présente. Elle est animée par des considérations pratiques et un besoin de clarification. La distribution devient clairement le lieu de l'entente contractuelle. Le *contrat* lui-même devient le lieu de culture du *droit de distribution*. Cet élément mérite d'être pris en compte puisque la loi ne semble plus capable de traduire dans son langage traditionnel la réalité des opérations Internet.

L'utilité de la notion de distribution et du droit qui s'y rapporterait apparaît donc de plus en plus claire. En comparaison, celle du droit de reproduction doit être sérieusement remise en question. L'examen du régime de la copie privée nous conforte encore dans la justesse de notre raisonnement.

2) Le droit à la copie privée et la renaissance de l'idée de destination

Voyons d'abord sommairement les origines de la copie privée (i) pour ensuite examiner les effets que son principe peut avoir sur la structure actuelle du droit de reproduction (ii).

---

[430] *Id.*, p. 462

Nous avons signalé l'omniprésence du droit de reproduction et conclu, à ce titre, qu'il est un droit trop imprécis et dont l'application est trop diffuse qu'il puisse se substituer efficacement à un droit de distribution. Il manque de direction et s'infiltre dans des opérations qui ne sauraient en aucun cas constituer des actes de distribution (reproduction à l'écran, etc.), des actes qui, il nous semble, ne concernent pas le droit d'auteur. Mais ce n'est pas là son seul désavantage. Outre son imprécision, son évolution semble gênée par le régime de la copie privée. Dans les cas de partage d'œuvres entre utilisateurs notamment, l'exemption de la copie privée peut constituer un obstacle au contrôle de la distribution numérique des oeuvres. Si l'examen de la copie privée confirme l'inadéquation du droit de reproduction, il montre également la solution. L'exception de copie privée semble en effet être appréhender à partir de l'idée de la *destination :* le fonctionnement du droit de reproduction dépend largement de la prise en considération de la destination de la copie privée. Lorsqu'une copie privée est destinée à être subséquemment *distribuée*, elle ne serait pas être permise.

i) Les origines de la copie privée

Le contrôle de l'œuvre est de nos jours rendu difficile non seulement en raison du volume des utilisations mais également parce que ces dernières sont faites hors des yeux de l'ayant droit. L'inviolabilité du domicile s'oppose à l'exercice du droit exclusif[431]. De plus, l'usage privé passe pour être traditionnellement - ou religieusement pourrait-on dire - affranchi de tout droit[432]. Ce principe doit être préservé, croyons-nous, tant et autant qu'il n'implique pas la distribution.

Dans le contexte technologique, l'enregistrement à domicile, combiné à la télévision et plus tard l'Internet, a été considéré dans les premières étapes de son évolution comme un mode

[431] On pourrait même compléter cette proposition en ajoutant qu'à l'heure actuelle les principes relatifs à la protection des renseignements personnels rendent particulièrement difficile l'identification des contrefacteurs. Refusant de rendre une ordonnance qui obligerait les fournisseurs d'accès Internet de divulguer les noms de leurs clients ayant échanger illégalement des œuvres sur Internet : *BMG Canada Inc.* c. *John Doe,* confirmé sur ce point en appel, *précité*, note 391.

[432] Pour une étude de droit comparé, voir Stephan MARTIN, « La copie privée », (1989) 2 *C.P.I.* 27 et du

d'utilisation libre de l'œuvre. L'idée de gratuité consolide ainsi l'exception - que l'on élève parfois en principe - et rend tout à la fois plus difficile sa soumission à un régime de redevances[433].

Dans son principe, la rémunération pour copie privée vise à rétablir les méventes occasionnées par la reproduction incontrôlée et incontrôlable d'œuvres effectuée à domicile sur des supports vierges[434]. En réalité nous verrons qu'elle a pour dessein d'amortir le manque à gagner subi dans la *distribution* des œuvres.

Il y a maintenant presque vingt-cinq ans, Mihály Ficsor faisait ce constat qui demeure encore pertinent :

> [S]i les utilisateurs (ainsi que les producteurs des moyens nécessaires à cette utilisation) peuvent trouver une possibilité, fut-elle infime, d'interpréter en faveur d'une libre utilisation l'absence de disposition claire dans la législation sur le droit d'auteur, ils prennent cette interprétation comme base de leur conduite.[435]

Cette réflexion fait naturellement fi des effets de l'application rampante du droit de reproduction. Nous réitérerons ici que l'ingérence du droit d'auteur à travers lui est une malheureuse incidence de la technique et qu'il aurait mieux valu établir les règles non pas en fonction des différentes formes de reproduction provoquées par les utilisations des œuvres mais plutôt en fonction d'un droit de distribution. Car c'est bien l'acte de distribution que l'on cherche à compenser à partir d'une rémunération pour copie privée.

---

même auteur, « La rémunération pour copie privée », (1998) 11 *C.P.I.* 327.

[433] Ironiquement, alors que les modèles de distribution de musique sur Internet ont peine à faire valoir des prix de $ 0.99 pour une chanson alors que les jeunes consommateurs, habitués à payer pour les services de téléphonie, n'hésitent pas à payer $ 2.50 à 4 pour une sonnerie de téléphone d'un maximum de 30 secondes. Par exemple, sur le site de Virgin pour des sonneries de téléphones portables : (http://downloads.virginmobile.ca/store/ContentDetail.aspx) et sur le site de iTunes de la société Apple pour des chansons : http://www.apple.com/itunes/.

[434] P.Bernt HUGENHOLTZ, Lucie GUIBAULT et Sjoerd van GEFFEN, *The Future of Levies in a Digital Environment, Final Report*, Institute for Information Law, Amsterdam, 2003, p. 10 et s., disponible en ligne : http://www.ivir.nl/publications/other/DRM&levies-report.pdf.

[435] Mihaly FICSOR, « L'enregistrement à domicile des oeuvres protégées : une épreuve amère pour le droit

Ainsi, puisque c'est à partir du droit de reproduction que l'on a voulu régler la problématique de l'enregistrement à domicile, il faut nécessairement inférer de l'idée d'une compensation pour copie privée la confirmation que le droit d'auteur porte dans ses fondements la base d'un droit de distribution.

C'est dans l'examen des applications du droit de reproduction - celles qui devaient être permises ou non - que l'on a créé le principe de la copie privée. Les exceptions au droit de reproduction se classaient initialement selon le caractère *privé* ou *public* de l'utilisation. L'évolution de la Convention de Berne sur ce point est particulièrement instructive. Guidé par les expériences nationales, un Comité d'experts gouvernementaux, à qui l'on avait soumis l'examen de la copie privée dans le but d'éventuels amendements à apporter à la Convention de Berne pour sa quatrième révision, propose en 1965 la disposition suivante:

> Est réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de permettre la reproduction ... des œuvres
> a) pour l'*usage privé*;
> b) à des fins judiciaires et administratives;
> c) dans certains cas spéciaux où cette reproduction n'est pas contraire aux intérêts légitimes de leur auteur et ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre (nos italiques).[436]

L'alinéa a) sera soustrait de la version finale de l'article 9 de l'acte de Stockholm. Le développement des techniques de reprographie et de reproduction sonore et visuelle prend à cette époque une telle ampleur qu'il freine le législateur. On ne consacrera pas donc, *jure conventionis,* un *droit* à la copie privée. On préfèrera une rédaction plus nuancée qui reprend pour partie le texte général de l'alinéa c) de la proposition de 1965 :

> Est réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de permettre la reproduction des ... œuvres dans certains cas spéciaux, pourvu qu'une telle reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur[437]

---

d'auteur », (1981) 94 *D.A.* 55, p. 55.

[436] *Actes de la Conférence de Stockholm de la propriété intellectuelle* (11 juillet- 14 juillet 1967), Genève, 1971, vol. I.

[437] Article 9, *Convention de Berne*, 1971.

Pour Taddeo Callovà, le législateur international ne voulait pas maintenir la notion de « copie privée », évitant ainsi de lui donner un caractère trop « dogmatique »[438]. De son côté, le législateur national conserve toute liberté pour donner aux termes « cas spéciaux » la signification voulue et accorder ainsi les exceptions qui concilient au mieux intérêts culturels et exploitation des œuvres. Il faut se garder toutefois de lire dans le texte final de la Convention la reconnaissance d'un principe large d'exception. En 1977, un groupe de travail mis en place conjointement par l'OMPI et l'UNESCO conclut que l'article 9.2) ne rend pas automatiquement licite la copie privée[439]. Bien au contraire, le dommage que porte cette activité à l'exploitation[440] de l'œuvre doit ouvrir droit à une compensation financière: il s'agira, selon les experts, d'un « dédommagement » pour privation de droit exclusif[441]. Quand bien même le législateur resterait muet, son silence devrait être compris, tout au plus, comme une simple tolérance. En réalité la ligne de conduite de l'OMPI et de l'UNESCO va se durcir et on trouve dès 1987, dans les travaux de ces organismes, des positions résolument tranchées eu égard à l'exception de copie privée : si celle-ci peut jouer dans le cas de l'utilisation à domicile d'un exemplaire d'une œuvre reproduite sur support numérique (disquette, etc.), elle ne saurait couvrir les actes de reproductions dérivées de la réception à domicile d'une œuvre par ordinateur[442]. Les experts invitaient donc déjà au réexamen du mécanisme d'exception traditionnel.

---

[438] Taddeo CALLOVÀ, « Reproduction sonore et visuelle pour l'usage personnel », (1979) 149 *R.I.D.A.* 77, p. 125. L'auteur note qu'à la place de l'expression « usage privé » certains amendements proposaient « usage individuel » ou « usage personnel », *id.*, p. 121. Le retrait des termes « copies privées » a été également interprété comme un élan de modernisme. Pour certains, les notions d'usage personnel, d'usage privé ou d'usage familial employées dans de nombreuses législations devaient être abandonnées progressivement.

[439] OMPI, *Rapport du Groupe de travail*, (1977) 30 *D.A.* 90, pp. 90-91.

[440] En fait, la Convention prévoit à son article 9 certains guides afin de dégager le caractère admissible ou non d'une exception. S'il est véritablement porté atteinte à l'exploitation de l'oeuvre, aucune exception ne doit être permise. Dans le cas contraire il faut veiller à ce que l'intérêt de l'auteur soit à chaque fois respecté. Ainsi, sous certaines conditions, l'utilisation pourra être faite sans paiement ou selon un système légal d'octroi de licence. Voir, M. FICSOR, « L'enregistrement à domicile des oeuvres protégées: une épreuve amère pour le droit d'auteur », *loc. cit.*, note 435. M. FICSOR, *The Law of Copyright and The Internet, op. cit.*, note 6, p. 57.

[441] *Id.*, p. 57

[442] « Il faut ajouter que si l'on admet que la présentation sur écran d'écrits et d'oeuvres graphiques relève du droit de reproduction, toutes les dispositions et observations concernant ce droit doivent obligatoirement être retenues. Par exemple, en ce qui concerne les exceptions à ce droit, il semble relativement évident que celles-ci ne sauraient être justifiées par le fait que l'œuvre est affichée à l'initiative de l'utilisateur final, à son domicile privé, si cet acte intervient dans le cadre d'un service de diffusion électronique s'adressant au public. En revanche, si, par exemple, le propriétaire d'un dispositif de mémoire externe (sur disque) visualise une œuvre sur l'écran pour son propre compte, cette reproduction ne devrait pas tomber sur le coup du droit de

Au niveau national, les solutions varient grandement : la loi française possède un régime spécifique de copie privée relativement complet dont le siège principal est l'article L. 122-5 *C. propr. intell.*[443], le droit canadien l'a également inscrit à la loi de 1997[444]. Le droit canadien se distingue ici nettement des droits américain et britannique qui en sont toujours dépourvus. Dans ces deux derniers systèmes, la copie privée sera excusée si elle entre dans une des exceptions générales prévues par la loi[445].

Voyons certains éléments de droit français. En France, l'article 41-2 de la loi de 1957, désormais L. 122-5 *C. propr. intell.*, précise que « l'auteur ne peut interdire les représentations privées [...] » ni les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste ». La législation française est l'une des rares à aborder la question de la copie privée avec une formulation aussi générale. Le texte de l'article L. 122-5 *C. propr. intell.* n'est pas sans lacune. D'abord parce que la distinction entre « copies » et « reproductions » est difficile à saisir. Le mot « copies » renvoyait, selon Desbois, aux œuvres d'art. Selon les propres commentaires du professeur André Lucas, il s'agissait là d'une interprétation « quelque peu divinatoire » de l'éminent juriste[446]. Ensuite, la loi française ne donne aucune définition du copiste. S'agit-il de la personne qui réalise elle-même les copies ou de la personne qui met à la disposition du public les moyens mécaniques de la reproduction ? Ces interrogations ne sont pas sans intérêt si l'on songe au phénomène actuel des logiciels de partage de fichiers musicaux. Les juges français ont pu

---

reproduction mais au contraire rentrer dans le cadre des exceptions prévues tant à l'article 9.2) de la Convention de Berne qu'à l'article IV*bis*2 de la Convention universelle sur le droit d'auteur », *Œuvres imprimées*, *op. cit.*, note 240, p. 81, para. 215. Voir également, Jane C. GINSBURG, « Putting Cars on the Information Superhighway: Authors, Exploiters, and Copyright in Cyberspace », *loc. cit.*, note 420, p. 1477.

[443] Sur ce point, en général, André et Henri-Jacques LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, note 5, p. 259 et s.

[444] Article 80 *Lda.*

[445] On mentionnera toutefois l'existence en droit américain d'une redevance payable sur les cassettes audionumériques, 17 U.S.C., *Chapter 10 - Digital Audio Recording Devices And Media.* Jane GINSBURG, « Chroniques des États-Unis », (1999) 180 *R.I.D.A.* 127, p. 185 et s. Également, article 70 CDPA : « Recording for purposes of time-shifting - (1) The making in domestic premises for private and domestic use of a recording of a broadcast solely for the purpose of enabling it to be viewed or listened to at a more convenient time does not infringe any copyright in the broadcast or in any work included in it. [...] ». Voir, P. B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT et S. van GEFFEN, *The Future of Levies in a Digital Environment*, *op. cit.*, note 434, p. 13.

[446] A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2ième éd., *op. cit.*, note 5, p. 249.

préciser la portée de l'article L. 122-5 *C. propr. intell.* à l'occasion d'un litige concernant la reprographie. Dans l'affaire *Rannou-Graphie*, le Conseil national de recherche scientifique, plus connu sous son acronyme CNRS, avait mis en place un service de reproduction d'articles de revue, articles qui étaient ensuite distribués suivant une formule d'abonnement. Un éditeur porta l'affaire devant les tribunaux et il obtint gain de cause[447] : la copie privée n'exempte pas, dans ce cas, le propriétaire du matériel de reprographie. Le juge du fond avait toutefois fait la distinction entre le client qui manipule lui-même l'appareil, utilisation qui n'affecte pas la responsabilité du propriétaire, et la manipulation de l'appareil par le préposé[448]. La Cour de cassation reprendra pour son compte les conclusions des premiers juges, mais rejettera la distinction, retenant donc la responsabilité de l'administrateur du centre de reprographie peu importe que les actes reprochés aient été commis par un employé ou non. La Cour conclut que les copies réalisées par le centre de reprographie n'étaient pas destinées à un usage privé au sens de la loi. L'activité reprochée donnait donc prise au droit de reproduction :

> (...) il n'y a pas lieu de distinguer « entre le cas où la mise en place des pages à photocopier et la manœuvre du bouton marche-arrêt ont été effectuées par le client, conformément au principe du libre service, et celui où ces manipulations ont été effectuées, exceptionnellement ou non, par l'entrepreneur lui-même ou par l'un de ses préposés ;
>
> D'où il suit que, relevant que les copies obtenues n'étaient pas destinées à un usage privé et que l'entrepreneur en copie « a tiré un bénéfice analogue à celui d'un éditeur et ne peut en définitive se prévaloir de l'exception apportée par l'article précité au monopole d'exploitation accordé par la loi à l'auteur et, par suite, à l'éditeur régulièrement cessionnaire des droits de celui-ci.[449]

---

[447] *Sté Vuibert et CNPRI* c. Sté *Rannou-Graphie* et *Selfacopy*, Tribunal de commerce de Paris (1ère chambre), 20 octobre 1980, (1981) 107 *R.I.D.A.* 182. Le jugement fut confirmé par la Cour d'appel (CA Paris (4e Chambre), 8 oct. 1982, (1983) 115 *R.I.D.A.* 138), puis par la Cour de cassation, *Rannou-Graphie* c. *Comité National pour la Prévention des Reproductions Illicites et Ed. Bordas*, Cour de cassation, 1ère Ch. civ., 7 mars 1984, (1984) 121 *R.I.D.A.* 151.

[448] *Précité*, p. 187.

[449] *Rannou-Graphie* c. *Comité National pour la Prévention des Reproductions Illicites et Ed. Bordas*, Cour de cassation, 1ère Ch. civ., 7 mars 1984, *précité*, note 447. La Cour de cassation juge que « [...] le copiste, au sens de l'article 41-2 de la loi du 11 mars 1957, est celui qui, détenant dans ses locaux le matériel nécessaire à la confection de photocopies, exploite ce matériel en le mettant à la disposition de ses clients ». Dans ce sens également et condamnant le gérant d'un établissement où se pratiquait la reproduction à la demande de

C'est un fait désormais acquis : grâce à un équipement plus abordable, les destinataires des œuvres ont la possibilité de reproduire le nombre de copies qu'ils désirent sans que le coût de l'opération soit véritablement dissuasif. Ceci était vrai pour les photocopieurs, il l'est d'autant plus pour le lecteur-enregistreur ou « video cassette recorder », commercialisé par Sony dès 1975, et qui immerge désormais les foyers dans la culture audio-visuelle. C'est d'ailleurs relativement à cette dernière technologie que le droit américain au sujet de l'usage privé a pu se cristalliser.

Aux États-Unis il n'existe toujours pas de *régime* de copie privée en tant que tel. Aucune redevance n'est donc perçue pour l'utilisation de supports vierges pour la reproduction domestique des œuvres. Ces actes peuvent en revanche, dans une mesure déterminée par les tribunaux, être couverts par l'exception d'usage loyal. L'article 107, 17 U.S.C., qui codifie la doctrine de *fair use*, est interprété pour la première fois eu égard à l'usage privé par les juges de la Cour suprême en 1984 à l'occasion d'un litige opposant le constructeur des appareils enregistreurs, *Sony Corporation*, à l'éditeur *Universal City Studios*[450]. L'espèce nous intéresse particulièrement puisqu'il s'agissait de vérifier la légalité de l'enregistrement privé ainsi que de la lecture en différé des films présentés à la télévision. Bien entendu, l'action visait à porter un coup d'arrêt aux nouveaux modes d'exploitation ou d'utilisation des œuvres à domicile dont on craignait qu'ils ne remplacent la projection en salle. L'enjeu

---

disques numériques sur le motif que le gérant « est matériellement et légalement » le copiste. *Pascal D.* c. *Agence pour la protection des programmes*, Cour d'appel de Grenoble, 1ère ch. corr., 18 janvier 2001, (2001) 189 *R.I.D.A.* 366, p. 368. L'affaire a connu un regain d'actualité avec un rapport récent concernant l'étude de la légalité des liens hypertextes au regard du droit d'auteur, signe que le problème perdure. Le Forum des droits sur l'internet, *Recommandations - Hyperliens : statuts juridiques*, Paris, mars 2003, p. 19 : « Dans ces conditions, celui qui clique sur un hyperlien est amené à déclencher, à partir du site liant, un mécanisme qui aboutit à provoquer la reproduction sur le disque dur de son ordinateur du contenu du site vers lequel il a été dirigé. Il s'agit donc de savoir si le site qui établit le lien fournit les moyens de reproduction, le cas échéant en tirant un bénéfice dans des conditions comparables à une officine de photocopie. En effet, La Cour de cassation, dans un arrêt du 7 mars 1984 *Rannou-Graphie*, avait caractérisé l'opération de reprographie en relevant que l'officine de photocopie assurait le bon fonctionnement des machines placées dans son local sous sa direction et sous son contrôle et en en tirant un bénéfice. Les copies réalisées par l'officine n'étaient pas destinées à un usage privé, mais il s'agissait bien, pour ladite officine, d'une opération commerciale donnant prise au droit de reproduction ».

[450] *Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc.*, *précité*, note 12, traduction française, (1984) 122 *R.I.D.A.* 178. Voir à ce sujet, notamment, F. W. LLYOD et D. MAYEDA, « Copyright Fair Use, The First Amendment, and New Communications Technologies : The Impact of Betamax », (1987) 38 *Federal Communications L. J.* 59..

économique était donc de taille à la fois pour les producteurs de magnétoscopes et pour l'industrie cinématographique. Dans un jugement qui circonscrit assez étroitement le droit exclusif de l'auteur et qui, en conséquence, favorise l'utilisation des œuvres par les utilisateurs, la Cour Suprême va juger légitime l'utilisation des magnétoscopes par une interprétation souple de l'article 107, 17 U.S.C. À l'époque, la Cour suprême avait également reproché à la requérante son attitude peu conciliatrice[451]. La Cour clôt donc le débat sur une note assez sévère. Interprétant le silence du législateur, elle conclut:

> Le Congrès possède l'autorité constitutionnelle ainsi que la compétence institutionnelle pour prendre en considération tous les changements qui apparaissent dans les intérêts opposés que de telles technologies nouvelles mettent en jeu. Dans un cas tel que celui-ci où le Congrès n'a pas donné d'indication explicite, il faut être circonspect en ce qui concerne toute analyse de l'étendue des droits institués par une loi qui n'avait jamais pris en considération de tels intérêts [...].
>
> Le droit d'auteur n'a jamais accordé au titulaire du droit d'auteur un droit exclusif sur tous moyens d'exploitation éventuels de son œuvre[452].

Examinons maintenant la copie privée effectuée dans le cadre de l'exploitation numérique des œuvres.

ii) Applications nouvelles de la copie privée aux reproductions numériques

Nous présenterons d'abord la problématique générale (1) avant d'examiner plus spécifiquement le régime canadien de la copie privée (2).

---

[451] L'argument économique avait déjà été présenté dans une affaire mettant en cause la retransmission de programmes radio au-delà du rayon initial de diffusion. Dans l'affaire, *Teleprompter Corp.* v. *Columbia Broadcasting System*, la Cour suprême avait refusé de donner droit au titulaire du droit d'auteur puisque « [w]hile securing compensation to the holders of copyright was an essential purpose of the Act, freezing existing economic arrangements for doing so was not ». Le titulaire aurait pu, selon la Cour, négocier des contrats de licences plus intéressants pour la retransmission par câble des émissions en cause et non s'opposer immédiatement aux formes de distributions secondaires, *Teleprompteur Corp.* v. *Columbia Broadcasting System*, 415 U.S. 394 (1974), p. 414.

[452] *Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc.*, *précité*, note 450, p. 180.

1) Présentation du problème

Il faut admettre que le rôle des intermédiaires s'efface lors de la diffusion du contenu en ligne[453]. Nombre d'entre eux agissent comme de simples transporteurs d'information. La proposition est vraie au titre du droit de reproduction - ils ne reproduisent pas toujours le contenu qu'ils transportent ou qu'ils rendent accessible -, mais également, dans certains cas, au titre du droit de communication au public[454]. L'infraction directe est donc difficile à retenir au titre de ces deux droits principaux. Ceci fait en sorte que l'attention doit essentiellement porter sur la personne qui injecte l'œuvre dans le réseau et celle qui en est le destinataire. L'état de la technique et le phénomène de partage de fichiers nous montre qu'il s'agit bien souvent d'une seule et même personne : l'utilisateur. Le droit de reproduction devient donc central dans l'exercice de qualification et, du même coup, problématique, puisque jusqu'alors la possession de l'exemplaire et les exceptions du droit d'auteur au titre de la copie privée garantissaient une jouissance paisible de l'œuvre. Voilà que désormais tout risque de devenir *copie privée* et donc d'échapper à l'auteur.

Avant que les systèmes de partage de fichiers soient accessibles aux utilisateurs, voici comment Jane Ginsburg résumait la situation en 1995 :

> One might object that even if mere accessing of electronic documents is « copying », it is, at least initially, done by private individuals, for their personal enjoyment. Many if not most users who access online documents simply to view them do not seek to compete with the copyright owner by

[453] « Much copying in the cyberspace will be « private », because intermediaries, such as traditional (and booksellers and librarians) who reproduce, package and distribute copies to end users, will not longer be necessary », J. C. GINSBURG, « Putting Cars on the Information Superhighway: Authors, Exploiters, and Copyright in Cyberspace », *loc. cit.*, note 420, pp. 1477-1478.

[454] En droit canadien notamment, *SOCAN* c. *Assoc. canadienne des fournisseurs Internet, précité*, note 428, p. 466 : « L'intermédiaire Internet qui ne se livre pas à une activité touchant au contenu de la communication, mais qui se contente d'être « un agent » permettant à autrui de communiquer, bénéficie de l'application de [l'exception au droit de communication au public par télécommunication prévue à l'] al. 2.4(1)*b*). Ce qui caractérise entre autres un tel « agent », c'est l'ignorance du contenu attentatoire et l'impossibilité (tant sur le plan technique que financier) de surveiller la quantité énorme de fichiers circulant sur l'Internet », (nos précisions entre parenthèses).

> commercializing or engaging in further reproduction or dissemination of the document. Indeed, whether the « copy » resides temporarily in a computer, or is created or stored in a more permanent medium, including in hard copy, pursuit of individuals seems both unfeasible and distasteful. One might therefore expect copyright law to exclude from the copyright owner's control purely personal, non commercial copying.[455]

Un certain nombre de données techniques ont changé depuis. Il demeure que l'exception de copie privée semble vouloir être interprétée toujours plus largement de façon à neutraliser les effets du monopole de propriété intellectuelle. Que l'on en juge par la virulence et la célérité avec laquelle l'idée du *droit des utilisateurs* se transmet à travers la doctrine et la jurisprudence[456]. La question est posée : le droit d'auteur devrait-il également préserver l'exception de copie privée dans le domaine numérique ou encore consacrer un droit à la copie privée ?

Les rapports Internet rendus entre 1993 et 1996[457] n'apportent aucun élément de réflexion au sujet du droit des utilisateurs et demeurent remarquablement vagues sur la question des exceptions. Le document du *British Copyright Council* de 1996 signale l'anachronisme du concept traditionnel de *fair use* dans le domaine numérique[458]; le rapport préliminaire canadien - publié antérieurement à la mise en place d'un régime de copie privée - se

---

[455] J. C. GINSBURG, « Putting Cars on the Information Superhighway: Authors, Exploiters, and Copyright in Cyberspace », *loc. cit.*, note 420, p. 1477, voir également p. 1479. Voir également en ce sens, N. ELKIN-KOREN, « Cyberlaw and Social Change : A Democratic Approach to Copyright Law in the Cyberspace », *loc. cit.*, note 408, p. 270 : « The supplanting of traditional distribution of copyrighted materials by private copying represents the end point on a continuum that has been evolving since the introduction of photocopier and the audiotape recorder in the 1960s. These technologies first undermined, then eradicated, the premise underlying private copying exemptions: that private copying would be laborious and economically insignificant ».

[456] En droit canadien, les décisions de la Cour suprême *Théberge* c. *Galerie d'art du Petit Champlain Inc.*, *précité*, note 80, et *CCH Canadienne Limitée* c. *Barreau du Haut-Canada*, *précité*, note 12. Plus généralement, A. LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, *op. cit.*, note 375, pp. 168, 191 et s. André Lucas est également pour le maintien de l'exception étant entendu qu'elle demeure un principe d'exception et qu'un système de rémunération l'accompagne. En droit américain la doctrine se prononce majoritairement dans le sens du maintien d'une exception de copie privée mais reste divisée sur le principe de compensation. Par exemple, N. ELKIN-KOREN, « Cyberlaw and Social Change : A Democratic Approach to Copyright Law in the Cyberspace », *loc. cit.*, note 408, pp. 283 et s.

[457] Voir notes 387 à 390.

[458] *Rapport du British Copyright Council, op. cit.,* note 390, p. 54 : « [...] the present limitations to the authors, performers' and producers' rights need re-examination and severe and specifically defined curtailment (with total exclusion in certain areas) in relation to digital use ».

contente de quelques énoncés académiques et d'un rappel de la loi sur l'utilisation équitable[459]. Le *Livre Blanc américain*, le plus volumineux de tous, évite la question[460].

L'examen du problème posé par la mise en œuvre du régime de copie privée reviendra aux tribunaux. Étonnement, ce sont des pays traditionnellement plus près de leurs auteurs qui voient l'exception de la copie privée soustraire les actes de copies numériques à leurs droits. En effet, aux États-Unis, la Cour suprême vient de limiter considérablement le domaine d'application de l'exception d'usage loyal, isolant la solution de l'arrêt *Sony*. La Cour suprême rétablit le droit d'auteur dans le cas où l'activité de reproduction peut être vue comme contribuant à une exploitation non autorisée de l'œuvre[461].

Déjà en 2001, aux États-Unis, le juge Beezer avait rejeté la défense de Napster qui prétendait bénéficier de la légalité des opérations de téléchargement effectuées par les utilisateurs finaux au titre de la défense d'utilisation équitable. La Cour d'appel maintient *in obiter* l'opinion exprimée dans la décision de première instance selon laquelle « Napster users are not fair users »[462].

En France la situation n'est pas aussi favorable à une protection accrue du droit d'auteur. La Cour d'appel de Montpellier, dans un jugement de 2005, tient indemne le copiste qui avait admis s'être constitué une vidéothèque de 488 films gravés sur cédéroms, un tiers ayant été téléchargés par Internet. Visant expressément les dispositions de la loi relative à la

---

[459] Rapport canadien du Sous-comité sur le droit d'auteur, *op. cit.*, note 386, pp. 27-28.

[460] Il consacre un paragraphe sur les systèmes de compensation existant en Europe, *Livre Blanc américain*, *op. cit.*, note 388, p. 144.

[461] *MGM Studios, Inc.* v. *Grokster, Ltd.*, *précité*, note 12. C'est la lecture que la Cour d'appel du 7ième circuit retiendra également de l'arrêt de la Cour suprême : « Last June the Supreme Court held in MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd., 125 S. Ct. 2764 (2005), that a distributed file-sharing system is engaged in contributory copyright infringement when its principal object is the dissemination of copyrighted material. The foundation of this holding is a belief that people who post or download music files are primary infringers. », *BMG Music, Inc.* v. *Cecilia Gonzales*, (2005) No. 05-1314 (Court of Appeals - 7ième Circ.), (inédit) en ligne : http://caselaw.lp.findlaw.com/data2/circs/7th/051314p.pdf.

[462] *Napster* v. *A&M Records, Inc.*, *précité*, note 395, p. 1014 : « Napster users who upload file names to the search index for others to copy violate plaintiffs' distribution rights. Napster users who download files containing copyrighted music violate plaintiffs' reproduction rights » et plus loin, « We conclude that even if plaintiffs bear the burden of establishing that they would likely prevail against Napster's affirmative defences at the preliminary injunction stage, the record supports the district court's conclusion that Napster users do not

copie privée, la Cour d'appel confirme la décision de première instance et dit pour droit que « lorsqu'une œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire les copies ou reproduction strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective ». En l'espèce, la Cour note que le prévenu avait déclaré « avoir effectué les copies uniquement pour un usage privé » et qu'aucun usage à titre collectif n'avait été démontré[463]. La décision peut surprendre. D'abord, ici comme dans la plupart des cas de partage de fichiers, les copies sont réalisées à partir d'œuvres souvent piratées qui sont par la suite distribuées ou rendues accessibles par Internet. Se pose alors la question de la légalité de la source. Quid des œuvres copiées à partir d'œuvres dont la reproduction ou la mise en circulation n'a pas été autorisée ? Ces copies de contrefaçon ne sont-elles pas elles-mêmes des contrefaçons ?[464]. Ensuite, elle isole, à tort selon nous, l'acte de reproduction de celui de la distribution. Le droit de reproduction, une fois de plus, fausse la vision du juriste.

Rétablissant la réalité de l'opération, il nous semble bien au contraire que la copie est générée par une *distribution* non autorisée à partir d'un ordinateur où se trouve une copie de l'œuvre, *distribution* elle-même rendue possible en raison d'une reproduction souvent non autorisée. Les actes de reproduction et de distribution sont liés. L'un précède l'autre dans une suite qui peut être sans fin, constituant ainsi une chaîne de distribution.

L'analyse d'un acte d'échange devrait prendre en compte à la fois la licéité de la source et la *destination* de la copie réalisée à partir de cette source, bref le fait qu'il est un acte de distribution complet. Or, dans l'étroitesse du droit de reproduction, la copie privée rompt

---

engage in fair use of the copyrighted materials. We agree. We first address the court's overall fair use analysis », *id.*, p. 1019

[463] *Ministère public* c. *Aurélien*, Cour d'appel de Montpellier, (3e Ch. Corr.), reproduit partiellement, *D.* 2005, numéro 19, p. 1294, note Guillaume KESSLER. Également, précisant que la loi française prévoit une exception et non un *droit* à la copie privée : *R. et UFC - Que Choisir ?* c. *FNAC et Warner Music France, TGI Paris,* 10 janvier 2006, http://www.droit-technologie.org/jurisprudences/TGI_paris_100106.pdf.

[464] La question de la légalité de la source sera examinée plus loin. Notons simplement ici que la Cour d'appel de Montpellier n'ira pas sur ce terrain. La preuve faisait pourtant état d'œuvres gravées à partir d'Internet ou à partir de cédéroms prêtés ce qui, en soit, peut faire présumer de l'illégalité de leur circulation. Certains auteurs sont en tout cas partisans de cette approche. Une majorité d'auteurs soutiennent que l'exception ne devrait pouvoir être invoquée que si la copie à été réalisée à partir d'une source légitimement acquise. Notamment, Y. GAUBIAC et J. C. GINSBURG, « L'avenir de la copie privée numérique en Europe », (2000)

avec la continuité de l'opération en soustrayant au droit de l'auteur le seul acte de copie privée : elle ignore ce qui est en amont et en aval. Nous soumettons que l'exception est difficilement justifiable étant donné que la copie privée n'est plus une fin en soi mais mène vraisemblablement à la mise à disposition subséquente de l'œuvre reproduite. Cette *mise à disposition* est la finalité essentielle des réseaux de partage et constitue un acte de distribution qui devrait être soumis à l'autorisation de l'auteur.

C'est ainsi que la disposition canadienne qui prévoit que l'exception de copie privée ne s'applique pas si la reproduction est destinée à la *distribution* revêt un intérêt tout particulier.

2) L'exception de copie privée en droit canadien

L'exception de copie privée est tout entière contenue aux articles 80 et 81 *Lda*. Les dispositions générales *voisines* intéressant les exceptions d'utilisation équitable (articles 29 à 29.2 *Lda*) sont *a priori* indifférentes au caractère *privé* ou non de l'acte visé; elles ont leur propre régime. Si, par exemple, la copie d'une œuvre est justifiée au titre de l'exception de reproduction pour fins de recherche[465], elle ne constitue pas techniquement une copie privée au sens de la loi alors même que, dans le sens commun de l'expression, elle a pu être réalisée en privé.

Voyons d'abord la structure de l'article 80 et le régime dont il est le siège (a) pour ensuite examiner sommairement les exigences qu'il pose quant à la légalité de la source copiée. Sur ce point, on rapprochera la solution canadienne de la solution française (b). Nous nous intéresserons davantage à l'examen de la condition de *distribution* contenue au paragraphe

---

1 *Com. Commerce Électronique* 9. G. KESSLER, note sous *Ministère public* c. *Aurélien, précité*, note 463, p. 1295.

[465] La rédaction de l'article 29 *Lda* implique un changement de plan d'analyse. Chaque utilisation équitable contient son propre test qui peut ou non faire de l'utilisation privée un facteur d'application. Par exemple, l'article 29 vise à la fois l'utilisation pour « étude privée » - ici la notion de copie privée aura son importance - et pour fins de « recherche ». Dans ce dernier cas, il importe peu que la recherche ait été réalisée dans un cadre *privé* ou non.

80(2)b *Lda*. En effet, l'exception de copie privée ne joue pas dans le cas où la copie de l'œuvre est réalisée en vue de sa *distribution* (c).

a) Le régime général de l'article 80 Lda

Aux termes de l'article 80 de la *Lda*, la reproduction d'une oeuvre musicale, d'un enregistrement sonore ou de la prestation d'un artiste interprète sur un support d'enregistrement sonore ne constitue pas une contrefaçon du droit d'auteur. L'article 80 ne vise pas d'autres objets. *A contrario* donc, toute reproduction d'une œuvre littéraire, photographique ou cinématographique réalisée à la suite d'un partage de fichiers sera considérée comme une reproduction illicite si elle n'est pas dûment autorisée par l'ayant droit.

> 80. (1) Sous réserve du paragraphe (2), *ne constitue pas une violation du droit d'auteur* protégeant tant l'enregistrement sonore que l'oeuvre musicale ou la prestation d'une oeuvre musicale qui le constituent, le fait de reproduire pour usage privé l'intégralité ou toute partie importante de cet enregistrement sonore, de cette oeuvre ou de cette prestation sur un support audio. (nos italiques)

L'article 81 établit le droit à rémunération. Il constitue, en d'autres termes, le fondement du *régime* de la copie privée:

> 81. (1) Conformément à la présente partie et sous réserve de ses autres dispositions, les auteurs, artistes-interprètes et producteurs admissibles ont droit, pour la copie à usage privé d'enregistrements sonores ou d'oeuvres musicales ou de prestations d'oeuvres musicales qui les constituent, à une rémunération versée par le fabricant ou l'importateur de supports audio vierges. [...]

On s'est demandé si l'exception à l'application du droit de reproduction était conditionnelle à l'existence d'un mécanisme compensatoire. Dans cette hypothèse, le droit à l'exception serait ouvert uniquement s'il est accompagné d'un tarif. Cette interprétation doit cependant

être abandonnée. Elle a été récemment rejetée par la Commission du droit d'auteur pour des motifs auxquels nous adhérons :

> Certains voudront prétendre que l'exemption ne s'applique qu'aux supports faisant l'objet d'un tarif homologué, ou même uniquement aux supports pour lesquels une redevance a été versée, et que les supports n'ayant jamais fait l'objet d'un projet de tarif sont exclus de l'exemption. La Commission n'est pas d'accord. Il serait en effet illogique que la portée de l'exemption dépende de la décision unilatérale des ayants droit de proposer ou non un tarif. Ainsi, il ne faut pas conclure du fait que la Commission n'est pas saisie d'une demande de tarif à l'égard des disques durs d'ordinateurs personnels que la réalisation de copies pour usage privé sur de tels supports viole le droit d'auteur. De plus, prétendre que la copie privée n'est légale que si elle est faite sur un support audio sur lequel une redevance aurait été versée serait ajouter une condition qui n'est pas prévue à l'article 80.[466]

Et, en effet, il eût été particulièrement malaisé de faire dépendre le principe de l'exception à l'établissement d'un tarif. C'eut été ajouter une incertitude supplémentaire à l'application de la loi, peut-être même en annuler les effets. La loi aurait été ainsi soumise aux décisions administratives de la Commission, conséquence qui suffit à justifier notre objection. Les tarifs sont adoptés au terme d'un processus contradictoire long et complexe. Ils peuvent de plus être portés en appel devant la Cour fédérale. Il aurait été bien maladroit d'assujettir la règle de l'exception aux résultats d'un processus réglementaire et judiciaire aussi aléatoire.

L'exception est ensuite soumise à une double restriction. D'abord, il faut que la copie soit faite exclusivement dans un but d'utilisation privée ; hors cet objectif, le droit d'auteur est rétabli. L'article 80(2) *Lda* prend en compte la destination de l'œuvre, c'est que nous verrons[467]. Ensuite, il doit s'agir d'une copie sur un « support audio »[468]. L'exception de

---

[466] *Tarif des redevances à percevoir par la SCPCP, 2003 et 2004 sur la vente de supports audio vierges, au canada, précité,* note 226, p. 21.

[467] Article 80 (2) « Le paragraphe (1) ne s'applique pas à la reproduction de l'intégralité ou de toute partie importante d'un enregistrement sonore, ou de l'oeuvre musicale ou de la prestation d'une oeuvre musicale qui le constituent, sur un support audio pour les usages suivants :
a) vente ou location, ou exposition commerciale;
b) distribution dans un but commercial ou non;
c) communication au public par télécommunication;

l'article 80 *Lda* ne vaudrait que pour les copies effectuées sur un *support audio* à l'exclusion des autres supports non destinés essentiellement à la copie d'enregistrements sonores et donc à l'exclusion des enregistreurs audionumérique. C'est en tout cas l'interprétation que retient la Cour fédérale dans une décision *Société canadienne de perception de la copie privée* c. *Canadian Storage Media Alliance* de 2004[469]. La Cour examine à cette occasion la définition légale de support audio que l'on trouve à l'article 79 *Lda.* et qui se lit comme suit : « « support audio » Tout support audio habituellement utilisé par les consommateurs pour reproduire des enregistrements sonores, à l'exception toutefois de ceux exclus par règlement ». Invalidant la décision de la Commission qui homologuait le tarif présenté par la SCPP sur les supports audionumériques de type i-Pod et autres lecteurs de fichiers numériques portables[470], la Cour conclut qu'un « enregistreur audionumérique n'est pas un support » au sens de la loi[471]. Selon ses motifs, « la définition que le législateur donne du « support audio » a comme effet d'établir une distinction d'avec (sic) l'enregistreur et les autres appareils semblables qui existaient à l'époque et dont la fonction est d'enregistrer et de faire jouer des bandes audio vierges. Personne n'a jamais prétendu que

---

d) exécution ou représentation en public (nos italiques) ».

[468] « La Commission considère que l'article 80 établit une exemption qui s'applique dès lors que deux conditions sont remplies : la copie faite doit être pour l'usage privé du copiste, et sur un support audio tel que défini à l'article 79 », *Tarif des redevances à percevoir par la SCPCP, 2003 et 2004 sur la vente de supports audio vierges, au canada, précité,* note 226, p. 20. Dans ce sens également et sur les conclusions de la Commission précitées, *BMG Canada Inc.* c. *John Doe*, (C.A.F.), *précité*, note 391, para. 50, pp. 107-108 : « The Motions Judge also did not appear to consider whether all the requirements for the application of the exemption relating to personal use contained in subsection 80(1) of the *Copyright Act* were satisfied. For example, if the users were not using an « audio recording medium », the defence of private copying would not be available ».

[469] *Société canadienne de perception de la copie privée* c. *Canadian Storage Media Alliance*, (2004) C.A.F. 424, (inédit, disponible sur le site de la Cour d'appel fédérale, http://decisions.fca-caf.gc.ca, demande d'autorisation d'en appeler devant la Cour suprême rejetée le 29 juillet 2005). « Court Backs Off on Copied Music », Toronto Star, 29 juillet 2005, http://www.thestar.com.

[470] L'article 3 du *Tarif des redevances à percevoir par la SCPCP* en 2003 et 2004 sur la vente, au Canada, de supports audio vierges, Commission du droit d'auteur, 13 décembre 2003 se lisait ainsi : 1) Sous réserve du paragraphe (2), le taux de la redevance est de

a) 29¢ par cassette audio d'une durée de 40 minutes ou plus;

b) 21¢ par CD-R ou CD-RW;

c) 77¢ par CD-R Audio, CD-RW Audio ou MiniDisc;

d) pour la mémoire non amovible intégrée en permanence à un enregistreur audionumérique, 2 $ par enregistreur pouvant enregistrer au plus 1 Gigaoctet (Go) de données, 15 $ par enregistreur pouvant enregistrer plus de 1 Go et au plus 10 Go de données, et 25 $ par enregistreur pouvant enregistrer plus de 10 Go de données » (nos soulignés), *Société canadienne de perception de la copie privée* c. *Canadian Storage Media Alliance, précité*, note 469, para. 150.

les enregistreurs à bande magnétique répondent à cette définition »[472]. Elle rappelle également qu'une mémoire informatique - celle d'un ordinateur ou celle d'un appareil amovible - ne peut répondre à la définition de support, car sa fonction n'est pas limitée à la reproduction d'enregistrements sonores[473]. Techniquement, cette interprétation a pour conséquence d'étendre considérablement le spectre du droit d'auteur. Les enregistreurs numériques, ainsi que les ordinateurs eux-mêmes, étant exclus de la définition de l'article 79, on devrait conclure, logiquement, que les reproductions effectuées à partir de tels *supports*, sans l'autorisation de l'auteur, sont des contrefaçons.

Les enseignements de la décision *Société canadienne de perception de la copie privée* c. *Canadian Storage Media Alliance* sont multiples. D'abord, le jugement libère les détaillants, importateurs, distributeurs des appareils portables audionumériques (iPod...) de toute obligation de paiement. Ensuite, elle témoigne, par les manipulations terminologiques délicates auxquelles elle donne lieu, de l'inévitable anachronisme de la notion actuelle de « support » et, par extension, de celle de reproduction. La copie privée repose sur une équation aujourd'hui remise en cause : la redevance sur un support vierge devait compenser l'effet de la création d'un exemplaire hors du marché de la vente. Le système se justifie dans la mesure où il existe une *parité* appréciable entre la production de l'exemplaire par le copiste et la mévente d'un exemplaire mis en circulation dans le commerce avec le consentement de l'auteur. Dans le modèle de la distribution d'exemplaires, la redevance sur copie privée *simule* - de façon imparfaite, mais acceptable - la distribution commerciale en visant les supports vierges destinés à devenir des exemplaires concurrents de ceux mis en circulation par l'auteur. S'il était possible d'établir que les formats à bandes magnétiques se prêtaient presque exclusivement à l'enregistrement d'œuvres musicales, les formats numériques sont d'un usage multiple, sans compter qu'ils peuvent servir à la reproduction légale ou autorisée d'œuvres[474]. L'équation qui n'a jamais été simple s'est donc

---

[471] *Précité*, para. 159.
[472] *Id.*
[473] *Id.*, para. 160. En revanche, la décision ne remet pas en cause l'application du tarif eu égard aux autres supports audio tels les CD-R audio et CD-RW audio. La Commission avait décidé d'exclure certains types de supports qui ne servent pas uniquement à la reproduction d'enregistrements sonores : CD-R, CD-RW, DVD enregistrable ou réinscriptible, mémoires électroniques amovibles. Voir sur ce point, para. 9 de la décision.
[474] On songera aux oeuvres du domaine public ou enregistré avec la permission de l'auteur. L'argument de la reproduction légitime avait été apporté par Napster dans sa défense : « Napster contends that its users do not

considérablement compliquée. Le mécanisme compensatoire centré sur l'idée de la *production* d'exemplaires par l'usage de *supports vierges* doit être revu. D'ailleurs, on notera que la Commission canadienne du droit d'auteur avait déjà refusé d'assujettir à une redevance les DVD enregistrables ou réinscriptibles, les cartes mémoire ainsi que les microdisques durs amovibles au motif que ces dispositifs ne sont pas « habituellement utilisés par les consommateurs pour copier de la musique ».[475]

Également, la distinction entre l'appareil enregistreur et celle de support devient plus ténue. Dans le cas des appareils audionumériques par exemple, il s'avère difficile d'imposer une redevance sur la mémoire - que l'on pourrait qualifier de « support audio » amovible même si la Commission lui refuse actuellement cette qualification - sans qu'elle soit appliquée à l'appareil qui la contient, d'où un risque d'ingérence du droit d'auteur dans le prix d'un matériel informatique polyvalent. Il était tentant de vouloir rapprocher le système de compensation pour copie privée des moyens techniques de reproduction, c'est-à-dire l'équipement lui-même, de l'ordinateur, de sa mémoire fixe ou du matériel périphérique. On comprend alors l'intention des ayants droit canadiens qui, dans leur proposition de tarif 2002-2003, voulaient inclure les appareils enregistreurs numériques. La Commission avait acquiescé, la Cour fédérale n'aura pas suivi[476]. Il faut reconnaître que la reproduction, la conservation et l'utilisation des enregistrements sonores constituent une activité importante à laquelle semblent se livrer de nombreux utilisateurs. Il existe donc bien un lien entre l'équipement et la copie privée d'enregistrements sonores, mais il est difficile d'en mesurer

---

directly infringe plaintiffs' copyrights because the users are engaged in fair use of the material. See 17 U.S.C. § 107 (« the fair use of a copyrighted work [...] is not an infringement of copyright »). Napster identifies three specific alleged fair uses: sampling, where users make temporary copies of a work before purchasing; space-shifting, where users access a sound recording through the Napster system that they already own in audio CD format; and permissive distribution of recordings by both new and established artists », *Napster* v. *A&M Records, Inc*, *précité*, note 395, p. 1014.

[475] *Tarif des redevances à percevoir par la SCPCP, 2003 et 2004 sur la vente de supports audio vierges, au Canada, précité,* note 226, p. 42 et 43 (précisant que ces supports sont surtout utilisés pour la conservation d'enregistrements vidéos).

[476] « On peut facilement comprendre pourquoi la Commission souhaitait aller aussi loin qu'il lui était possible de le faire pour faire tomber les lecteurs MP3 sous le coup de la partie VIII. Il ressort en effet de la preuve que ces enregistreurs permettent de faire de la copie privée à grande échelle. Leur utilisation risque de faire subir aux titulaires de droits un tort beaucoup plus grave que celui de n'importe quel « support audio vierge » au sens où cette expression était jusqu'ici entendue. Toutefois, aussi souhaitable qu'il puisse être de faire relever ces appareils de la partie VIII, la Loi ne confère pas ce pouvoir », *Société canadienne de perception de la copie privé* c. *Canadian Storage Media Alliance*, précitée, note 469, para. 153.

l'importance d'autant que les ayants droit d'enregistrements cinématographiques, d'œuvres photographiques, de jeux vidéo, de logiciels et autres contenus sont tout aussi concernés par la copie numérique. On comprend dès lors pourquoi il répugne au juge comme au législateur canadien de vouloir imposer l'appareil à partir duquel l'œuvre peut être utilisée, qu'il s'agisse d'ordinateur, de magnétophone ou de magnétoscope[477].

On conclura que la notion même de copie privée perd donc sa résonance juridique, de sa clarté. Destinée initialement à simuler la distribution d'exemplaires en assurant une rémunération aux ayants droit, elle ne peut plus désormais rendre compte du nombre de reproductions réelles réalisées à partir d'un support numérique et encore moins des distributions subséquentes qui, elles-mêmes, conduisent à d'autres reproductions. Combien de *distributions* subséquentes y-a-t-il pour une *reproduction* ? N'est-ce pas plutôt la *distribution* qu'il faudrait considérer au lieu et place de l'utilisation/reproduction ? Il semble que la mise en place d'un droit général de distribution aiderait à établir un système de compensation fondée sur le volume des échanges et non plus sur la vente de supports.

En exonérant l'acte de copie privée, le droit d'auteur segmente l'opération de distribution : cette dernière est analysée comme une suite de copies privées dont plusieurs risquent d'être exonérées. Ceci est ironique puisque nous avions avancé que l'omniprésence du droit de reproduction pouvait rétablir le droit d'auteur pour des actes de distribution qui lui échappaient auparavant dans l'univers de la distribution matérielle.

L'effet de la copie privée sur la distribution des œuvres est aggravé en raison du fait que l'exception ne prend pas en compte la légalité de la source copiée.

---

[477] Cette position est clairement exprimée dans la décision *Sony Corp. of America* v. *Universal City Studios* en 1984. *Sony Corp. of America v. Universal City Studios*, *précité*, note 450. Et, dans ce sens, excluant la responsabilité des distributeurs des logiciels de partage de fichiers Grokster et StreamCast au titre de la responsabilité indirecte pour violation de droit d'auteur, *Metro-Glodwyn-Mayer Studios et al.* v. *Grokster et al,* (2004) (CA, 9e Circ.) : « Any examination of contributory copyright infringement must be guided by the seminal case of *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984) ("*Sony-Betamax*"). In *Sony-Betamax*, the Supreme Court held that the sale of video tape recorders could not give rise to contributory copyright infringement liability even though the defendant knew the machines were being used to commit infringement ». voir également, Jesse M. FEDER, « Is Betamax Obsolete?: *Sony Corp. of America* v. *Universal City Studios, Inc.* in the Age of Napster », (2004) 37 *Creighton L. Rev.* 859. La portée

b) La légalité de la source

L'article 80 *Lda* restreint considérablement le recours au droit de reproduction même dans le cas d'un téléchargement d'une œuvre piratée puisque, comme l'indique la Commission dans l'examen du tarif sur la vente de supports vierges, l'exception de copie s'applique indifféremment de la source du matériel copié :

> La partie VIII n'exige pas que la copie d'origine soit une copie légale. Il n'est donc pas nécessaire de savoir si la source de la pièce copiée est une piste appartenant au copiste, un CD emprunté, ou encore une piste téléchargée d'Internet.[478]

La solution semble être la même en droit français. L'article L. 122-5-2 *C. propr. intell.* ne pose aucune condition quant à la source de la copie. On peut donc comprendre que l'arrêt de la Cour d'appel de Montpellier de mars 2005 délaisse totalement la question alors même que la preuve indiquait qu'une partie des œuvres saisies provenait de téléchargements[479]. La solution est toutefois critiquée par la doctrine. Les auteurs Gaubiac et Ginsburg, notamment, sont d'avis que la copie réalisée à partir d'une reproduction non autorisée est illicite[480]. L'illégalité initiale survivrait donc, voire *contaminerait* les actes subséquents et empêcherait le rétablissement d'un acte licite. L'argument prend appui sur quelques jugements français qui ont retenu la responsabilité des utilisateurs pour avoir réalisé des

---

de cette jurisprudence a été limitée dans la récente décision de la Cour suprême *MGM Inc.* v. *Grokster, Ltd.*, *précité*, note 12.

[478] *Tarif des redevances à percevoir par la SCPCP, 2003 et 2004 sur la vente de supports audio vierges, au canada, précité,* note 226, p. 20.

[479] *Ministère public* c. *Aurélien, précité*, note 463.

[480] G. KESSLER, note sous *Ministère public* c. *Aurélien, précité*, note 463, pp. 1295-96. Yves GAUBIAC et Jane C. GINSBURG, « L'avenir de la copie privée numérique en Europe », (2000) *Com, com. élec.*, janvier 2000, p. 9 et s. Kessler avance également l'article 8 du projet de loi français transposant la *Directive européenne sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information* et qui réserve la jouissance de la copie privée à la personne ayant eu « un accès licite à l'œuvre », G. KESSLER, *id.*, p. 1296. Projet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, 12 novembre 2003, http://www.assemblee-nationale.fr/12/projets/pl1206.asp et *Directive société de l'information*, précité, note 176.

compilations personnelles d'œuvres téléchargées[481]. On se souviendra en particulier de l'affaire *Sté Art Music France* c. *École nationale supérieure des Télécommunications*, jugée en 1996, qui mettait en cause la reproduction sur un site Internet des chansons de Jacques Brel et de Michel Sardou. En référé, le Tribunal de grande instance de Paris rejette la défense d'exception pour copie privée : les œuvres avaient été répandues à des fins d'utilisation collective. Pour la Cour, les œuvres en cause avaient été mises à la disposition des utilisateurs du réseau sans autorisation. Ces décisions forment une maigre jurisprudence dans la mesure où elles n'abordent pas la question de la source, mais examinent avant tout la destination de la reproduction - collective ou privée. Dans ce sens, l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Montpellier ne constitue pas un revirement puisque la Cour d'appel se place sur le terrain de la copie uniquement, alors que les décisions antérieures sanctionnaient essentiellement la mise à disposition des œuvres : l'élément de *distribution* subséquente constituant une « utilisation collective » emporte dans ce dernier cas l'application du droit[482].

Nous signalerons enfin la difficulté de prouver non seulement le caractère contrefaisant de la copie initiale, mais également l'identité du contrefacteur. On notera également qu'il peut être particulièrement difficile de démontrer que la seule mise à disposition de fichiers a

---

[481] *Ministère public, syndicats professionnels, sociétés de l'édition vidéo, sociétés de production et autres* c/ *Claude L.C. et autres*, TGI Vannes, 29 avril 2004, disponible sur Legalis.net. Le jugement n'examine pas l'exception de copie privée qui ne semble pas avoir été soulevée en défense, mais condamne six prévenus qui s'étaient constitués une « collection personnelle » et avaient échangé les fichiers de cette collection via des logiciels de partage (Kazaa, etc.). *Sté Art Music France* c. *École nationale supérieure des Télécommunications, précité,* note 397, J.C.P. 1996.II.22727, note Frédérique OLIVIER et Eric BARBRY; *Expertises*, n. 197 septembre 1996.292, note Marie-Hélène TONNELIER et Stéphane LEMARCHAND. Voir les commentaires de A. FRANÇON, (1997) 1 *R.T.D.com.* 97, p. 98. La Cour rapporte les arguments de la défense : « Il rappelle que la reproduction d'une oeuvre revêt un caractère illicite, donc contrefaisant, lorsqu'elle a été effectuée dans un but d'usage collectif et que le copiste a eu l'intention de diffuser les reproductions litigieuses auprès du public ; Or, fait-il observer, il n'a jamais eu cette intention puisqu'il s'est contenté de stocker les compositions musicales, sous forme numérique, au niveau de son « domicile privé » pour son usage ou pour son travail, respectant ainsi les prescriptions de l'article L. 122-5-2 du code de la propriété intellectuelle (CPI). [...] », *Sté Art Music France* c. *École nationale supérieure des Télécommunications, id.,* p. 491. Dans le même sens mais condamnant un enseignant cette fois pour reproduction de plus de 10 000 œuvres musicales, *Alain O.* c/ *Sacem, Sdrm, Sppf, Scpp*, TGI de Pontoise, 6ème chambre, 2 février 2005, disponible sur Legalis.net. À moins d'extrapolation, nous ne voyons pas comment cette référence au projet de loi pourrait être d'un quelconque secours. Le texte établit un tout autre contexte et ne parle pas de copie privée. L'article 8 a seulement pour objectif d'articuler les mécanismes de protection des mesures techniques avec les exceptions du droit d'auteur.

[482] De cet avis, G. KESSLER, note sous *Ministère public* c. *Aurélien, précité*, note 463, pp. 1295.

effectivement conduit à une distribution desdits fichiers à un tiers, c'est-à-dire à des téléchargements à partir d'ordinateurs externes. En amont cette fois, il paraît tout aussi difficile de distinguer les copies qui pourraient avoir été légitimement faites à partir d'une collection d'exemplaires appartenant à un utilisateur des œuvres piratées sur Internet[483] ou encore de copies réalisées à partir d'un exemplaire prêté et reproduit[484]. Là encore le droit de reproduction demeure inefficace. À défaut de marquage, toute reproduction présentant par ailleurs la même qualité numérique, il est impossible de distinguer les différentes générations de copies, de retracer leur cheminement. En l'état actuel de la technique, on ne saurait fonder le régime de copie privée sur la légalité de la source. La distinction entre les copies légitimes et celles qui ne le seraient pas semble encore bien obscure[485]. Le droit de la preuve pose donc ici un défi sans précédent à l'ensemble du dispositif légal.

C'est bien plutôt la copie aux fins de *distribution* - ou comme l'écrira le législateur français, à des fins d'utilisation *collective* - qui doit entrer dans la mire du droit, ce qui rend particulièrement intéressante la rédaction de l'article 80(2)d *Lda* qui soustrait de l'exception de l'article 80 *Lda* la copie sonore faite pour ensuite être distribuée.

iii) L'exception de *distribution* de l'article 80(2)

Le paragraphe 80(2)(b) *Lda* neutralise l'exception de copie privée notamment dans le cas où la reproduction est faite dans un but de distribution « commerciale ou non » :

---

[483] Le TGI de Pontoise notant d'ailleurs que « son conseil produisait un constat d'huissier de plus de 500 CD compacts originaux. Il n'est pas exclu que ces disques lui appartenaient même si aucune mention n'a été faite au procès verbal de perquisition des gendarmes », *Alain O.* c/ *Sacem, Sdrm, Sppf, Scpp, précité*, note 480.

[484] La *Circulaire d'information n. 15* de l'Office de la propriété intellectuelle du Canada prévoyait ce cas dans le cadre d'une reproduction sur support vierge sans distinguer d'une cassette ou d'un support numérique : « Ainsi, lorsque vous achetez une cassette vierge et que vous faites une autre copie de votre cassette préférée afin de pouvoir l'écouter dans votre véhicule, vous faites de la copie pour usage privé. C'est également le cas lorsque vous empruntez une cassette à un ami et que vous faites votre propre copie plutôt que d'en acheter une neuve », disponible sur le site de l'OPIC, http://cipo.gc.ca/.

[485] Sur le plan de la contrefaçon pénale on se demandera encore comment l'élément intentionnel de l'infraction peut être retenu alors que le copiste ne dispose d'aucun moyen de vérifier la légalité de la source. En ce sens, Laurence TELLIER-LONIEWSKI et Anne BELMONT, note sous *Ministère public* c. *Aurélien* (résumé), *Gaz. Du Pal.*, n. 107-109, avril 2005, p. 58.

> Le paragraphe (1) ne s'applique pas à la reproduction de l'intégralité ou de toute partie importante d'un enregistrement sonore, ou de l'oeuvre musicale ou de la prestation d'une oeuvre musicale qui le constituent, sur un support audio pour les usages suivants :
> a) vente ou location, ou exposition commerciale;
> b) *distribution dans un but commercial ou non*;
> c) communication au public par télécommunication;
> d) exécution ou représentation en public.[486]

Il s'agit donc d'une exception à l'exception. Puisque la loi canadienne ne définit pas le terme distribution, il peut être interprété, en principe, comme s'appliquant indifféremment aux *œuvres* comme aux *exemplaires*. D'ailleurs la Commission du droit d'auteur maintenait encore récemment son application à la distribution en ligne :

> L'exemption prévue à l'article 80 s'applique uniquement lorsqu'une personne fait une copie pour son usage privé. Sont expressément exclus la vente, la location, l'étalage à des fins commerciales ou de location, la distribution, la communication au public par télécommunication ou l'exécution publique de cette copie. Ainsi, la copie du dernier succès de l'interprète de l'heure faite en vue de la donner à un ami viole toujours le droit d'auteur, puisqu'il ne s'agit pas d'une copie pour usage privé. La distribution de cette même copie à des amis en ligne est elle aussi interdite.[487]

La seule indication qui maintiendrait l'application du paragraphe 80(2)(b) *Lda* à un contexte physique serait la précision que l'exception « ne s'applique pas à la reproduction [...] d'un enregistrement sonore, ou de l'oeuvre musicale ou de la prestation d'une oeuvre musicale qui le constituent, sur un *support audio pour les usages suivants* [...] »[488]. Si l'on comprend que la notion de support audio est au centre de la disposition, la question se pose : le paragraphe 80(2)(b) *Lda* viserait-il exclusivement la distribution commerciale ou non *d'un support audio* ou vise-t-il, plus largement, la distribution *à partir d'un support audio* ? La discussion n'est pas sans conséquences. Si l'article 80(2) *Lda* devait être lu dans son acception restrictive, la règle comporterait une contradiction gênante. En effet, les

---

[486] Nos italiques.
[487] Nos soulignés. *Tarif des redevances à percevoir par la SCPCP, 2003 et 2004 sur la vente de supports audio vierges, au canada, précité,* note 226, p. 20.

paragraphes 80(2)(c) et (d) *Lda,* qui visent respectivement les actes de communication au public par télécommunication et ceux d'exécution ou de représentation en public, sont à rattacher à l'exploitation de l'*œuvre* et non, comme l'indique le texte, à l'usage du *support audio.* C'est *l'œuvre* qui est représentée en public et non le support. Ces difficultés semblent pouvoir être en partie surmontées si l'on retient l'interprétation selon laquelle l'acte visé par l'article 80(2) *Lda* est l'*usage* du ou *à partir du* support audio, et non la distribution, la communication au public ou l'exécution en public du *support audio.* Le sens du texte ainsi rétabli, la contradiction disparaît. On comprend en effet que l'*usage* du support audio peut effectivement consister en la communication ou son exécution publique, tout comme la distribution, soit de l'œuvre soit de son support. Rien n'indique que le législateur ait eu l'intention de cibler exclusivement la distribution du support. La loi maintient donc, probablement involontairement, l'ambiguïté entre la copie de l'œuvre et son support, ce qui aurait pour effet d'étendre le champ d'application de la règle 80(2) *Lda* et donc, corrélativement, de restreindre celui de l'exception de copie privée. De toute évidence, ces distinctions entre les différents objets du droit aussi bien qu'entre les droits eux-mêmes perdent le légiste. Il faudrait affirmer une fois pour toutes que l'acte de distribution vise en priorité l'*œuvre* et son support[489].

En fait, depuis 1997, date de leur introduction dans la loi canadienne, les articles 79 à 81 *Lda* n'avaient pas véritablement fait l'objet d'analyse. Les seules opinions rendues jusque-là sont essentiellement celles de la Commission canadienne sur le droit d'auteur et concernent principalement l'homologation de tarifs, laissant largement inexploré le mécanisme de l'exception. Dans ce contexte, la récente affaire *BMG Canada Inc.* c. *John Doe* prend une importance particulière. Saisie d'une requête en vue d'obtenir une ordonnance intimant à certains prestataires de service Internet de révéler les noms de certains utilisateurs qui auraient échangé illégalement de la musique sur Internet, la Cour fédérale déboute les ayants droits, demandeurs à l'action, en raison d'une preuve déficiente,

---

[488] Article 80(2) *Lda*, nos italiques.

[489] Nous ne reviendrons pas sur cette problématique de la juxtaposition ou de la confusion des droits, problématique déjà fort étayée dans le Titre III, qui nous avait d'ailleurs permis de rapprocher le droit de communication d'une exécution et celui de retransmission à un acte de distribution d'une œuvre. « Une question préalable est de savoir si la distinction entre reproduction et représentation (ou communication au

mais également au motif que « le fait de télédécharger une chanson pour usage privé ne constitue pas une violation du droit d'auteur »[490]. La Cour d'appel confirmera le jugement de première instance en ce qui concerne le recours en divulgation, mais juge par ailleurs que l'examen de la requête n'exigeait pas celui de l'application du droit d'auteur. Il limite donc ainsi la portée des conclusions du premier juge sur ce point :

> Comme il a déjà été mentionné, le juge des requêtes a fait un certain nombre de déclarations quant à ce qui constituerait ou ne constituerait pas une violation du droit d'auteur [...]. Vraisemblablement, il a tiré ces conclusions parce qu'il croyait que les demanderesses, afin de réussir à connaître l'identité des utilisateurs, doivent prouver à première vue qu'il y a eu violation.
>
> Selon moi, on n'aurait pas dû tirer des conclusions comme celles-ci à ce stade préliminaire de la présente action. Il aurait fallu examiner la preuve ainsi que le droit applicable à cette preuve après que celle-ci fut produite de façon appropriée. On devrait éviter de tirer des conclusions aussi précises au stade préliminaire car cela pourrait porter préjudice aux parties.[491]

Il est utile de revenir sur l'interprétation de l'article 80 *Lda* retenue par le juge de première instance, seule interprétation judiciaire disponible en raison du désistement de la Cour d'appel. Pour le juge Finckenstein « le fait de télédécharger une chanson pour usage privé ne constitue pas une violation du droit d'auteur »[492]. Peu importe donc que l'œuvre ait été déchargée sans permission. Peu importe que l'œuvre copiée soit elle-même une copie illégale. Mais, et c'est là le reproche que lui fera la Cour d'appel, la Cour semble arrêter l'analyse au seul examen du paragraphe 80(1) *Lda*. Cela ne suffit évidemment pas. Il faut encore vérifier si la copie a été effectuée en vue de la commission de l'un des actes prévus à

---

public) a un sens et un avenir dans l'environnement numérique », A. LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, *op. cit.*, note 375, 135.

[490] *BMG Canada Inc.* c. *John Doe*, (première instance), *précité*, note 391, p. 77. Citant sur ce point la décision *Tarif des redevances à percevoir par la SCPCP, 2003 et 2004 sur la vente de supports audio vierges, au canada, précité,* note 226, p. 20.

[491] *BMG Canada Inc.* c. *John Doe*, (C.A.F.), *précité*, note 391, paras. 46-48, pp. 106-107.

[492] *BMG Canada Inc.* c. *John Doe*, (première instance), *précité*, note 391, p. 77. Citant sur ce point la décision *Tarif des redevances à percevoir par la SCPCP, 2003 et 2004 sur la vente de supports audio vierges, au canada, précité,* note 226, p. 20.

l'article 80(2) *Lda*. Cette lacune dans le syllogisme du juge de première instance n'est pas passée inaperçue. La Cour d'appel relève en effet que :

> Lorsque le juge des requêtes a déclaré que, en vertu du paragraphe 80(1) [...] de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, «le fait de télédécharger une chanson pour usage privé ne constitue pas une violation du droit d'auteur», il a omis de tenir compte de l'application possible du paragraphe 80(2) [...] ainsi que des circonstances dans lesquelles la défense d'«usage privé» ne peut être invoquée, notamment dans le cas où un enregistrement sonore constitué d'une oeuvre musicale est reproduit sur un support audio pour les usages suivants: la vente, la location, la distribution, la prestation devant un public, la communication au public par télécommunication[493]

L'application de l'article 80 est donc conditionnelle à la *destination* de la copie. « Dis moi où tu vas, mais non d'où tu viens », voilà la question posée par le droit canadien dans le cadre du régime de la copie privée. La notion d'« utilisation collective » du droit français pourrait mener à la même interprétation[494]. La copie sera donc une contrefaçon si elle est faite dans l'un des buts déterminés par la loi. Parmi ceux-ci le juge de première instance avait deux choix au moins. S'agissant du partage de fichiers musicaux, il aurait pu retenir la contrefaçon en faisant application du paragraphe 80(2)b *Lda* (la distribution dans un but commercial ou non) ou du paragraphe 80(2)c *Lda* (communication au public par télécommunication). Le juge Finckenstein ne se prononcera pas sur l'option que lui aurait laissée la loi. En revanche, confirmant encore notre thèse de l'attraction du « droit de distribution », il ramène l'analyse juridique du partage vers l'idée de distribution :

---

[493] *BMG Canada Inc.* c. *John Doe*, (C.A.F.), *précité*, note 391, para. 49, p. 107.

[494] Commentant la solution de la Cour d'appel de Montpellier, Guillaume Kessler écrit encore que « l'absence d'utilisation collective de l'œuvre suffit selon la Cour d'appel de Montpellier à faire bénéficier le copiste de l'exception de copie privée. [...] Les conditions requises étaient effectivement remplies : il y avait identité entre le copiste et le bénéficiaire de la copie et ce dernier s'était contenté de visionner les œuvres en compagnie « d'un ou deux copains ». La solution aurait sans doute été différente si les films avaient été mis à disposition sur Internet », G. KESSLER, note sous *Ministère public* c. *Aurélien, précité*, note 463, p. 1295. Comparer TGI de Pontoise, 6ème chambre, 2 février 2005 et TGI Vannes, 29 avril 2004 qui retiennent la responsabilité des défendeurs pour contrefaçon, confirmant le caractère collectif de l'utilisation, *précité*, note 480.

> Le simple fait de placer une copie dans un répertoire partagé où l'on peut y avoir accès par l'entremise d'un service de partage de fichiers entre homologues n'est pas de la distribution. La distribution implique un acte positif de la part du propriétaire du répertoire partagé, comme l'envoi de copies ou le fait d'annoncer qu'elles sont disponibles pour qui veut les copier. En l'espèce, aucune telle preuve n'a été présentée par les demandeurs. Ils ont simplement présenté en preuve le fait que les violateurs présumés ont mis des copies à disposition sur leurs répertoires partagés.[495]

En réalité, il est difficile de situer le contexte de cette référence expresse à la distribution. Le juge avait-il en tête, bien qu'il ne le cite pas dans son opinion, le texte de l'alinéa 80(2)d *Lda* ? Certainement. Chose certaine, et nous abondons en ce sens, le juge Finckenstein n'écarte pas la qualification de *distribution* pour les actes de mise à disposition. Il précise seulement que l'acte de distribution requiert plus que la simple preuve que les fichiers ont été mis à disposition dans des répertoires[496]. La Cour d'appel nuancera cette conclusion. Selon elle, « il n'apparaît pas clairement que la loi exige un «acte positif» et aucune jurisprudence n'est citée à l'appui de sa conclusion »[497]. Si les deux cours font allusion à la qualification de distribution, aucune d'elles ne voudra élaborer. Il est surprenant, d'ailleurs, qu'elles n'aient pas fait état des traités de l'OMPI de 1996[498]. Ceux-ci confinent, on le sait, le droit de distribution à l'original et aux exemplaires, ce qui aurait pu être une fin de non-recevoir aux prétentions des ayants droit[499].

C'est ainsi que le droit de la copie privée nous amène un peu plus loin dans notre analyse de la distribution en droit d'auteur. Tant le droit canadien que le droit français inscrivent dans leurs lois une référence à la distribution. Elle est explicite en droit canadien sous l'article 80(2)b *Lda* et implicite en droit français. En droit français, la notion d'« utilisation

---

[495] *BMG Canada Inc.* c. *John Doe*, (première instance), *précité*, note 391, para. 28, p. 78.

[496] « On n'a déposé aucune preuve que les violateurs présumés auraient distribué des enregistrements sonores ou autorisé leur reproduction. Ils ont simplement placé leurs propres copies dans les répertoires partagés accessibles à d'autres utilisateurs par l'entremise d'un service de partage de fichiers entre homologues », *id.*.

[497] *BMG Canada Inc.* c. *John Doe*, (C.A.F.), *précité*, note 391, para. 52, p. 108.

[498] Traités signés par le Canada le 22 décembre 1997, mais non encore transposés dans l'ordre interne Voir l'état des ratifications sur le site de l'OMPI, www.ompi.org

[499] Voir les articles 6 TODA et 8 TOIEP et les déclarations communes correspondantes qui sont à l'effet que : « les expressions « exemplaires » et « original et exemplaires », dans le contexte du droit de distribution et du

collective » sous-entend la distribution subséquente des copies privées. Dès lors qu'il est démontré que les fichiers téléchargés sont mis à disposition des utilisateurs du réseau, les tribunaux reconnaissent l'utilisation collective et retiennent ainsi l'exception de l'article L. 122-5[500] *C. propr. intell.* Les tribunaux cherchent bien plutôt à appréhender la *distribution subséquente* des fichiers. Le langage du droit dissimule encore une fois - que très mal, il est vrai - l'objectif poursuivi par le droit d'auteur : le contrôle de la distribution.

Finalement, les jugements de la Cour fédérale ne traiteront pas du paragraphe 80(2)c) *Lda* qui rétablit le droit de reproduction lorsque la copie est faite en vue de communiquer l'œuvre au public. Il faut dire que d'autres obstacles attendent le juriste qui voudrait appliquer ce droit aux activités numériques. Le droit de communication est interprété restrictivement et ne régit généralement pas les communications point à point.

b) Le droit de communication au public par télécommunication

Les développements techniques tels que la radiodiffusion puis la cablôdistribution ont permis de forger un droit d'auteur résolument destiné à régir des activités de communication à distance. Les articles 11 et 11*bis* de la Convention de Berne marquent bien cette évolution. L'article 11 de la Convention de Berne introduit le droit de *transmission publique des représentations* et l'article 11*bis* couvre différents actes de radiodiffusion et, parmi eux, celui de « la communication publique, par haut-parleur ou par tout autre instrument analogue transmetteur de signes, de sons ou d'images, de l'œuvre radiodiffusée ». La rédaction de ces articles pouvait toutefois faire douter de leur portée. D'abord, l'article 11 vise expressément les œuvres dramatiques, dramatico-musicales et musicales. La limitation catégorielle qu'elle emporte exclut *a priori* d'autres types d'oeuvres[501]. Ensuite, l'article 11*bis* couvre expressément la communication d'une oeuvre radiodiffusée et manque ainsi de généralité. La rédaction précise de la Convention de Berne

---

droit de location prévus par ces articles, désignent exclusivement les exemplaires fixés qui peuvent être mis en circulation en tant qu'objets tangibles », *précité*, note 8.

[500] G. KESSLER, note sous *Ministère public* c. *Aurélien, précité*, note 463, p. 1295.

[501] M. FICSOR, *The Law of Copyright and The Internet, op. cit.*, note 6.

pouvait donc faire obstacle à une interprétation extensive et on pouvait douter qu'elle puisse servir de base à la qualification de la transmission numérique. Au vu de ces difficultés d'interprétation, les rédacteurs des traités TODA et TOEIP de 1996 vont proposer de consolider le droit de communication au public, d'en simplifier la formulation[502]. Il s'agit désormais de « toute communication au public [...] par fil ou sans fil »[503]. C'est ce droit de communication au public qui sera analysé dans une première partie (1).

En raison des obligations conventionnelles qui lient les pays étudiés, on devrait s'attendre à une relative uniformité dans la physionomie des lois. Si cela se vérifie pour les droits canadien, français et anglais[504], le droit américain ne connaît toujours pas de droit de *communication au public par télécommunication*[505]. Ceci s'explique, à notre avis, par le rôle important du droit de distribution américain.

Nous verrons que les conditions d'application du droit de communication au public par télécommunication, conditions qui tiennent en particulier à l'existence d'une communication à un *public,* rendent difficile sa mise en œuvre. Les opérations de communication sur demande - des opérations que nous qualifions de distribution

---

[502] J. REINBOTHE et S. von LEWINSKI, *The WIPO Treaties 1996*, Londres, Butterworths, 2002, p. 104.

[503] Article 8 TODA et 15 TOEIP, *précité*, note 8. On notera que pour les droits voisins il s'agit seulement d'un droit à rémunération équitable.

[504] Les droits français et anglais sont liés par la récente d*irective société de l'information*, *précité*, note 176. Transposant les textes de l'OMPI de 1996, l'article 3 de la directive prévoit que : « Les États membres prévoient pour les auteurs le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute communication au public de leurs oeuvres, par fil ou sans fil, [...] ». On renverra également l'article L. 122-2 *C. prop. Intel.* qui énonce que: « La représentation consiste dans la communication de l'oeuvre au public par un procédé quelconque, [...] » et à l'article 20 *CDPA* modifié en 2003 - *Copyright and Related Rights Regulations 2003*, SI 2003/2498) - : « (1) The communication to the public of the work is an act restricted by the copyright in -
(a) a literary, dramatic, musical or artistic work,
(b) a sound recording or film, or
(c) a broadcast.
[...] ». Voir à ce sujet les commentaires de L. BENTLY et B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, 2e éd., *op. cit.*, note 12, p. 143 et s.

[505] Le droit américain propose une rédaction plus éclatée des droits que l'on place autrement dans la famille du droit d'exécution publique. Le droit américain repose sur le droit de représentation au public (*performing right*) et de présentation au public (*display right*), laissant au droit de reproduction (*reproduction right*) et de distribution (*distribution right*) une large part du système patrimonial. Il faut ajouter à cette liste un droit nouveau visant les enregistrements sonores : le droit de représentation au public par transmission numérique d'enregistrements sonores. Voir à ce sujet, l'article 106, 17 U.S.C. et NIMMER, pp. 8-290 et s.

électronique - sont généralement faites de point à point ce qui soulève de sérieux obstacles à son application. Le droit canadien de « communication au public par télécommunication »[506] nous servira ici de base d'analyse (2).

1) L'application de principe du droit de communication au public

Le droit de communication au public est par essence le droit des transmissions dématérialisées[507]. Mihály Ficsor notera ainsi justement qu'il fut, à côté du droit de distribution, l'un des principaux candidats désignés lors des travaux préparatoires des traités Internet de 1996 pour régir la distribution numérique des œuvres :

> [O]ne of the thorniest issues addressed during the preparatory work of the WCT and WPPT was the question of what right or rights should apply for interactive, on-demand transmission in digital networks. The main candidates were the right of distribution and the right of communication to the public.[508]

A priori, les opérations numériques s'apparentent à celles de la radiodiffusion ou de la câblodistribution. On ne peut dénier qu'elles s'inscrivent dans un *continuum* technique logique. Certes, désormais les œuvres sont généralement communiquées au moment choisi par l'utilisateur - avant d'être communiquées, les oeuvres demeurent *à disposition* -, mais l'analogie semble possible. La distribution numérique a ses spécificités, tout comme d'ailleurs la câblodistribution qui pouvait sur certains points être distinguée de la radiodiffusion[509].

---

[506] Article 3(1)f *Lda*.

[507] P.-E. MOYSE, « Droit d'auteur et espace cybernétique : le dernier veau d'or », *loc. cit.*, note 384, pp. 17 et s.

[508] M. FICSOR, *The Law of Copyright and The Internet*, *op. cit.*, note 6, p. 146.

[509] Le professeur DREIER avait toutefois souligné les limites de l'analogie de la distribution numérique avec la diffusion par satellite dans l'exercice de qualification : « [...] a certain number of differences may be detected between the transmission of programs by satellite and the making available to the public of protected material via on-line services. [...] due to the lack of simultaneous use of one and the same work already mentioned, it is not clear in all jurisdiction whether the offering of protected material via on-line service does amount to a communication to the public », Thomas DREIER, « The Cable and Satellite Analogy », dans P. Bernt HUGENHOLTZ, *The Future of Copyright in a Digital Environment*, *op. cit.*, note 394, 57, p. 63.

Le rapport du sous-comité du droit d'auteur canadien de 1994 ne fera pas grand cas des distinctions techniques et conclut que le droit exclusif de communiquer une œuvre au public pourrait être enfreint dans le cas où « une œuvre est intégrée à un « babillard électronique » de façon à pouvoir être communiquée à tout membre du public ayant accès au réseau qui désire en prendre connaissance »[510] et qu'ainsi « le droit d'auteur englobe la communication au public d'une œuvre, peu importe si cette œuvre est rendue accessible « sur demande » »[511]. Cette proposition ne rallie pas tous les avis.

L'examen des rapports nationaux et de la Commission européenne montre déjà que les positions divergent grandement au sujet de l'application du droit de communication au public soit en raison de difficultés de qualification, soit en raison de la structure patrimoniale particulière des droits nationaux qui peut s'avérer inadaptée. L'examen du droit américain est ici particulièrement probant. D'abord, le *Livre Blanc américain* apporte certaines nuances quant à la transposition du droit d'exécution publique (« public performing right », 106(4) 17 U.S.C.) aux activités numériques. Selon les recommandations qui y sont faites une exécution est *publique* et donc soumise au droit d'auteur lorsque qu'elle est perçue par différents utilisateurs, en différents lieux et à différents moments[512]. L'exploitation d'une œuvre en milieu interactif entre dans le champ d'application du droit d'exécution américain dès lors que plusieurs utilisateurs en jouissent. Le rapport précise, en revanche, que « when a copy of a work is transmitted [...] in digital form so that it may be captured in a user's computer, without the capability of simultaneous « rendering » or « showing », it has rather clearly not been performed »[513]. Selon cette interprétation, la *mise à disposition* d'une œuvre ne constitue pas un acte d'exécution publique avant qu'elle soit effectivement perçue. La solution n'est donc pas totalement satisfaisante et amènera les

---

[510] *Rapport préliminaire du Sous-comité sur le droit d'auteur*, *op. cit.*, note 386, p. 11. Dans le même sens mais ajoutant que « the traditional definitions of « public » must be enlarged to cover all persons having access to protected material in digital form », *Rapport du British Copyright Council*, *op. cit.*, note 390, p. 53. Également, notant que « la notion de public devrait être définie de manière large dans l'environnement numérique pour qu'elle recouvre les situations aujourd'hui pertinentes », *Rapport Finlandais (ALAI)*, *op. cit.*, note 423, p. 2.

[511] *Id.*, p. 13.

[512] *Livre Blanc américain*, *op. cit.*, note 388, p. 71: « When, however, the motion picture is « rendered » -- by showing its images in sequence -- so that users with the requisite hardware and software might watch it *with or without copying the performance*, then, under the current law, a « performance » has occurred ».

[513] *Id.*, p. 71

experts américains à considérer d'autres dispositions de la loi et en particulier le droit de distribution[514]. Ensuite, le *Livre Blanc* soulève une autre difficulté. La loi américaine ne prévoyait aucun droit d'exécution publique pour les enregistrements sonores. La loi de 1976 laissait donc irrésolu le sort de leur transmission en ligne au titre du droit d'exécution publique. Le *Livre Blanc américain* recommande donc que la loi soit amendée afin que le régime des enregistrements sonores soit amélioré :

> [...] the Working Group recommends that Section 106 of the Copyright Act be amended to make clear that copies or phonorecords can be distributed by transmission. However, many of these transmissions will clearly constitute exercise of the public performance right -- a right which the Copyright Act fails to grant to copyright owners of sound recordings.[515]

La Commission européenne va, quant à elle, surprendre la communauté juridique puisque le *Livre vert*, publié en 1995, privilégie d'abord l'adoption d'un droit de location[516]. La solution du droit de location semble avoir surpris. Elle pouvait avoir l'avantage d'alimenter le débat sur le droit applicable mais aussi, corrélativement, l'inconvénient de ralentir le processus de négociation. Son originalité risquait donc de diviser plutôt que de réunir. On comprend alors pourquoi la Commission l'abandonnera : le *Suivi du Livre vert* plébiscite cette fois clairement le droit de communication au public[517]. Le *Livre Vert* avait pourtant pointé du doigt l'insuffisance du droit de communication au public, notant d'ailleurs que « les instruments internationaux n'ont jamais réussi à préciser clairement la notion de communication au public »[518]. Cette soudaine volte-face laisse le juriste dans le questionnement et fait sérieusement douter de la justesse de l'analyse juridique puisque le droit de communication au public apparaît alors comme un second choix.

---

[514] *Infra*, p. 595

[515] *Id.*, p. 222. Le droit américain sera amendé à cet effet en 1995 : *Digital Performance Right in Sound Recording Act*, P. L. 104-39 (Nov. 1995), 109 Stat. 336. Peter L. FELCHER, « Digital Legislation in the U.S. », (1996) 58 *Copyright World* 25.

[516] Rapport préliminaire du Sous-comité sur le droit d'auteur, *op. cit.*, note 386, p. 56

[517] *Suivi du Livre Vert, op. cit,* note 389.

[518] *Livre Vert, op. cit,* note 296, p. 54. Faisant le même constat, Paul VANDOREN, « Copyright and Related Rights in The Information Society », *WIPO Worldwide Symposium on Copyright*, Mexico City, 22-24 mai 1995, WIPO, Genève, 1995, 83, p. 101.

Finalement, la notion de « public » envisagée dans des actes de communication sur demande pose toujours un problème de définition. « Il serait intéressant, notera encore le Sous-comité canadien sur le droit d'auteur, de savoir si l'expression « au public » englobe les communications aux abonnés de l'autoroute de l'information »[519]. La réponse n'a pu de toute évidence être trouvée au niveau international puisqu'à notre connaissance seul l'accord de l'ALÉNA - qui n'oblige que le Canada, les États-Unis et le Mexique - contient une définition de la notion de « public »[520].

On notera encore que le projet d'accord ADPIC du 23 juillet 1990 contenait la définition suivante de l'expression « communication au public », définition qui ne sera pas retenue :

> With respect to the right to make a public communication of a work (e.g. to perform, display, project, exhibit, broadcast, transmit, or retransmit a work), public communication shall include :
> 1A.1 communicating a work in a place open to the public or at any place where a substantial number of persons outside of a normal circle of a family and its social acquaintances is gathered; or
> 1A.2 communicating or transmitting a work, a performance, or a display of a work, in any form, or by means of any devices or process to a place specified in point [-] or to the public, regardless of whether the members of the public are capable of receiving such communications can receive them in the same place or separate places and at the same times.[521]

Toute tentative de définition générale paraît donc vaine. La notion de « public » demeure une variable incertaine qui commande une application - toute aussi incertaine - du droit de

---

[519] Rapport préliminaire du Sous-comité sur le droit d'auteur, *op. cit.*, note 386, p. 11.

[520] La définition n'aborde pas la question des communications multiples individualisées. Article 1721 ALENA, « public comprend, en ce qui concerne les droits de communication et d'exécution prévus aux articles 11, 11*bis*(1) et 14(1) (ii) de la Convention de Berne, au moins relativement aux oeuvres dramatiques, dramatico-musicales, musicales et cinématographiques, tout groupe de personnes à qui s'adressent des communications ou exécutions d'oeuvres et qui sont en mesure de les recevoir que ce soit au même moment ou à des moments et à des endroits différents, à condition qu'il s'agisse d'un groupe plus étendu qu'une famille et son cercle immédiat de connaissances, ou d'un groupe composé d'un nombre limité de personnes ayant entre elles des liens tout aussi étroits qui n'aura pas été formé dans le dessein principal de recevoir de telles exécutions ou communications d'œuvres ».

[521] Daniel GERVAIS, *The TRIPs Agreement - Drafting History and Analysis*, 2ième éd., *op. cit.*, note 198, p. 102.

communication au public[522]. Les traités de l'OMPI 1996 nous laissent également sans guide[523]. On peut donc se demander si le vice ne va pas se propager à la nouvelle version du droit de communication qui, depuis 1996, vise « la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée »[524]. Faisant écho à notre questionnement, les auteurs Bently et Sherman s'interrogent également :

> A further issue that will need to be confronted before long is which ancillary acts constitute distinct infringing communications : in particular, is hyper-linking to a work itself a « making available » ? Although it might be arguable that hyper-linking makes a work available to a new public (as, for example, where a link is made from an intranet onto the worldwide web), and thus might be seen as an act which copyright owner should be empowered to control, the better view is that the « making available right » is not an appropriate mechanism by which to protect content-holder's interest in controlling access to different audiences (or its different public). Most hyper-linking simply makes it easier to locate (and, if desired, access) works which are already available to the public [...][525]

Présentons à présent les difficultés rencontrées par les tribunaux canadiens dans l'interprétation du concept de communication au public.

2) L'interprétation du droit de communication au public en droit canadien

Les développements qui précèdent laissent penser que le droit de communication au public n'offre peut-être pas plus de garantie que le droit de reproduction. Et effectivement,

---

[522] Si le rapport américain énonce qu'il ne peut y avoir d'exécution publique sans perception simultanée de l'œuvre avec sa transmission, le Rapport canadien du Sous-comité sur le droit d'auteur précise quant à lui que « la communication point à point entre deux personnes au moyen du courrier électronique, même si elle porte sur une œuvre protégée, ne constitue pas une communication de l'œuvre au public », *Rapport canadien du Sous-comité sur le droit d'auteur*, *op. cit.*, note 386.

[523] Dans ce sens, J. REINBOTHE et S. von LEWINSKI, *The WIPO Treaties 1996*, *op. cit.*, note 502, p. 105 et p. 107.

[524] Article 8 TODA, *précité*, note 8.

[525] L. BENTLY et B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, *op. cit.*, note 12, pp. 145-146.

l'examen du droit canadien fait apparaître de nombreuses incertitudes dont la définition fuyante de « public » sera encore la cause (i). Le droit canadien se heurte également à la qualification technique des actes de mise à disposition. Constituent-ils des actes de communication au public ? (ii)

i) Variation jurisprudentielle sur la notion de public

La Commission canadienne du droit d'auteur avait retenu l'application de *principe* du droit de communication au public par télécommunication (art. 3(1)f *Lda.*) aux activités de transmission en ligne[526]. Dans l'affaire du *Tarif 22*, la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN) avait déposé auprès de la Commission un projet de tarif pour la communication au public par télécommunication au Canada d'œuvres musicales. Introduite pour les années 1996, 1997 et 1998, cette demande comprenait en son article 22 un projet de redevance pour les communications « *au moyen d'ordinateurs ou d'autres appareils connectés à un réseau de télécommunications* ». À la suite d'une procédure contradictoire très complète, la Commission avait accueilli le principe du tarif et renvoyé à plus tard l'examen des modalités de sa mise en œuvre. Il s'agissait, à ce stade de la procédure, d'examiner la portée de l'article 3(1)f *Lda* qui octroie à l'auteur le droit de « *communiquer au public, par télécommunication, une œuvre [...] musicale* ». La Commission avait notamment conclu que :

> 1) Une œuvre musicale n'est pas communiquée au moment où elle est rendue disponible sur un serveur.
> 2) Une œuvre musicale est communiquée par télécommunication au moment où un serveur contenant l'œuvre répond à une demande et qu'il y a transmission de paquets sur l'Internet.
> 3) Le caractère public ou privé d'une communication sur l'Internet découle de principes juridiques établis.

[526] *Tarif des droits à percevoir par la SOCAN pour l'exécution ou la communication par télécommunication, au Canada, d'œuvres musicales ou dramatico-musicales - Tarif 22*, (2000) 1 C.P.R. (4 éd.) 417 (en anglais), disponible en français sur le site de la Commission du droit d'auteur, http://www.cb-cda.gc.ca/index.html.

> 4) Il n'est pas nécessaire qu'une communication soit instantanée ou simultanée pour être une communication au public. [...][527]

Portée d'abord en appel devant la Cour fédérale d'appel[528], la question de l'application du droit de communication au public aux actes de transmission numérique sera ensuite examinée par la Cour suprême du Canada. Cette dernière reprendra pour son compte certaines des conclusions de la Commission[529]. La Cour suprême répond d'abord à l'argument des intimées selon lequel seuls des *paquets* d'œuvres musicales incomplètes seraient communiqués lors de chaque transmission - non les œuvres comme telles -. Rejetant l'argument, la Cour suprême rappelle que « la fragmentation en paquets était dictée par les « exigences techniques de l'Internet »[530]. L'élément technique ne fait donc pas obstacle à la qualification. La Cour procède ensuite à l'analyse des actes visés par le tarif. Les conclusions de la Cour sont ici moins claires. L'analyse semble en effet porter exclusivement sur la notion de *communication* comme si la partie « au public » avait été tronquée. Voici ce que le juge Binnie, qui s'exprime pour la Cour, écrit au titre de ce que constitue une « communication au sens de la Loi sur le droit d'auteur »[531] :

> Constitue une violation du droit d'auteur l'accomplissement, sans le consentement du titulaire de ce droit, d'« un acte qu'en vertu de la présente loi seul ce titulaire a la faculté d'exécuter » (par. 27(1)), y compris, depuis les modifications de 1988, « communiquer au public, par télécommunication, une oeuvre [. . .] [et] [. . .] autoriser ces actes » (al. 3(1)f) (je souligne)). Suivant ces mêmes modifications, « télécommunication » s'entend de « toute transmission de signes, signaux, écrits, images, sons ou renseignements de

---

[527] *Précité*, p. 442.
[528] *SOCAN c. Association canadienne des fournisseurs Internet,* (2002) 4 *C.A.F.* 213.
[529] *SOCAN c. Association canadienne des fournisseurs Internet*, [2004] 2 *R.C.S.* 427.
[530] « Initialement, les appelantes ont nié toute obligation en matière de droits d'auteur, arguant que les intermédiaires ne traitent que des « paquets » d'oeuvres musicales incomplètes sous forme de données informatiques codées comprimées, qui peuvent être transmises ou reçues dans le désordre. Elles estimaient ne pas communiquer d'oeuvres musicales comme telles et, de ce fait, ne pas violer le droit d'auteur. La Commission du droit d'auteur a rejeté cet argument : la fragmentation en paquets était dictée par les « exigences techniques de l'Internet » (p. 32) : « Bien que certains intermédiaires puissent ne pas transmettre l'intégralité de l'oeuvre ou une partie importante de celle-ci, tous les paquets indispensables à la communication de l'oeuvre sont transmis du serveur sur lequel elle se trouve à l'utilisateur final. En conséquence, l'oeuvre est communiquée. La justesse de cette conclusion n'est plus contestée », *id.*, p. 442.
[531] *Id.*, p. 450.

> toute nature par fil, radio, procédé visuel ou optique, ou autre système électromagnétique » (art. 2). La Commission a statué qu'il y avait télécommunication lors de la transmission de l'oeuvre musicale du serveur hôte à l'utilisateur final. Je suis d'accord.[532]

Le juge omet de souligner l'expression entière « communiquer au public ». On conviendra certainement qu'une transmission est une *communication*. Nous devons également reconnaître que cette proposition est de peu de valeur puisqu'elle ne révèle pas le statut juridique de l'acte ainsi visé. La question n'est pas tant de savoir si l'œuvre est réellement *communiquée* que celle de savoir si elle est communiquée « au public »[533]. Les seules indications que nous livre la Cour suprême dans l'arrêt *Tarif 22* et qui constitueraient un début de réponse à la véritable interrogation sont les suivantes : il « n'est plus contesté »[534], dira la Cour, qu'il y a communication au public - la cour citant ici textuellement la Commission - « quand celle-ci est faite à des personnes du public à des moments différents, que le moment soit choisi par ces dernières (ce qui est le cas sur l'Internet) ou par la personne responsable de l'envoi de l'oeuvre (ce qui est le cas pour les transmissions par télécopieur) »[535].

Or, il s'avère que l'application du droit de communication au public à ce type d'opération est justement *contestée* - ou au moins *débattue* - par la Cour suprême elle-même[536]. En effet, dans un jugement rendu la même année, la Cour suprême conclut dans l'affaire

---

[532] Les soulignés sont du juge. *Id.*, p. 450.

[533] La problématique est bien identifiée par les parties dans l'arrêt de la Cour d'appel fédérale dans *SOCAN c. Association canadienne des fournisseurs Internet, précité*, note 528, p. 271 : « Le Barreau admet qu'il transmettra à des destinataires individuels, sur demande et conformément à sa «Politique d'accès à l'information juridique», des télécopies d'oeuvres contenues dans la Grande bibliothèque. Les éditeurs allèguent que le Barreau viole ainsi leur droit exclusif, aux termes de l'alinéa 3(1)*f*) de la Loi, de communiquer ces oeuvres au public par télécommunication. Le Barreau ne conteste pas que la définition de «télécommunication» à l'article 2 [édicté par L.C. 1998, ch. 65, art. 61] de la Loi inclut la transmission par télécopieur, et il ne nie pas non plus que cette transmission est une communication. Il fait toutefois valoir que la transmission d'une oeuvre à un destinataire n'est pas une communication « au public » ».

[534] *Précité*, p. 446.

[535] *Précité.*

[536] Nous nous souviendrons des sages paroles du professeur Côté qui avait dit lors d'une conférence sur l'interprétation juridique que rien n'est moins certain que ce qui est déclaré comme tel par la Cour suprême!

CCH[537] que la transmission non autorisée d'une œuvre protégée par télécopieur n'est pas une communication au *public* au sens de la loi :

> En première instance, les éditeurs ont soutenu qu'en transmettant des copies de leurs oeuvres à des avocats de l'Ontario, le Barreau les communiquait « au public, par télécommunication » et violait donc l'al. 3(1)f) de la Loi sur le droit d'auteur. Le juge de première instance a conclu que les transmissions par télécopieur en cause n'équivalaient pas à une communication au public par télécommunication parce qu'elles « provenaient d'un seul point et étaient destinées à n'atteindre qu'un seul point » (par. 167). La Cour d'appel partageait cette opinion, même si elle a reconnu qu'une série de transmissions séquentielles pouvait violer le droit du titulaire de communiquer une oeuvre au public.
>
> Je souscris à ces conclusions. Transmettre une seule copie à une seule personne par télécopieur n'équivaut pas à communiquer l'oeuvre au public. [. . .].[538]

La Cour suprême dans *CCH* conclut ainsi que la transmission d'une seule œuvre d'un expéditeur unique à un destinataire unique n'est pas une communication faite au public. On continuera donc à s'interroger sur la qualification des transmissions Internet qui sont par essence individualisées. Le courriel, lorsqu'il met en relation deux personnes, l'une expéditrice, l'autre destinataire, est une bonne illustration de ce type de communication. Dans ce cas de figure, on pourrait s'inscrire contre l'application du droit de communication au public. L'arrêt *CCH* montre une première issue en précisant, *in obiter*, que « la transmission répétée d'une copie d'une même œuvre à de nombreux destinataires pourrait

---

[537] *CCH Canadienne Limitée* c. *Barreau du Haut-Canada, précité*, note 12

[538] *Id.*, p. 376. La décision du juge Linden pour la Cour d'appel fédérale se lisait comme suit : « Le juge de première instance a estimé [...] qu'une seule télécommunication provenant d'un seul point et destinée à n'atteindre qu'un seul point ne constitue pas habituellement une communication au public. Je suis d'accord. À mon avis, le sens courant de l'expression « au public » indique que la communication doit viser ou cibler les « personnes en général » ou la « *collectivité* ». *[...]* », *juge Linden, CCH Canadienne Limitée c. Barreau du Haut-Canada, précité,* note 218, p. 323. Sur ce point voir, T. DREIER, « Copyright Digitized: Philosophical Impact and Practical Implications for Information Exchange in Digital Networks », in WIPO, *Worldwide Symposium on The Impact of Digital Technology on Copyright and Neighbouring Right*, Harvard University, Cambridge, Mass., OMPI, mars-avril 1993. L'auteur écrit que (p. 192) : « It [the network] links the private sphere of the author - or the person or entity offering the work in its marketable form - directly to the private sphere of the person who enjoys or re-uses the work. Thus, the public sphere on which copyright relies to such a great extend is eliminated ».

constituer une communication public »[539]. L'emploi du conditionnel signale déjà l'incertitude d'une telle solution. Combien de répétition faudra-t-il pour qu'il y ait communication au public ? Faut-il que la jouissance de l'œuvre soit simultanée à sa communication ? Comment établir cette répétition dans les cas de mise à disposition puisque seul l'opérateur du réseau pourra connaître le nombre et l'initiateur des requêtes ? Les questions demeurent. L'utilité de l'*obiter dictum* pourrait être en réalité très limitée. La Cour suprême aurait été peut-être plus inspirée de reprendre une idée contenue dans les conclusions d'appel : celle de *destination*. La Cour d'appel dans *CCH* semble en effet avoir décidé en fonction de la *destination* - publique ou privée - de la communication : « À mon avis, le sens courant de l'expression « au public » indique que la communication doit viser ou cibler « les personnes en général » ou la « collectivité »»[540]. La Cour d'appel conclura qu'« ainsi pour être faite « au public », une communication doit être destinée à un groupe de personnes, ce qui est plus qu'une personne mais pas nécessairement tout le public en général »[541]. Cette piste n'a pas été suivie par la Cour suprême, mais elle pourrait être reprise pour justifier l'application du droit de communiquer au public aux personnes membres d'un réseau de partage de fichiers ou d'une communauté d'échange qui propose un contenu *destiné* à être communiqué.

Nous ferons valoir ici, une fois de plus, l'utilité de l'idée de *destination* dans l'interprétation moderne du droit d'auteur[542].

ii) L'acte de mise à disposition à la lumière du droit de communication au public

Outre le débat inépuisable sur la notion de « public », une autre difficulté attend l'interprète. En effet, l'acte de mise à disposition relève peut-être plus, de par sa nature, d'un acte de reproduction ou de distribution. Il participe à la jouissance immédiate ou

---

[539] *CCH Canadienne Limitée* c. *Barreau du Haut-Canada, précité*, note 12, p. 376. En appel, le juge Linden avait porté une attention particulière à la notion de « cible » :
[540] *CCH Canadienne Limitée* c. *Barreau du Haut-Canada, précité*, note 218, p. 323.
[541] *Id.*, p. 323. Voir aussi, la conclusion du juge de première instance, (2000) 2 *C.F.* 451, p. 485.
[542] D'ailleurs, la notion de *destination* fait partie, nous l'avons vu, du paysage historique des développements au titre du droit de retransmission, *supra*, nos conclusions, p. 370.

différée de l'œuvre - songeons par exemple aux œuvres qui seraient mises à disposition dans un fichier joint à un courriel. Ce que le droit d'auteur cherche ici en réalité à saisir et qui fait l'essence de l'acte de mise à disposition, c'est la multiplication des copies d'une œuvre à partir d'une copie initiale. Dans ce contexte technique, le droit de communication au public ne présente peut-être pas la structure la plus adaptée pour recevoir les actes de transmission électronique et ce, même s'il est un droit né de la communication à distance.

Revenons à la séquence des opérations telle que présentée et analysée par la Cour suprême dans l'affaire *SOCAN*[543]. La Cour distingue deux évènements. Premièrement, nous dit-elle, une œuvre n'est pas « communiquée au moment où elle est rendue disponible sur un serveur »[544]. C'est un premier point d'importance. Secondement, l'œuvre est communiquée par télécommunication « au moment où un serveur contenant l'œuvre répond à une demande »[545]. C'est à partir de cette proposition que la Cour suprême - validant d'ailleurs l'analyse de la Commission - établit l'existence d'une communication au public. Mais la conclusion aurait nécessité des explications. D'abord, l'acte de « rendre disponible » une œuvre visée dans la première branche du raisonnement et celui de déchargement résultant automatiquement de la « réponse » dont il est question dans la seconde branche, seraient plutôt des actes de reproduction. Sur la base de ce raisonnement certains auteurs ont même considéré qu'il n'y avait pas lieu de retenir l'application du droit de communication, mais seulement du droit de reproduction[546].

De plus, si l'on cherche à articuler logiquement les deux volets du raisonnement exposé par la Commission et validé par la Cour suprême, il faudrait dire, à notre avis, que c'est la

---

[543] *SOCAN c. Association canadienne des fournisseurs Internet, précité*, note 428.
[544] *Id.*
[545] *Id*, p. 450 : « La Commission a statué qu'il y avait télécommunication lors de la transmission de l'oeuvre musicale du serveur hôte à l'utilisateur final. Je suis d'accord ».
[546] Notamment, Thierry PIETTE-COUDOL et André BERTRAND, *Internet et la loi*, *op. cit.*, note 397, p., 149 : « [...] le concept de « télédiffusion » dégagé pour la retransmission vers et par des satellites n'est pas transposable à Internet pour des raisons techniques. En conséquence, alors que la « diffusion » au sens du droit d'auteur. [...] Un site Web n'est pas « diffusé » en France à la manière d'une émission hertzienne : on peut seulement y accéder, y lire les informations ou consulter des œuvres et obtenir une copie par télédéchargement à la demande de l'utilisateur. En conséquence, alors que la « diffusion » au sens du droit d'auteur (art. L. 122-2 du CPI) relève du droit de représentation l'accès à Internet, dans la très grande majorité des cas, constitue une copie informatique par télédéchargement qui relève du droit de reproduction ou du droit de reproduction mécanique (art. L. 122-3 du CPI) ».

personne qui commande l'œuvre qui initie la communication, c'est-à-dire, dans bien des cas, l'utilisateur. Il paraît dès lors difficile de conclure que la communication a été faite au *public* dans le sens de la loi. Il serait plus juste de dire que cette communication a été faite en privé et que l'acte de mise à disposition constitue un acte indépendant de celui de communication.

Nous verrons que les traités de 1996 ont tenté de résoudre cette difficulté en jumelant deux actes, celui de communication et celui de mise à disposition, actes qui, en ce qui nous concerne, auraient dû être contenus sous un seul et même qualificatif : un droit de distribution électronique. Si le législateur a l'intention d'assujettir les actes de mise à disposition, nous croyons qu'il a fait fausse route en forçant de la sorte le droit de communication au public. Nous verrons plus loin les conséquences de ce choix lors de l'examen du droit nouveau de mise à disposition.

Ces incertitudes expliquent certainement pourquoi les tribunaux canadiens sont peu enclins à appliquer le droit de communication au public dans le cas de la distribution numérique. C'est un constat incontournable. À notre connaissance, si nous omettons le cas particulier des décisions *Tarif 22* qui avaient un autre but que celui de déterminer l'existence d'une violation, il n'a jamais été retenu comme grief principal par la jurisprudence canadienne. Il aura été tout au plus évoqué [547].

Le phénomène n'est pas propre au droit canadien. L'examen de la jurisprudence Internet étrangère conduit également à la même conclusion : partout le droit de reproduction - droit,

---

[547] En général, Y. GENDREAU, « Le droit de reproduction et l'Internet », *loc. cit.*, note 397. En fait, les décisions *BMG Canada Inc.* c. *John Doe*, première instance et appel, *précité*, note 391 et *R.*. c. *M.(J.P.)*, (1996) 67 *C.P.R.* (3d.) 152 (Cour d'appel de Nouvelle-Écosse), décision qui condamne pénalement la personne ayant distribuée des œuvre illégalement - ignorant le droit de communication au public -. Les jugements rendus dans ces dernières affaires s'articulent essentiellement autour de la notion de distribution. La lecture du jugement de première instance semble indiquer qu'il n'avait pas d'ailleurs été revendiqué, *BMG Canada Inc.* c. *John Doe*, (première instance), *id.*, para. 28, p. 78 : Le juge Finckenstein, toujours pour la Cour fédérale de première instance, notera simplement que le « droit de mise à disposition est prévu dans Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, Traité de l'OMPI sur les interprétation et exécutions et les phonogrammes, Genève, 20 décembre 1996. Ce traité n'a toutefois pas encore été ratifié par le Canada et il ne fait donc pas partie de la législation canadienne sur le droit d'auteur ».

on le sait, étroitement associé au droit de distribution - prévaut[548]. Le droit de communication au public peut certes y être mentionné, mais il ne tient certainement pas la première place[549].

---

[548] Le professeur Gendreau note en particulier que les premières affaires françaises, les affaires *Queneau*, *Brel et Sardou* ont été décidées exclusivement sur le fondement du droit de reproduction. Y. GENDREAU, « Le droit de reproduction et l'Internet », *id.*, pp. 25-26. On rapportera à titre d'exemple le jugement du Tribunal de grande instance de Paris dans l'affaire Queneau. Le tribunal retient la contrefaçon au motif que « la numérisation d'une œuvre, technique consistant à traduire le signal analogique qu'elle constitue en un mode numérique ou, binaire qui représentera l'information dans un symbole à deux valeurs 0 et 1 dont l'unité est le Bit, constitue une reproduction de l'œuvre qui requiert en tant que telle lorsqu'il s'agit d'une œuvre originale, l'autorisation préalable de l'auteur ou de ses ayants droit », *Queneau* c. *Leroy et a.*, Tribunal de grande instance de Paris, (ord. réf.), 5 mai 1997, J.C.P. 1997.II.22906, p. 395, note Frédérique OLIVIER. *Sté Art Music France et autres* c. *École nationale supérieure des Télécommunications et autres*, *précité*, note 397. André Françon écrit à ce sujet que « le grief était aussi adressé aux élèves de l'école d'avoir transgressé le droit de représentation des auteurs » mais que « le juge des référés n'a pas répondu nettement au grief tiré de la violation du droit de représentation ». Le professeur Françon rapporte également l'argumentation fort intéressante - et toujours d'actualité - des défendeurs qui nient le fait que l'œuvre soit communiquée au public : « Les défendeurs contestaient la pertinence de ce grief en soutenant que la représentation implique un acte positif de la part de celui qui y procède, à savoir soit une diffusion par un procédé de télécommunication, soit l'émission d'une œuvre vers un satellite, ce qui suppose l'envoi d'un message vers un récepteur. Ils ont fait observer que le créateur d'une page Web sur le réseau Internet n'accomplit aucun acte positif d'émission à l'égard des autres utilisateurs du réseau, mais qu'au contraire, ce sont les autres utilisateurs qui vont quérir l'information au domicile privé du créateur de la page Web et qui, le cas échéant effectuent des reproductions par téléchargement des données qu'ils sont venus chercher sans y avoir été invités ». A. FRANÇON, « Chronique de législation et de jurisprudence françaises - Propriété incorporelles », (1997) 50 *R.T.D. Com* 97, pp. 96-97. On verra également les commentaires de Pierre-Yves GAUTIER sous la décision Brel et Sardou, *D.* 1996.J.490, p. 493. Interprétant l'acte d'exploitation d'articles de journaux sur Internet principalement comme étant essentiellement un acte de reproduction, *Sté Gestion du Figaro* c. *Syndicat National des journalistes*, Cour d'appel de Paris, 1ère ch., 10 mai 2000, (2001) 187 *R.I.D.A.* 321. En droit américain, *Sega Enterprises Ltd.* c. *Maphia*, 857 *F. Supp.* 679 (N.D. Cal. 1994). Dans l'affaire précitée la Cour note que « The Ninth Circuit has held that « copying,» for the purposes of copyright law, occurs when a computer program is transferred from a permanent storage device to a computer's random access memory. *Mai Systems Corp. v. Peak Computer, Inc.*, 991 F.2d 511, 529 (9th Cir. 1993). In this case, copies were made when the Sega game files were uploaded to or downloaded from Sherman's BBS. Thus, copying by someone is established », *id.*, pp 686-687.

[549] Par exemple, dans l'affaire Cybion, le Tribunal de commerce de Paris rappelle que « toute représentation, reproduction intégrale ou partielle sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit est illicite » mais retient la responsabilité de la défenderesse essentiellement sur des éléments relatifs à la reproduction, *Sté Cybion* c. *Sté Qualisteam*, TGI Paris, 9 février 1998, (1998) 177 *R.I.D.A.* 292. Dans ce sens également et faisant référence aux deux droits principaux : *Serge Perathoner, SPPI, SACEM-SDRM* c. *Joseph Paumier*, TGI Paris, 23 mai 2001, (2002) 191 *R.I.D.A.* 308. Le professeur Gendreau cite également une décision d'appel belge de 1997 et conclut que le tribunal belge « attribue autant d'importance au droit de communication au public qu'au droit de reproduction ». Y. GENDREAU, « Le droit de reproduction et l'Internet », *loc. cit.*, note 397, p. 29. *Central Station* c. *Association générale des journalistes professionnels de Belgique*, Cour d'appel de Bruxelles, 28 octobre 1997, (1998) 177 *R.I.D.A.* 204. Nous n'iront pas jusque là. La référence au droit de communication publique n'est pas aussi claire. La Cour d'appel se contente plutôt d'évoquer un droit de « diffusion » par Internet. Le lien avec le droit de communication au public se déduit éventuellement du fait que la Cour confirme le premier jugement qui avait jugé que « l'articler 1er de la loi du 30 juin 1994 vise la communication au public par « un procédé quelconque » ; qu'il n'y a pas de raison d'exclure du champ d'application de cet article les diffusions par le biais de la télématique », *Association générale des journalistes professionnels de Belgique* c. *Central Station*, Tribunal de grande instance de

L'exercice auquel nous nous sommes livrés, tant au titre de l'étude des textes que celle de la jurisprudence, nous permet d'identifier l'insuffisance des droits traditionnels, insuffisance marquée qui s'explique par la réticence du législateur à parler sans détours d'un droit de distribution. Les droits de reproduction et de communication subissent une érosion *naturelle* puisque l'on tente d'en maintenir l'application alors qu'ils visent des actes qui participent partiellement à l'acte de distribution (la communication et la reproduction) ; la solution, pour chaque droit, ne peut être qu'incomplète. Ce n'est pas tant le principe de la protection qui est remis en cause, mais bien plutôt les contours du droit. Ceux-ci deviennent moins définis et appellent de nombreuses interventions, soit de la part du législateur, soit de la part des tribunaux, afin que les nouvelles formes d'exploitation ne lui échappent pas. En définitive, la question du droit applicable revient à celle de savoir si la distribution numérique donne prise aux droits déjà existants ou à un droit distinct de distribution numérique qui se juxtaposerait à l'édifice normatif actuel. Il nous semble que les multiples difficultés rencontrées dans l'interprétation des textes suffisent à justifier la solution d'un droit nouveau. Il n'est pas concevable, selon nous, de poursuivre dans la voie d'une application normative approximative, entretenant ainsi une confusion chaque fois plus marquée entre le droit de reproduction et autres droits patrimoniaux relevant du droit général d'exécution publique.

De toute évidence, la logique juridique ne peut combler toutes les imprécisions textuelles surtout dans un domaine aussi technique que le nôtre. C'est en tout cas la leçon que l'on doit retenir des interprétations judiciaires souvent trop courtes ou controversées[550]. Dans ce

---

Bruxelles, 16 octobre 1996, (1997) 172 *R.I.D.A.* 238. André Kéréver commentant la décision d'appel dira que « le contexte montre que la Cour n'a nullement entendu réformer le jugement de première instance sur la qualification des droits ». A. KÉRÉVER, « Chronique de jurisprudence », (1998) 177 *R.I.D.A.* 147, p. 177. Pour le professeur HUET, qui commente la décision de première instance, « la conclusion est logique : la diffusion électronique relève du droit de communication au public », sous *Association générale des journalistes professionnels de Belgique* c. *Central Station*, (1997) 1 *D.I.T* 36, p. 41.

[550] On ne peut tirer que peu de force d'un droit contenu dans des exposés sommaires de jurisprudence. Les décisions Internet ont en effet ceci en commun qu'elles ne procèdent généralement pas à une analyse juridique poussée. Ceci s'explique en partie, il est vrai, par le fait que la majorité des décisions soient rendues dans le cadre de procédure injonctive et donc à des stades préliminaires, mais ce n'est pas la seule raison. À l'exemple de la décision *Cybion* rendue en 1997 par le Tribunal de commerce de Paris, le juge se contentera généralement d'énoncés laconiques à l'effet, par exemple, que « toute représentation, reproduction intégrale ou partielle sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit est illicite ». *Sté Cybion* c. *Sté Qualisteam*,

contexte, l'adoption d'un droit spécifique par le législateur est une voie à privilégier. Il faut croire que la communauté internationale se soit rendue à ce même constat puisque, après de nombreuses discussions, les traités de 1996 introduisent des changements majeurs notamment à l'endroit du droit de communication au public[551]. Sa structure est complétée par une référence expresse à l'acte de *mise à disposition*. Nous sommes en droit de nous demander s'il ne s'agit pas ici de la création d'un droit spécifique visant la *distribution électronique*. Si tel est le cas, la réponse du législateur international démontre encore une fois l'attraction irrésistible du concept de distribution. La notion de *mise à disposition* rappelle en effet clairement celle de *mise en circulation*. Nous verrons que ce rapprochement avec le droit de distribution est d'ailleurs évident lorsque l'on s'attarde à comprendre l'origine de la notion de mise à *disposition*.

Il n'en porte pas le nom, voilà tout.

La pertinence du concept de distribution devient ainsi de plus en plus évidente. D'ailleurs, antérieurement à son enfermement textuel dans les dispositions des Traités de 1996, dispositions qui en limitent le jeu aux seuls exemplaires physiques[552], le droit de

---

id., p. 298. Nous avons démontré que l'exercice de qualification est rendu extrêmement difficile en raison de leur origine : le droit est maintenu dans un état antérieure à l'ère numérique. La notion de « communication au *public* », celle de « copie privée », les multiples applications du droit de reproduction sont autant d'éléments qui commandent un renouveau de la norme. On comprend alors que face à ces inadaptations, face à ce manque d'outils, le juge décline souvent son rôle d'interprète. Dans *BMG Canada Inc.*, la Cour d'appel fédérale du Canada refusera de substituer son opinion à celle du juge de première instance, contournant ainsi l'analyse juridique de l'échange de fichier, *BMG Canada Inc.* c. *John Doe*, *précité*, note 391.

[551] Article 8 TODA, 10 et 14 TOEIP, *précité*, note 8.

[552] TODA, article 6, *précité*, note 8 : « Droit de distribution - 1) Les auteurs d'oeuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser la mise à la disposition du public de l'original et d'exemplaires de leurs oeuvres par la vente ou tout autre transfert de propriété.

2) Aucune disposition du présent traité ne porte atteinte à la faculté qu'ont les Parties contractantes de déterminer les conditions éventuelles dans lesquelles l'épuisement du droit prévu à l'alinéa 1) s'applique après la première vente ou autre opération de transfert de propriété de l'original ou d'un exemplaire de l'oeuvre, effectuée avec l'autorisation de l'auteur. ». Quant à l'article 8 le TOIEP, en voici sa rédaction : « - Droit de distribution (1) Les artistes interprètes ou exécutants jouissent du droit exclusif d'autoriser la mise à la disposition du public de l'original et de copies de leurs interprétations ou exécutions fixées sur phonogrammes par la vente ou tout autre transfert de propriété.

(2) Aucune disposition du présent traité ne porte atteinte à la faculté qu'ont les Parties contractantes de déterminer les conditions éventuelles dans lesquelles l'épuisement du droit énoncé à l'alinéa 1) s'applique après la première vente ou autre opération de transfert de propriété de l'original ou d'une copie de l'interprétation ou exécution fixée, effectuée avec l'autorisation de l'artiste interprète ou exécutant » et Déclaration communes

distribution avait été un des droits proposés pour les transmissions numériques. Il est temps d'examiner ces propositions.

Section 2 - La solution d'un droit spécifique de distribution électronique

Selon l'article 6 TODA l'auteur d'une œuvre littéraire et artistique jouit « du droit exclusif d'autoriser toute communication au public de leurs œuvres par fil ou sans fil, *y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée* ». On pourrait soutenir qu'il s'agit là d'une reformulation du droit de communication publique qui inclut désormais l'acte de mise à disposition et, par conséquent, qu'il ne s'agit pas d'un nouveau droit mais d'une *modernisation* d'un droit existant, d'autant que, dans le Traité TOEIP, le droit de mise à disposition existe en dehors de toute référence au droit de communication au public[553]. C'est d'ailleurs de cette manière que la proposition de traité aura été présentée aux plénipotentiaires[554]. Cette proposition revêt une toute autre dimension si on la replace dans le contexte des travaux préparatoires de la conférence diplomatique de 1996. Car le droit de communication publique n'était que l'une des options proposées afin de répondre aux transmissions numériques, l'autre étant de consacrer un droit de *distribution par transmission numérique*, autrement dit, un droit de distribution numérique. Nous verrons que cette seconde option, supportée par le gouvernement américain, avait su également trouver sa place en droit européen, conceptuellement au moins, puisque le *Livre Vert* avait avancé l'idée d'un droit de location, un droit que l'on situe également dans la famille du droit de distribution. Ces propositions témoignent au moins de l'attrait du droit de distribution et nous invitent à revenir sur les premières manifestations de cette conception étendue du droit de distribution, sur son historique.

Il semble que l'entrée en scène du droit de distribution dans les discussions sur les activités télématiques ait eu lieu à l'occasion de la réunion de l'OMPI du 7-11 décembre 1987 qui a

---

[553] Voir les articles 10 (droit de mise à disposition pour les interprétations) et 11 (droit de mise à disposition pour les phonogrammes) TOEIP.

[554] M. FICSOR, *The Law of Copyright and The Internet, op. cit.*, note 6, p. 240.

donné lieu à la publication en 1988 du document intitulé *Œuvres imprimées*. C'est ce que nous présenterons dans une première partie (a). Il faut ensuite examiner la solution de *Livre Vert* de la Commission des communautés européennes publié en 1995 (b) puis, celle du *Livre Blanc* américain publié la même année (c).

a) Ébauche d'une théorie de la distribution électronique - Document préparatoire OMPI/UNESCO, 1987

C'est à travers l'analyse du droit de reproduction que la notion de distribution viendra prendre sa place dans la réflexion sur la nature juridique des opérations de transmission télématique. Alors que le Comité d'experts gouvernementaux est invité à se pencher sur la question des *nouvelles utilisations des œuvres imprimées* (télévision par câble, ordinateur, location et prêt, radiodiffusion par satellite)[555], les travaux qu'il entreprend seront rapidement orientés vers l'examen de la « mémorisation et restitution sur systèmes informatiques d'œuvres protégées »[556], des « bibliothèques électroniques »[557] et « bases de données »[558].

La question du droit applicable devient dès lors incontournable. Le droit de reproduction apparaît clairement comme la solution première des problématiques liées à l'utilisation des ordinateurs personnels tels que le contrôle de la mémorisation des œuvres, leur stockage, et leur restitution. Il est le prisme principal à partir duquel l'analyse juridique sera effectuée. Très peu sera dit sur le droit de communication au public, même si son application n'est pas exclue[559]. Le Comité voit dans le droit de communication au public une solution possible, un droit de second ordre, à côté du droit de reproduction, notamment pour le contrôle des actes de présentation à l'écran :

---

[555] *Œuvres imprimées*, *op. cit.*, note 240, p. 43, para. 2.
[556] *Id.*.
[557] *Id.*.
[558] *Id.*.
[559] Le Comité mentionne d'abord que la « radiodiffusion » de données n'est pas le moyen de transmission caractéristique de la transmission par système informatique mais qu'il faut plutôt convenir que « la transmission par câble ou par ligne téléphonique » reste le moyen le plus typique de transmission en direct. Son analyse du droit est ensuite relativement rapide. Il se borne à indiquer que « la transmission de

> Les dispositions de législations nationales sur le droit d'auteur énoncent aussi des principes de caractère relativement large sur le droit de représentation et d'exécution publiques qui, dans certains cas tout au moins [...], peuvent être applicables également à la présentation sur écran d'écrits et d'œuvres graphiques. Toutefois, si cette présentation n'est pas assimilée à une reproduction, le « droit de présentation » ainsi que le droit de communication de ces œuvres - par présentation - au public doit être expressément prévu dans la législation nationale.[560]

Nous pouvons lire à travers ces lignes la volonté claire du Comité de donner au droit d'auteur l'assise nécessaire afin de contrôler toute manipulation des œuvres protégées. C'est aussi pour cette raison que le droit de reproduction est identifié comme le candidat idéal puisque l'on va rapidement venir à la conclusion que toute forme d'exploitation électronique implique nécessairement une reproduction[561]. Dans ce schéma de pensée le droit de communication au public est un auxiliaire au droit de reproduction. Il s'agit là d'une incidence technique heureuse qui permet le maintien des deux normes.

Et il est vrai que le droit de reproduction s'est aguerri aux changements technologiques, ce qui fait qu'il concentre l'essentiel des débats : le droit de reproduction s'applique à la reproduction d'œuvres protégées quelle que soit la *manière* utilisée à cette fin ou la *forme*

---

programmes par fil relève manifestement de la communication au public si la transmission n'a pas un caractère privé ou strictement interne », *id.*, p. 79, para. 202 et p. 80, para. 204.

[560] *Id.*, p. 80, para. 208. Le Comité introduira ensuite, à titre d'exemple, le droit de *présentation* contenu à la loi américaine, *id.*, p. 80, para 209.

[561] Nos propos précédents et M. FICSOR, « Towards a Global Solution : The Digital Agenda of the Berne Protocol and the New Instrument », P. Bernt HUGENHOLTZ, *The Future of Copyright in a Digital Environment*, *op. cit.*, note 394, 111, p. 124 : « It seems that the right of reproduction is a very strong candidate for widespread and efficient application in digital networks, and in digital environment, in general. The list of those acts which are considered to be reproduction is long and impressive, and includes, but is not limited to, the following :

- inclusion of a work or object of neighbouring rights in any off-line, digital storage device (such CD-ROM) is reproduction;
- scanning of a printed work is reproduction;
- any other digitization of a work or object of neighbouring rights is reproduction;
- downloading a work or object of neighbouring rights is reproduction;
- storage - even temporary storage - of a work or object of neighbouring rights in a computer memory is reproduction ».

obtenue[562]. À l'époque, ces activités, que l'on qualifie aujourd'hui de reproduction, sont qualifiées d'*entrée* et de *sortie*. On distingue ainsi la source de l'exploitation, c'est-à-dire la reproduction sur le support incorporant l'œuvre avant son traitement par ordinateur (disquette, etc.) et la reproduction lors de sa restitution à l'écran de l'utilisateur. Chaque acte situé à l'extrémité du spectre de l'utilisation est ainsi soumis à l'autorisation de l'auteur. La proposition accroît considérablement les prérogatives de l'auteur par rapport aux situations traditionnelles de distribution d'exemplaires. Dans ce dernier cas, seule *l'édition* sera appréhendée par le droit et non la lecture ni même, en général, la distribution subséquente de l'exemplaire. La distribution de l'œuvre ne pouvant se faire sans point d'*entrée* ou de *sortie*, alors le contrôle sur l'œuvre est considérablement augmenté. Les revendications montantes et répétées pour la reconnaissance des droits des utilisateurs ne sont finalement qu'une réaction à l'impression de sur-réglementation. Il est possible pourtant de voir dans cette expansion du domaine d'application le juste rétablissement d'une norme jusqu'alors sacrifiée : on oublie que les limites imposées au droit de distribution *de première génération* résultent d'une construction juridique précaire tenant à l'existence d'un support physique. L'existence d'une propriété sur le support physique faisait obstacle aux prérogatives de l'auteur sur l'objet intangible qui y était contenu.

Le Comité avait peut-être pressenti l'opportunité d'élargir le domaine d'application du droit d'auteur puisqu'il complète son analyse du droit de reproduction en tentant d'introduire l'idée de *distribution* dans le droit d'auteur[563]. Le mouvement conceptuel est déterminant, car le Comité n'envisagera plus les formes d'exploitation ou de manifestation de l'œuvre uniquement à partir des reproductions qu'elles impliquent (apparition à l'écran, reproduction éphémère ou technique, etc.), mais à partir de la distribution. On se gardera bien de spéculer davantage sur les intentions réelles du Comité et du Bureau international de l'OMPI, mais il est indéniable que l'analyse du Comité représente une étape cruciale

---

[562] On rappellera l'article 9(1) de la *Convention de Berne* : « Les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques protégés par la présente Convention jouissent du droit exclusif d'autoriser la reproduction de ces œuvres, de *quelque manière et sous quelque forme* que ce soit » (nos italiques).

[563] Nous avons démontré que l'idée du droit de distribution est née avec le droit d'auteur et est devenue évanescente au cours du XX^{ième} siècle pour ensuite faire son retour avec les droits spécifiques de location, de prêt, etc.

dans l'analyse moderne du droit de distribution même si les éléments de reproduction et de distribution sont encore intimement liés:

> Si les techniques classiques de reproduction (telles que l'impression) peuvent conduire à se demander si le droit de distribution découle du droit de reproduction (dans certains pays la réponse est affirmative, solution qui semble correcte), en cas de distribution électronique - ou, pour reprendre la terminologie courante, de « restitution électronique » - la distribution fait partie intégrante du processus de reproduction et la reconnaissance d'une sorte de droit implicite de distribution (y compris la distribution à la fois par radiodiffusion et par fil) fondé sur le droit de reproduction semble inévitable. (nos soulignés)[564]

Cette référence à un acte juridique visant la distribution par radiodiffusion et par fil feront taire les arguments de ceux qui voudraient soutenir que le droit de distribution ne peut se comprendre conceptuellement que dans son expression *positiviste*, c'est-à-dire dans son acception physique[565].

La proposition de la Commission européenne semble asséner le même coup à l'argument de la matérialité puisque le *Livre Vert* retient la solution d'un droit spécifique de distribution traditionnellement lié à la mise en marché des exemplaires, mais qui cette fois est appliqué au domaine numérique : le droit de location.

b) Le droit de location électronique

---

[564] *Œuvres imprimées*, *op. cit.*, note 240, p. 81, para. 213.

[565] Il est intéressant de noter que la théorie de la reproduction qui a introduit le germe d'une théorie de la distribution et au titre de laquelle certaines délégations voulaient voir reconnaître un droit d'auteur applicable tant à l'émission (entrée) qu'à la réception (sortie) sur écran sera finalement abandonnée. « [...] the « reproduction theory » surfaced again in the Berne Protocol Committee where the International Bureau, inter alia, because of the uncertainty of the chance for settling the issue of display under the category of reproduction, proposed the international recognition of a separate display right. This proposal was discussed at the second session of Berne Protocol Committee, and received both support and opposition; then later it was removed from the agenda of the Committee », M. FICSOR, *The Law of Copyright and The Internet*, *op. cit.*, note 6, p. 108

Le document présenté par la Commission des communautés européennes le 27 juillet 1995[566] - portant la date du 19 juillet - initie un exercice de consultation européen au moment où l'OMPI examine, de son côté, le projet d'un protocole d'accord à la Convention de Berne avec pour objectif la réunion plénipotentiaire de décembre 1996. L'OMPI avait d'ailleurs fixé au 29 juin 1995 l'échéance à laquelle les propositions nationales ou régionales pouvaient lui être remises pour pouvoir être prises en compte dans les travaux préparatoires du *Comité d'experts sur un éventuel protocole relatif à la Convention de Berne* et du *Comité d'experts sur un éventuel instrument relatif à la protection des droits des artistes interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes*[567]. Les recommandations du *Livre Vert* n'ont donc pas pu être directement intégrées aux documents préparatoires des sessions de travail de l'OMPI mais ont pu être portées à la connaissance des experts[568].

À sa lecture on notera que le *Livre Vert* signale, comme l'on pouvait s'y attendre, la pertinence du droit de reproduction. En comparaison, les développements réservés au droit de communication public sont plutôt succincts. La Commission emploie un ton plutôt réservé quant à son avenir puisque qu'elle indique « que le droit communautaire n'a pas jusqu'à présent réglé la question de la définition de la « communication au public »»[569]. Finalement, le lecteur reste sur la ferme impression que les rédacteurs du *Livre Vert* privilégient pour ces *transmissions* l'option d'un droit spécifique. C'est ainsi qu'apparaîtra le droit de location au nombre des recommandations[570].

---

[566] *Livre Vert, op. cit,* note 296. Daniel BECOURT, « La société de l'information - Réflexions sur le Livre Vert », *Gaz. Du Pal.*, Doctrine.719. Pour une présentation générale et sommaire du document de consultation, Clive THORNE, « EC Green Paper on Copyright and Related Rights in the Information Society », (1995) 54 *E.I.P.R.* 14.

[567] *Comité d'experts sur un éventuel protocole relatif à la Convention de Berne*, Quatrième session, (Genève, 5-9 décembre 1994), (1995) 1 *P.I.D.A* 111 et *Comité d'experts sur un éventuel instrument relatif à la protection des droits des artistes interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes,* (Genève, 12-16 décembre 1994), (1995) 1 *P.I.D.A* 114 ainsi que les sessions précédentes respectivement (1993) 106 *D.A.* 185, (1994) 107 *D.A.* 214 et (1994) 107 *D.A.* 44 et 93.

[568] Voir M. FICSOR, « Towards a Global Solution : The Digital Agenda of the Berne Protocol and the New Instrument », P. Bernt HUGENHOLTZ, *The Future of Copyright in a Digital Environment, op. cit.*, note 394 , 111, p. 122. La remarque vaut également pour le *Livre Blanc américain* qui fut publié également une fois le délai de présentation du 29 juin 1995 passé.

[569] *Livre Vert, op. cit,* note 296, p. 55.

[570] Ficsor parlera du « candidat surprise », M. FICSOR, *The Law of Copyright and The Internet, op. cit.*, note 6, p. 194.

Inspirée par les récentes directives 91/250/CEE relative aux programmes d'ordinateur et 92/100/CEE relative aux droits de location et de prêt, qui confère à l'auteur et aux ayants droit « le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la location et le prêt [...] » de l'original et des copies d'une œuvre protégée, des fixations d'une exécution ou des phonogrammes[571] et le droit d'autoriser ou d'interdire « toute forme de distribution, y compris la location, au public de l'original ou de copies d'un programme d'ordinateur », la Commission propose l'analyse suivante au titre du « droit de diffusion/transmission numérique »[572] :

> Ces deux directives définissent le droit de location de façon très large. Pour ce qui est des programmes d'ordinateur, il s'agit de la « mise à disposition d'un programme d'ordinateur ou d'une copie de celui-ci en vue de son utilisation pendant une période limitée à des fins lucratives ». Par ailleurs, il convient de tenir compte de la législation en vigueur, notamment de la directive 91/250/CEE « programmes d'ordinateur » pour répondre aux questions posées par certains types spécifiques d'activités commerciales relevant de la transmission numérique.
>
> La directive 92/100/CEE prévoit que l'on entend par « location » d'objets leur mise à disposition pour l'usage, pour un temps limité et pour un avantage économique ou commercial direct ou indirect » (article premier, paragraphe 2). Le caractère large de cette définition est souligné par un considérant qui prévoit que sont exclus de la location « par exemple la mise à disposition de phonogrammes ou de films à des fins de représentations publique ou de radiodiffusion ». L'extension du droit de location à l'environnement numérique requiert la prise en considération de certaines spécificités des nouveaux services ainsi qu'une réflexion détaillée à l'usage légitime des éléments transmis.
>
> Définie ainsi, notamment par opposition à la radiodiffusion et à la représentation publique, la location d'œuvres ou de prestations protégées doit manifestement couvrir des activités telles que la vidéo à la demande et d'autres locations électroniques basées sur une transmission point à point.
>
> [...]

---

[571] Article 2, *Directive location et prêt, précité*, note 45.
[572] *Livre Vert, op. cit,* note 296, p. 56.

> Puisque dans la pratique la location d'œuvres ou des prestations protégés (sic) est une activité concurrente qui revient économiquement à la même activité que la location dans un magasin, il paraît logique de vouloir leur appliquer le même droit. [...].(nos soulignés)[573]

C'est dans l'ouvrage des auteurs Reinbothe et von Lewinski, *The EC Directive on Rental and Lending Rights and on Piracy*[574], que l'on doit, semble-t-il, trouver l'origine de cette proposition. Un an avant le *Livre Vert*, en 1993, les auteurs y font état des technologies interactives qui permettent à l'utilisateur d'accéder à un vaste catalogue d'œuvres mises à sa disposition électroniquement. « In the future, it will probably be possible to « rent » or « lend » (for exemple a film) by way of electronic data transmission (downloading), *i.e.* to get a film transmitted electronically for reproduction on the television screen of a private household. This form of exploitation may be called « video on demand »; the user may determine what film he wants to see at what time »[575]. Reinbothe et von Lewinski, soulignant la nécessité de ne pas enfermer les textes dans une technologie ou une méthode de distribution particulière, seront d'avis que le droit de location européen couvre la location et le prêt électronique. La Commission semble avoir été sensible à cette analyse puisque l'on retrouve dans le *Livre Vert* un condensé des conclusions de Reinbothe et von Lewinski, conclusions qui se lisent ainsi :

---

[573] *Livre Vert, op. cit,* note 296, pp. 57-58. Il est à noter que selon la Commission la notion de prêt pourrait également s'appliquer aux activités électroniques mais seulement dans le cadre d'un « prêt numérique fait par des établissements accessibles au public » puisque « Par opposition à la location qui est motivée par des buts commerciaux, la directive « location » 92/100/CEE définit le prêt comme la « mise à disposition pour l'usage, pour un temps limité et non pour un avantage économique ou commercial direct ou indirect, lorsqu'elle est effectuée par des établissements accessibles au public » (article premier, paragraphe 3). Par le fait que le « prêt » ne vise que les « établissements accessibles au public », la transmission entre personnes privées n'est pas couverte », id., p. 58. Pour un résumé du *Livre Vert*, « Droit communautaire et des pays européens », (1995) 3 *D.I.T.* 42 et s.

[574] J. REINBOTHE et S. von LEWINSKI, *The EC Directive on Rental and Lending Rights and on Piracy, op. cit.*, note 8.

[575] *Id.*, p. 41. Cette forme d'exploitation, selon les auteurs, ne doit pas être confondue avec le « per-per-view » qui ne présente pas le même élément d'interactivité et qui constitue clairement un acte de transmission au sens des dispositions sur la câblodistribution : « Accordingly, since « pay-per-view » is clearly a form of transmission of cable programmes and does not resemble rental or lending, « electronic rental and lending » as used in this section refers only to « video on demand », *id.* On jugera de l'état de la technologie plus d'une décennie plus tard : les logiciels de partage de fichiers permettent de rendre disponible, à la demande des utilisateurs, des œuvres cinématographiques, mais encore des œuvres littéraires, musicales, etc. Cette forme de consommation est devenue le modèle de l'exploitation numérique des œuvres.

> By harmonising rental and lending rights, the Member States envisaged the situation in which, for example, a film or video cassette is made available to a person who may watch the film and/or make a copy and who has to return the cassette after a certain time. The situation does not seem to be substantially different if the person, instead of going to a videoshop or library, simply orders a particular film by telephone which is electronically transmitted to and appears on his television screen at the time he indicates. The person can watch the film and copy it just as before. It may be presumed that the Member States wanted to regulate this situation, whatever the technical form of making the film available, be it by handing over a video cassette, or electronically transmitting the film to a television screen. They would certainly not want the Directive to lose its effects or even become obsolete simply because the technical means of « rental » and « lending » have changed. Accordingly, the Directive should be interpreted as covering the electronic « rental » and « lending », but leaving to the Member States the concrete means of incorporation into the national law, so that they can incorporate it into the scope of the right of public performance or communication[576]

La proposition avait au moins le mérite de l'originalité. Elle en sera en quelque sorte victime, on le sait, puisqu'elle manquera de rejoindre les membres de la communauté juridique[577]. Elle ne fera pas non plus l'unanimité en doctrine[578]. C'est ainsi qu'un an après la publication du *Livre Vert*, le document consacré au *Suivi du Livre Vert*[579] va définitivement écarter la solution de 1995 du droit de location :

> With respect to the international framework, interpretations vary as to whether the rights of communication to the public

---

[576] *Id.*, p. 42.

[577] Les traités de l'OMPI de 1996 limitent expressément le droit de location à l'exemplaire physique d'une œuvre. Cette position est contenue en note dans les déclarations communes relatives aux articles 6 (droit de distribution) et 7 (droit de location) : « Aux fins de ces articles, les expressions "exemplaires" et "original et exemplaires", dans le contexte du droit de distribution et du droit de location prévus par ces articles, désignent exclusivement les exemplaires fixés qui peuvent être mis en circulation en tant qu'objets tangibles ». Les déclarations communes ajoutées au traités TOEIP et précisant notamment les articles 8 (droit de distribution - artistes interprètes) , 9 (droit de location - artistes interprètes) , 12 (droit de distribution - producteurs de phonogrammes), 13 (droit de location - producteurs de phonogrammes) font miroir à celles du TODA, *précité*, note 8.

[578] Notamment par le professeur Hoeren, Thomas HOEREN, « The Green Paper on Copyright and Related Rights in the Information Society », (1995) 10 *E.I.P.R.* 511, p. 514.

[579] *Suivi du Livre Vert*, *op. cit,* note 389. Pour un sommaire de son contenu, Jérôme HUET, « Suivi du Livre Vert sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la Société de l'Information », (1997) 1 *D.I.T.* 46.

> as provided for by the Berne and Rome Convention cover transmissions of works to third parties « on-demand ». Also Community law, as it stands, does not explicitly provide for a general exclusive right for « on-demand » transmissions. It may, however, be held that « on-demand » transmissions, such as video-on-demand, qualify as « rental » as defined for the purposes of the Rental Right Directive. Under such an interpretation, rightholders would already avail of an exclusive right for electronic delivery of their works or related matter at Community level.
>
> This interpretation is not shared by the vast majority of Member States, who prefer to cover « on-demand » transmissions - without prejudice to any acts of reproduction which are covered by a separate right - by a widely interpreted form of a right of communication to the public, whereas the precise conditions are still subject to discussion.[580]

L'abandon de la proposition tient en réalité au risque décelé par certains commentateurs d'obscurcir la définition de « copie » par son extension à la copie immatérielle. Cette préoccupation est inhérente à notre sujet. Les auteurs Reinbothe et von Lewinski notaient déjà que le droit européen de location avait pour objet la seule copie physique de l'œuvre, c'est-à-dire l'exemplaire. Examinant la terminologie employée dans la directive prêt et location, ils écrivent que : « the making available for use always refers to material copies »[581], tout en précisant plus loin, toutefois, que si le texte semble restrictif, une lecture téléologique s'impose. Ils souscriront ainsi à une interprétation large du texte de la directive, notant que « the purpose of the Directive, however, suggests that electronic « rental » and « lending » should be covered, because they will have, in practice, the same effects as the traditional rental and lending of material objects ». Il faut en effet rejeter dans cette hypothèse l'interprétation grammaticale ou stricte, car l'article 1(2) de la 92/100/CEE relative au droit de location et de prêt fait référence à la « location d'objets » et au « prêt d'objets », terminologie qui conditionne, *a priori*, l'application de la directive aux

---

[580] *Suivi du Livre Vert, op. cit.*, note 389, p. 12 et 13.

[581] J. REINBOTHE et S. von LEWINSKI, *The EC Directive on Rental and Lending Rights and on Piracy, op. cit.*, note 8, p. 41.

exemplaires[582]. Outre cette référence, le texte de la directive vise expressément l'*original* ou la *copie* d'une œuvre ainsi que les fixations des prestations des artistes interprètes, les phonogrammes et les enregistrements audiovisuels[583]. Il s'ensuit que l'application du droit de location aux transmissions électroniques oblige à reconsidérer les notions de copie, d'original et d'objet pour qu'elles comprennent les formes immatérielles de reproduction[584]. C'était demander beaucoup aux législateurs qui voyaient encore mal, en

---

[582] Dans ce sens, T. HOEREN, « The Green Paper on Copyright and Related Rights in the Information Society », *loc. cit.*, note 578, p. 514 mais note, prenant pour exemple les écrits de von Lewinski, que certains auteurs continuent à soutenir la thèse de l'application du droit de location. Hormis la question de la matérialité, nous pouvons signaler deux obstacles supplémentaires à l'adoption du droit de location électronique en droit européen. D'abord, sa mise en œuvre est liée à la condition que la location soit faite dans un « pour un avantage économique ou commercial direct ou indirect » (article 1(2) de la directive 92/100/CEE) ce qui s'avère être un test peu approprié pour les activités Internet tels que nous les connaissons aujourd'hui. Les phénomènes de mise à disposition gratuite et de partage se prêtent mal à cette qualification. Dans ce cas, il faudrait recourir à la notion de prêt défini au même article, puisque la condition d'avantage économique disparaît. La difficulté n'est pas éludée au titre du droit de prêt puisqu'il faut rencontrer une condition spécifique prévue par le législateur européen qui exige cette fois que le prêt « soit effectué par des établissements accessibles au public ». Ensuite, le droit de location tout en étant un mode de distribution, est défini généralement comme un droit de l'usage. C'est en tout cas son acception première en droit civil et celle qui sert d'analogie pour caractériser les concessions de droit d'auteur. Bien souvent l'autorisation est conférée par l'auteur hors de toute exclusivité ainsi que pour une forme d'exploitation donnée et « prend place dans le cadre d'un contrat, qui revêt les caractères d'un louage d'ouvrage, plutôt que d'une cession de tel ou tel des droits patrimoniaux de l'auteur », H. DESBOIS, *Le droit d'auteur*, 3ième éd., 1978, p. 605 et Messieurs Lucas précisant que la comparaison entre la licence et le louage a ses limites car souvent « le licencié ne cherche pas à obtenir l'accès à l'œuvre (comme le locataire demande à jouir de l'immeuble, mais à en tirer lui-même un profit à travers une exploitation auprès du public », A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, note 5, p. 392. Il paraît donc évident que l'octroie d'une telle prérogative dans le domaine du droit d'auteur emporte des conséquences plus importantes qu'il n'y paraît : le droit de location pourrait ainsi être interprété comme un véritable droit à l'utilisation, ce qui aurait eut pour effet de bousculer l'ensemble des mécanismes d'exception existant. L'articulation des droits et des exceptions aurait été ainsi considérablement bouleversée. Comment, par exemple, concilier le mécanisme de la copie privée, qui se traduit par un usage permis par la loi - celui de faire des copies et de les utiliser à domicile - avec un droit de location qui permettrait de soumettre l'utilisateur à des dispositions contractuelles et donc d'interdire certaines formes d'usages « locatifs » ? La problématique ne serait pas nouvelle mais grandement aggravée du fait de cette ingérence dans l'usage de l'œuvre. Or, nous avons avancé à plusieurs reprises l'idée selon laquelle le droit d'auteur doit se tenir hors de la zone de jouissance réservée à l'utilisateur : il n'est pas de sa fonction ni de sa nature d'aller aussi loin. Cette idée trouve d'ailleurs sa pleine expression dans le concept de distribution qui ne couvre pas directement l'utilisation de l'œuvre (l'écoute, l'enregistrement, la lecture, etc.), mais comme son nom l'indique, sa distribution.

[583] Article 2, *Directive location et prêt*, *précité*, note 45.

[584] Le professeur Hoeren précise que le Conseil des communautés européennes avait examiné l'hypothèse du prêt et de la location électronique d'œuvres protégées, mais avait finalement décidé de couper court aux discussions et écartera finalement ces modes de distribution de son champ d'application, « The Green Paper on Copyright and Related Rights in the Information Society », *loc. cit.*, note 578, p. 514. Les auteurs Reinbothe et von Lewinski précisent sur ce point que : « The Commission, in its original proposal, did not consider that this electronic form of « rental » or « lending » was covered by the proposed Directive. [...] The Parliament did not express any opinion on the question of electronic « rental » or « lending ». The Commission raised the question in the Council Working Group. The Member States did not discuss

1995, à quels modèles de distribution les droits que l'on esquissait pouvaient bien correspondre. D'autant que dans d'autres domaines, les tentatives de soustraire du droit les différences technologiques n'ont pas toujours fait l'unanimité. En droit des contrats, par exemple, le principe de « l'équivalence fonctionnelle » - un document électronique a la même valeur qu'un document écrit - a été souvent dénoncé[585]. En droit d'auteur, l'idée de l'application d'un droit traditionnellement reconnu pour régir le tangible à un objet purement immatériel n'avait pas encore fait assez de chemin. La Commission se tourne donc vers d'autres solutions, celle du droit élargi de communication au public :

> Most Member States and a large majority of parties are against the application of the « rental right by extension » or the « distribution right » of which it forms part. A clear preference emerged to protect « on-demand » transmission on the basis of the « right of communication to the public » (or belonging to this family).[586]

La solution d'un droit appartenant à la famille du droit de distribution sera donc écartée en ce qui concerne les transmissions électroniques, mais maintenue quant aux exemplaires. Le *Suivi du Livre Vert* recommandera qu'il soit par ailleurs harmonisé afin de s'assurer qu'il s'applique à toutes les catégories d'œuvres et que le principe de l'épuisement se limite à un épuisement communautaire[587]. Le droit de distribution sera donc traité en marge, mais non tout à fait exclu. Cette approche sera également celle de l'OMPI en 1996.

L'objet des hésitations européennes autour du concept de location - la controverse autour de la notion de « copie » - sera en revanche un élément clef dans l'analyse du droit de

---

exhaustively, but simply stated that they did not want to deal with it in the framework of the rental Directive because this would be premature », J. REINBOTHE et S. von LEWINSKI, *The EC Directive on Rental and Lending Rights and on Piracy, op. cit.*, note 8, p. 41.

[585] Le professeur Gautrais notera notamment qu'en droit des contrats on a élevé cette « fiction » au rang de « dogme », V. GAUTRAIS, « Fictions et présomptions : outils juridiques d'intégration des technologies », (2004) 9 *Lex Electronica*, Numéro Spécial, hiver 2004, http://www.lex-electronica.org/articles/v9-2/gautrais1.htm, p. 7. L'auteur dénonce également (pp. 4-7), et nous ne pouvons qu'acquiescer, l'illusion de la « neutralité technologique ».

[586] *Suivi du Livre Vert, op. cit.*, note 389, pp. 13 et 14. Par ailleurs, il est intéressant de noter que les auteurs Reinbothe et von Lewinski, tout en maintenant le principe de l'application du droit de location de la directive de 1992 aux transmissions électroniques, avançaient déjà l'idée de l'inclusion d'un tel droit dans les droits nationaux d'exécution public, J. REINBOTHE et S. von LEWINSKI, *The EC Directive on Rental and Lending Rights and on Piracy, op. cit.*, note 8, p. 42.

distribution américain. Le *Livre Blanc américain* publié en 1995 va en effet conclure que la transmission électronique d'une œuvre aboutit nécessairement à la création d'une copie, peu importe qu'elle soit matérielle ou non, et qu'ainsi il ne faut pas distinguer la distribution électronique d'une œuvre et la distribution d'exemplaires.

c) Le droit de distribution par transmission électronique

L'idée d'un droit de distribution par transmission numérique émane du *Livre Blanc américain*. Nous en analyserons la teneur (1). Conceptuellement, la reconnaissance d'un droit de distribution pour des actes de transmission oblige à revisiter les notions de « copies » et de « phonogrammes » de l'article 109 U.S.C. et, bien évidemment, le principe de l'épuisement (2).

Nous réserverons enfin quelques développements sur la réception de la proposition américaine auprès de la communauté juridique (3).

1) Contenu de la proposition américaine

Le *Livre Blanc américain* propose la solution d'un droit de distribution par *transmission électronique*, solution relayée par la proposition soumise à l'OMPI au cours des travaux préparatoires sur l'adoption d'un protocole à la Convention de Berne et d'un nouvel instrument sur la protection des droits des artistes interprètes et des producteurs de phonogrammes[588]. La proposition précise ainsi l'idée selon laquelle le droit de distribution constitue un intérêt patrimonial dans une copie d'une œuvre, peu importe que cette copie

---

[587] M. FICSOR, *The Law of Copyright and The Internet*, *op. cit.*, note 6, p. 197

[588] «The right to distribute copies of a work by transmission should be included both in the Berne Protocol and the New Instrument, perhaps as a separate right, as an aspect of a distribution right, as part of a right of communication to the public, or an aspect of the reproduction right ». *Livre Blanc américain*, *op. cit.*, note 388, p. 150. Les représentations américaines auprès des Comités de l'OMPI seront toutefois moins précises et auront pour objectif général « la reconnaissance d'un droit de « transmission » numérique à la fois dans le protocole de Berne et dans le nouvel instrument [...] », Document de l'OMPI, INR/CE/IV/4, (1995) 1 *P.I.D.A* 397, p. 399.

résulte d'une transmission ou non[589]. Sous la plume du rapporteur américain, le droit de distribution apparaîtra donc comme l'un des concepts hôtes du principe d'un droit spécifique :

> The Copyright Act gives a copyright owner the exclusive right « to distribute copies or phonorecords of the copyrighted work » to the public. It is not clear under the current law that a transmission can constitute a distribution of copies or phonorecords of a work. Yet, in the world of high-speed, communications systems, it is possible to transmit a copy of a work from one location to another. This may be the case, for instance, when a computer program is transmitted from one computer to ten other computers. When the transmission is complete, the original copy typically remains in the transmitting computer and a copy resides in the memory of, or in storage devices associated with, each of the other computers. The transmission results essentially in the distribution of ten copies of the work[590]

Cette analyse s'inspire des motifs rendus dans une des premières jurisprudences Internet que le rapport citera - *Playboy Enterprises Inc.* v. *Frena*[591] - et qui avait retenu l'application cumulée du droit de distribution au même titre que le droit de reproduction.

Le rapport suggère toutefois d'amender la loi afin de retenir la qualification de distribution par transmission électronique. L'amendement proposé est minimal puisqu'il s'agit essentiellement d'ajouter l'expression « by transmission » à la suite de l'article 106(3), 17 U.S.C qui énonce que le titulaire du droit d'auteur a le droit exclusif « to distribute copies or phonorecords of the copyrighted work to the public by sale or other transfer of ownership, or by rental, lease, or lending ». Le texte de la loi aurait alors réservé à l'auteur le droit exclusif de distribuer les copies ou les enregistrements sonores d'œuvres protégées, par vente ou autre transfert de propriété [...] ou par transmission.

---

[589] « [...] the right to distribute copies of a work has traditionally covered the right to convey a possessory interest in a tangible copy of the work », *Livre Blanc américain*, *op. cit.*, note 388, p. 69.

[590] *Livre Blanc américain*, *op. cit.*, note 388, p. 213. Voir également les explications contenues dans une correspondance signée de Bruce Lehman, directeur du NII (National Information Infrastructure) reproduite dans J. BOYLE, « Intellectual Property Policy Online : A Young Person's Guide », *loc. cit.*, note 408, pp. 66-67

> [...] the Working Group recommends that the Copyright Act be amended to expressly recognize that copies or phonorecords of works can be distributed to the public by transmission, and that such transmissions fall within the exclusive distribution right of the copyright owner.[592]

On sait aujourd'hui que cette proposition ne sera pas retenue : aucune modification ne sera apportée au droit de distribution de l'article 106 17 U.S.C.[593]. Nous retiendrons donc que, d'une part, le principe du droit de distribution ne semble pas affecté par les formes *électroniques* de distribution et que, d'autre part, le gouvernement américain n'aura pas jugé nécessaire d'amender la loi suite à l'introduction dans les traités de 1996 du droit de communication au public par *mise à disposition*. De manière surprenante, la délégation américaine a fait peu de cas de l'abandon à Genève de la proposition qu'elle défendait et de l'adoption des actuels articles 8 TODA, 10 et 14 TOEIP. Mihály Ficsor, qui a pris une part active à la préparation des traités de 1996 en tant que Directeur général adjoint de l'OMPI, observera simplement que « the U.S. delegation apparently found this approach acceptable as long as the United States could satisfy such a treaty obligation without amending U.S. law to add another exclusive right provision »[594].

La recommandation du *Livre Blanc* repose sur le postulat que les copies des œuvres distribuées par transmission sont aussi tangibles que les copies distribuées sous forme d'exemplaires : « through each method of distribution, the consumer receives a tangible

---

[591] *Livre Blanc américain*, *op. cit.*, note 388, p. 213. *Playboy Enterprises, Inc.* v. *George Frena, précité*, note 422, p. 1554.

[592] « However, the extent of the distribution right under the present law may be somewhat uncertain and subject to challenge. Therefore, the Working Group recommends that the Copyright Act be amended to expressly recognize that copies or phonorecords of works can be distributed to the public by transmission, and that such transmissions fall within the exclusive distribution right of the copyright owner », *Livre Blanc américain*, *op. cit.*, note 388, p. 213.

[593] En revanche, le législateur introduira un droit de représentation au public par transmission numérique d'enregistrements sonores, droit indépendant du droit d'exécution publique conféré à l'auteur et qui vise en particulier les services interactifs. La mise en œuvre de ce droit, soumis à de nombreuses exceptions, semble particulièrement complexe. Article 106(4) 17 U.S.C. Pour une description du régime de ce droit, voir Anthony REESE, « Copyright and Internet Music Transmissions: Existing Law, Major Controversies, Possible Solutions », (2000-2001) 55 *U. Miami L. Rev.* 237, pp. 245 et s.

[594] Pamela SAMUELSON, « The U.S. Digital Agenda at WIPO », (1996-1997) 37 *Va. J. Int'l L.* 369, p. 394.

copy of the work »[595]. Si l'œuvre est véhiculée sous forme dématérialisée, elle renaît, selon le rapport américain, lors de la réception sous la forme d'une copie numérique. L'œuvre ainsi fixée sur un support numérique, quel que soit le format ou le support, quelle que soit la durée de sa fixation, à condition qu'elle soit d'un temps minimal[596], constitue une « copie » au sens de la loi américaine :

> Definition - « Copies » are material objects, other than phonorecords, in which a work is fixed by any method now known or later developed, and from which the work can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device. The term « copies » includes the material object, other than a phonorecord, in which the work is first fixed.
>
> Definition - A work is « fixed » in a tangible medium of expression when its embodiment in a copy or phonorecord, by or under the authority of the author, is sufficiently permanent or stable to permit it to be perceived, reproduced, or otherwise communicated for a period of more than transitory duration. A work consisting of sounds, images, or both, that are being transmitted, is « fixed » for purposes of this title if a fixation of the work is being made simultaneously with its transmission.[597]

La souplesse des définitions de « copies » et de « fixation » permet donc l'exégèse du texte de l'article 106, 17 USC qui réserve à l'auteur le droit de distribuer les copies de son œuvre et justifie l'analyse du *Livre Blanc*. La loi de 1998[598] transposant les traités de l'OMPI de 1996, laissera intact la formulation du droit de distribution ainsi que les définitions de «

---

[595] *Livre Blanc américain, op. cit.*, note 388, p. 216.

[596] Y. GENDREAU, « Le critère de fixation en droit d'auteur », *loc. cit.*, note 403, p. 119, notant que : « Qui dit fixation laisse entendre matérialisation permanente de l'œuvre. Or, la loi américaine n'est pas aussi sévère. La fixation doit seulement durer assez longtemps pour permettre un accès à l'œuvre pour un moment plus que bref. Ici encore, les rédacteurs de la loi de 1976 se sont avérés d'avant-garde, car les supports des œuvres deviennent de moins en moins permanents », *id.*, p. 119.

[597] Nos soulignés. Article 101, 17 USC. Voir sur une discussion de la définition de « copies » en droit américain et ses effets sur les fixations transitoires ou temporaires, Ira L. BRANDISS, « Writing in Frost on Window Pane : E-Mail and Chatting on RAM and Copyright Fixation », (1996) 43 J. *Copr. Soc'Y 237*, p. 239 et p. 245.

[598] *To amend title 17, United States Code, to implement the World Intellectual Property Organization Copyright Treaty and Performances and Phonograms Treaty, and for other purposes,* Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (Oct. 28, 1998) (*Digital Millenium Copyright Act*, ci-après « DMCA »).

copies » et de « fixation », de sorte que la flexibilité de la règle autorise aujourd'hui une interprétation large du droit de distribution.

2) Le droit de distribution électronique et le principe de la première vente

La proposition d'un droit de distribution par transmission électronique ne pouvait être sérieusement soumise au gouvernement sans un complément d'analyse sur le devenir du principe de la *première vente*. Les rédacteurs du *Livre Blanc* traiteront expressément du sujet dans une sous-partie spécifique[599]. La position des rapporteurs est exposée de façon fort succincte : le mécanisme de l'épuisement prévu à l'article 109 U.S.C. entre en jeu à la seule condition qu'il y ait aliénation du support physique qui contient l'œuvre[600]. Ainsi, la transmission d'une copie immatérielle résultant en la création subséquente d'une nouvelle copie ne justifie aucunement sa mise en oeuvre, car, contrairement à ce qui se passe lorsqu'un exemplaire tangible change de possesseur, la copie initiale demeure généralement avec la personne qui la distribue[601]. Les rapporteurs précisent encore que l'épuisement épargne le droit de reproduction, droit qui se trouve également mis en cause dans l'opération de transmission :

---

[599] *Livre Blanc américain*, *op. cit.*, note 388, pp. 90 et s.

[600] «The language of the Copyright Act, the legislative history and case law make clear that the doctrine is applicable only to those situations where the owner of a particular copy disposes of physical possession of that particular copy », *Livre Blanc américain*, *op. cit.*, note 388, p. 92. Nous préciserons d'ailleurs ici que l'article 109 U.S.C. vise aussi bien les supports tangibles numériques (DVD, disquette, etc.) que les autres types de supports connus. Sur ce dernier point, U.S. Copyright Office, *A Report Of The Register Of Copyrights Pursuant to §104 of The Digital Millennium Copyright Act*, Washington, Library of Congress, 2001, http://www.copyright.gov/reports/studies/dmca/sec-104-report-vol-1.pdf, p. 28 (ci-après, « Rapport du Bureau du droit d'auteur »).

[601] « Some argue that the first sale doctrine should also apply to transmissions, as long as the transmitter destroys or deletes from his or her computer the original copy from which the reproduction in the receiving computer was made. The proponents of this view argue that at the completion of the activity, only one copy would exist between the original owner who transmitted the copy and the person who received it -- the same number of copies as at the beginning. However, this zero sum gaming analysis misses the point. The question is not whether there exist the same number of copies at the completion of the transaction or not. The question is whether the transaction when viewed as a whole violates one or more of the exclusive rights, and there is no applicable exception from liability. In this case, without any doubt, a reproduction of the work takes place in the receiving computer. To apply the first sale doctrine in such a case would vitiate the reproduction right »., *id.*, p. 94.

> If the owner of a particular copy transmits a copy to another person without authorization (either from the copyright owner or the law), such a transmission would involve an unlawful reproduction of a work, and the first sale doctrine would not shield the transmitter from liability for the reproduction nor for the distribution.[602]

Le maintien des droits exclusifs de reproduction et de distribution déçoit naturellement les partisans des utilisateurs/consommateurs qui se voyaient déjà puiser et profiter librement du patrimoine culturel au nom d'une certaine idée de la culture. Des voix s'élèveront donc contre la position du gouvernement, notamment celles émanant des groupes de défense des consommateurs, mais aussi de certaines industries regroupées au sein d'organismes tels que la *Digital Future Coalition*[603]. Les revendications se cristalliseront rapidement dans la proposition d'amender l'article 109 17 U.S.C. afin de soustraire l'acte de transmission électronique, mais aussi celui de reproduction des copies d'œuvres numérisées, de l'application du droit d'auteur dans le cas où la copie distribuée est détruite après avoir été transmise[604]. Un projet de loi sera d'ailleurs soumis à cet effet en 1997, réintroduit en 2002, pour être par la suite abandonné[605].

---

[602] *Livre Blanc américain, op. cit.*, note 388, p. 92.

[603] *Digital Future Coalition*, http://www.dfc.org/

[604] Parlant de « Simultaneous-Destruction Proposal », l'auteur Kupferschmid explique que « the rational for this proposal is that by destroying the « original copy » the transaction more closely resembles a traditional distribution because the same number of copies exist at the end of the transaction as at the beginning ». Keith KUPFERSCHMID, « Lost in Cyberspace : The Digital Demise of The First-Sale Doctrine », (1998) 16 *The John Marshall J. of Computer & Information L.* 825, p. 845.

[605] *Digital Era Copyright Enhancement Act 1997*, H.R. 3048, 105th Congress, « To update and preserve balance in the Copyright Act for the 21st Century; to advance educational opportunities through distance learning; to implement the World Intellectual Property Organization Copyright Treaty, and Performances and Phonograms Treaty, and for other purposes », article 4 : « Section 109 of title 17, United States Code, is amended by adding the following new subsection at the end thereof:'(f) The authorization for use set forth in subsection (a) applies where the owner of a particular copy or phonorecord in a digital format lawfully made under this title, or any person authorized by such owner, performs, displays or distributes the work by means of transmission to a single recipient, if that person erases or destroys his or her copy or phonorecord at substantially the same time. The reproduction of the work, to the extent necessary for such performance, display, distribution, is not an infringement ». l'article 4 est reproduit tel quel dans le projet de loi de 2002, *Digital Choice and Freedom Act of 2002*, H.R. 5522, 107th Congress, « To amend title 17, United States Code, to safeguard the rights and expectations of consumers who lawfully obtain digital entertainment ». Ces projets furent cautionnés par la Digital Future Coalition, http://www.dfc.org/et Electronic Frontier Foundation, http://www.eff.org/.

L'illusion des *droits acquis* au profit des utilisateurs renaît donc avec l'idée de ce que l'on a pu appeler le « digital first sale doctrine »[606], idée selon laquelle le *privilège* de la première vente dont pouvaient se prévaloir les acheteurs d'exemplaires devait également être reconnu aux utilisateurs. Ces prétentions furent rapidement déçues. En effet, le gouvernement américain réitérera sa position dans un rapport publié en 2001 par le Bureau du droit d'auteur (U.S. Copyright Office) dont la préparation avait été commandée par le législateur lui-même. L'article 104 du *Digital Millenium Copyright Act*[607] obligeait en effet le Bureau des droits d'auteur et le Secrétariat adjoint des communications et de l'information du Ministère du commerce à évaluer les effets des amendements introduits par la nouvelle loi et d'examiner les rapports entre les technologies existantes sur les mécanismes prévus aux articles 109 et 117 17 U.S.C.[608]

Le rapport du Bureau du droit d'auteur américain, rédigé sous la direction de Marybeth Peters, reprend essentiellement les conclusions du *Livre Blanc* et rejette l'idée d'une doctrine de première vente *numérique* :

> Section 109 limits a copyright owner's exclusive right of distribution. It does not, by its terms, serve as a defense to a claim of infringement of any of the other exclusive rights. The

---

[606] Voir notamment, K. KUPFERSCHMID, « Lost in Cyberspace : The Digital Demise of The First-Sale Doctrine », *loc. cit.*, note 604, pp. 845-848 (la proposition est jugée utopique : « it has some significant evidentiary and procedural problems that make it infeasible », notant encore que « it would not be possible or practical for a copyright owner or courts to verify that the transmitter actually discards his or her copy », id., p. 845).

[607] *Article 104,* DMCA :

« EVALUATION OF IMPACT OF COPYRIGHT LAW AND AMENDMENTS ON ELECTRONIC COMMERCE AND TECHNOLOGICAL DEVELOPMENT.

(a) EVALUATION BY THE REGISTER OF COPYRIGHTS AND THE ASSISTANT SECRETARY FOR COMMUNICATIONS AND INFORMATION.-The Register of Copyrights and Assistant Secretary for Communications and Information of the Department of Commerce shall jointly evaluate-

(1) the effects of the amendments made by this title and the development of electronic commerce and associated technology on the operation of sections 109 and 117 of title 17, United States Code; and

(2) the relationship between existing and emergent technology and the operation of sections 109 and 117 of title 17, United States Code.

(b) REPORT TO CONGRESS.-The Register of Copyrights and the Assistant Secretary for Communications and Information of the Department of Commerce shall, not later than 24 months after the date of the enactment of this Act, submit to the Congress a joint report on the evaluation conducted under subsection (a), including any legislative recommendations the Register and the Assistant Secretary may have ».

[608] L'article 117, 17 U.S.C. autorise la reproduction des programmes d'ordinateur pour des fins de maintenance et d'archivage.

> transmissions that are the focus of proposals for a « digital first sale doctrine » result in reproductions of the works involved. The ultimate product of one of these digital transmissions is a new copy in the possession of a new person. Unlike the traditional circumstances of a first sale transfer, the recipient obtains a new copy, not the same one with which the sender began. Indeed, absent human or technological intervention, the sender retains the source copy. This copying implicates the copyright owner's reproduction right as well as the distribution right. Section 109 provides no defense to infringements of the reproduction right. Therefore, when the owner of a lawful copy of a copyrighted work digitally transmits that work in a way that exercises the reproduction right without authorization, section 109 does not provide a defense to infringement.

Cette conclusion doit être posée comme principe : l'épuisement prévu à l'article 109 17 U.S.C. est limité à la distribution d'un exemplaire *particulier et tangible* d'une œuvre[609]. En revanche, l'article 106, 17 U.S.C., le siège du droit de distribution, ne semble pas exiger qu'un exemplaire *particulier et tangible* soit *déplacé*. Cette condition serait celle de l'épuisement et non du droit de distribution[610]. La transmission d'une copie numérique peut être assimilée à une distribution au sens de la loi. Le droit de distribution numérique sera donc un droit exclusif non soumis à épuisement[611]. Cette solution peut être généralisée : la jurisprudence et la doctrine modernes refusent la transposition du principe de l'épuisement aux exploitations d'œuvres sous forme immatérielle[612].

---

[609] K. KUPFERSCHMID, « Lost in Cyberspace : The Digital Demise of The First-Sale Doctrine », *loc. cit.*, note 604, p. 847 : « [...] the existing language of the first-sale exception only allows for the distribution the « particular copy » owned doctrine by the transmitter ». Également, Rapport du Bureau du droit d'auteur, *op. cit.*, note 600, p. 86 : « The tangible nature of the copy is not a mere relic of a bygone technology. It is a defining element of the first sale doctrine and critical to its rationale. This is because the first sale doctrine is an outgrowth of the distinction between ownership of intangible intellectual property (the copyright) and ownership of tangible personal property (the copy) ».

[610] « Nowhere is the Copyright Act is there a requirement that a distribution involve the movement of a « particular » material object from one computer to another. Violation of a copyright owner's distribution right is implicated anytime any material object embodying his work is delivered into someone else's hands (or hard drive as the case may be) », K. KUPFERSCHMID, « Lost in Cyberspace : The Digital Demise of The First-Sale Doctrine », *loc. cit.*, note 604, p. 850.

[611] *Id.*, p. 855.

[612] Rapport du Bureau américain du droit d'auteur, *op. cit.*, note 600, p. 94 : « Those countries that have implemented protection for online transmissions have largely done so through the right of communication to the public and thus provide no equivalent of the first sale limitation to such rights ». On renverra également à nos commentaires sur l'affaire *Coditel I* et *II*, infra, note 293 et Livre Vert, *op. cit,* note 296, pp. 46-47. On comparera également avec les considérants 29 de la Directive société de l'information et 34 de la Directive

3) Réception de la proposition américaine

D'une manière générale, les auteurs américains auront des propos assez durs à l'endroit du *Livre Blanc* de l'administration Clinton. James Boyle, fervent défenseur du domaine public[613], écrira ainsi que « the White Paper is demonstrably and repeatedly wrong about the state of the current law, always tilting in the same position. The most *charitable* description one could provide is that it is a shockingly careless piece of work »[614]. Après lui, d'autres spécialistes en propriété intellectuelle suivront et s'inscriront publiquement contre le Livre Blanc. Tous dénoncent sa partialité : il serait l'émanation des intérêts propriétaires. La proposition du droit de distribution électronique est donc identifiée comme

---

base de données respectivement reproduits ci-dessous : « (29) La question de l'épuisement du droit ne se pose pas dans le cas des services, en particulier lorsqu'il s'agit de services en ligne. Cette considération vaut également pour la copie physique d'une oeuvre ou d'un autre objet réalisée par l'utilisateur d'un tel service avec le consentement du titulaire du droit. Il en va par conséquent de même pour la location et le prêt de l'original de l'oeuvre ou de copies de celle-ci, qui sont par nature des services. Contrairement aux CD-ROM ou aux CD-I, pour lesquels la propriété intellectuelle est incorporée dans un support physique, à savoir une marchandise, tout service en ligne constitue en fait un acte devant être soumis à autorisation dès lors que le droit d'auteur ou le droit voisin en dispose ainsi » et « (33) considérant que la question de l'épuisement du droit de distribution ne se pose pas dans le cas de bases de données en ligne, qui relèvent du domaine des prestations de services; que cela s'applique également à l'égard d'une copie matérielle d'une telle base faite par l'utilisateur de ce service avec le consentement du titulaire du droit; que, contrairement au cas des CD-ROM ou CD-I, où la propriété intellectuelle est incorporée dans un support matériel, à savoir dans une marchandise, chaque prestation en ligne est, en effet, un acte qui devra être soumis à une autorisation pour autant que le droit d'auteur le prévoit; ».

[613] Voir, J. BOYLE, « The Second Enclosure Movement And The Construction Of The Public Domain » (2003) 66 *Law & Contemp. Probs.* 33, (p. 40) : « In the new vision of intellectual property, however, property should be extended everywhere -- more is better. Expanding patentable and copyrightable subject matter, lengthening the copyright term, giving legal protection to « digital barbed wire » even if it is used in part to protect against fair use: Each of these can be understood as a vote of no-confidence in the productive powers of the commons. We seem to be shifting from Brandeis's assumption that the « noblest of human productions are free as the air to common use » to the assumption that any commons is inefficient, if not tragic ». On rapprochera les travaux de Boyle de ceux de Lessig (L. LESSIG, Free Culture, New York, Penguin Press, 2004,). Tout deux sont membres fondateurs de l'association « Creative Commons » qui fait la promotion du domaine public et prône une certaine idée de l'accès à la culture, http://creativecommons.org/. Voir encore, L. LESSIG, « The Creative Commons », (2004) 65 *Mont. L. Rev.* 1 et Michael GEIST, « Cyberlaw 2.0 » (2002-2003) 44 *B.C. L. Rev.* 323.

[614] J. BOYLE, « Intellectual Property Policy Online: a Young Person's Guide », *loc. cit.*, note 8, p. 52, précisant par la suite, à la même page que « Indeed, if there is a theory behind the White Paper's curious vision of copyright law, it seems to be this : more copying equals more copyright violation, thus it is necessary to increase copyright protection as a compensation for declining revenues ». D'un avis contraire et défendant le *Livre Blanc américain* : Gary W. GLISSON, « A Practionner's Defense of the White Paper », (1996) 75 *Oregon L. R.* 277.

l'un des instruments de l'expansion de la propriété intellectuelle. Les professeurs Pamela Samuelson et Jessica Litman mèneront une campagne particulièrement active contre les recommandations qu'il contient[615]. Selon elles, le *Livre Blanc* est le sous-produit de l'industrie dominante et Bruce Lehman, son rapporteur - alors Sous-secrétaire au Commerce pour le droit d'auteur et la propriété industrielle et directeur du *Working Group on Intellectual Property Rights of the National Information Infrastructure Task Force* -, le suppôt du capitalisme dirigeant[616]. Les recommandations viseraient ainsi à ériger le droit d'auteur en un système abusif appelé à réglementer l'accès, la transmission et même la lecture des œuvres - d'où le titre revendicateur « The Exclusive Right to Read » de Litman[617]. Pour des auteurs comme Samuelson, le *Livre Blanc* contient tout entier le programme du gouvernement Clinton : priver les utilisateurs, les consommateurs, des *droits* dont ils bénéficiaient jusqu'à présent au titre du principe de l'épuisement : « [the white paper's agenda intend to] deprive the public of the « first sale » rights it has long enjoyed in the print world (the rights that permit you to redistribute your own copy of a work after the publisher's first sale of it to you), because the white paper treats electronic forwarding as a violation of both the reproduction and distribution rights of copyright law »[618].

---

[615] Pamela SAMUELSON, « Copyright Grab », (1996) 4.01 WIRED (janvier), http://www.wired.com/wired/archive/4.01/white.paper_pr.html. Le sous-titre est évocateur et se passe de commentaire : « The Clinton administration, through its white paper on intellectual property, is proposing a wholesale giveaway to its supporters in the copyright industry - at your expense ». J. LITMAN, « The Exclusive Right to Read », *loc. cit.*, note 380. On notera que Boyle, Samuelson, Litman, Lessig

[616] « Bruce Lehman, Clinton's czar of intellectual property policy and the person in charge of shepherding the white paper's NII Copyright Protection Act through Congress, is, coincidentally enough, a former copyright industry lobbyist », P. SAMUELSON, « Copyright Grab », *loc. cit.*, note 515.

[617] J. LITMAN, « The Exclusive Right to Read », *loc. cit.*, note 380.

[618] P. SAMUELSON, « Copyright Grab », *loc. cit.*, note 515. Dans le même sens, vantant le bénéfice social du mécanisme de l'épuisement qui a permis notamment à l'industrie de la location de vidéocassettes de devenir florissante très rapidement., J. LITMAN, « The Exclusive Right to Read », *loc. cit.*, note 380, pp. 46 et s et, du même auteur, *Digital Copyright*, New York, Prometheus Books, 2001, pp. 175-177. Dans ce sens également, mais reprochant plus particulièrement au *Livre Blanc américain* de donner aux titulaires du droit d'auteur les moyens de contrôler par le « code », c'est-à-dire les dispositifs de protection technique, des utilisations qui autrement ne seraient pas interdites par le droit : « The question we must then ask is what kind of control the Net should yield to owners of intellectual property, either through law, or either through code. If through code, then to what extent should the control that code to the owners of intellectual property should differ from the control that law provides. In other words, to what extent should the law permit holders of intellectual property to get more protection through code that they would through law. The White Paper misses the point. It recommends not only changes in law to protect further intellectual property, but it also champions the changes in code that will help code replace law. It adds to these recommendations the recommendation that it be illegal to write software that aims at breaking the protections of code. Thus, law would not only replaced by code; it will punished effort to escape the code ». L. LESSIG, « Intellectual Property and Code », (1995-96) 11 *St. John's J. Legal Comment.* 635, p. 639.

La proposition d'étendre le droit de distribution aux transmissions électroniques du *Livre Blanc* est donc très mal perçue. On lui oppose une certaine idée de l'intérêt du public.

Ces opinions ne sont pas partagées par tous. Les auteurs qui épousent des conceptions plus traditionnelles, voire plus *personnalistes*, sont moins catégoriques. Leur jugement est plus nuancé. La professeure Ginsburg, qui s'inscrit dans ce mouvement, semble même donner un certain crédit à la solution du droit de distribution électronique. La fonction que l'on cherche à donner au droit est la même, peu importe l'état - physique ou numérique - de la copie :

> To the extent that the proposed right of digital distribution simply transposes to computer networks the traditional right to distribute (physical) copies of the work, the White Paper is correct that the right is not « new ». While the traditional right's subject matter focus on material copies makes little sense in a digital environment, the activity targeted (dissemination) and its result (consumers receiving copies) remain the same.[619]

Ses préoccupations sont de nature plus technique, ses critiques plus précises. Elle souligne en particulier la difficulté de distinguer les différents droits qui composent le droit d'auteur. L'acte de transmission met en cause plusieurs d'entres eux et la réflexion sur le droit de distribution ravive la débat sur le ou les droits applicables : « the proposed right of digital distribution by means of transmission underscores something that is new : because digital communication de-materializes copies, the same act can be analyzed as either (or both) a reproduction, or a public performance or display »[620]. Ce faisceau de droits a un avantage certain pour l'auteur puisqu'il démultiplie les causes d'action. Dans son volet coercitif, le droit d'auteur en sort renforcé. En revanche, le prolongement de sa structure patrimoniale

---

[619] J. C. GINSBURG, « Putting Cars on the Information Superhighway: Authors, Exploiters, and Copyright in Cyberspace », *loc. cit.*, note 420, p. 1482. En ce sens également, Gary Glisson commentant la proposition du Livre Blanc : « Does the communications media make a difference ? Not in this case. I am unaware of any significant legal precedent to support the proposition that making copies available to others under circumstances that would be an infringement in the physical world should be viewed differently when the copies are made and delivered electronically in cyberspace », G. W. GLISSON, « A Practionner's Defense of the White Paper », *loc. cit.*, note 611, pp. 280-281.

par de nouveaux droits rend plus difficile la *gestion* économique du droit d'auteur. Il semble en effet difficile de déterminer un ordre de priorité entre ces droits concurrents, ce qui, bien évidemment, provoque certains questionnements non pas quant à la validité de l'analyse juridique - qui permet de retenir le principe de l'application du droit de distribution aux actes de transmissions numériques -, mais quant à l'*économie* du droit d'auteur. C'est la crainte que semble avoir le professeur Ginsburg et qui a conduit à proposer la réunion de tous les droits impliqués dans la transmission électronique sous l'ombrelle du droit de communication au public :

> In the short term, recognizing a right of digital distribution of copies may assist grantees of the reproduction right in resisting the competing claims of holders of the public performance right. In the long run, however, in the digital world it may make most sense to recharacterize the rights of reproduction, distribution, and public performance or display as facets of a general right of communication of works to the public.[621]

En Europe, c'est au professeur André Lucas que l'on doit l'analyse la plus exhaustive de la proposition américaine. Il sera d'avis que l'analogie faite entre les exemplaires et les copies produites en fin de transmission est « éclairante sur le terrain économique » pour ensuite ajouter que « sa pertinence est douteuse sur le terrain juridique »[622]. Le doute est plutôt un embarras, celui de la matérialité du droit. Le droit de distribution est un droit affligé traditionnellement d'un lourd passif : l'épuisement. Or cet épuisement s'explique en partie par les prérogatives qu'exerce l'acquéreur du support sur son bien, sur l'exemplaire. Dès lors, dans un milieu où le bien en question est immatérialisé et ne serait plus soumis à l'épuisement, il peut s'avérer malaisé de parler du même droit :

> Il n'a jamais été discuté jusqu'à ce jour que ce droit porte sur des exemplaires de l'œuvre entendus comme des supports individualisés (livres, disques, cassettes, cédéroms). C'est

---

[620] *Id.* Notant la difficulté également, A. LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, *op. cit.*, note 375, p. 135.
[621] J. C. GINSBURG, « Putting Cars on the Information Superhighway: Authors, Exploiters, and Copyright in Cyberspace », *loc. cit.*, note 420, p. 1482. En ce sens, Paul MALLAM, Copyright and the Information Superhighway: Some Future Challenges, (1995) 6 *Entertainment L. Rev.* 234, p. 235.
[622] A. LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, *op. cit.*, note 375, p. 144.

> pourquoi l'on met traditionnellement en balance le droit de distribution de l'auteur et le droit du propriétaire du support corporel. L'épuisement lors de la première mise en circulation, qui vient limiter la portée du droit de distribution, n'a lui-même de sens que par rapport à cette acception de la notion d'exemplaire. [...] Dans le cas de la transmission numérique, on peut, au moins pour les besoins de la discussion, regarder les « copies » disséminées comme des reproductions. Mais force est de convenir que le droit de « distribution immatérielle », auquel on prétend qu'elles donnent prise, échappe par nature à tout épuisement. La question, dès lors, est toute simple : n'est-il pas artificiel de désigner du même nom des prérogatives aussi fondamentalement différentes ?[623]

Séverine Dussolier procédera à une analyse similaire, mais sera plus tranchée dans ses conclusions. Elle écrit qu'« il est vrai qu'à première vue, la distribution « de copies d'œuvres » sur Internet pourrait être assimilée, au point de vue fonctionnel, à la distribution d'exemplaires dans l'environnement traditionnel »[624], mais elle ajoute :

> pourtant cette assimilation repose sur deux erreurs. D'une part, la transmission sur les réseaux d'un exemplaire d'une oeuvre ou d'une fixation d'une prestation ne s'applique pas à la même copie, au même exemplaire, mais au contraire réalise une nouvelle copie de l'oeuvre, la copie originale restant stockée dans le disque dur du « distributeur ». Dès lors, cette nouvelle copie ne pourrait ni être une distribution d'un exemplaire, ni être sujette à épuisement du droit. D'autre part, il faut rappeler que le droit de distribution ne s'applique qu'aux exemplaires physiques de l'oeuvre ou de la prestation. Ceci a été confirmé clairement à la fois par les traités de l'OMPI et par la Proposition de directive européenne.[625]

Cette opinion concorde effectivement avec la perception européenne du droit de distribution. En revanche, l'analyse n'est pas totalement transposable en droit américain

---

[623] *Id.*, pp. 144-145.

[624] Séverine DUSSOLIER, « Internet et droit d'auteur », (2001) http://www.droittechnologie.org/. En réalité, l'argument selon lequel il ne pourrait y avoir de distribution en raison de la présence de la copie initiale apporte peu à la réflexion puisque le concept de distribution n'a jamais été défini par rapport au phénomène de la dépossession même s'il en est des effets. Cet argument n'est pas un réel obstacle à l'analyse juridique. Il n'a jamais été soulevé, à notre connaissance, dans les travaux préparatoires de l'OMPI.

[625] *Id.*

puisque, nous l'avons vu, le droit de distribution ne semble pas exiger la circulation d'un objet tangible particulier. Seul le mécanisme d'épuisement codifié à l'article 109 17 U.S.C. serait soumis à cette exigence. Dès lors, « as long as the recipient of the work being transmitted possesses a material object embedded with that work at the end of the transaction, a distribution has taken place »[626]. Il aurait donc été possible de retenir le modèle américain, c'est-à-dire d'appliquer la règle de la distribution aux exemplaires ou copies numériques par transmission électronique. Cette solution était d'autant plus acceptable qu'elle augmentait les prérogatives de l'auteur tout en limitant le domaine d'application de l'épuisement puisque, nous l'avons vu, il était clairement entendu que seuls les *déplacements* des mêmes exemplaires tangibles sont libres. Nous noterons à ce titre les conclusions du Bureau américain du droit d'auteur qui, refusant l'extension de l'épuisement aux actes de distribution numérique, rétablit le sens qu'il faut donner à la législation :

> A number of the comments we received express the view that a digital first sale doctrine would further the purposes of section 109. [...][o]ne commenter argued that the first sale doctrine is based on a calculation of incentives to create. This view is not supported by the legislative history of section 109. Moreover, [...] the potential harm to the market and increased risk of infringement that would result from an expansion of section 109 could substantially reduce the incentive to create. Thus, this argument is both historically unsound and unpersuasive as a practical matter.
>
> Another commenter suggested that the original purpose of the first sale doctrine was « to Promote the Progress of Science and Useful Arts [sic].» This observation does not advance the argument. It is a given that the « Progress of Science and useful Arts » is the policy undergirding the entire Copyright Act. However, particular provisions of the law may have more precise purposes, as is the case here.[627]

Et, sur l'argument selon lequel le droit d'auteur ne devrait pas gêner l'accès aux œuvres protégées, le Bureau du droit d'auteur réplique que :

---

[626] K. KUPFERSCHMID, « Lost in Cyberspace : The Digital Demise of The First-Sale Doctrine », *loc. cit.*, note 604, p. 850.

[627] Rapport du Bureau du droit d'auteur, *op. cit.*, note 600, p. 88.

> There is nothing to support the thesis that the first sale doctrine is a stand-in for a right of access to copyrighted works. [...]. Neither the statutory text nor the legislative history of section 109 (or section 27 of the 1909 law) support the proposition. To the contrary, however, the Supreme Court's decision in Bobbs-Merrill and the legislative history of the 1909 Act do refer directly to alienability of tangible property.
>
> The social benefit must be balanced against the harm to the copyright owner's legitimate interests, and thus to the incentive to create. As discussed above, the extension, by analogy, of the first sale doctrine to the online environment has a significantly greater negative impact on copyright owners' legitimate interests than does the traditional first sale doctrine in the realm of tangible copies.[628]

La doctrine avait donc noté l'identité de fonction du droit de distribution dans chacune de ses applications, celle de son application aux exemplaires et celle de son application aux copies immatérielles transmises en ligne[629]. Nous sommes d'accord. Elle remet en question en revanche sa compatibilité avec les autres droits, dont le droit de distribution de première génération. Devra-t-il se juxtaposer au droit de reproduction, à d'autres droits encore ? Cette même problématique se prolonge, pour le professeur Lucas, en une question de terminologie et, pour la professeure Ginsburg, en une question d'administration des droits, la possibilité d'application du droit de distribution augmentant considérablement le risque de déséquilibrer le schéma de gestion collective des droits existants.

---

[628] *Id.*, pp. 90-91.

[629] Notamment, J. C. GINSBURG, « Putting Cars on the Information Superhighway: Authors, Exploiters, and Copyright in Cyberspace », *loc. cit.*, note 420, p. 1482 et A. LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, *op. cit.*, note 375, p. 144-145. K. KUPFERSCHMID, « Lost in Cyberspace : The Digital Demise of The First-Sale Doctrine », *loc. cit.*, note 604, p. 850. Ils ne seront pas les seuls : « Toutefois, la création de droits exclusifs a été quelque peu appuyée, notamment dans le cas de la communication numérique au public, et encore plus dans celui de la distribution numérique à la demande. Il a été dit que cette distribution ne diffère pas de ce que constitue une distribution classique (l'utilisateur peut choisir les œuvres qu'il reçoit et préciser le moment et le lieu de la réception, la combinaison des deux éléments remplaçant parfaitement l'achat de copies de phonogrammes) », *Comité d'experts sur un éventuel instrument relatif à la protection des droits des artistes interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes*, Troisième session, (Genève, 12-16 décembre 1994), (1995) 1 *P.I.D.A* 114, p. 116. Le Bureau du droit d'auteur américain refusera en revanche l'analogie pour éviter l'application de l'épuisement, Rapport du Bureau du droit d'auteur, *op. cit.*, note 600, p. 81.

Il semble que ces questions furent fatales au droit de distribution électronique. Les critiques, mais également l'absence de *lieu commun* de discussion, en auront eu raison : tous les pays n'étaient pas encore familiers avec le droit de distribution dans sa forme traditionnelle. Inconnu de certains systèmes, le droit de distribution n'a jamais été clairement défini dans les conventions internationales avant les traités de 1996. La solution paraissait trop complexe à un moment où les États s'étaient engagés à apporter une importante mise à jour de la Convention de Berne : on devait chercher les dénominateurs communs et non les divergences. Le *droit de distribution* n'était pas rassembleur - la Convention de Berne prévoit seulement en ses articles 14(1)i et 14*bis*(1) un droit de mise en circulation pour les œuvres cinématographiques - et n'est donc pas perçu comme une plateforme idéale pour la discussion d'un enjeu international comme celui des transmissions numériques[630]. On pourra également y lire une méfiance tout européenne à l'endroit du droit américain, nouvellement entré dans l'Union, qui connaît la solution d'un droit de distribution pour les activités numériques. En comparaison, le droit de communication au public rejoignait plus de pays - en particulier européens; il avait l'avantage d'être connu de la Convention de Berne qui l'avait même fait évoluer pour régir la radiodiffusion. Il se présentait ainsi comme une solution fédératrice à partir de laquelle une entente internationale pouvait être obtenue. Le droit de communication au public constituait certes un candidat plus *populaire*, mais pas forcément mieux préparé à régir la distribution électronique. On le sait, son application à des transmissions numériques soulève de sérieux problèmes d'interprétation. Il régit traditionnellement les communications faites à *un public passif,* alors que les transmissions numériques sont très souvent des communications *sur demande* effectuées *de point à point.* Il est apparu donc nécessaire d'étendre le concept de communication au public aux actes de *mise à disposition.* Ne s'agissait-il pas d'une manière neutre de résoudre les aspérités de deux propositions fermement établies : la proposition européenne du droit de communication au public par télécommunication et celle, américaine, du droit de distribution ?

Ironiquement, la notion de *mise à disposition* appartient plus peut-être au vocabulaire du droit de distribution qu'à celui du droit de communication. Ne s'agirait-il pas d'un droit

---

[630] M. FICSOR, The Law of Copyright and The Internet, *op. cit.*, note 6, p. 207

déguisé de distribution électronique ? Il est permis de s'interroger. Ceci expliquerait en tout cas que le législateur américain n'ait pas jugé nécessaire d'amender la loi actuelle.

Examinons dès à présent le nouveau droit de *mise à disposition*.

Section 3 - Le droit de mise à disposition : faux droit de communication ou vrai droit de distribution ?

Nous savons que les travaux de l'OMPI portaient dès 1987 les germes d'une réflexion sur la notion de distribution au regard de la télématique[631]. En réalité, c'est en 1993 que le *Comité d'experts de l'OMPI sur un éventuel protocole relatif à la Convention de Berne* - Comité constitué en 1990[632] - a abordé pour la première fois la question de l'application du droit de distribution aux transmissions électroniques[633]. Elle sera débattue jusqu'en 1995,

---

[631] *Œuvres imprimées*, *op. cit.*, note 240.

[632] En 1992, à côté du *Comité d'experts sur un éventuel protocole relatif à la Convention de Berne,* sera créé le *Comité d'experts sur un nouvel instrument relatif à la protection des droits des artistes, interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes*. Ce *Comité d'experts sur un nouvel instrument* tiendra sa première session de travail du 28 au 2 juillet 1993, *Mémorandum du Bureau international*, (1993) 106 *D.A.* 146 et s. Ces deux Comités travailleront conjointement sur les sujets placés à l'ordre du jour de l'Agenda numérique de l'OMPI en 1995 et, notamment, sur les questions communes suivante « le droit de distribution ; le droit d'importation et le droit de location ; questions touchant à la technique numérique (reproduction par transmission, droit de transmission, transmission numérique « à la demande ») ; [...] », (1995) 1 *P.I.D.A* 455, p. 456. M. FICSOR, « Copyright in The Digital Era : The WIPO Internet Treaties », (1996-1997) 21 *Colum.-VLA J.L. & Arts* 197, p. 202. En septembre 1995, février et mai 1996, le *Comité d'experts sur un éventuel protocole* et le *Comité d'experts sur un nouvel instrument,* tiendront des sessions communes ; respectivement, pour leur 5ième et 4ième session, Genève 4-8 et 12 septembre 1995, (1995) 1 *P.I.D.A* 455 ; 6ième et 5ième session Genève, 1er-9 février 1996, (1996) 2 *P.I.D.A* 125, 7ième et 6ième session, Genève, 20 et 21 mai 1996, (1996) 2 *P.I.D.A* 254. Voir, en général, M. FICSOR, *The Law of Copyright and The Internet*, *op. cit.*, note 6, pp. 35-38 et J. REINBOTHE et S. von LEWINSKI, *The WIPO Treaties 1996*, *op. cit.*, note 502, pp. 3-5.

[633] *Comité d'experts sur un éventuel protocole relatif à la Convention de Berne*, Troisième session, (Genève, 21-25 juin 1993), *Rapport*, (1993) 106 *D.A.* 185, p. 195 : « Une délégation a notamment demandé si la transmission numérique d'œuvres protégées peut être considérée comme une distribution d'exemplaires de ces œuvres ». C'est également en 1993 que les auteurs Reinbothe et von Lewinski expose pour la première fois la solution du droit de location électronique, J. REINBOTHE et S. von LEWINSKI, *The EC Directive on Rental and Lending Rights and on Piracy, op. cit.*, note 8, p. 42. 1993 est également l'année de la préparation du *Livre Vert américain*, publié en 1994, qui contenait déjà les recommandations au sujet d'un droit distribution par transmission électronique. Il est à noté également que l'approche retenue par le *Comité d'experts sur un nouvel instrument* était sensiblement différente de celle du *Comité d'experts sur un éventuel protocole* : il semble opter déjà pour un droit de communication au public par des moyens numériques, précisant toutefois que la restriction du droit à rémunération équitable ne devrait s'appliquer que pour le droit de communication au public par des moyens analogiques, *Mémorandum du Bureau international*, (1993) 106 *D.A.* 146, p. 154. C'est en 1994, lors de la troisième session, que l'hypothèse d'un droit distinct de distribution numérique à la demande apparaît clairement, (1995) 1 *P.I.D.A* 114, p. 116.

puis abandonnée en 1996. C'est donc en 1995 qu'intervient la *réduction* finale du droit de distribution - la décision d'en contenir l'application aux « exemplaires », c'est-à-dire aux « objets tangibles seulement »[634] - et que, simultanément, la solution du *droit de communication public* va émerger[635]. La compatibilité de ce droit ayant été remise en question en raison des caractéristiques de la transmission numérique, cette transmission faisant généralement suite à une demande, il a été convenu d'élargir le champ d'application à « la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et le moment qu'il choisit de manière individualisée »[636].

Examinons d'abord ce nouveau droit de *mise à disposition* (a). Nous verrons qu'il importe en droit d'auteur des éléments du droit de distribution. Dès lors, la comparaison avec le droit de distribution américain qui, on le sait, n'a pas jugé nécessaire de transposer le droit de mise à disposition, demeure possible et même extrêmement pertinente puisque les activités visées par le *droit de mise à disposition* sont celles appréhendées par le *droit de distribution* américain. Cette comparaison nous permettra de dessiner les contours, les avantages s'il en est, de l'une ou l'autre des solutions (b).

a) Analyse fonctionnelle du droit de mise à disposition

La référence à l'acte de *mise à disposition* faite à l'article 8 TODA dans la nouvelle formulation du droit général de communication vise, selon le professeur Pollaud-Dulian, à « appréhender les formes de communication à travers les réseaux télématiques et les formes de communication à la demande ou interactives, dans lesquelles le lieu et le moment de

---

[634] *Comité d'experts sur un éventuel protocole relatif à la Convention de Berne*, Quatrième session, (Genève, 5-9 décembre 1994), (1995) 1 *P.I.D.A* 113 : « Le Comité a tout d'abord débattu de la définition du terme « distribution ». Un avis s'est clairement dégagé selon lequel les « exemplaires » doivent s'entendre des objets tangibles seulement. [...] ».

[635] L'examen d'un droit spécifique applicable aux transmissions numériques avait toutefois été reconduit dans les travaux du Comité de 1995 et ce, malgré l'abandon de la solution du droit de distribution électronique : « S'agissant des transmissions numériques d'œuvres sous une forme intangible, deux démarches ont été examinées : l'une consistant à appliquer le droit de communication au public, en liaison éventuellement avec le droit de reproduction et le droit de distribution, si des exemplaires sont effectivement établis ; l'autre consistant à établir un nouveau droit de « transmission numérique » qui couvrira ces transmissions, que des exemplaires soient établis ou non », *id.*, p. 113.

l'accès sont décidés par le spectateur »[637]. La proposition de base du *Traité sur le droit d'auteur* précisait d'ailleurs que le droit de *mise à disposition* a pour objet « de montrer clairement que les modes de communication interactifs et à la demande relève de cette disposition »[638]. Les travaux préparatoires relativement au TOEIP font état de la même préoccupation relativement à la distribution de phonogrammes en ligne[639].

Reproduisons les dispositions pertinentes avant d'en examiner le fonctionnement. On notera à titre liminaire que les articles 10 et 14 TOEIP établissent le droit de *mise à disposition* en dehors du droit de communication au public. La différence de technique législative s'explique par la volonté des plénipotentiaires de soustraire expressément le nouveau droit du principe de rémunération équitable prévue pour le droit de communication au public[640]. Outre cette distinction rédactionnelle, le droit de mise à disposition se présente sous une forme identique dans les deux traités. Seul leur objet change - l'article 8 TODA vise les œuvres, alors que les articles 10 et 14 visent, respectivement, les *interprétations* fixées sur phonogrammes et les phonogrammes.

> Article 8 TODA :
> Sans préjudice des dispositions des articles 11.1)2°), 11bis.1)1°) et 2°), 11ter.1)2°), 14.1)2°) et 14bis.1) de la Convention de Berne, les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser toute communication au public de leurs œuvres par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée
>
> Article 10 TOEIP :
> Les artistes interprètes ou exécutants jouissent du droit exclusif d'autoriser la mise à la disposition du public, par fil ou sans fil, de leurs interprétations ou exécutions fixées sur

---

[636] Article 8 TODA, *précité*, note 8.
[637] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Paris, Economica, 2005, p. 892.
[638] Paragraphe 10.11 traitant de l'article 10 de la proposition de base, aujourd'hui article 8 TODA cité dans A. FRANÇON, « La conférence diplomatique sur certaines questions de droit d'auteur et de droits voisins », (1997) 172 *R.I.D.A.* 3, p. 29.
[639] *Comité d'experts sur un nouvel instrument, 2ième Session,* Genève décembre 1994, (1994) 107 *D.A.* 44, p. 48.
[640] *Mémorandum du Bureau international,* (1993) 106 *D.A.* 146, p. 154.

> phonogrammes, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement.
>
> Article 14 TOEIP :
> Les producteurs de phonogrammes jouissent du droit exclusif d'autoriser la mise à la disposition du public, par fil ou sans fil, de leurs phonogrammes de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement.

Premièrement, l'acte de mise à disposition présuppose que l'on *donne accès* à une œuvre. L'accès conditionne l'application du droit exclusif, il représente la *possibilité* d'une communication. Il importe peu qu'il y ait eu effectivement accès ou non - et donc communication ou non - par un utilisateur. Les Traités de l'OMPI visent ainsi, par exemple, la *mise sous tension* et *l'installation* d'un serveur dont le contenu devient accessible. En principe, lorsque la transmission a lieu, alors l'ensemble de l'acte est soumis au droit de communication, pas seulement celui de mise à disposition[641]. Au-delà de leur enfermement sous un même libellé dans le TODA, il s'agit d'actes distincts donnant droit à deux prérogatives distinctes[642]. Les textes de 1996 élargissent donc considérablement les prérogatives de l'auteur et des titulaires de droits en créant un droit bicéphale, l'un visant la communication au public, l'autre de mise à disposition. On pourra se demander si le droit de mise à disposition ne constitue pas un droit d'accès[643]. La distinction entre ces deux concepts peut s'avérer délicate. En effet, l'objet de la mise à disposition est de contrôler la mise à disposition de manière à ce que l'œuvre devienne accessible. La personne qui ouvre un système de clef numérique qui commande l'accès à un serveur sur lequel sont rendues accessibles des œuvres commet-il ? Dans ce cas de figure il pourrait être soutenu que la manipulation technique a pour effet de rendre disponibles des œuvres protégées autrement inaccessibles.

---

[641] J. REINBOTHE et S. von LEWINSKI, *The WIPO Treaties 1996*, *op. cit.*, note 502, p. 108.

[642] En ce sens, J. REINBOTHE et S. von LEWINSKI, *id.*, p. 108, donnant l'exemple de l'exécution publique par haut-parleur d'une œuvre qui avait été préalablement mise à disposition. L'acte d'exécution public ne relèvera pas du droit de mise à disposition mais bien du droit d'exécution public.

[643] Sur ce sujet, notamment, et discutant des articles 11 TODA et 18 TOEIP concernant les « Obligations relatives aux mesures techniques », A. STROWEL, « Droit d'auteur et accès à l'information : de quelques malentendus et vrais problèmes à travers l'histoire et les développements récents », (1999) 12 *C.P.I.* 185, pp. 204 et s. On verra également, parlant des Traités de 1996 et d'un « new right of access », G. DAVIES, *Copyright and The Public Interest*, *op. cit.*, note 189, pp. 309 et s.

Deuxièmement, le droit de mise à disposition requiert l'existence d'un *choix*. Il doit s'agir d'acte de mise à disposition d'une œuvre de manière à ce que « chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée » (nos soulignés). Bien évidemment, les mécanismes d'échange de fichiers par logiciel de partage et les sites de déchargement constituent des exemples particulièrement actuels de situations dans lesquelles la transmission d'une œuvre musicale, photographique, cinématographique, etc., est subordonnée au choix de l'utilisateur. *A contrario*, les médias sélectionnés par l'utilisateur qui donne la possibilité de choisir des *catégories* d'œuvres préprogrammées, mais pas les œuvres elles-mêmes, ne sont visés par les textes de l'OMPI. En ce sens, les auteurs Reinbothe et von Lewinski écrivent que :

> This element of individual choice refers to on-demand situation and excludes from the making available right any exploitation by way of offering, at specified times, predetermined programmes for reception by general public, such as broadcasting of radio or TV programmes by traditional means or through digital networks (« webcasting» (original cable programme distribution over the web), « simulcasting » (simultaneous and unchanged retransmission of traditionally broadcast programmes over digital network), « real audio», « Internet radio », etc.), pay-TV or pay-radio, pay-per-view services, multi-channel services and near-on-demand services, which repeatedly broadcast particular works, for example songs of the music charts in regular intervals of, say, 20 minutes. In all these cases, the user is dependent on the programming and cannot choose individually the time at which he or she wants to access a particular work.[644]

On notera encore l'interprétation des auteurs Reinbothe et von Lewinski selon laquelle l'envoi d'un courriel à une liste de discussion et contenant en pièce jointe une œuvre relève du droit de mise à disposition : dès lors que le destinataire peut avoir accès à son courriel, simultanément à la réception ou ultérieurement, alors il s'agira d'un acte de mise à disposition. Ainsi, bien que les rédacteurs aient eut à l'esprit la communication sur demande, les Traités ne se limitent pas à un seul modèle d'exploitation. Ils s'appliquent tout

aussi bien aux situations dans lesquelles l'utilisateur va chercher un contenu qu'il sait être disponible quelque part sur le réseau (« pull-technology») qu'aux situations où il est invité à se rendre au contenu (« push-technology »)[645].

Enfin, troisième élément constitutif du droit de mise à disposition : il doit s'agir d'une mise à disposition *du public*. Ici comme ailleurs dans les textes internationaux, la notion de public n'est pas définie[646]. Il se peut donc que le droit des articles 8 TODA, 10 et 14 TOEIP soit contraint de la même manière que ne l'étaient, avant lui, les droits traditionnellement soumis à cette exigence. Toutefois, à notre avis, la compréhension de ce que peut constituer le *public* sera simplifiée par le fait que l'acte de mise à disposition *du public* est plus facile à caractériser que celui de communication au public. Il suffit de se poser la question en terme d'accès : l'œuvre est-elle rendue accessible ? Les textes de l'OMPI n'apport aucune précision. Peu importe, à notre avis, que l'œuvre soit accessible par toutes ou certaines personnes seulement, dans le cadre d'une utilisation familiale ou non. L'œuvre est rendue accessible ou ne l'est pas. La notion de destination pourrait permettre ici de caractériser l'acte.

La généralité du principe de la mise à disposition dans les Traités ne souffre d'aucune exception : il appartient aux États signataires d'en aménager l'application. Finalement, on notera que l'exercice de qualification est libéré des questions de communication *point à point* qui demeurent propres au droit de communication au public. L'acte de mise à disposition est distinct de celui de communication et les éléments qui le composent - accès, choix et caractère public de la mise à disposition - doivent également faire l'objet d'un traitement distinct. Cette autonomie sera relevée par Reinbothe et von Lewinski :

---

[644] J. REINBOTHE et S. von LEWINSKI, *The WIPO Treaties 1996*, *op. cit.*, note 502, p. 109.

[645] « Although the « on-demand » situation was the main example of « making available » over the digital network which was existing and envisaged during the Diplomatic Conference, the wording and also purpose of Article 8 WCT goes beyond this limited situation and aims at covering all situations involving an individual time and place of access. Such individual choice is not only possible where the work are made available by the so-called « pull-technology » where the user has to « demand » that a work is transmitted to his terminal, but also by the so-called « push-technology » by which the works are pushed to the email address of the user and may be accessed by him at this address at any time and from any place », *id.*, p. 110. Sur cette question voir également L. BENTLY et B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, *op. cit.*, note 12, pp. 145-146.

> The act of making available to the public, including the actual transmission (if it takes place), has to be looked upon its entirety. Accordingly, even if the actual transmission, when looked upon as an isolated act, is not considered to be made « to the public » (meaning that members of the public would have to receive the transmission simultaneously), it is sufficient for the application of the right of making available that the initial part of this kind of communication (the « making available ») is made to the public.[647]

En réalité, on le comprend bien, le droit de mise à disposition a bien peu en commun avec le droit de communication si ce n'est qu'ils cohabitent dans le traité TODA sous le même libellé. Il aurait plutôt les atours d'un droit de distribution.

b) L'incubation du droit de distribution

Les travaux préparatoires des Traités de l'OMPI seront encore ici le lieu de départ de notre réflexion.

Au moment de la convocation des États pour la Conférence diplomatique qui se tiendra à Genève du 2 au 20 décembre 1996[648], il ne faisait plus aucun doute que les nouveaux modes de distribution devaient faire l'objet d'un traitement particulier[649]. Le principe d'un droit spécifique pour les transmissions numériques sur demande était acquis. Il restait donc à s'entendre sur le moyen d'inscrire dans les Traités un droit exclusif spécifique. Les

---

[646] *Id.*, p. 111. Nous renverrons également à nos développements généraux sur le droit de communication au public par télécommunication.

[647] *Id.*, p. 112.

[648] A. FRANÇON, « La conférence diplomatique sur certaines questions de droit d'auteur et de droits voisins », *loc. cit.*, note 638, p. 3.

[649] Bien que l'approche à suivre pour répondre aux nouvelles technologies numériques ait longtemps été sujette à discussion au niveau national. On se souviendra, par exemple, que le *Rapport canadien du Sous-comité sur le droit d'auteur* et le Rapport Sirinelli, tout deux publiés en 1994, soutenaient essentiellement qu'aucune modification n'était impérative, Rapport Sirinelli, *Industries culturelles et nouvelles techniques*, *op. cit.*, note 387, p. 86 et *Rapport préliminaire du Sous-comité sur le droit d'auteur, Le droit d'auteur et l'autoroute de l'information*, *op. cit.*, note 386. Ce ne fut pas l'approche retenue par le groupe de travail américain dans le *Livre Blanc américain* qui suggère de nombreuses modifications législatives dont la modernisation du droit de distribution.

discussions finales, on le sait, porteront sur deux droits *candidats* à partir desquels une solution spécifique pouvait être amenée : le droit de distribution électronique proposée par la délégation américaine et le droit de communication au public soumis notamment par la Communauté européenne[650]. Le nouveau droit de *mise à disposition* serait la voie médiane. Or, si l'acte qu'il vise correspond effectivement à une description *entendue* des phénomènes numériques qui consiste à *mettre à disposition* des oeuvres[651], il présente, à sa face même, une similitude importante avec ceux qui seraient couverts par un droit de distribution électronique. La doctrine avait déjà souligné cette parenté.

D'autres éléments confirment cette communauté de sens : l'épistémologie juridique de la notion de *mise à disposition* (1), mais surtout sa conformité à l'analyse américaine du droit de distribution (2).

1) Éléments d'épistémologie juridique : l'origine du droit de mise à disposition

La notion de mise à disposition apparaît d'abord dans la définition d'« œuvres publiées » de la Convention de Berne. Ici, elle vise exclusivement les exemplaires (i). Elle lui donne également un sens plus général, c'est-à-dire visant les œuvres et non plus seulement les exemplaires, à ses articles 7 et 10 (ii). Elle est inconnue des autres traités internationaux[652].

---

[650] M. FICSOR, « Copyright for the Digital Era: The WIPO Internet Treaties », *loc. cit.*, note 629, p. 208. Mihály Ficsor résume bien le déroulement des travaux menés sous l'égide de l'OMPI : « During the preparatory work an agreement was reached in the WIPO Committees that the transmission of works and objects of neighboring rights on the Internet should be subjected to an exclusive right of authorization of the owners of rights, [...]. There was, however, no agreement on which one should be chosen of the two main candidates : the right of communication to the public and the right of distribution. The need for the application of one or both of those rights emerged because, although it was recognised that reproductions take place throughout any transmissions in digital networks, the application of the right of reproduction alone did not seem to be sufficient. It would not correspond to the extremely dynamic nature of Internet-type networks, [...] », *id.*, p. 207.

[651] « « Making available » works and objects of neighboring rights to the public in an electronic network ». This seems to be a more or less precise description of the act - or series of acts - which should be covered by appropriate rights », *id.*, p. 207.

[652] M. FICSOR, *The Law of Copyright and The Internet*, *op. cit.*, note 6, p. 169 : « The related rights conventions do not contain this term » et en note 61 : « That is the Rome, Phonograms and Satellites Conventions ».

i) La mise à disposition d'exemplaires dans la définition d'« œuvres publiées » de la Convention de Berne

La notion de *mise à disposition* est employée pour la première fois dans le texte de la traduction anglaise de la *Déclaration interprétative de Paris* du 4 mai 1896, texte qui introduit en son article 2 la définition de « publication »[653]. La définition sera intégrée dans l'*Acte de Rome* de 1928 et fera ainsi apparaître l'expression « made available to the public » dans le corps du texte de la Convention. L'article 4(4) du texte de Rome - désormais 3(3) - énonce que :

> (4) The expression « published works » means, for the purposes of this Convention, works copies of which have been made available to the public. The performance of a dramatic or dramatico-musical work, or of a musical work, the exhibition of a work of art, and the construction of a work of architecture shall not constitute publication.[654]

Il faut s'arrêter un moment sur cette définition qui appelle plusieurs commentaires. D'abord, la version française de la *Déclaration interprétative de 1896* et du texte de Rome diffère substantiellement de la version anglaise puisque la première partie du paragraphe 4(4) emploie l'expression « œuvres éditées » et non « œuvres mises à disposition » dans la définition d'« œuvres publiées »:

> (4) Par « œuvres publiées », il faut, dans le sens de la présente Convention, entendre les œuvres éditées. [...]

En réalité, l'expression française de « mise à disposition » apparaît dans le texte de la définition actuelle de « publication » introduit lors de la révision de 1948 au paragraphe 3(3) :

> (3) Par « oeuvres publiées », il faut entendre les oeuvres éditées avec le consentement de leurs auteurs, quel que soit le mode de fabrication des exemplaires, pourvu que la mise à

[653] M. FICSOR, *The Law of Copyright and The Internet, Id.*, p. 167.
[654] Nos soulignés.

> disposition de ces derniers ait été telle qu'elle satisfasse les besoins raisonnables du public, compte tenu de la nature de l'oeuvre. Ne constituent pas une publication la représentation d'une oeuvre dramatique, dramatico-musicale ou cinématographique, l'exécution d'une oeuvre musicale, la récitation publique d'une oeuvre littéraire, la transmission ou la radiodiffusion des oeuvres littéraires ou artistiques, l'exposition d'une oeuvre d'art et la construction d'une oeuvre d'architecture.[655]

Paradoxalement, la version anglaise de ce paragraphe ne fait plus référence à la notion de « [copies] made available », notion centrale et traduction de *éditer* dans la précédente version de la Convention. En 1948 une autre formulation lui sera préférée, celle de « works published ». La définition devient d'ailleurs elliptique puisque le législateur choisit d'employer l'expression « works published » pour définir le concept de « published works ». On retrouve toutefois une *trace terminologique* de l'ancienne expression « [copies] made available » dans l'idée de « availability of such copies » apparaissant plus loin dans le paragraphe 3(3) :

> (3) The expression « published works » means works published with the consent of their authors, whatever may be the means of manufacture of the copies, provided that the availability of such copies has been such as to satisfy the reasonable requirements of the public, having regard to the nature of the work. [...].[656]

Ensuite, l'alternance des termes utilisés pour la définition d'« oeuvres publiées », « [copies] made available »[657], « works published »[658], « œuvres éditées »[659], « mise à disposition »[660]

---

[655] Nos soulignés.
[656] Nos soulignés.
[657] Article 2, *Déclaration interprétative* (version anglaise), 1896 et 4(4) Acte *de Rome de la Convention de Berne* (1928).
[658] Article 4(4) *Acte de Bruxelles de la Convention de Berne* (1948) ; article 3(3) Acte de Paris de la Convention de Stockholm (1971) (versions anglaises).
[659] Article 2, *Déclaration interprétative*, 1896 et 4(4) *Acte de Rome de la Convention de Berne* (1928) ; Article 4(4) *Acte de Bruxelles de la Convention de Berne* (1948) ; article 3(3) *Acte de Paris de la Convention de Berne* (1971) (versions françaises).
[660] Article 4(4) *Acte de Bruxelles de la Convention de Berne* (1948) ; article 3(3) *Acte de Paris de la Convention de Berne* (1971) (versions françaises)

des exemplaires ou « availability of such copies »[661], signalent avant tout, à notre avis, un effort dans la description des actes envisagés. On ne peut certainement pas conclure que ces variations sont les empreintes d'une évolution conceptuelle menant au droit actuel de *mise à disposition*. L'intention du législateur de 1896, de 1928 voire de 1948 était, on s'en doutera, tout autre. Les mots utilisés visent donc uniquement, à notre avis, à définir le *fait juridique* de publier une œuvre et non à créer un nouveau fait juridique ou droit de « mise à disposition ». Ceci est difficilement contestable.

Enfin, les versions française et anglaise du texte de la Convention restreignent leur application aux exemplaires physiques des œuvres puisque n'est pas une publication la représentation théâtrale, l'exécution ou l'exposition d'une œuvre. La notion de mise à disposition ou d'édition renvoie donc ici exclusivement à la publication d'exemplaires physiques, marquant ainsi une distance nette avec le concept de « mise à disposition » des Traités OMPI de 1996 qui visent les *œuvres* et non leurs exemplaires. Elle sert à définir une disposition de la loi - l'article 3(3) de la Convention de Berne - qui ne vise donc pas la mise à disposition des œuvres directement[662]. Ficsor conclura à ce sujet que :

> The expression « making available ...» appearing in the definition of « publication » is limited to one of the possible ways of making available works to the public, namely making available copies of works (which obviously may be carried out through the acts that may be regarded as distribution of copies : sale, rental, lending or some other transfers of property, or at least possession of copies of a works).[663]

Dans le sens proposé de la définition d'« œuvres publiées », l'expression « mise à disposition » et la notion de « distribution » des Traités de l'OMPI de 1996 appartiennent au même champ sémantique. Ce rapprochement est gênant puisque l'inclusion du droit de mise à disposition dans le droit de communication exprime clairement l'idée inverse, celui de soustraire le droit de mise à disposition de la distribution d'exemplaires physiques. On

---

[661] *Id.* (versions anglaises)

[662] Ceci explique d'ailleurs que le droit de distribution y soit défini comme un droit régissant « exclusivement les exemplaires fixés qui peuvent être mis en circulation en tant qu'objets tangibles », Article 6 et 7, *Déclarations communes concernant le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur.*

[663] M. FICSOR, *The Law of Copyright and The Internet*, *op. cit.*, note 6, p. 168.

échappe à la contradiction si l'on ignore l'existence de l'expression dans les premiers textes de Berne : sa présence ne serait qu'anecdotique.

Il ne faut pas trop attendre de cette recension. Elle montre le caractère neutre de l'expression « mise à disposition », qui, dans l'esprit juridique, ne s'allie pas plus à la matière qu'à l'anti-matière; hermaphrodite, il participe des deux.

D'ailleurs la Convention de Berne, depuis la révision de Stockholm de 1967, emploie l'expression « mise à disposition » dans un sens élargi à deux endroits. Cette fois, en effet, la Convention de Berne ne parle plus de mise à disposition d'exemplaires, mais de mise à disposition d'*œuvres*.

ii) La *mise à disposition* d'œuvres dans la Convention de Berne

Les articles 7 - *Durée de la protection* - et 10 - *Libre utilisation des œuvres dans certains cas* - de la Convention emploient l'expression de « mise à disposition » dans une acception large. Il suffira ici de reproduire les dispositions concernées et de noter qu'elles visent l'*œuvre* et non plus l'*exemplaire*, support physique :

> Article 7 - Durée de la protection
> [...]
> (2) Toutefois, pour les œuvres cinématographiques, les pays de l'Union ont la faculté de prévoir que la durée de la protection expire cinquante ans après que l'œuvre aura été rendue accessible au public avec le consentement de l'auteur, ou qu'à défaut d'un tel événement intervenu dans les cinquante ans à compter de la réalisation d'une telle œuvre, la durée de la protection expire cinquante ans après cette réalisation.
> (3) Pour les œuvres anonymes ou pseudonymes, la durée de la protection accordée par la présente Convention expire cinquante ans après que l'œuvre a été licitement rendue accessible au public. [...][664]

[664] Nos soulignés.

> Article 10 - Libre utilisation des œuvres dans certains cas
> (1) Sont licites les citations tirées d'une œuvre, déjà rendue licitement accessible au public, à condition qu'elles soient conformes aux bons usages et dans la mesure justifiée par le but à atteindre, y compris les citations d'articles de journaux et recueils périodiques sous forme de revues de presse.[665]

Que doit-on retenir de cet exercice terminologique ? D'abord, qu'il est difficile de conclure que la Convention de Berne est le berceau conceptuel du droit de mise à disposition. Ensuite, l'ouverture de sens auxquels procèdent les articles 7 et 10 montre à quel point il est difficile d'écrire le droit à partir de l'articulation œuvres/exemplaires. Une œuvre peut être mise à disposition de plusieurs façons, *distribuée* de plusieurs façons, et il semble désormais difficile d'articuler le modèle patrimonial existant sur cette seule distinction. Le droit moderne tente ainsi de maintenir artificiellement les différences : certains droits viseraient un objet tangible (distribution, location, prêt, publication, etc.), les autres concerneraient la communication des œuvres sans médiation d'un support (représentation, communication au public par télécommunication, droit de présentation, etc.). Mais la doctrine ne s'y trompe pas : « digital transmissions scramble the beautifully arranged, dogmatically duly characterized and justified picture of these two family of rights »[666]. Et en effet, la transmission des copies numériques d'une œuvre ne peut plus être examinée à partir d'une seule de ces subdivisions, elle implique nécessairement l'examen de plusieurs à moins de leur substituer un seul droit général[667]. Enfin, il permet de revenir sur la proximité originelle de sens du droit de publication et du droit de distribution, la notion de « mise à disposition » étant un outil descriptif commun.

Tout comme l'épistémologie juridique de la notion de « mise à disposition » nous a montré les variétés de sens que pouvait prendre une expression, l'objet du droit de distribution lui-même peut être double. Le droit de distribution peut être un droit versatile, il peut

---

[665] Nos soulignés.

[666] M. FICSOR, « Copyright in The Digital Era : The WIPO Internet Treaties », *loc. cit.*, note 632, notant également que (p. 208) : « some hybrid forms of « making available » emerge which do not respect the preestablished borders between copy-related rights and not copy-related rights ».

[667] Les conclusions de Commission européenne rendent compte de la difficulté de sortir des cadres d'analyse préétablis. Pour tenter de dégager l'analyse des schémas préexistants elle parlera de services et non plus d'œuvres, ni de supports.

transcender les distinctions établies reposant sur la matière : il peut s'appliquer, *en principe*, aussi bien aux œuvres qu'aux exemplaires.

La communauté internationale n'a pas totalement fermé la porte à l'approche du droit de distribution. Elle a au contraire reconnu la possibilité aux pays signataires des Traités de 1996 de transposer, à leur manière, le *droit de mise à disposition* dans l'ordre interne. Les parties ont ainsi admis que la règle de droit n'était pas figée dans l'expression textuelle du droit de mise à disposition des articles 8 TODA, 10 et 14 TOIEP.

2) Le droit de distribution comme droit de mise à disposition

Au lendemain de la ratification des deux Traités de l'OMPI de 1996, Françon dira que leur « adoption a été des plus laborieuses », ajoutant encore que « l'accord n'a été conclu que grâce à l'adoption de textes de compromis élaborés à chaud et donc n'ayant pas toujours laissé place à une réflexion préalable approfondie. Le mot « accord » est d'ailleurs réducteur d'une réalité passablement plus complexe qui fait apparaître que, sur les diverses dispositions discutées, le consentement des États s'est manifesté avec une force variable selon que telle ou telle disposition était en cause »[668]. L'histoire de l'adoption du droit de communication au public par *mise à disposition* au lieu et place de la proposition américaine du droit de distribution par transmission électronique est l'une de ces réalités complexes qui obligent l'interprète à se détacher de la lettre du texte des Traités de 1996. Au vue de l'évidente divergence entre les États-Unis et les membres de la Communauté européenne quant à la façon de traiter les opérations interactives, les plénipotentiaires se sont entendus pour accorder aux États signataires toute latitude dans la transposition des dispositions entérinées au niveau conventionnel. Cette approche est celle de la solution *parapluie* (i). Elle nous laisse aujourd'hui avec un seul *spécimen national* du droit de distribution électronique, celui du droit américain, confirmant la viabilité de ce concept dans l'environnement numérique (ii).

i) La forme indicative du droit de mise à disposition

Il n'est pas dans les habitudes américaines d'abandonner une position de négociation. C'est ainsi qu'il faut interpréter avec circonspection le retrait de la proposition américaine du droit de distribution par transmission électronique. Elle n'est pas une défaite de la délégation américaine, ni un triomphe des tenants de la position européenne[669]. En réalité, les États-Unis ont obtenu la garantie que les Traités de 1996 ne leur imposeraient pas la qualification et, qu'en d'autres termes, ils auraient toute liberté pour les transposer dans leur langage. Cette garantie est celle de la *solution parapluie* dont on peut asseoir le principe dans le texte de l'article 14 TODA : « Les Parties contractantes s'engagent à adopter, en conformité avec leur système juridique, les mesures nécessaires pour assurer l'application du présent traité ». À chacun ses moyens, c'est ce que semble indiquer la disposition. Et c'est effectivement ainsi que les plénipotentiaires l'entendront.

L'auteur Desurmont décrira très bien l'effet de cette solution sur l'interprétation de l'article 8 TODA :

> Il est clair pour à peu près tout le monde que si ce droit est dénommé droit de communication publique, il ne s'agit pas de l'imposer à l'ensemble du monde et de qualifier dans tous les cas la transmission en réseau comme relevant du droit de représentation ou du droit de communication publique tel qu'on l'entend au sens de la Convention de Berne. Il s'agit simplement de reconnaître aux auteurs le droit exclusif

---

[668] A. FRANÇON, « La conférence diplomatique sur certaines questions de droit d'auteur et de droits voisins », *loc. cit.*, note 638, p. 7.

[669] Le professeur David Nimmer emploiera ces termes dans une description colorée de la situation au lendemain de la signature des Traités de 1996 : « On salutary feature of the defeat of the U.S. approaching the defining of « volatile exploitation » under the reproduction and distribution rights concerns the first-sale defense. If those who obtain copyrighted goods online are conceptualized as having benefited from a species of « distribution », then their resulting products are freely subject to further dissemination. The spectre thus arises of limitless copies of copies swarming unregulated across the Net. In order to safeguard against that consequence, copyright's first-sale defense would have to be decoupled from the distribution right in these instances. On the other hand, the first-sale defense does not facially apply to the public performance. Therefore, the triumph of the European model means that no corresponding change needed to be effected to the first sale doctrine by assimilating volatile « distribution » as a species of « communication to the public » ». D. NIMMER, « A Tale of Two Treaties. Dateline: Geneva - December 1996 », (1997-1998) 22 *Colum.-VLA J.L. & Arts* 1, p. 12.

> d'autoriser ou d'interdire les transmissions et les différents États ont la possibilité pour ce faire d'opter pour telle ou telle qualification (que ce soit le droit de représentation, dans certains cas le droit de distribution..., ce que feront très probablement les États-Unis, ou aussi éventuellement un droit sui generis).[670]

La forme du droit importe peu, pourvu que le principe de protection des droits des auteurs soit respecté[671]. Certains états ont opté pour la transposition exacte. Le droit anglais a choisi cette formule et reproduit presque à l'identique l'article 8 TODA - repris à l'article 3 de la *Directive société de l'information* - en introduisant le concept de *mise à disposition* sous le droit de communication au public prévu à l'article 20 CDPA[672]. Au Canada, le *Projet de loi C-60* emporterait, s'il était adopté, une modification similaire puisque le droit de communication au public par télécommunication de l'article 3(1)f) y est redéfini pour couvrir les actes d'une personne « qui met une oeuvre ou tout autre objet du droit d'auteur à la disposition du public de manière que chacun puisse y avoir accès par télécommunication individuellement de l'endroit et au moment qu'il choisit »[673]. La France, quant à elle, n'a toujours pas présenté sa position définitive.

En revanche, on le sait, le droit américain n'a subi aucune modification. Ceci fera conclure au *Bureau du droit d'auteur* que le droit américain est le seul droit à avoir maintenu la solution d'un droit de distribution, solution qui s'accommode fort bien de la distribution de

---

[670] T. DESURMONT, Document 6/97F CISAC, février 1997, cité dans A. FRANÇON, « La conférence diplomatique sur certaines questions de droit d'auteur et de droits voisins », *loc. cit.*, note 638, p. 31,

[671] « The intention behind this solution is not just to get rid of the problem at the international level and pass it over to national laws, without appropriate guarantees for efficient protection. The intention is to offer an « umbrella » which grants effective and efficient protection in the digital environment, an to facilitate « interoperability » between different systems which, however, are supposed to be common in respect of their effectiveness and efficiency », M. FICSOR, *The Law of Copyright and The Internet*, *op. cit.*, note 6, p. 208.

[672] Qui se lit désormais comme suit :

« 20 Infringement by communication to the public

(1) The communication to the public of the work is an act restricted by the copyright in -

(a) a literary, dramatic, musical or artistic work,

(b) a sound recording or film, or

(c) a broadcast.

(2) References in this Part to communication to the public are to communication to the public by electronic transmission, and in relation to a work include -

(a) the broadcasting of the work;

(b) the making available to the public of the work by electronic transmission in such a way that members of the public may access it from a place and at a time individually chosen by them », nos soulignés.

copies immatérielles[674]. Ce droit s'apparente au droit de *mise à disposition* puisque, dans son application aux opérations télématiques, il ne s'épuise pas. Or c'était là, on le sait, la principale raison de la récupération du droit de *mise à disposition* dans le giron du droit de communication par télécommunication[675] :

> The WCT and the WPPT provide an exclusive distribution right with respect to tangible copies of works while, with respect to intangible copies (that is, transmissions), providing a separate exclusive right of making available to the public, that was conceived as a subset of a general right of communication to the public. The treaties permit members to limit the distribution right with an exhaustion principle, but there is no requirement to do so. There is no provision in either treaty regarding exhaustion of the making available or communication rights. This is hardly surprising since exhaustion is a concept that has heretofore only applied to the right to distribute tangible copies.
>
> Those countries that have implemented protection for online transmissions have largely done so through the right of communication to the public and thus provide no equivalent of the first sale limitation to such rights. We are not aware of any country other than the United States that has implemented the making available right through application of a combination of the distribution, reproduction, public performance and public display rights. In a sense, the only reason the issue of first sale arises in the U.S. is because we chose to implement the making available right through, *inter alia*, the distribution right. Elsewhere, online transmissions are considered communications to the public, and the first sale doctrine simply does not apply[676].

Il est temps de passer à l'analyse cognitive : vérifions comment le droit de distribution peut effectivement servir les fins qui sont attribuées au droit de *mise à disposition* dans les Traités de 1996.

---

[673] Article 2, *Projet de loi C-60,* précité, note 11.

[674] « Transmissions over the Internet run afoul of the copyright owner's reproduction, distribution, and display rights and, for various reasons, the first-sale exception does not immunize such transmissions », K. KUPFERSCHMID, « Lost in Cyberspace : The Digital Demise of The First-Sale Doctrine », *loc. cit.*, note 604, pp. 855-856.

[675] À ce sujet, les commentaires de J. REINBOTHE et S. von LEWINSKI, *The WIPO Treaties 1996, op. cit.*, note 502, p. 108.

ii) Le *spécimen* américain du droit de distribution électronique

Les accords de 1996 ont laissé au droit américain un outil fort efficace qui régit désormais la distribution numérique, un droit de distribution qui *ne s'épuise pas* et qui permet de retenir la responsabilité non seulement de celui qui met à disposition l'œuvre, mais également celui de l'intermédiaire par l'action duquel elle sera *distribuée*. Le droit de distribution électronique fait donc plus que le droit de mise à disposition et réunit sous une même base juridique les causes de contrefaçon directe et indirecte. C'est ce qu'il faut retenir de la tendance jurisprudentielle récente.

Les tribunaux judiciaires américain, depuis l'affaire *Playboy*[677], et ceci est bien acquis, reconnaissent l'application du droit de distribution en conjonction avec d'autres droits dans toutes les situations où l'œuvre est mise à disposition. La notion de « copie » est centrale dans la lecture du droit de distribution : c'est à travers elle que l'auteur peut se réserver la reproduction *per se* de son œuvre, mais également la distribution subséquente de l'œuvre dès lors qu'il y a création de générations de copies physiques ou numériques. Si l'on étire encore cette proposition, on en arriverait à une analogie assez confondante entre la conception française du *droit de destination* et celle du droit américain appliqué aux opérations numériques : toutes deux plébiscitent une lecture extensive du droit d'auteur à partir du droit de reproduction.

---

[676] *Rapport du Bureau du droit d'auteur*, *op. cit.*, note 600, p. 94

[677] *Playboy Enterprises, Inc.* v. *George Frena, précité*, note 422. La Cour de Jacksonville devait se prononcer sur la légalité d'un babillard électronique sur lequel le défendeur avait placé quelques 170 images du célèbre magazine (p. 1556) : « PEI's right under 17 U.S.C. § 106(3) to distribute copies to the public has been implicated by Defendant Frena. Section 106(3) grants the copyright owner « the exclusive right to sell, give away, rent or lend any material embodiment of his work. », NIMMER, *Nimmer on Copyright*, § 8.11[A], at 8-124.1 (1993). There is no dispute that Defendant Frena supplied a product containing unauthorized copies of a copyrighted work. It does not matter that Defendant Frena claims he did not make the copies itself ». Dans ce sens également et jugeant que la transmission par Internet de son œuvre sur demande constitue un acte de distribution au sens de la loi américaine, *Marobie-FL, Inc.* v. *National Association of Fire Equipment Distributors*, (1997) 45 *U.S.P.Q.* 2d. 1236 (N.D. Illinois); *Playboy Enterprises, Inc.* v. *Chuckleberry Publishing Inc.*, (1996) 939 *F.Supp.* (S.D.N.Y.). Contra : « distribution is generally thought to require transmission of a « material object » », *Agee* v. *Paramount Communications*, (1995) 59 *F. 3d.* 317 (2d Circ.), p. 325.

La portée du droit de distribution appliqué aux activités numériques est grande : elle s'étend aux actes de contrefaçon indirecte. Cette expansion naturelle regroupe l'utilisateur et l'intermédiaire sous un seul qualificatif : celui de distributeur, le distributeur étant celui qui prend l'initiative (commande) ou par lequel l'œuvre est distribuée (transmission). Ici la notion de distribution du droit d'auteur rejoint celle retenue en droit commercial moderne et qui est comprise « comme un acte d'intermédiation par lequel un agent intervient dans le circuit économique pour assurer la transmission d'un bien ou d'un service de celui qui l'a à celui qui désire l'obtenir »[678]. Cette évolution intrinsèque du droit à partir de la notion de distribution est bien apparente. Déjà, dans la décision *Napster* v. *A&M Records, Inc*[679], décision qui met en cause la responsabilité de *Napster*, la Cour d'appel du neuvième circuit affichait une grande liberté dans l'emploi des termes reproduction et distribution, confirmant encore leur complémentarité. La Cour accueille les prétentions des demanderesses selon lesquelles « plaintiffs claim Napster users are engaged in the wholesale reproduction and distribution of copyrighted works, all constituting direct infringement »[680] et condamne *Napster* pour avoir facilité la réalisation de ces infractions[681]. La *distribution* vient naturellement donner la mesure de l'acte reproché et compléter l'acte de reproduction, ce qui permet, en fin de compte, de prendre l'acte dans

---

[678] Charlaine BOUCHARD, *Droit et pratique de l'entreprise : fonds d'entreprise, concurrence et distribution*, T.2, Cowansville, Yvon Blais, 2005, p 379.

[679] *Napster* v. *A&M Records, Inc*, *précité*, note 395, p. 1013. Dans le même sens et reconnaissant la responsabilité indirecte des propriétaires de logiciels de partage au titre de la contrefaçon commise par les utilisateurs, *MGM Inc.* v. *Grokster, Ltd.*, *précité*, note 12.

[680] *Napster* v. *A&M Records, Inc*, *id.*, p. 1013.

[681] Cette combinaison presque naturelle et symbiotique des notions de distribution et de reproduction apparaît également dans l'affaire canadienne *R.* c. *M.(J.P.*, *précité*, note 547, par exemple, la Cour d'appel de Nouvelle Écosse maintient la condamnation pénale d'un adolescent pour avoir *distribué* illégalement des copies de programmes d'ordinateur à l'aide d'Internet. Le juge Roscoe conclut que (p. 156): « It is also clear that when he accessed his computer by modem from his friends' home and downloaded the programs onto their computers he was « distributing » the infringing copies. Furthermore, by controlling the means and manner by which the users of the bulletin board accessed area 20, and providing the software to assist in the downloading by modem by those users, the appellant was also distributing, that is giving out, or sharing the infringing copies ». L'acte incriminé est prévu à l'article 42(1) *Lda.* : « 42. (1) Commet une infraction quiconque, sciemment :

a) se livre, en vue de la vente ou de la location, à la contrefaçon d'une oeuvre ou d'un autre objet du droit d'auteur protégés;

b) en vend ou en loue, ou commercialement en met ou en offre en vente ou en location un exemplaire contrefait;

c) en met en circulation des exemplaires contrefaits, soit dans un but commercial, soit de façon à porter préjudice au titulaire du droit d'auteur ». La version anglaise emploie les termes « distributes infringing copies ». La loi ne définit pas le terme « copy » ou « exemplaire », (nos soulignés).

son ensemble et non partiellement - *reproduction* et/ou, par exemple, *communication* - pour conclure à la contrefaçon[682]. L'arrêt de la Cour suprême dans *MGM* v. *Grokster, Ltd*[683] confirme également, à notre avis, l'*aura* juridique du droit de distribution. Il impose le vocable de *distribution* pour décrire les actes de transmissions numériques via l'utilisation des logiciels de partage, il reconnaît l'application du droit de distribution[684], et, enfin, permet de retenir la responsabilité des personnes qui mettent à disposition des utilisateurs des outils logiciels permettant la *distribution* des œuvres. La Cour accueille ainsi les prétentions d'un groupe « of copyright holders (MGM for short, but including motion picture studios, recording companies, songwriters, and music publishers) [who] sued Grokster and StreamCast for their users' copyright infringements, alleging that they knowingly and intentionally distributed their software to enable users to reproduce and distribute the copyrighted works in violation of the Copyright Act, 17 U. S. C. §101»[685].

Le droit de distribution s'impose dans sa fonction prohibitive avec un avantage incomparable sur les droits de communication ou de mise à disposition puisque son application ne passe pas par l'examen de la notion de « public ». Il demeure donc un candidat de choix non seulement pour répondre à la question du droit applicable aux activités numériques, mais également pour servir de base à l'instauration d'un système unique de licences négociées, volontaires ou légales.

Conclusion du Chapitre II et du quatrième Titre

L'importance de la distribution n'est plus à démontrer. Elle est l'élément moteur de notre droit qui, pour des raisons historiques et tenant à l'obstacle de la propriété matérielle, s'en est méfié. Il semble désormais que l'ordre des choses soit en partie rétabli. Certes les Traités de 1996 limitent l'application du droit de distribution aux seuls exemplaires

---

[682] Puisqu'il faut bien, comme le dit justement Ysolde Gendreau, qu'il y ait des « exemplaires à mettre en circulation » et, préciserons-nous, des exemplaires « contrefaisants », Y. GENDREAU, « Le droit de reproduction et l'Internet », *loc. cit.*, note 397, p. 33.

[683] *MGM Inc.* v. *Grokster, Ltd.*, (2005) 545 *U.S.* (27 juin 2005) (C.S.).

[684] *Id*, par exemple, pp. 2, 4, 11 (motifs du juge Souter, écrivant pour la Cour), en ce sens également, pp. 2 et 5 (juge Ginsburg)

[685] *Id.*, p. 2, (motifs du juge Souter)

physiques, mais, nous l'avons démontré, il est sans cesse complété par des droits spécifiques de distribution, prenant la forme d'un droit exclusif à l'exemple du droit de location ou d'un droit à rémunération, comme c'est le cas pour le droit de prêt. L'augmentation des prérogatives de l'auteur par des prérogatives traditionnelles de distribution imprime donc déjà une orientation nouvelle au droit d'auteur que nous ne pouvons pas ignorer, une orientation qui replace le droit de distribution au centre du système patrimonial du droit d'auteur.

La convergence des médias et la distribution électronique des œuvres, ce que le professeur Hardy décrivait comme la « superdistribution »[686], va encore confirmer sa force descriptive, son attraction. Pour ce qui est du droit américain, il est central : ici le droit de mise à disposition est essentiellement un droit de *distribution numérique qui ne s'épuise pas*. Ce rétablissement de sens, cette légitimité accordée maladroitement à travers la *solution parapluie* des Traités de 1996 nous mène nécessairement à reconsidérer la portée du droit d'auteur.

Une chose est certaine, le droit de distribution se réapproprie de plus en plus de terrain, tant sur les plans contractuel que législatif. Quant à son application jurisprudentielle, elle domine l'exercice de qualification. C'est en tout cas ce que l'on peut déduire des récentes décisions américaines pour lesquelles le concept de distribution se révèle éclairant.

---

[686] Trotter HARDY, *Project Looking Forward : Sketching the Future of Copyright in a Networked World*, Washington, Library of Congress, 1998, p. 75.

Conclusion générale

Il nous faut désormais conclure. Un premier constat s'impose : la distribution est au cœur de l'évolution du droit d'auteur; c'est elle qui l'anime. Elle est l'élément à partir duquel notre droit a su s'ajuster, évoluer. Au XVIII^{ième} et XIX^{ième} siècles son importance se manifeste clairement à travers les premières dispositions législatives concernant le droit de vendre, de distribuer, mais aussi d'importer[1]. On l'a même vu s'exprimer de façon inattendue sous la forme d'un droit de traduction[2].

Puis, un phénomène particulier nous a été donné de constater : les principales manifestations législatives du droit spécifique de distribution vont disparaître. Nous l'aurons observé, les droits de *vendre* et de *distribuer* s'effaceront pour un temps du tableau législatif des droits patrimoniaux. Une explication à cela, la plus plausible : juges et légistes ont craint que ce nouveau droit de propriété, exorbitant du droit commun, prenne la teinte des monopoles d'antan et nuise au commerce du livre. L'affaire *Bobbs-Merrill* soumise à la Cour suprême des États-Unis au début du XX^{ième} siècle illustre particulièrement bien cette préoccupation[3]. On se souviendra que l'éditeur Bobbs-Merrill invoquait le *droit de vendre* prévu à la loi américaine de 1891 sur le droit d'auteur[4] pour tenter de soumettre à certaines conditions la revente au détail de ses livres et, en particulier, pour en contrôler le prix. La Cour suprême refusera de suivre cette voie et consacrera le principe de

---

[1] La *Loi d'Anne* de 1709 place au côté du droit d'imprimer les droits de « vendre » et d'« importer », *An Act for the Encouragement of Learning by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies, During the Times therein Mentioned*, 8 Anne c. 19 (1710). Les lois américaines de 1790 à 1909 comprennent également un droit de vendre. Même constat en droit français. L'article premier de la loi française de 1793 introduit les droits exclusifs de « vendre, faire vendre, distribuer leurs ouvrages », article premier du *Décret relatif aux droits de propriété des auteurs d'écrits en tout genre, des compositeurs de musique, des peintres et des dessinateurs*, 19-24 juillet 1703, an II de la République, reproduit dans Eugène POUILLET, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, Marchal & Billard, 1879, p. 681.

[2] Nos développements sur le droit de traduction, *supra*, Titre I, p. 221.

[3] *Bobbs-Merrill Co.* c. *Straus*, 210 U.S. 339 (1908). En vertu du texte de la loi applicable à l'époque des faits, le titulaire du droit d'auteur retenait les droits suivants : « printing, reprinting, publishing, completing, copying, executing, finishing, and *vending* », article 4952, *Copyright Act* (1891), 26 *Stat.* 1107.

[4] *An act to amend title sixty, chapter three, of the Revised Statutes of the United States, relating to copyrights*, ch. 565, 26 *Stat.* 1106 (1891)

l'épuisement[5]. Il paraissait alors inacceptable d'obtenir par le droit d'auteur ce qui n'aurait pas pu être obtenu par le droit commun.

Jusqu'à aujourd'hui, l'organisation juridique, économique et sociale du commerce des biens repose principalement sur le modèle de la propriété privée. Le droit des biens réglemente ainsi sans distinction le sort de l'exemplaire comme celui d'autres biens du commerce. Le droit de la propriété intellectuelle est bien souvent considéré, à tort selon nous, comme un droit d'exception, un droit résiduaire, qui prend difficilement sa place dans cette organisation. Il s'ensuit que la notion de *distribution* a été fort longtemps un passager discret, voire clandestin, de l'évolution du droit d'auteur. Elle a dû attendre, pour sortir au grand jour, que l'on accepte une réglementation particulière visant spécifiquement le commerce des biens intangibles. On réalise lentement et progressivement aujourd'hui que le droit de la propriété intellectuelle tient dans nos systèmes modernes la place que tenait au XIX^{ième} siècle le droit des biens dans les Codes[6]. La transition est lente mais irrémédiable.

Dans cette perspective, on aura apprécié le raffinement avec lequel le droit d'auteur a su, au XIX^{ième} siècle, organiser le marché du livre sans jamais prononcer le mot *distribution* : conjugué avec le principe du traitement national et les recours en importation, le droit de reproduction a servi, au moins à l'échelle internationale, de *droit de distribution*. L'affirmation du droit d'auteur en tant que droit de distribution n'était certainement pas complète; elle était en devenir seulement. En réalité, le droit d'auteur a été placé sous un régime de restrictions, sous la régence du principe de l'*épuisement*. On le sait, dans le domaine de la distribution la règle du droit d'auteur se dissout et laisse une place prépondérante aux droits du propriétaire du support de l'œuvre : le droit sur le bien physique éclipse dans bien des cas le droit de propriété intellectuelle. Mais l'artifice ne tient

---

[5] Le demandeur voulait donner effet à la clause étiquette suivante : « The price of this book at retail is one dollar net. No dealer is licensed to sell it at a less price, and a sale at a less price will be treated as an infringement of the copyright ». Richard Bowker écrira également à ce sujet que : « The courts have in general held that copyright or patent laws, while creating a legal monopoly for the author or original proprietor, do not authorize any continuing control, and have indeed gone so far as to indicate that the sale is absolute and complete unless limited by special contract within the principles of common or statutory law of contracts », R. R. BOWKER, *Copyright Its History and Its Law*, New York, Constable & Co., 1912, p. 54.

[6] Nos réflexions sur la place du droit d'auteur dans la codification civile, *supra*, Titre I, p. 142 et Y. GENDREAU, « La nature du droit d'auteur selon le nouveau code civil », (1993) 27 *R.J.T.* 87.

plus. C'est au tour de l'*épuisement* de laisser sa place à un droit de propriété intellectuelle fort et entier. Après l'avènement de la société de services, voilà celui de la société de l'information. Cette mutation sociale s'accompagne nécessairement d'un changement normatif. Le principe de l'*épuisement*, nous l'avons démontré, est une règle désuète appartenant à une autre ère, celle de la matérialisation. Il est condamné à disparaître. Le domaine de la distribution est voué désormais en majeure partie aux règles de la propriété intellectuelle dont il faut certainement redéfinir les fonctions, car de règles spécialisées elles deviennent des règles d'application *générale*. Ceci est nouveau. Chose étonnante également, le droit d'auteur recouvre aujourd'hui la fonction qu'on lui avait attribuée originellement : il régissait la *distribution* internationale des *livres*, il régit désormais la *distribution* électronique des *œuvres*.

Ce changement de paradigme, le passage du droit sur la chose corporelle à la chose incorporelle, mène inévitablement, nous l'avons démontré, à l'augmentation des prérogatives de l'auteur et, avec elle, à la reconsidération de la fonction de la loi dans le commerce des intangibles. Est-il plus légitime pour l'auteur que pour le fabricant de meuble de lui donner les moyens de contrôler sa création ? Nous croyons que oui.

Plus encore, notre étude pose les hypothèses d'une *révision* fondamentale de notre droit. Il aurait dû, à notre avis, être reconnu comme un *droit de distribution*. Il en devient un, très certainement, mais par la force des choses. Nous avons mentionné l'omniprésence du droit de reproduction qui permet d'appréhender de nombreuses séquences de la transmission numérique. On admettra sans peine que l'avènement de la distribution numérique donne aux règles du droit d'auteur une place prédominante sur les autres disciplines de propriété intellectuelle, mais peut-être aussi sur les autres matières du droit. Le juriste constate alors l'inévitable : la primauté du droit d'auteur dans la distribution électronique. Est-ce étonnant ? Non. L'étude démontre l'existence, bien avant l'ère de l'électronique, d'un *droit de distribution* latent, polymorphe, sans cesse plus présent. Plus encore, nous avons tenté de montrer qu'il serait l'essence du droit d'auteur.

En réalité, si le droit d'auteur n'a pas été reconnu plus tôt en tant que droit de distribution, c'est qu'on a voulu en faire un droit *absolu* à une époque où l'abolitionnisme règne[7]. La discussion sur la distribution aura ainsi permis de découvrir le double langage de notre droit : il voudrait se présenter, d'une part, comme une émanation du droit de la personne de l'auteur tout en limitant, d'autre part, la mesure de ce droit *naturel* pour des raisons commerciales. L'anomalie paraît évidente. Le droit de l'auteur a été défendu et revendiqué par les marchands – les imprimeurs avec l'appui de certains de leurs auteurs - poursuivant leurs propres intérêts : celui de contrôler l'industrie de l'imprimerie, mais aussi celle de la librairie. C'est donc en partie en accueillant les revendications marchandes que le droit d'auteur a été consacré, mais cette aide a eu son prix : c'est aussi en pesant les conséquences économiques de leurs revendications que le législateur en a posé les limites. Plus encore, ces mêmes défenseurs du droit d'auteur, en demandant un droit *exclusif*, un droit *absolu* au nom de la *sacro-sainte* propriété, ont très certainement desservi la cause des auteurs, car ce type de revendication a généralement aggravé la méfiance des cours ou du législateur à l'égard du droit d'auteur. C'est le professeur Ginsburg qui décrit le mieux ce phénomène. Elle note en particulier l'attitude réfractaire de la Cour suprême des États-Unis à l'égard de revendications pressenties comme des tentatives de restaurer de nouveaux monopoles sur certaines formes de distribution. Cette réaction s'observe tout au long de l'histoire du droit d'auteur, elle devient pathologique :

> The Supreme Court has been more reluctant to « give full protection to the [copyright] monopoly » when it has been perceived that groups of copyright owners in particular sectors were seeking to prohibit a new form of reproduction and distribution, or to leverage their exclusive reproduction rights into monopoly power over devices employed to effect

[7] Ce sont les auteurs Penrose et Machlup, dans leurs travaux sur les origines du droit des brevets, qui font l'avancée la plus significative sur ce thème : « The strength in nineteenth-century Europe of the movements against privilege and monopoly and free international trade was such that the ideological linking of patent protectionism with tariff protectionism and of patent monopoly with monopoly privileges in general tended to help the opponents and to weaken the defenders of the patent system. It was strategically essential for the latter to separate as far as possible the idea of patent protection from the monopoly issue and from the free-trade issue. This was attempted by presenting the case of patent protection as one of natural law and private property, of man's right to live by his work », Fritz MACHLUP et Edith PENROSE, « The Patent Controversy in The Nineteenth Century », (1950) 10 *The Journal of Economic History* 1, p. 9.

> the new kinds of reproductions [et, ajouterons-nous, *or of new kinds of distributions*].[8]

Notre étude apporte ici une nouvelle lecture du droit d'auteur. Elle plébiscite la création d'un droit de distribution au bénéfice de l'auteur. En réalité, lui accorder ce droit revient à le replacer au centre du dispositif du droit d'auteur – car dans les faits il en a été longtemps tenu à l'écart. On lui donne enfin les moyens de participer à ce que nous avons identifié comme étant la destination essentielle de l'œuvre : sa distribution. Les théories de la destination ont largement contribué à poser les bases d'un droit élargi de l'auteur, elles expliquent de manière convaincante que le droit d'auteur se doit d'être bien plus qu'un simple droit de reproduction. Nous avons poussé l'analyse plus loin. Nous avons soutenu que l'idée de distribution a été approchée avec une grande appréhension. Et pour cause : le risque est grand, en effet, que ce droit de distribution conféré *justement* à l'auteur devienne un instrument d'éviction et de contrôle de la distribution commerciale de l'œuvre. L'étude met ici en évidence la complexité du droit d'auteur, son double langage : les intérêts de l'auteur ne sont pas forcément ceux de l'éditeur.

Jusqu'à présent ces deux ordres d'intérêts ont été articulés autour du contrat. Le schéma législatif classique repose en effet sur le principe de la dépossession systématique des droits patrimoniaux de l'auteur au profit de l'éditeur. C'est finalement ce dernier qui, dans une conception classique, deviendra titulaire des droits garantis par la loi à l'auteur et organisera la distribution de l'œuvre. La séquence des droits dans la mise en œuvre du droit d'auteur est donc la suivante : l'auteur a un droit absolu dans son œuvre; son droit peut être cédé; une fois cédé le droit cesse d'être absolu puisqu'il bénéficie à l'éditeur cette fois. Si le droit d'auteur est ainsi limité en fin de course, c'est qu'il peut agir sur le contrôle des prix, sur l'accès, la diffusion de la culture ou encore les droits des utilisateurs.

Comment alors concilier l'objectif d'une protection optimale de l'auteur et le sain exercice du commerce ? La solution réside certainement dans la perception que l'on peut avoir de notre droit : on doit admettre désormais que le droit d'auteur n'implique pas forcément

---

[8] Jane GINSBURG, « Copyright and Control Over New Technologies of Dissemination », (2001) 101 *Columbia L. R.* 1613, p. 1622. On renverra également à nos développements sur la réponse du droit aux

l'exclusivité. Il peut et doit, bien au contraire, comme nous l'avons soumis, être un droit régulateur, dont le régime s'adapte aux différentes formes de distribution et aux différents intérêts concernés. Il est peut-être temps d'accepter que le droit qui nous occupe soit une norme flexible et changeante et non plus une règle immuable. Le droit doit être le produit de l'expérience, il n'est pas nécessairement un exercice savant de projection. À cet égard, notre matière a déjà fait preuve de pragmatisme : la distribution des œuvres par les instruments mécaniques, la radiodiffusion et le câble a permis notamment de dégager le mécanisme des licences légales, volontaires ou obligatoires. Ces solutions, on le sait, ne font pas l'unanimité, mais elles démontrent au moins que le droit peut jouer un rôle *arbitral,* un rôle de *gestionnaire.* En acceptant que le droit d'auteur soit un droit régulateur du commerce des œuvres, on s'éloigne de l'idée d'un droit *exclusif*; il devient un droit *pour tous* : un droit à rémunération pour certains, un droit d'utilisation pour d'autres. Cette fois ce n'est plus le contrat qui organise la distribution, c'est la loi.

L'avantage de cette solution est considérable quand on sait que l'aspect contractuel de la transmission du droit d'auteur, à titre de cession ou de concession, est très peu encadré par la loi. C'est ainsi que le schéma que nous proposons ne repose plus sur la séquence classique des droits, séquence dont le pivot est l'organisation de la distribution par le contrat. Cette fois, c'est la loi qui donnerait la mesure du droit de l'auteur et celle du droit de l'éditeur. Elle pourrait ainsi intervenir dans le mécanisme de rétribution en introduisant dans certains cas des mécanismes de licences volontaires ou obligatoires. Elle pourrait prévoir un régime spécifique d'exceptions propre à chaque mode de distribution - par exemple en autorisant la distribution par courriel mais en interdisant celle par échange de fichier -, etc.

On se plaît ainsi à penser que la distribution est peut-être le *concept* à partir duquel le droit d'auteur peut être repensé et surtout simplifié. Car, après tout, tous les droits patrimoniaux peuvent être reformulés à partir de l'idée de distribution : les droits d'adaptation par exemple, ou de traduction encore, n'ont de sens que parce qu'ils donnent à l'auteur la possibilité d'interdire la distribution de l'adaptation ou de la traduction non autorisée! Si

---

instruments mécaniques et à la radiodiffusion, *supra*, 299 et s.

l'œuvre dérivée n'est pas publiée ou distribuée, le droit n'a pas lieu de s'appliquer. Le législateur n'ira certainement pas interdire la *possession* d'une œuvre dérivée. Chacun des droits patrimoniaux du droit d'auteur peut être repensé en terme de *distribution*. L'exercice vaut aussi pour les droits de la famille du droit d'exécution. Nous avons d'ailleurs émis l'hypothèse selon laquelle ces droits, et plus particulièrement le droit de transmission par radiodiffusion, visaient expressément ce que l'on avait alors appelé la *télédistribution*[9].

Notre thèse du *droit de distribution* rejoint et relance l'analyse du professeur Andrew Christie, qui déjà en 1995 avait tenté de simplifier la structure patrimoniale du droit d'auteur. Défendant l'idée d'un *nouveau* droit d'auteur, il proposait de fédérer l'ensemble des droits autour de deux droits fondamentaux :

> The exclusive rights of the new copyright could be reduced to two – (1) the exclusive right to make a transient embodiment of a protected subject-matter, and (2) the exclusive right to make a non-transient embodiment of a protected subject-matter. It follows that there would be two infringing acts, being the unauthorised doing of either of the two exclusive rights and two infringing subject-matters. The two infringing subject-matters are called in this discussion a « Presentation » and a « Reproduction »
>
> « Presentation » is defined herein as « a transient embodiment of a Performance or a Fixation made without the consent of the owner of copyright in the Performance or the Fixation ». Examples of a Presentation include an unauthorised performance of music that previously has been performed or recorded, and an unauthorised broadcast of a film.
>
> « Reproduction » is defined herein as a « non-transient embodiment of a Performance or a Fixation made without the consent of the owner of copyright in the Performance or the Fixation ». Examples of a Reproduction include the unauthorised recording on film of the performance of a dance (whether or not choreographed), and the unauthorised copying of a CD sound recording to tape.[10]

---

[9] Voir *supra*, pp. 332 et s.

[10] Andrew CHRISTIE, « Reconceptualising Copyright in the Digital Era », (1995) *E.I.P.R.* 522, p. 529.

Cet exercice de simplification du droit d'auteur pourrait être effectué en partant d'un droit central de distribution ; un droit qui s'appliquerait, avec les aménagements nécessaires, à la fois à la distribution des exemplaires et à celle des oeuvres. L'étude du droit américain nous a déjà démontré que la coexistence d'un droit de *distribution physique* et un droit de *distribution numérique* était possible. S'agissant de la distribution des exemplaires, on s'inspirera des expériences du prêt public et on pourra toujours avoir recours au principe de l'épuisement pour faciliter l'intégration des marchés. Quant à la distribution numérique, l'adoption d'un droit spécifique aurait donné une nouvelle plate-forme de travail, elle aurait permis de fédérer les différents droits applicables – notamment les droits de reproduction et d'exécution – et éviter ainsi les juxtapositions. Le droit de distribution deviendrait un droit autonome. À ce titre, le droit de mise à disposition et les formes de sa transposition en droit national constitueront des observatoires de premier choix sur l'évolution de la notion de distribution : n'avons-nous pas établi qu'il s'apparente fortement à un droit de distribution numérique ? Nous gageons déjà que le droit de mise à disposition aura son propre régime, connaîtra ses propres exceptions.

Chose certaine, nous pouvons entrevoir, à la suite de cette recherche, une revalorisation de la notion de distribution au sein du système du droit d'auteur. Elle va de pair avec l'idée que l'œuvre devient elle-même, inévitablement, un *produit*; un produit bien particulier, mais un produit tout de même.

BIBLIOGRAPHIE

I – Monographies, thèses

A - Ouvrages à caractère général

ACCARIAS, C., *Droit romain*, Tome 1, Paris, Pichon, 1886.

ARNAUD, A.-J., *Essai d'analyse structurale du code civil français*, Paris, L.G.D.J., 1973.

BAKER, J. H. et MILSOM, S. F. C., *Sources of English Legal History*, Londres, Butterworth, 1986.

BENTHAM, J., *Lectures on Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 1978.

BERTAULD, A., *Questions pratiques et doctrinales du Code Napoléon*, Tome 1er, Paris, Durand, 1869.

BLACKSTONE, W., *Commentaries*, Tome II, Londres, Dawsons and Pall Mall, 1966.

BOILEUX, J.-M., *Code Napoléon*, Vol. II, Paris, Marescq Ainé, 1866.

BOSWELL, J., *The Life of Samuel Johnson*, Oxford, G. Birkbeck Hill et L.F. Powell, Oxford University Press, 1934.

BOUCHARD, C., *Droit et pratique de l'entreprise : fonds d'entreprise, concurrence et distribution*, T.2, Cowansville, Yvon Blais, 2005, p 379.

CARTER, E. F., *Dictionary of inventions and discoveries*, New York, Philosophical Library, 1965.

COLIN, A., CAPITANT, H. et JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, L., *Traité de droit civil*, Paris, Dalloz, 1957.

CÔTÉ, P.-A., *Interprétation des lois*, 3ième éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 1999.

CROSS, G. N. et HAND, G. J. P., *The English Legal System*, Londres, Butterworths, 1971.

DEMOLOMBE, C., *Cours de Code Napoléon, La distinction des biens*, Paris, Imprimerie Générale, 1848.

Encyclopédie de la Pléiade, *Histoire des techniques*, Tours, Gallimard, 1978.

FISHER, R. A., *Digest of Reported Cases*, Vol. 1, Londres, H. Sweet, Stevens & Sons, W. Maxwell, 1870.

FOIGNET, R., *Manuel élémentaire de Droit Romain*, Paris, Rousseau, 1947.

GAIUS, *Les Institutes*, traduction, REINACH, J., Paris, Les Belles Lettres, 1950.

GIERKE, O. von, *Deutsches Privatrecht*, Leipzig, 1895.

GIFFARD, A. E. V., *Précis de droit romain*, Vol. 1, 4 ième éd., Paris, Dalloz, 1953.

GLASSON, E., *Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judiciaire de l'Angleterre*, Vol. I, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1882.

HARRIS, J. W., *Property and Justice*, New York, Oxford University Press, 1996.

Journal du Palais, *Répertoire Général*, jurisprudence de 1791 à 1850, 1850.

JOSSERAND, L., *Cours de droit civil positif français*, Vol 1, Paris, Recueil Sirey, 1938. JOUFFROY, marquis de, A., *Dictionnaire des inventions et découvertes anciennes et modernes dans les sciences*, Paris, J.-P. Migne, 1860.

JUSTINIEN, *Institutes*, II, 33-34, traduction de OLIVIER-MARTIN, François, Les Institutes de Justinien en français, Paris, Sirey, 1935.

LELY, J. M., *The Statutes of Practical Utility*, Vol II, Londres, Sweet and Maxwell, 1894.

LOCKE, J., *Two Treatises of Civil Government*, Londres, J. M. Dent & Sons Ltd., 1924.

MITRY, J., *Histoire du cinéma*, Vol. I, Paris, Édition Universitaire, 1967.

NYS, E., *Le droit romain, le droit des gens et le Collège des docteurs en droit civil*, Bruxelles, Weissenbruch, 1910.

PICARD, E., *Le droit pur*, Paris, Ernest Flammarion, 1912.

PICARD, E., *Les constantes du droit*, Paris, Ernest Flammarion, 1921.

PLANIOL, M. et RIPERT, G., *Traité pratique de droit civil français*, Tome III, 2ième éd., Paris, L.G.D.J, 1952.

SALLERON, L., *L'économie libérale*, Paris, Arthème Fayard, 1949.

SIPRIOT, P., *Ce fabuleux XIXe siècle : l'histoire extraordinaire de ces inventions qui transformèrent le monde*, Paris, Belfond, 1990.

SMITH, A., *Lectures on Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 1978.

THORNE, S. E., *Bracton on the Laws and Customs of England*, Vol. I et II, Cambridge, Mass., The BelKnap Press Harvard University Press, 1968.

TREVOUX, F., *Stuart Mill*, Paris, Dalloz, 1953.

VILLEY, M., *Le droit romain*, 10ième éd., Paris, PUF, 2002.

B - Ouvrages sur l'histoire du commerce du livre

BARNES, J. J., *Authors, Publishers and Politicians – The Quest for an Anglo-American Copyright Agreement 1815-1854*, Columbus, Ohio State University Press, 1974.

DAWSON, R. L., *The French Booktrade and The « Permission Simple » of 1777: Copyright and Public Domain: With an Edition of The Permit Registrers*, Oxford, Voltaire Foundation, 1992.

DUPONT, P., *Histoire de l'imprimerie*, Vol. I et II, Paris, 1854, réimpression Westmead, Farnborough, Hants, Gregg International Publishers, 1971.

FEATHER, J. et McKITTERICK, D., *History of Books and Libraries: Two Views*, Washington, Library of Congress, 1986.

JOHANSON, G., *Colonial Editions in Australia 1843-1972*, Wellington, Elibank Press, 2000.

PARKER, G. L., *The Beginnings of the Book Trade in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1985.

C - Ouvrages relatifs au droit d'auteur, à la propriété intellectuelle et à l'évolution des techniques

ALLFELD, P., *Das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst : Kommentar z.d. Gesetze von 19. Juni 1901 sowie z.d. intern. Verträgen zum Schutze des Urheberrechts*, Munich, Beck, 1928.

ARMSTRONG, E. T., *Before Copyright : The French Book-Privilege System, 1498-1526*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.

BABE, R. E., *Telecommunications in Canada*, Toronto, University Toronto Press, 1990.

BAETENS, J. et BERENBOOM, A., *Le combat du droit d'auteur*, Paris, Les Impressions Nouvelles, 2001.

BENTLY, L et SHERMAN, B, *Intellectual Property Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001 et 2ième éd., 2004.

BERGÉ, J.-S., *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur*, Paris, LGDJ, 1996.

BERTRAND, A, *Le droit d'auteur et les droits voisins*, Paris, Dalloz, 1999.

BERTRAND, A., *La protection des logiciels*, Paris, PUF, 1994.

BIRRELL, A., *Seven Lectures on The Law and History of Copyright in Books*, South Hackensack (New jersey), Rothman Reprints, 1971.

BONCOMPAIN, J., *Le droit d'auteur au Canada*, Ottawa, Le Cercle du Livre de France, 1971.

BOUTHILLIER, M., *L'étatisation de la radio*, HEC, Montréal, 1945.

BOWKER, R. R., *Copyright Its History and Its Law*, New York, Constable & Co., 1912

BRENNAN, D. J., *Retransmission and U.S. Compliance with TRIPS*, La Haye, Kluwer Law International, 2003.

BRIGGS, W., *The Law of International Copyright*, Londres, Stevens & Haynes, 1906.

BRYLAWSKI, E. F. et GOLDMAN, A., *Legislative History of the Copyright Act 1909*, Vol. 5, New Jersey, Fred. B. Rothman & Co., 1976.

BUSH, G. P. et DREYFUSS, R. H, *Technology and Copyright – Sources and Materials*, Maryland, Lomond Books, 1979.

CARREAU, C., *Mérite et droit d'auteur*, Paris, L.G.D.J., 1981.

CARTER-RUCK, P. F., SKONE JAMES, E. P, SKONE JAMES, F. E., *Copyright – Modern Law and Practice*, Londres, Faber and Faber, 1965.

CASTELL, B., *L'« épuisement » du droit intellectuel en droit allemand, français et communautaire*, Paris, PUF, 1989.

CHERPILLOD, I., *L'objet du droit d'auteur*, Paris, Librairies Techniques, 1985.

COLOMBET, C., *Propriété littéraire et artistique*, 9ième éd., Paris, Dalloz.

CONSTANT, C., *Code général des droits d'auteur sur les oeuvres littéraires et artistiques*, Paris, Pedone-Lauriel, 1888

COPINGER, W. A. et SKONE JAMES, F. E., *Copinger on the Law of Copyright*, 6ième éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1927, 7ième éd., 1936, 8ième éd., 1948, 10ième éd., 1965

COPINGER, W. A., *The Law of Copyright*, 2ième éd., Londres, Stevens and Haynes, 1881.

CORREA. C. M., et YUSUF, A. A., Intellectual Property and International Trade : The Trips Agreement, Londres, Kluwer International Law, 1998.

DARRAS, A., *Du droit des auteurs et des artistes dans les rapports internationaux*, Paris, Arthur Rousseau, 1887.

DAVIES, G., *Copyright and the Public Interest*, 2ième éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2002.,

DAVIS, S., *The Law of Radio Communicaton*, New York, McGraw-Hill Book Company, 1927.

DEBBASCH (dir.), C., *Droit des Médias*, Paris, Dalloz, 2002.

DELIYANNI, E., *Le droit de représentation des auteurs face à la télévision transfrontalière par satellite et câble*, Paris, LGDJ, 1993.

DESBOIS, H., FRANÇON, A., KÉRÉVER, A., *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, Paris, Dalloz, 1976.

DESBOIS, H., *Le droit d'auteur en France*, 1ère éd., Paris, Dalloz, 1950, 2ième éd., (1966), 3ième éd., (1978).

DESSEMONTET, F., *Le droit d'auteur*, Lausanne, CEDIDAC, 1999.

DISERENS, D., *La location de videogrammes et de phonogrammes en droit d'auteur*, Genève, Librairie Droz, 1986

DOCK, M.-C., *Étude sur le droit d'auteur*, Paris, L.G.D.J., 1963.

DRAHOS, P., *Philosophy of Intellectual Property*, Hants, Dartmouth Publishing Company Limited, 1996.

DRONE, E. S., *A Treatise of Law of Property in Intellectual Productions*, New Jersey, Rothman Reprints, 1972.

DUCAUD, R., *Le régime juridique de la radio-diffusion*, (thèse), Montpellier, Librairie Louis Valat, 1929.

ELLMORE, R. T., *The Licensing of Television Broadcast Stations in the United States to 1972*, (thèse), University of Southerne California, 1973.

ESCOLIER, M., *Les instruments musico-mécaniques et le droit d'auteur*, (thèse) Paris, Recueil Sirey, 1934.

FALK, H., *Les privilèges de librairies sous l'ancien régime. Étude historique du conflit des droits sur l'oeuvre littéraire*, Genève, Slatkine Reprints, 1970.

FICSOR, M., *The Law of Copyright and The Internet*, New York, Oxford University Press, 2002.

FOX, H. G. et MCKEOWN, J. S., *Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 3ième éd., Scarborough, Carswell, 2000 et 4ième, 2004.

FOX, H. G., *Canadian Law of Copyright and Industrial Design*, 1ère éd., Toronto, Carswell, 1944 et 2ième éd., 1967.

GARNETT, K., JAMES, J. R., DAVIES, G., *Copinger and Skone James on Copyright*, 14ième éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1999.

GAUTIER, P.-Y., *Propriété littéraire et artistique*, 5ième éd., Paris, PUF, 2003.

GEIST, M., (dir.), *In The Public Interest – The Future of Canadian Copyright Law*, Toronto, Irwin Law, 2005.

GENDREAU, Y., *La protection des photographies en droit d'auteur français, américain, britannique et canadien*, Paris, L.G.D.J., 1994.

GENDREAU, Y., NORDEMANN, A., OESCH, R., *Copyright and Photographs : An International Survey*, Londres, Kluwer Law International, 1999.

GENDREAU, Y., *The Retransmission Right : Copyright and The Rediffusion of Works by Cable*, Oxford, ESC Publishing Limited, 1990.

GERVAIS, D., *The TRIPS Agreement*, 2ième éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2003.

GOLDSTEIN, P., *Copyright's Highway : From Gutenberg to the Celestial Jukebox*, New York, Hill and Wang, 1994.

GOTZEN, F., *Het bestimmingsrecht van de auteur*, Bruxelles, Larcier, 1975.

GRAZ, D., *Propriété intellectuelle et libre circulation des marchandises : étude de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle en droit suisse, en droit communautaire et selon l'Accord de libre-échange Suisse-CEE*, Genève, Librairie Droz, 1988.

GUIBAULT, L., *Copyright Limitations and Contracts*, Amsterdam, l'auteur, 2002.

HANDA, S., *Copyright Law in Canada*, (2002) Markham, Butterworth, 2002.

HARDY, T.,, *Project Looking Forward : Sketching the Future of Copyright in a Networked World*, Washington, Library of Congress, 1998

HAYS, T., *Parallel Importation under European Union Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 2004.

HOWELL, R. G., VINCENT, L., MANSON, M. D., *Intellectual Property Law*, Toronto, Edmond Montgomery Publications Ltd., 1999.

HUARD, G., *Traité de la propriété intellectuelle*, Paris, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, Marchal et Billard, 1903.

HUBERT, P., *Law and Disorder in Cyberspace, Abolish the FCC and Let Common Law Rules the Telecoms*, New York, Oxford University Press, 1997.

KAPLAN, B., *Cases on Copyright*, Brooklyn, The Foundation Press, Inc., 1960.

KEYES, A. A. et BRUNET, C., *Le droit d'auteur au Canada*, Ottawa, Ministre des Approvisionnements et des services Canada, 1977.

LABOULAYE, P., *Études sur la propriété littéraire en France et en Angleterre*, Paris, Auguste Durand, 1858.

LADAS, S. P., *The International Protection of Literary and Artistic Property*, Vol. I, New York, The Macmillan Company, 1938.

LATMAN, A., *The Copyright Law : Howell's Copyright Law Revised and the 1976 Act*, 5ième éd., Washington, BNA Books, 1979.

LE TARNEC, A., *Manuel de la propriété littéraire et artistique*, Paris, Dalloz, 1956 et 2ième éd., 1966.

LELY, J. M., *Copyright Law Reform – An Exposition of Lord Monkswell Copyright Bill now Before Parliament with Extracts from the Report of the Commission of 1878*, Londres, Eyre and Spottiswoode, 1891.

LESSIG, L., *Free Culture*, New York, Penguin Press, 2004. LITMAN, J., *Digital Copyright, New York*, Prometheus Books, 2001.

LUCAS, A. et H.-J, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 1ère éd., Paris, Litec, 1994, 2ième éd., 2001.

LUCAS, A., *Droit d'auteur et numérique*, Paris, Litec, 1998.

LUCAS, A., *Le droit de l'informatique*, Paris, PUF, 1987.

LYON-CAEN, G. et LAVIGNE, P., *Traité théorique et pratique de droit du cinéma*, Vol. I Paris, L.G.D.J., 1957.

MACGILLIVRAY, E. J., *A Treatise Upon The Law of Copyright*, Londres, John Murray, 1902.

McKEOWN, J. S., *Fox on Canadian Law of Copyright*, 3ième éd., Scarborough, Carswell, 2000.

MIKUS, J.-P., *Droit de l'édition et du commerce du livre*, Montréal, Thémis, 1996.

MYERS, G., *La reproduction de l'œuvre artistique par une technique différente*, (thèse), Paris, 1932.

NIMMER, M. B. et NIMMER, D., *Nimmer on Copyright*, Newark, Matthew Bender, 2004.

NORDEMANN, W., VINCK, K. et HERTIN, P. W., *Droit d'auteur international et droits voisins*, Bruxelles, Bruylant, 1983.

PATTERSON, L. R. et LINDBERG, S. W., *The Nature of Copyright : A Law of Users' Rights*, Athens, Georgia, University of Georgia Press, 1991.

PATTERSON, L. R., *Copyright in an Historical Perspective*, Nashville, Vanderbilt University Press, 1968.

PIERREDON-FAWCETT, *Liliane de, The Droit de Suite in Literary and Artistic Property*, New York, Columbia University School of Law, 1991.

POLLAUD-DULIAN, F., *Le droit d'auteur*, Paris, Economica, 2005.

POLLAUD-DULIAN, F., *Le droit de destination*, Paris, LGDJ, 1989.

POUILLET, E., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 1ère éd., Paris, Marchal & Billard, 1879, 3ième éd., Paris, Maillard & Claro, 1908.

RAESTAD, A., *La Convention de Berne*, Paris, Les Éditions Internationales, 1931.

RAZI, G. M., *Le droit sur les nouvelles*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1952.

RECHT, P., *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, Paris, L.G.D.J., 1969.

REINBOTHE, J. et LEWINSKI, S. von, *The EC Directive on Rental and Lending Rights and on Privacy*, Londres, Sweet & Maxwell, 1993.

REINBOTHE, J. et LEWINSKI, S. von, *The WIPO Treaties 1996*, Londres, Butterworths, 2002.

REINBOTHE, J. et VON LEWINSKI, S., *The EC Directive on Rental and Lending Rights and on Privacy*, Londres, Sweet & Maxwell, 1993.

RENOUARD, A.-C., *Traité des brevets d'invention*, Paris, Guillaumin, 1844.

RENOUARD, A.-C., *Traité des droits d'auteur*, Vol I et II, Paris, Jules Renouard et Cie, 1838.

RICKETSON, S., *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, Londres, Centre for Commercial Law Studies - Kluwer, 1987.

ROTHENBERG, S., *Legal Protection of Literature, Art, and Music*, New York, Clark Boardman, 1960.

ROTHNIE, W. A., *Parallel Imports*, London, Sweet & Maxwell, 1993.

ROUBIER, P., *Le droit de la propriété industrielle*, Vol. I, Paris, Sirey, 1952.

RUSZKOWSKI, A., *L'œuvre cinématographique et les droits d'auteur*, (thèse) Paris, Recueil Sirey, 1935.

SAMUELS, E., *The Illustrated Story of Copyright*, New York, Thomas Dunne Books, 2000.

SARRAUTE, R. et GORLINE, M., *Droit de la cinématographie*, Paris, Librairie du journal des notaires et des avocats, 1955.

SAUDEMONT, A., *Études de quelques droits de l'État et des particuliers dans le domaine de la radiophonie*, (thèse), Paris, Librairie Dalloz, 1927.

SAUNDERS, D., *Authorship and Copyright*, Londres, Routledge, 1992.

SEIGNETTE, J., *Challenges to The Creator Doctrine*, Boston, Kluwer, 1994.

SHERMAN, B. et STROWEL, A., *Of Authors and Origins*, Oxford, Clarenton Press, 1994.

SHORTT, J., *Law of Copyright*, 2ième Édition, Londres, Reeves & Turner, 1884.

SPOOR, J. H., CORNISH, W. R. et NOLAN, P. F., *Copies in Copyright*, Alphen Aan Den Rijn, Pays-Bas, Sithoff & Noordhoff, 1980.

SPOOR, J. H., *Scripta Manent, de reproduktie in het auteursrecht*, Groningen, H.D. Tjeenk Willink, 1976.

STEWART, S. M., *International Copyright and Neighbouring rights*, 2ième éd., Londres, Butterworths, 1989.

STRASCHNOV, G., *Le droit d'auteur et les droits connexes en radiodiffusion*, Bruxelles, Émile Bruylant, 1948.

STRASCHNOV, G., *Nouveaux aspects du droit d'auteur et des droits connexes en radiodiffusion*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1950.

STROWEL, A. et TRIAILLE, J.-P., *Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia : droit belge, droit européen, droit comparé*, Namur, Story-Scientia, 1997.

STROWEL, A., *Droit d'auteur et copyright, divergences et convergences*, Étude de droit comparé, Bruxelles, Bruyant, 1993.

TAMARO, N., *Le droit d'auteur – Fondements et principes*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1994.

TAMARO, N., *Loi sur le droit d'auteur annotée*, 4ième éd., Scarborough, Carswell, 1998, 6ième éd., 2003.

TROLLER, K., *Manuel du droit suisse des biens immatériels*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn, 1992.

TRUDEL, P. et ABRAN, F., *Droit de la radio et de la télévision*, Montréal, Thémis, 1991.

UDELL, G. G., *Radio Laws of the United States*, Washington, U.S. Governement Printing Office, 1978.

VAVER, D., *Copyright Law*, Toronto, Irwin Law, 2000.

D - Rapports, documents d'étude, actes

A SMITH, D. A., *Sociétés de gestion collective des droits d'auteur*, Ottawa, Direction générale de l'analyse des politiques de la rechercher et de la liaison, Bureau de la politique de la concurrence, 1983.

Association des avocats du droit d'auteur, *Droits d'auteur et patrimoine culturel*, Actes du colloque du samedi 9 juin 1990, INPI, 1990.

Association littéraire et artistique internationale, *L'informatique et le droit d'auteur*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1990 (Acte du Congrès de 1989).

British Copyright Council, *Submission of The British Copyright Council to The Commission of The European Communities Concerning the Issues Raised by Digital Technology in The Field of Copyright and Related Rights*, (1996) 1 *E.I.P.R.* 52.

Comité consultatif sur l'autoroute de l'information, *Rapport préliminaire du sous-comité sur le droit d'auteur. Le droit d'auteur et l'autoroute de l'information*, Ottawa, Bibliothèque d'Industrie Canada, 28 février 1995.

Comité d'experts sur un éventuel instrument relatif à la protection des droits des artistes interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes, *Rapports*, (1993) 106 *D.A.* 185, (1994) 107 *D.A.* 214 et (1994) 107 *D.A.* 44 et 93, (1995) 1 *P.I.D.A.* 114.

Comité d'experts sur un éventuel protocole, *Rapports*, (1993) 106 *D.A.* 185, (1995) 1 *P.I.D.A.* 111 et 455, (1996) 2 *P.I.D.A.* 125 et 254.

Commission des communautés européennes, *Livre Vert « Le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information*, COM(95) 382 final, Bruxelles le 19 juillet 1995

Commission européenne, *Rapport de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comite économique et social sur le droit de prêt public dans l'Union européenne*, COM/2002/0502 final.

Commission royale, *Commission Royale sur les Brevets, le Droit d'auteur, les Marques de commerce et les Dessins industriels*, Ottawa, Edmond Cloutier, 1958.

Conférence diplomatique sur certaines questions de droit d'auteur et de droits voisin, *Proposition de base concernant les dispositions de fond du traité sur certaines questions relatives à la protection des œuvres littéraires et artistiques*, Genève, 2-20 décembre 1996, CRNR/DC-4.

Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, *La propriété dans l'industrie privée de la radiodiffusion*, Étude numéro I, 1978.

Copyright Law Review Committee, *Report on Reference Concerning the Meaning of « Publication » in the Copyright Act 1968*, Australie, 1984.

Direction de la politique de la propriété intellectuelle, Industrie Canada et la Direction de la politique du droit d'auteur Patrimoine canadien, *Document de consultation sur les questions de droit d'auteur à l'ére numérique*, Ottawa, 22 juin 2001.

Direction de la politique de la propriété intellectuelle, Industrie Canada et la Direction de la politique du droit d'auteur Patrimoine canadien, *Sommaire des soumissions écrites des intervenants*, Ottawa, mars-avril 2002.

Document de l'OMPI, INR/CE/IV/4, (1995) 1 *P.I.D.A.* 397.

Droits sur les oeuvres cinématographiques », document de l'UNESCO, (1961) 14 *Bull. du droit d'auteur* 75.

EROLA, J. et FOX, F., *De Gutenberg à Télidon : Livre blanc sur le droit d'auteur, Propositions en vue de la révision de la Loi canadienne sur le droit d'auteur*, Consommation et Corporations Canada, Ministère des Communications, Ottawa, 1984.

Extract From the Report of The British Commission Appointed in 1878 by The Queen, For The Investigation of The Subject of Copyright », (Report of the Commission of 1878), dans PUTNAM, G. H., *The Question of Copyright*, 2e éd., Londres, G. P. Putnam's Sons, 1896.

Groupe de travail fédéral sur la numérisation, *Vers une nation axée sur le savoir : l'apport de la numérisation -- Recommandations du Groupe de travail fédéral sur la numérisation*, Ottawa, Bibliothèque nationale du Canada, 31 décembre 1997.

HUGENHOLTZ, P. B., GUIBAULT, L. et GEFFEN, S. van, *The Future of Levies in a Digital Environment,* Final Report, Institute for Information Law, Amsterdam, 2003.

Industrie Canada, *Propriété intellectuelle – Lignes directrices pour l'application de la loi*, Ottawa, 2000.

Industrie Canada, *Stimuler la culture et l'innovation : Rapport sur les dispositions et l'application de la Loi sur le droit d'auteur*, Ottawa, Industrie Canada, 3 octobre 2002.

Intellectual Property and the National Information Infrastructure (Bruce A. LEHMAN, dir.), *The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights, Information Infrastructure Task Force*, septembre 1995 (White Paper), (Green Paper, Preliminary Draft, July 1994).

Le Forum des droits sur l'internet, *Recommandations – Hyperliens : statuts juridiques*, Paris, mars 2003.

Mémorandum du Bureau international, (1993) 106 D.A. 146.

Ministry of Economic Development, Digital *Technology and The Copyright Act 1994 – Position Paper*, Wellington, Regulatory and Competition Policy Branch Ministry of Economic Development, 2002.

National Commission on New Technology Uses of Copyrighted Works, *Final Report of the National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works*, Washington, Library of Congress, 1979, (Rapport CONTU).

New Zealand Vice-Chancellors' Committee in Response to Digital Technology and the Copyright Act 1994: *Position Paper*, (Décember 2002).

Notes - Copyright Law and Cable Television », (1974) 35 *Ohio St. L.J.* 974.

OMPI, *La Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques de 1886 à 1986*, Genève, Bureau international de la propriété intellectuelle, 1986.

OMPI, *Rapport du Groupe de travail*, (1977) 30 *D.A.* 90.

OMPI, *Oeuvres imprimées*, Document préparatoire pour le Comité d'experts gouvernementaux OMPI/Unesco et rapport de ce comité, OMPI, Genève, 7-11 décembre 1987, (1988) 101 *D.A.* 42

Rapport de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comite économique et social sur le droit de prêt public dans l'Union européenne, COM/2002/0502 final

Rapport du Groupe consultatif d'experts gouvernementaux sur la protection des programmes d'ordinateurs, Genève, 8-12 mars 1971, (1971) 84 *D.A.* 34

Rapport de M. DIFFRE au sujet de divers opuscules de Maurice Benoidt en hommage à l'Académie de législation », (1888-1889) 37 *R.A.L.T.* 247.

Rapport final, *Contact, communauté, contenu: le défi de l'autoroute de l'information - Rapport final du Comité consultatif sur l'autoroute de l'information,* Ottawa, mars 1995.

Rapport Finlandais (ALAI), *Sort des droits de propriété intellectuelle dans le cadre des nouvelles techniques de diffusion*, Paris, C-Info, 1995.

Rapport préliminaire du Sous-comité sur le droit d'auteur, *Le droit d'auteur et l'autoroute de l'information*, Ottawa, 1994.

Rapport Sirinelli, *Industries culturelles et nouvelles techniques*, La Documentation Française, juin 1994.

Rapport Whitford de 1977, *The Report of the Committee to Consider the Law on Copyright and Designs*, 1977, (cmnd. 6732).

Suivi du livre vert, *Le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information*, COM(96) 568 final, Bruxelles le 20 novembre 1996.

U.S. Copyright Office, *A Report Of The Register Of Copyrights Pursuant to §104 of The Digital Millennium Copyright Act, Washington*, Library of Congress, 2001.

UNESCO, *Recueil des lois et traités sur le droit d'auteur*, Volume II, Paris, UNESCO, 1988.

II – Articles de revues, notes

Anonyme, « Notes : The Wire Mire : The FCC and CATV », (1965) 79 *Harvard Law Review* 366.

ADAMS, W. A., « Secondary Markets for Copyrighted Works and the "Ownership Divide": Reconciling competing intellectual and Personal Rights », (2002) 37 *R.C.D.C.* 321.

ADAMS, W., « Secondary Markets for Copyrighted Works and the "Ownership Divide": Reconciling Competing Intellectual and Personal Rights », (2002) 37 *Can. Bus. L. J.* 321.

ADENEY, E., « Moral Rights : A Brief Excursion Into Canadian History », (2000-2001) 15 *I.P.J.* 205.

ALLEAUME, C., « Le droit de prêt public (en France et au-delà) », (2004) 12 *P.I.* 718.

AMORY, H., « « De facto Copyright » ? Fielding's Works in Partnership, 1769-1821 », (1984) 17 *Eighteenth-Century Studies* 449.

ARRIOLA, T., « Software Copyright Infringement Claims After Mai System v. Peak Computer », (1994) 69 *Washington Law Rev.* 406.

BAILEY, J., « Deflating The Michelin Man : Protecting The Users' Right In The Canadian Reform Process », dans M. GEIST (dir.), *In The Public Interest – The Future of Canadian Copyright Law*, Toronto, Irwin Law, 2005, 125.

BAIRD, D. G., « Common Law Intellectual Property and The Legacy of International News Service v. Associated Press », (1983) 50 *U. Chi. L. Rev.* 411.

BANNER, D. W., « La célébration du bicentenaire de la promulgation des lois sur les brevets et sur le droit d'auteur des États-Unis », (1990) 103 *D.A.* 360.

BARTA, J., « La Convention de Berne traverse-t-elle une crise? », (1992) 152 *R.I.D.A.* 3.

BEARD, J., « Sale, Rental, and Reproduction of Motion Picture Videocassettes: Piracy or Privilege », (1979-1980) 15 *New Eng. L. Rev.* 435.

BECOURT, D., « La société de l'information – Réflexions sur le Livre Vert », *Gaz. Du Pal.*, Doctrine.719.

BÉCOURT, D., « La Révolution française et le droit d'auteur pour un nouvel universalisme », (1990) 143 *R.I.D.A* 231.

BÉNABOU, V.-L., « Puiser à la source du droit d'auteur », (2002) 192 *R.I.D.A.* 3.

BERGNE, J. H. G., « The International Copyright Union », (1887) 3 *L.Q.R.*. 14.

BERNIER, I. et MALÉPRT, A., « Les dispositions de l'Accord de libre-échange nord-américain relatives à la propriété intellectuelle et la clause d'exemption culturelle », (1994) 6 *C.P.I.* 139.

BOTEIN, M., « The New Copyright Act and Cable Television -- A Signal of Change », (1976) 24 *Bull. Copyright Soc'y U.S.A.* 1.

BOULTON, C. C. A., dans *The Senate of Dominion of Canada*, 5ième Sess., Ottawa, E. Dawson (éditeur), *1895, 216.*

BOYLE, J., « Intellectual Property Policy Online : A Young Person's Guide », (1996) 10 *Harv. J. L. & Tech.* 47.

BRANDENFELS, P., « Copyright in Its Relation to Radio Broadcasting », (1939) 18 *Neb. L. Bull.* 109.

BRANDISS, I. L., « Writing in Frost on Window Pane : E-Mail and Chatting on RAM and Copyright Fixation », (1996) 43 *J. Copr. Soc'Y* 237.

BREYER, S., « The Uneasy Case for Copyright: a Study of Copyright in Books, Photocopies and Computer Programming », (1970) 84 *Harvard Law Review* 281.

BRIÈRE, J.-S., « Importation parallèles : quand les marchés gris nous en font voir de toutes les couleurs ! », dans *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, Cowansville, Yvon Blais, 2002, 121.

BRODHURST, S., « Is Copyright a Chose in Action », (1895) 15 *L.Q.R.* 64.

BRUNET, C., « Copyright : The Economic Rights » dans G.F. HENDERSON, dir., *Copyright and Confidential Information Law of Canada*, Scarborough (Ont.), Carswell, 1994, 129.

CALDWELL, L. G., « The Copyright Problems of Broadcasters », (1934) 2 *J. Radio Law* 287 Can. Sess. Paper., (1875) vol. viii, no 28.

CALLOVÀ, T., « Reproduction sonore et visuelle pour l'usage personnel », (1979) 149 *R.I.D.A.* 77.

CAPITANT, H., note sous *Doyen* c. *Parnaland et Société générale des Phonographes et Cinématographes*, Trib. de la Seine, 10 février 1905, D.P. 1905.2.389.

CARON, C., « Le nouveau prêt public des oeuvres en droit d'auteur », (2004) 4 *J.C.P. A* 57.

CARRIER, H., « La propriété littéraire en France au XVIIe siècle », (2001) 13 *C.P.I.* 311.

CATE, F. H., « Cable Televison and the Compulsory Copyright License », (1989 – 1990) 42 *Fed. Comm. L.J.* 191.

CELEDONIA, B. H., « Cable Televison and the Copyright Law – Columbia Broadcasting Systems v. Teleprompter Corp., 476 F.2d. 338 (2nd circ. 1973), aff'd in part and remanded in part, 94 S. Ct. 1129 (1974) », (1974) 40 *Brooklyn L. Rev.* 1127.

CLARO, C., note sous Cour de Paris, 1er février 1905, Recueil Dalloz, 1907, II, 121.

CLAXTON, B., « Broadcasting and Copyright (Performing Right Society Ltd. v. Hammond's Bradford Brewery Co. Ltd. 49 T.L.R. 410) » (1933), 11 *Can. Bar Rev.* 573.

CLAXTON, B., « Protection against the unauthorized use of a broadcast in Canada », (1932) 2 *J. of Radio Law* 653.

COHEN JEHORAM, H., « L'épuisement du droit d'auteur aux Pays-Bas », (1988) 137 *R.I.D.A.* 59.

COLBY, R., « L'argument tiré de la doctrine de la première vente – mythe ou réalité ? » (1985) 98 *D.A.* 169.

COLBY, R., « The First Sale Doctrine – The Defense That Never Was ?», (1984) 32 *J. Copr. Soc'Y* 77.

COLLIARD, C.-A., « La machine et le droit privé français contemporain », dans *Le droit privé français au milieu du XXième siècle*, études offertes à Georges Ripert, Paris, L.G.D.J., 1950.

COMTE, H., « Une étape de l'Europe du droit d'auteur : la directive du 19 novembre 1992 relative au prêt et à la location », (1993) 158 *R.I.D.A.* 3.

CORBET, J., « Le développement technique conduit-il à un changement de la notion d'auteur ? », (1991) 148 *R.I.D.A.* 65.

CRAWFORD, F., « Pre-constitutionnal Copyright Statutes », (1975) 23 *J. Copr. Soc'Y* 11.

DE FREITAS, D., « Lettre du Royaume-Uni », (1979) 92 *D.A.* 178.

DE FREITAS, D., « The United-Kingdom new copyright law », (1999) 143 *R.I.D.A.* 25.

DEAN, O. H., « Infringement of copyright by dealing in parallel imports: application of the principle in recent South African, Australian and Singapore cases » (1994) 41 *Copyright World* 19.

DEAN, O. H., « Parallel Importation – Infringement of Copyright », (1983) 100 S. *African L.J.* 258.

DESBOIS, H., « Commentaire de jurisprudence », (1970) 63 *R.I.D.A.* 226.

DESBOIS, H., « L'évolution des droits de l'auteur en matière de reproduction et d'exécution publique », (1939) 38 *R.T.D.C.* 1.

DESBOIS, H., note sous *SACEM* c. *Société Anonyme Le Printemps*, T.G.I. de la Seine, (7 juillet 1969), (1970) 63 *R.I.D.A.* 224.

DESBOIS, H., note sous *Poggioli* c. *Soc. Salabert et Soc. de droit de reproduction mécanique*, Trib. Civ. De la Seine, 25 oct. 1943, *D.* 1944, Jurisprudence 127.

DESBOIS, H., note sous *Soc. des Auteurs, Compositeurs et Éditeurs de musique* c. *Bauer*, 8 avril 1947, Cour de Cass, civ., *D.* 1948.II.390.

DESJEUX, X., « Le droit de reproduction dans la Convention de Berne révisée à Stockholm le 14 juillet 1967 », (1968) 81 *D.A.* 248.

DESURMONT, T., « Le droit de l'auteur de contrôler la destination des exemplaires sur lesquels son œuvre se trouve reproduite », (1987) 134 *R.I.D.A.* 2.

DETERMANN, L., FELLMETH, A. X., « Don't Judge a Sale by Its License: Software Transfers under the First Sale Doctrine in the United States and the European Community », (2001-2002) 36 *U.S.F. L. Rev.* 1.

DIETZ, A., « The Harmonization of Copyright in the European Community », (1985) 16 *I.I.C.* 379.

DOCK, M.-C., « Privilèges et contrefaçon », (1964) 42 *R.I.D.A* 91.

DOCK, M.-C., « Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire », (1974) 79 *R.I.D.A.* 127.

DRAPER, W. H., « Copyright Legislation », (1901) 17 *L.Q.R.* 39.

DREIER, T., « Balancing Proprietary and Public Domain Interests ; Inside or Outside of Proprietary Rights », dans R. C. DREYFUSS, D. LEENHEER ZIMMERMAN, H. FIRST, *Expanding Boundaries of Intellectual Property*, New York, Oxford University Press, 2001.

DREIER, T., « Copyright Digitized: Philosophical Impact and Practical Implications for Information Exchange in Digital Networks », in WIPO, *Worldwide Symposium on The Impact of Digital Technology on Copyright and Neighbouring Right*, Harvard University, Cambridge, Mass., OMPI, mars-avril 1993.

DREIER, T., « The Cable and Satellite Analogy », dans P. Bernt HUGENHOLTZ, *The Future of Copyright in a Digital Environment*, Londres, Kluwer, 1996.

DUCHEMIN, W., « La directive communautaire sur le droit de suite », (2002) 191 *R.I.D.A.* 3

DYRBERG, P., « For EEA Exhaustion to Apply, Who has to Prove the Marketing of the Trade Marked Goods in the EEA – the Trade Mark Owner or the Defendant ? », (2004) 2 *E.I.P.R.* 81.

EARLE, E., « The Effect of Romanticism on the 19th Century Development of Copyright Law », (1991) 6 *I.P.J.* 269.

EINHORN, D. A., « Shrink-Wrap Licenses : The Debate Continues », (1998) 38 *IDEA* 383.

ELKIN-KOREN, N., « Copyright Law and Social Dialogue on the Information Superhighway », (1995) 13 *Cardozo Arts & Ent. L. J.* 345.

ELPHINSTONE, H. W., « What is a Chose In Action? », (1893) 9 *L.Q.R.* 311.

EPSTEIN, R. A. « International News Service v. Associated Press : Custom and Law as Sources of Property Right in Sources », (1992) 78 *Va. L. Rev.* 85.

ERGO, R. W., « Comments, ASCAP and the Antitrust Laws: The Story of a Reasonable Compromise », (1959) 8 *Duke L. J.* 258.

FEATHER, J., « From Right in Copies to Copyright: The Recognition of Authors' Right in English Law and Practice in the Sixteenth and Seventeenth Centuries », (1992) 10 *Cardozo Arts & Entertainment* 455.

FEDER, J. M., « Is Betamax Obsolete?: Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc. in the Age of Napster », (2004) 37 *Creighton L. Rev.* 859.

FELCHER, P. L., « Digital Legislation in the U.S. », (1996) 58 *Copyright World* 25.

FELTES, N. N., « International Copyright: Structuring « The Condition of Modernity » in British Publishing », (1992) 10 *Cardozo Arts & Ent. L. J.* 523.

FICSOR, F., « Towards a Global Solution : The Digital Agenda of the Berne Protocol and the New Instrument », P. Bernt HUGENHOLTZ, *The Future of Copyright in a Digital Environment*, Londres, Kluwer, 1996, 111.

FICSOR, M., « Copyright in The Digital Era : The WIPO Internet Treaties », (1996-1997) 21 *Colum.-VLA J.L. & Arts* 208.

FICSOR, M., « L'enregistrement à domicile des oeuvres protégées: une épreuve amère pour le droit d'auteur », (1981) 94 *D.A.* 55.

FOURTOU, J., « La position du Parlement européen sur l'épuisement des droits de propriété intellectuelle: Vers un dérapage ? », (2002) 209 *R.I.P.I.A.* 56.

FRANÇON, A., « L'auteur d'une œuvre de l'esprit épuise t-il son droit de divulgation par le premier usage qu'il en fait ? », (1973) *GRUR Int.* 264.

FRANÇON, A., « La conférence diplomatique sur certaines questions de droit d'auteur et de droits voisins », (1997) 172 *R.I.D.A.* 3.

FRANÇON, A., « Le droit d'auteur et le traité de Rome instituant la Communauté Économique Européenne », (1979) 100 *R.I.D.A.* 129.

FRANÇON, A., « Lettre de France », (1974) 87 *D.A.* 329.

FRANÇON, A., « Chronique de législation et de jurisprudence françaises – Propriété incorporelles », (1997) 50 *R.T.D. Com* 97.

FRANÇON, A., note sous *Sassi* c. *SACEM,* Cour de Cass. 1ère civ., 19 avril 1988, *J.C.P.* 88, II, 21120.

FRANÇON, A., note sous *Sté Art Music France* c. *École nationale supérieure des Télécommunications*, TGI Paris, 14 août 1996 (1997) 1 *R.T.D.com.* 97.

GAUBIAC, Y., et GINSBURG, J. C., « L'avenir de la copie privée numérique en Europe », (2000) 1 *Com. Commerce Électronique* 9.

GAUTIER, P.-Y., note sous *Sté Art Music France* c. *École nationale supérieure des Télécommunications*, TGI Paris, 14 août 1996, *D.* 1996.J.490.

GAUTRAIS, V., « Fictions et présomptions : outils juridiques d'intégration des technologies », (2004) 9 *Lex Electronica*, Numéro Spécial, hiver 2004, http://www.lex-electronica.org/articles/v9-2/gautrais1.htm.

GEIST, M., « Cyberlaw 2.0 » (2002-2003) 44 *B.C. L. Rev.* 323.

GELLER, P., « Must Copyright Be For Ever Caught Between Marketplace and Authorship Norms? », dans B. SHERMAN et A. STROWEL, *Of Authors and Origins*, Oxford, Clarenton Press, 1994.

GENDREAU, Y., « À la recherche d'une propriété perdue! », (2005) 17 *C.P.I.* 551.

GENDREAU, Y., « Authorization Revisited », (2001) 48 *J. Copr. Soc'Y* 341.

GENDREAU, Y., « Exporting Copyright Models : The Canadian Retransmission Regime and the Internet », (2002 - 2003) 16 *I.P.J.* 547.

GENDREAU, Y., « Le critère de fixation en droit d'auteur », (1994) 159 *R.I.D.A.* 117.

GENDREAU, Y., « Le droit de reproduction et l'Internet », (1998) 178 *R.I.D.A.* 3.

GENDREAU, Y., « Digital Technology and Copyright: Can Moral Rights Survive the Disappearance of the Hard Copy? », (1995) 6 *Ent. L. Rev.* 214.

GENDREAU, Y., « Genèse du droit moral dans les droits d'auteur français et anglais », [1988] 1 *Rev. de la Recherche Juridique, Droit Prospectif* 41.

GENDREAU, Y., « La nature du droit d'auteur selon le nouveau code civil », (1993) 27 *R.J.T.* 87.

GENDREAU, Y., « Moral Rights » dans Gordon F. HENDERSON, *Copyright and Confidential Information Law of Canada*, Toronto, Carswell, 1994, 161.

GERVAIS, D., « Use of Copyrighted Content on The Internet », dans, M. GEIST (dir.), *In The Public Interest – The Future of Canadian Copyright Law*, Toronto, Irwin Law, 2005.

GHESTIN, J., *Rabereau (dame)* c. *Leo Ferré*, Cour de Paris, 22 avril 1982, *D.* 1984.1.397.

GILKER, S., « L'exploitation de contenus protégés par droit d'auteur dans Internet au Canada », dans Vincent GAUTRAIS (dir.), *Droit du commerce électronique*, Montréal, Thémis, 2002, 453.

GILKER, S., « Une nouvelle loi sur les droits d'auteur : 19504 jours et 19 études plus tard », (1988) 1 *C.P.I.* 31.

GINSBURG, J. C. et KERNOCHAN, J., « One Hundred and Two Years Later : The U.S. Joins The Berne Convention », (1989) 141 *R.I.D.A.* 57.

GINSBURG, J. C., « Authors and Users in Copyright », (1998) 45 *J. Copr Soc'y* 1.

GINSBURG, J. C., « Chroniques des États-Unis », (1999) 180 *R.I.D.A.* 127.

GINSBURG, J. C., « Essay : Copyright and Intermediate Users' Rights », (1999-2000) 23 *Colum.-VLA J.L. & Arts* 67.

GINSBURG, J. C., « Putting Cars on the Information Superhighway: Authors, Exploiters, and Copyright in Cyberspace », (1995) 95 *Colum.-VLA J.L. & Arts* 1466.

GINSBURG, J. C., « A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America », (1990) 64 *Tulane L. Rev.* 991, (1991) 147 *R.I.D.A.* 125.

GINSBURG, J., « Copyright and Control Over New Technologies of Dissemination », (2001) 101 *Colum.-VLA J.L. & Arts*. 1613.

GLISSON, G. W. « A Practionner's Defense of the White Paper », (1996) 75 *Oregon L. R.* 277.

GOBIN, A., note sous *Rabereau (dame)* c. *Leo Ferré*, Cour de Paris, 22 avril 1982, *D.* 1984.1.397.

GOLDSTEIN, P., « Copyright », (1991) 38 *J. Copr Soc'Y* 109.

GOTZEN, F., « De l'oeuvre cinématographique à l'oeuvre audiovisuelle - L'évolution d'une notion dans l'histoire des textes internationaux concernant le droit d'auteur », dans *Les oeuvres audiovisuelles et la propriété littéraire et artistique*, Paris, Actes du Congrès du Premier siècle du cinéma organisé par l'ALAI, 17 au 22 septembre 1995.

GOTZEN, F., « La télévision par câble et le droit d'auteur en Belgique », (1982) 95 *D.A.* 293.

GOTZEN, F., « Le droit de destination en Europe », (1989) 102 *D.A.* 230.

GOUDREAU, M., « Le droit moral au Canada », (1994) 25 *R..G.D.* 403.

HADFIELD, G. K., « The Economics of Copyright : An Historical Perspective », (1988) 38 *A.S.C.A.P.* 1.

HARDY, T., « The Proper Legal Regime for « Cyberspace » », (1994) 55 U. *Pitt. L. Rev.* 993.

HAYHURST, W. L., « Intellectual Property Law in Canada: The British Tradition, the American Influence and the French Factor », (1996) 10 *I.P.J.* 265.

HAYHURST, W. L.., « Intellectual Property As a Non-Tariff Barrier in Canada », (1990) 31 *C.P.R.* (3d.) 289.

HENN, H. G., « The Quest For International Copyright Protection », (1953-54) 39 *Cornell L. Q.* 43.

HERMITTE, M.-A., « Le rôle des concepts mous dans la technique de déjuridicisation – L'exemple des droits intellectuels », (1985) 30 *Archives de philosophie du droit* 331.

HÉTU, M., « From Calling it Piracy : Mass Media and Copyright in the U.S. and Canada », (1989) 11 *Comm. & L.* 25.

HOEREN, T., « The Green Paper on Copyright and Related Rights in the Information Society », (1995) 10 *E.I.P.R.* 511.

HOFFMANN, W., « The Right of the Author with Respect to Broadcasting », (1931) 1 *J. Radio L.* 28.

HOLDSWORTH, W. S., « Reception of Roman Law in the Sixteenth Century », (1911) 27 *L.Q.R.* 387, (partie I), (1912) 28 L.Q.R. 131, (partie III), 28 *L.Q.R.* 236, (partie IV).

HUET, J., « Suivi du Livre Vert sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la Société de l'Information », (1997) 1 *D.I.T.* 46.

HUET, J., note sous *Association générale des journalistes professionnels de Belgique* c. *Central Station*, (1997) 1 *D.I.T.* 36.

HUGHES, J., « The Philosophy of Intellectual Property », (1986) 77 *Geo. L. J.* 287.

J. BOYLE, « The Second Enclosure Movement And The Construction Of The Public Domain » (2003) 66 *Law & Contemp. Probs.* 33.

JANVIER, E., « Vous avez dit auteurs? La situation des traducteurs littéraires en France », (1981) 107 *R.I.D.A.* 3.

JOSEPH, G., « Charles Dickens, International Copyright, and the Discretionary Silence of Martin Chuzzlewit », (1992) 10 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 535.

JOYCE, C., « The Rise of the Supreme Court Reporter: An Institutional Perspective on Marshall Court Ascedancy », (1985) 85 *Michigan L. Rev.* 1291.

KAHN, R. L., « The Electrical Recording and Reproduction of Sound », (1927-1928) *J. Pat. Off. Soc'y* 120.

KAMINA, P., « Author's Right as Property: Old and New Theories », (2001) 48 *J. Copr. Soc'Y* 383.

KARNELL, M. G., «La photographie, parent pauvre des conventions internationales et des législations nationales sur le droit d'auteur », (1988) 101 *D.A.* 140.

KAUFFMAN, G., « Exposing the Suspicious Foundation of Society's Primacy in Copyright Law: Five Accidents », (1986) 10 *Columbia-VLA Journal of Law and the Arts* 381.

KÉRÉVER, A., « Chronique de jurisprudence », (1998) 177 *R.I.D.A.* 147.

KEREVER, A., « Droit d'auteur et satellites spatiaux », (1984) 121 *R.I.D.A.* 27.

KEREVER, A., « Les prérogatives des auteurs sur la communication publique d'émissions radiodiffusées », (1972) 73 *R.I.D.A.* 3.

KEREVER, A., « Un aspect de la loi du 3 juillet 1985 : la modernisation de la loi du 11 mars 1957 », (1986) 127 *R.I.D.A.* 17.

KÉRÉVER, A., « Révolution française et droit d'auteur », (1989) 141 *R.I.D.A.* 3.

KERNELL, G., « La location des videogrammes, ses répercussions sur le marché et le droit de distribution dans le cadre de la législation sur le droit d'auteur », (1983) 115 *R.I.D.A.* 78.

KERNOCHAN, J. M., « The Distribution Right in the United States of America : Review and Reflection », (1989) 42.5 *Vanderbilt L. J.* 1407.

KERR, O. S., « Computers and the Patent System : The Problem of The Second Step », (2002) 28 *Rutgers Computers & Tech. L.J.* 47.

KESSLER, G., note sous *Ministère public* c. *Aurélien*, Cour d'appel de Montpellier, (3e Ch. Corr.), reproduit partiellement, *D.* 2005, numéro 19, p. 1294.

KEYES, A. A., « Do Proposed Copyright Amendements Bolster Canadian Culture ? », (1996) 10 *I.P.J.* 353.

KEYES, A. A. et BRUNET, C., « A Rejoinder To Canadian Copyright : Natural Property or Mere Monopoly » », (1979) 40 *C.P.R.* (2d.) 54.

KLAVER, F., « L'évolution actuelle de la télédistribution (problèmes de droit d'auteur et de droit voisins », (1969) 82 *D.A.* 57.

KLAVER, F., « The Legal Problems of Video-Cassettes and Audio-Visual Discs », (1976) 23 *J. Copyright Soc'y U.S.A.* 152.

KOLLE, G. « Présent et avenir de la protection du logiciel », (1977) 90 *D.A.* 69.

KORMAN, B. et KOENIGSBERG, F., « Performing Rights in Music and Performing Rights Societies », (1985-86) 33 *J. Copyright Soc'Y* 332.

KOUMANTOS, G., « La notion de publication dans la Convention de Berne », (1964) 44 *R.I.D.A.* 545.

KOUMANTOS, G., « La nouvelle loi hellénique sur le droit d'auteur et les droits voisins », (1994) 159 *R.I.D.A.* 205.

KRONENBERG, M. E., « A Printed Letter of The London Hanse Merchants, 3 March 1526 », (1947) 1 *Oxford Bibliographical Society Publications* 43.

KUPFERSCHMID, K., « Lost in Cyberspace : The Digital Demise of The First-Sale Doctrine », (1998) 16 *The John Marshall J. of Computer & Information L.* 825.

LABBÉ, É., « L'accès aux dispositifs de neutralisation des œuvres verrouillées : une condition nécessaire à l'exercice d'exceptions au droit d'auteur », (2002) 14 *C.P.I.* 74.

LABBÉ, É., « L'efficacité technique comme critère juridique ou la manière dont les lois se technicisent », (2004) *Lex Electronica*, vol. 9, n°2, http://www.lex-electronica.org/articles/v9-2/labbe1.htm.

LALIGANT, O., « La Révolution française et le droit d'auteur ou pérennité de l'objet de la protection », (1991) 147 *R.I.D.A.* 3.

LATOUR, S. et TRUDEL, P., « Le cadre juridique de la gestion collective des droits d'auteur au Canada », (1993-94) 6 *C.P.I.* 343.

LE STANC, C., « La propriété intellectuelle dans le lit de Procuste : observations sur la proposition de loi du 30 juin 1992 relative à la protection des « créations réservées », D. 1993.4 (Chroniques), « Intellectual Property on Procrustes' Bed: Observations on a French Draft Bill for the Protection of « Reserved Creations » », [1992] 12 *E.I.P.R.* 438.

LEBOIS, A., « Le droit de location et la structure des droits patrimoniaux : la théorie du droit de destination bousculée », Chroniques, *D.* 2002.2322.

LEFEBVRE, É., « La gestion collective du droit d'exécution publique: historique du tarif de la radio de 1935 à 1977 », (2002) 15 *C.P.I.* 95.

LEMLEY, M. A., « Intellectual Property and Shrinkwrap Licenses », (1994-95) 68 *S. Cal. L. Rev.* 1239.

LESSIG, L., « Intellectual Property and Code », (1995-96) 11 *St. John's J. Legal Comment.* 635.

LESSIG, L., « The Creative Commons », (2004) 65 *Mont. L. Rev.* 1.

LEWINSKI, S. von, « Le rôle du droit d'auteur dans le droit du commerce international d'aujourd'hui », (1994) 161 *R.I.D.A.* 5.

LEWSON, N. B., « The Videocassette Rental Controversy, The Future State of Law », (1982) 30 *J. Copyright Soc'Y.* 1.

LITMAN, J. D., « Copyright, Compromise, and Legislative History », (1987) 72 *Cornell Law Review* 857.

LITMAN, J., « Copyright Legislation and Technological Change », (1989) 68 *Oregon L. R. 27.*

LITMAN, J., « The Exclusive Right to Read », (1994) 13 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 29.

LLYOD, F. W. et MAYEDA, D., « Copyright Fair Use, The First Amendment, and New Communications Technologies : The Impact of Betamax », (1987) 38 *Federal Communications L. J.* 59.

LUCAS, A., note sous *Théberge* c. *Galerie d'Art du Petit Champelain Inc.*, (2002) 4 *Propriétés Intellectuelles* 53.

LUSSIER, Z., « Nouvelles du Canada : six projets de réforme et toujours pas de loi », (1987) 132 *R.I.D.A.* 29.

LYON-CAEN, C., « Examen doctrinal », (1890) 19 *Revue critique de législation et de jurisprudence* 547.

MACAULAY, T. B., Speech Delivered in the House of Commons (Feb. 5, 1841), in « The Life And Works Of Lord Macaulay », VIII, Londres, Longmans, Green, and Co., p. 201, reproduit également sur sur http://www.baen.com/library/palaver4.htm.

MACHLUP, F. et PENROSE, E., « The Patent Controversy in The Nineteenth Century », (1950) 10 *The Journal of Economic History* 1.

MACKENZIE, W. L., « On Printers and Publishers », (6 avril 1826) *The Colonial Advocate* (Toronto).

MAGGS, P. B., « Computer Programs as Object of Intellectual Property in the United States of America », (1982) 30 *Am. J. Comp. L. Supp.* 251.

MALLAM, P., « Copyright and the Information Superhighway: Some Future Challenges », (1995) 6 *Entertainment L. Rev.* 234.

MARTIN, P. W., « Pre-Digital Law: How Prior Information Technologies Have Shaped Access to and the Nature of Law », *Le droit d'auteur de la couronne à l'heure de l'autoroute de l'information*, Montréal, Centre de Recherche de Droit Public, 12 mai 1995, (1996) 30 *R.J.T.* 151.

MARTIN, S., « La copie privée », (1989) 2 *C.P.I.* 27.

MARTIN, S., « La rémunération pour copie privée », (1998) 11 *C.P.I.* 327.

MASOUYÉ, C., « Quid du droit d'auteur dans l'utilisation des satellites spatiaux », (1972) 72 *R.I.D.A.* 11.

MASSE, C., « Les limites qu'imposent le droit de la concurrence aux contrats de licence de droit de propriété intellectuelle : étude comparative du droit canadien, européen et américain », (2003) 15 *C.P.I.* 395.

MIGNAULT, P. B., « La propriété littéraire », (1880) 2 *La Thémis* 289 (1er article); (1880) 2 *La Thémis* 367 (2nd article); (1881) 3 *La Thémis* 1 (suite du 2nd article); (1881) 3 *La Thémis* 11 (3ième article); (1881) 3 *La Thémis* 43 (suite du 3ième article); (1881) 3 *La Thémis* 49 (4ième article); (1881) 3 *La Thémis* 65 (suite du 4ième article); (1881) 3 *La Thémis* 97 (5ième article); (1881) 3 *La Thémis* 161 (6ième article).

MILLS, E. C., NIMMER, N., « ASCAP-NAB Controversy - The Issues », (1940) 11 *Air L. Rev.* 394.

MOYSE, P.-E., « Droit d'auteur et espace cybernétique : le dernier veau d'or », (1997) 1 *Auteurs & Media* 7.

MOYSE, P.-E., « La distribution électronique des biens à forte composante intellectuelle », (2002) dans l'ouvrage collectif dirigé par le professeur Vincent Gautrais, *Le droit du commerce électronique*, Montréal, Thémis, 2002.

MOYSE, P.-E., « La nature du droit d'auteur : droit de propriété ou monopole ?», (1998) 43(3) *McGill Law Journal* 507.

MURRAY, K., « La situation de l'écrivain et le DPP aux États-Unis », Commission du droit de prêt public, *Le droit à la culture et la culture des droits*, 3ième colloque international du droit de prêt public, du 1er au 4 octobre 1999, Ottawa, Canada.

NABHAN, V., « La télévision par câble et le droit d'auteur au Canada », (1982) 2 *RCDA* 8.

NABHAN, V., « L'accord de libre-échange et le droit d'auteur », (1994)] 161 *R.I.D.A.* 99.

NADAN, C. H., « Software Licensing in the 21st Century : Are Software « Licenses » Really Sales, And How Will The Software Industry Respond ? », (2004) 32 *AIPLA* 555.

NAWROCKI, B., « Évolution de l'art et droit d'auteur - Examen de quelques problèmes d'actualité », (1964) 77 *D.A.* 223.

NAWROCKI, B., « Machine électronique et création intellectuelle », (1969) 82 *D.A.* 30.

NGOMBE, L. Y., « Droit naturel, droit d'auteur français et copyright américain », (2002) 194 *R.I.D.A.* 3.

NICHOLSON, B. J., « The Ghost in the Machine : MAI Systems Corp. v. Peak Computer, Inc. and the Problem of Copying in RAM », (1995) 10 *High Tech. L.J.* 147.

NIMMER, D., « Brains and Other Paraphernalia of the Digital Age », (1996-1997) 10 *Harv. J. L. & Tech.* 1, p. 21.

NIMMER, D., « The Impact of Berne on United States Copyright », (1989) 8 *Cardozo Arts & Entertainment L. J.* 26.

OBERMAN, M. S. et LLOYD, T., « Copyright Protection for Photographs in the Age of New Technologies », (1996) 39. 2 *B. U. J. Sci. & Tech. L.* 234.

OLIVIER, F., note sous *Queneau* c. *Leroy et a.*, Tribunal de grande instance de Paris, (ord. réf.), 5 mai 1997, *J.C.P.* 1997.II.22906, p. 395.

OLIVIER, F., et É. BARBRY, note sous *Sté Art Music France* c. *École nationale supérieure des Télécommunications*, TGI Paris, 14 août 1996, *D.* 1996.J.490.

OPRI, D. A., « Video Rentals and the First Sale Doctrine: The Deficiency of Proposed Legislation », (1986-87) 8 *Whittier L. Rev.* 331.

PERREAU, E.-H., « Examen doctrinal - L'inscription sur des disques ou cylindres gramophoniques ou phonographiques d'airs de musique avec paroles est-elle une contrefaçon littéraire ou artistique ? », (1907) 36 *Revue critique de législation et de jurisprudence* 593.

PERREAU, E.-H., « Propriété artistique - Chronique législative du droit civil en 1913 », (1914) 43 *Revue critique de législation et de jurisprudence* 52.

PERREAULT, A., « La propriété des oeuvres intellectuelles », (1924) 3 *La Revue du droit 49* (première partie) et (1924) 3 *La Revue du droit* 107 (suite et fin).

PERRY, R.-M., « Copyright in Motion Pictures and Other Mechanical Contrivances », (1972) 5 *C.P.R.* 256.

PLANTE, S., « The Compulsory Mechanical Reproduction Licence in Canada », (1987) 3 *I.P.J.* 160.

POLLAUD-DULIAN, F., « Le droit de prêt – Une revendication légitime des auteurs », *D.* n. 20, 17 mai 2000, *Actualité*, 891.

POLLAUD-DULIAN, F., « Le droit exclusif d'exploitation et ses limites », (2004) 3 *R.T.D. Com.* 484.

POLLAUD-DULIAN, F., « La durée du droit d'auteur », (1998) 176 *R.I.D.A.* 83.

POTU, E., « La protection des oeuvres photographiques en droit français », (1910) 9 *R.T.D. Com.* 721.

RACICOT, M., « La réforme du droit d'auteur au Canada - Projet de Loi C-60 - Les programmes d'ordinateur, comparaison avec le droit américain », (1988) 1 *C.P.I.* 49.

REESE, A., « Copyright and Internet Music Transmissions: Existing Law, Major Controversies, Possible Solutions », (2000-2001) 55 *U. Miami L. Rev.* 237.

REESE, A., « The First Sale Doctrine in The Era of Digital Networks », (2003) 2 *Boston College L. R.* 577.

REIMER, D., « Le droit de mise en circulation, en particulier la location et le prêt des livres et des disques », (1973) 86 *D.A.* 56.

REISCHL, G., « Droit d'auteur et libre circulation des marchandises dans le marché commun », (1982) 95 *D.A.* 116.

RELPH, E., « Le DPP au Royaume-Uni », dans Commission du droit de prêt public, *Le droit à la culture et la culture des droits*, 3ième colloque international du droit de prêt public, du 1er au 4 octobre 1999, Ottawa, Canada.

RENAULT, L., (rapport), dans *La Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques de 1886 à 1986*, Genève, Bureau international de la propriété intellectuelle, 1986.

REINACH, T., commentaires sous la *Loi relative à la protection du droit des auteurs en matière de reproduction des œuvres d'art*, *D.* 1911.4.32.

RENEAUD, F., « La loi du 18 juin 2003 : une nouvelle réglementation du prêt public des livres dans les bibliothèques », (2004) 199 *R.I.D.A.* 65.

RINGER, B., « Judicial Developments in United States Copyright Law (1969-1970) », (1972) 73 *R.I.D.A.* 41.

ROBERTS, R. J., « Canadian Copyright: Natural Property or Mere Monopoly », (1979) 40 *C.P.R.* 33.

ROSE, M., « The Author as Proprietor: Donaldson v. Beckett and the Genealogy of Modern Authorship », dans B. SHERMAN et A. STROWEL, *Of Authors and Origins*, Oxford, Clarenton Press, 1994.

ROSS, T., « Copyright and The Invention of Tradition », (1992) 26 *Eighteenth-Century Studies* 1.

RÖTTINGER, M., « L'épuisement du droit d'auteur », (1993) 157 *R.I.D.A.* 51.

ROUBIER, P., « Droits intellectuels ou droits de clientèle », (1935) *RTD Civ.* 251.

SACASE, M., président de l'Académie dans son rapport sur le concours relatif au prix de Son Excellence Monsieur le Ministre de l'Instruction public, Séance publique du 11 avril 1869, Fête de Cujas, (1868) 17 *R.A.L.T.* 460.

SALEILLES, note sous *Cinquin* c. *Lecocq*, Cour d'appel de Paris, 1er février 1900, *S.* 1900.2.121.

SAMUELSON, P., « Copyright Grab », (1996) 4.01 *WIRED* (janvier), http://www.wired.com/wired/archive/4.01/white.paper_pr.html.

SAMUELSON, P., « Digital Media and the Changing Face of Intellectual Property Law », (1990) 16 *Rutgers Computer & Tech. L.J.* 323.

SAMUELSON, P., « The U.S. Digital Agenda at WIPO », (1996-1997) 37 *Va. J. Int'l L.* 369.

SCASSA, T., « Interests in The Balance », dans M. GEIST (dir.), *In The Public Interest - The Future of Canadian Copyright Law*, Toronto, Irwin Law, 2005, 41.

SCHROEDER, A., « L'histoire du droit de prêt public au Canada », Commission du droit de prêt public, Le droit à la culture et la culture des droits, 3ième colloque international du droit de prêt public, du 1er au 4 octobre 1999, Ottawa, Canada.

SCRUTTON, T. E., « English Authors and American Copyright », (1888) 15 *L.Q.R.* 345.

SCRUTTON, T. E., « Roman Law in Bracton », (1885) 1 *L.Q.R.* 425.

SEVILLE, C., « Talfourd and His Contemporaries: The Making of the 1842 Copyright Act », dans *The Prehistory and Development of Intellectual Property Systems*, (Alison Firth, éd.), Londres, Sweet & Maxwell Limited, 1997.

SIMPSON, L., « Notes – Broadcasting as Infringement », (1930) 1 *Air Law Review* 134.

SOKOL, M., « Bentham and Blackstone on Incorporal Hereditaments », (1994) 15 *Legal History* 287.

SOLBERG, T., « Copyright Law Reform », (1925-26) 35 *Yale L. J.* 48.

SPOOR, J. H., « The Copyright Approach to Copying on the Internet : (Over)Stretching the Reproduction Right ? », dans P. Bernt HUGENHOLTZ (éd.), *The Future of Copyright in a Digital Environment*, Londres, Kluwer, 1996, 67.

STEINBERG, R., « NEC v. INTEL: The Battle Over Copyright Protection for Microcode », (1987) 27 *Jurimetrics Journal* 173.

STOVSKY, C. G., « MAI Systems Corp. v. Peak Computer, Inc.: Using Copyright Law to Prohibit Unauthorized Use of Computer Software », (1995) 56 *Ohio St. L.J.* 593 (1995).

STRASCHNOV, G., « The Monaco Ordinance On Copyright With Respect to Radio-Broadcasting », (1949) 10 *Fed. Comm. B.J.* 189.

STRÖMHOLM, S., « Le « droit de mise en circulation » dans le droit d'auteur – Étude de droit comparé », (1967) 80 *D.A.* 279.

STROWEL, A., « Le contrôle de la distribution des produits multimédia », (1997) 2 *Auteurs & Media* 123.

STROWEL, A., « Licences non volontaires et socialisation du droit d'auteur : un danger ou une nécessité? », (1991) 3 *C.P.I.* 161.

SWEET, C., « Choses in Action », (1895) 11 *L.Q.R.* 238.

TAMARO, N., « L'écho de la doctrine et la communication publique d'une œuvre », (1993) 5 *C.P.I.* 155.

TAMARO, N., « La bonne lecture d'un mauvais arrêt et la mauvaise lecture d'un bon arrêt ou pourquoi les auteurs ont été indûment privés de millions de dollars en redevances pour la câblodistribution de leurs œuvres ? », (1991) 4 *C.P.I.* 71.

TAMARO, N., « La dissociation de la propriété du Code civil des droits d'auteur: l'exemple de la saisie », dans *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, Montréal, éd. Yvon Blais, 1991, 153.

TAWFIK, M., « International Copyright Law - W[h]ither User Rights ? », dans, M. GEIST (dir.), *In The Public Interest – The Future of Canadian Copyright Law*, Toronto, Irwin Law, 2005.

TELLIER-LONIEWSKI, L., et BELMONT, A., note sous *Ministère public* c. *Aurélien* (résumé), *Gaz. Du Pal.*, n. 107-109, avril 2005.

THORNE, C. « EC Green Paper on Copyright and Related Rights in the Information Society », (1995) 54 *E.I.P.R.* 14.

TONNELIER, M.-H. et LEMARCHAND, S., note sous *Sté Art Music France* c. *École nationale supérieure des Télécommunications*, TGI Paris, 14 août 1996, *Expertises*, n. 197 septembre 1996.292.

TORREMANS, P. L. C., « The Law Applicable to Copyright : Which Rights are Created and Who Owns Them », (2001) 188 *R.I.D.A.* 37.

TOURNIER, A., « Les articles 11 bis et 13 de la Convention de Berne », (1966) 50 *R.I.D.A.* 5.

TOURNIER, A., « Notion périmée de publication dans la Convention de Berne », (1963) 39 *R.I.D.A.* 560.

TOURNIER, J. L., « General Considerations on the Report of the Copyright Office towards a Revision of American Legislation on the Protection of Literary and Artistic Works », (1962) 1 *D.A.* 7.

TROLLER, A., « Réflexions sur l'« Urheberpersönlichkeitsrecht » », (1960) 73 *D.A.* 304.

TURNER, C., « Copyright and the Parallel Importation of Goods into Australia - Recent Developments », (1990-1991) 16 *U. Queensland L.J.* 93.

VANDOREN, P., « Copyright and Related Rights in The Information Society », *WIPO Worldwide Symposium on Copyright*, Mexico City, 22-24 mai 1995, WIPO, Genève, 1995, 83.

VAVER, D. « The Canadian Copyright Amendments of 1988 », (1989) 4 *I.P.J.* 121.

VAVER, D., « The Copyright Amendment of 1997 : An Overview », (1997 - 1998) 12 *I.P.J.* 53.

VAVER, D., « Translation and Copyright », (1994) 4 *E.I.P.R.* 159.

VAVER, D., « Can Intellectual Property Be Taken to Satisfy a Judgment Debt? », (1990-91) 9 *Banking & Finance L. R.* 255.

VAVER, D., « Record and Software Rentals : The Copyright Spin », (1995) 10 *I.P.J.* 109.

VERBIEST, T., « Liens hypertextes : quels risques juridiques pour les opérateurs de sites Web ? », *Juriscom.net*, 9 mai 2000.

VILMAR, C. « L'épuisement des droits de propriété intellectuelle ; La jurisprudence française à la lumière des plus récentes décisions communautaires », (2001) 194 *Revue internationale de la concurrence* 17.

VIVANT, M., « Entre droit d'auteur et Copyright : l'Europe au carrefour des logiques », (1992) 10 *C.P.I.* 41.

VUKMIR, M., « The Roots of Anglo-American Intellectual Property Law in Roman Law », (1992) 32 *IDEA* 123.

WALTER, M. M., « Télédistribution et centrales radiophoniques : Convention de Berne et droit d'auteur européen », (1974) 87 *D.A.* 314.

WARNER, J., « Information Society or Cash Nexus ? A Study of the United States as a Copyright Haven », (1999) 50 *J. of the American Soc. for Information Science* 461.

WARTEL, C., note sous *GTX Corporation, Datagraph* c. *Europe Data Système, Scan'Etudes, Arcole Sari, Cad Informatique et Top Cad BV*, TGI Paris, 3ème Ch., 6 avril 1994, *Expertises* n° 176, p. 357.

WHICHER, J., « The Ghost of Donaldson v. Becket: An Inquiry Into the Constitutional Distribution of Powers Over the Law of Literary Property in the United States », Part II, (1962) 9 *J. Copr Soc'Y.* 102.

WILLIAMS, T. C., « Property, Things in Action and Copyright », (1895) 11 *L.Q.R.* 223.

WILLIAMS, T. C., « The Terms Real and Personal in English Law », (1888) 4 *L.Q.R.* 395.

WOODMANSEE, M., « The Genius and the Copyright : Economic and Legal Conditions of the Emergence of The « Author » », (1984) 17 *Eighteenth-Century Studies* 425.

WU, T., « Copyright's Communication Policy », (2004) 2 *Michigan Law Review* 278.

YEN, A. C., « Restauring the Natural Law: Copyright as Labor and Possession », (1990) 51 *Ohio State Law J.* 517.

III- Table des jugements

A – Jurisprudence canadienne

A&M Records c. *Millbank Music Corp*, (1984) 1 *C.P.R.* (3d.) 354 (C.F.).

Access International Automotive Ltd. c. *Volkswagen Canada Inc.*, (2001) 3 *C.F.* 311 (C.F.).

Aliments Krispy Kernels INC. c. *Morasse*, (1993) *J.E.* 93-736 (Cour sup., Qc.).

Apple computer, inc. c. *Mackintosh Computers ltd.*, (1987) 10 *C.P.R.* (3d) 1, confirmé en appel, (1988) 18 *C.P.R.* (3d) 129, puis par la Cour suprême du Canada [1990] 2 *R.C.S.* 209.

Association canadienne de télévision par câble c. *Canada (Commission du droit d'auteur)*, [1993] 2 *C.F.* 138 (C.A.F.)

Bell ExpressVu Limited Partnership c. *Rex*, [2002] 2 *R.C.S.* 559.

Bertrand & Labelle c. *Warré*, (1932) *S.C.R.*. 364.

Bishop c. *Stevens*, [1990] 2 *R.C.S.* 467.

Black v. *The Imperial Book Company*, (1904) 8 *Ont. L. R. 9* (Cour d'appel, Ont.).

BMG Canada Inc. c. *John Doe*, (2004) 3 *R.C.F.* 241, 32 *C.P.R.* (4e éd.) 64 (C.F.).

Canadian Admiral Corporation Ltd. c. *Rediffusion Inc.*, [1954] *R.C. de l'É* 382.

Canadian Performing Right Society Ltd. v. *The Ford Hotel Co. of Montreal Ltd.*, (1935) 73 *C.S.* 18 (Cour sup. du Québec).

CCH Canadienne Limitée c. *Barreau du Haut-Canada*, (2002) 212 *D.L.R.* (4th) éd. 385 (C.A.F.).

CCH Canadienne Ltée c. *Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 *R.C.S.* 339.

Coca-Cola Ltd. et al. v. *Pardhan et al.*, (1999) 85 *C.P.R.* (3d.) 489 (C.A.F.).

Compo Co. Ltd. c. *Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 *R.C.S.* 357.

Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Limited v. *CTV Television Network Limited et al.*, [1968] *R.C.S.* 676.

Consumers Distributing Co. v. *Seiko Time Canada Ltd. et al.*, [1984] 1 *R.C.S.* 583.

Desputeaux c. *Les Éditions Chouette*, [2003] 1 *R.C.S.* 178.

Dictionnaires Robert Canada SCC c. *Librairie du Nomade Inc*, (1987) 16 *C.P.R.* (3d) 319 (C.F.).

Durand et Cie c. *La Patrie Publishing Co. Ltd.*, (1960) *R.C.S.* 649.

Eros Équipe de recherche opérationnelle en santé Inc. c. *Conseillers en gestion et informatique C.G.I. Inc.*, (2005) 258 *F.T.R.* 172 (C.F.).

Fly by Nite Music co. c. *Record Wherehouse Ltd.* (1975), 20 *C.P.R.* (2d) 263 (C.F.).

Gnass v. *Cité d'Alma*, 30 juin 1973, Cour sup., Roberval; Cour d'appel du 30 juin 1977, 09-0000032-745 (inédit).

Godfrey, MacSkimming & Basque Ltd c. *Coles Book Stores Ltd*, (1973) 13 *C.P.R.* 89 (Ont. H.C.J.).

Hould v. *Minister of National Revenue*, (1965) 31 *Fox Pat. C.* 89 (Tax Appeal Board).

Hubert c. *Mary* (1906), 15 *B.R.* 381, 29 *C.S.* 334, (1906) XV *Rapports judiciaires du Québec* 381 (Cour du banc du Roi).

Kraft Canada Inc. c. *Euro Excellence Inc*, (2004) 33 *C.P.R.* (4th) 246 (C.F.).

L'Union St. Jacques de Montreal v. *Dame Julie Bélisle*, (1874) *L.R.* 31 (Conseil Privé).

Les Amusements Wiltron Inc. c. *Mainville*, (1991) *R.J.Q.* 1930 (Cour sup., Qc.).

Maison du Livre Français de Montréal Inc. c. *Institut Littéraire du Québec Ltée*, (1959) 31 *C.P.R.* 69 (Cour sup., Qc.).

Morang and Co. v. *Publishers' Syndicate*, (1900) 32 *O.R.* 393.

Nintendo of America Inc. v. *Camerica Corp*, (1991) 34 *C.P.R.* (3d) 173 (C.F.).

Pasickniak v. *Dojacek*, (1928) 2 *D.L.R.* 545 (C.A., Man.).

Planet Earth Productions Inc. et al. v. *Rowlands et al.*, (1990) 30 *C.P.R.* (3d.) 129 (Ont. Sup. Court, 6 avril 1990).

R.. c. *M.(J.P.)*, (1996) 67 *C.P.R.* (3d.) 152 (C.A., Nouvelle-Écosse).

Réseau de Télévision CTV Ltée c. *Canada (Commission du droit d'auteur)*, (1993) 2 *C.F.* 115 (*C.A.F.*).

Smiles v. *Belford*, (1876) 1 *Tupp. App Rep.* 443 (C.A., Ont.).

SOCAN c. *Association canadienne des fournisseurs Internet*, (2002) 4 *C.A.F.* 213.

SOCAN c. Association canadienne des fournisseurs Internet, [2004] 2 *R.C.S.* 427.

Société canadienne de perception de la copie privée c. *Canadian Storage Media Alliance*, (2004) *C.A.F.* 424.

Télé-Métropole Inc. c. Michael Bishop, [1990] 2 *R.C.S.* 467, 72 *D.L.R.* (4th) 97.

Théberge c. *Galerie d'art du Petit Champlain Inc.*, [2002] 2 *R.S.C.* 336, 210 *D.L.R.* (4th) 385.

Tri-Tex Co. Inc. c. *Gideon*, (1999) *R. J.Q.* 2324 (Cour d'appel, Qc.).

Underwriters' Survey Bureau Ltd. v. *Massie & Renwick Ltd*, (1936), (1937) *Ex C.R.*. 15, infirmée en partie, [1937] *R.C.S.* 265.

United Artists Pictures Inc. c. *Pink Panther Beauty Corp*, (1998) 80 *C.P.R.* (3d) 247 (C.A.F.).

Vaillancourt c. *Carbon 14*, (1998) *R.E.J.B.* 9955 (Cour sup., Qc.).

Vigneux c. *Canadian Performing Right Society*, (1945) 4 *Fox Pat. C.* 183 (Conseil Privé).

B – Jurisprudence anglaise avec quelques références australiennes, sud-africaines, indiennes et de Nouvelle-Zélande

Murray v. *Bogue*, (1852) 61 *E.R.* 487.

Bentley v. *Foster*, (1939) 10 *Sim* 328.

Apple Computer Inc. v. *Computer Edge Pty Ltd*, (1984) 53 *A.L.R.* 225 (High Court of Australia).

Ash v. *Hutchinson & Co. (Publishers), Ltd.*, (1936) 2 *All E.R.* 1496.

Avel v. *Multicoin Amusements Pty Ltd*, (1990) 18 *I.P.R.* 443 (High Court of Australia).

Newmark v. *The National Phonograph Co., Ltd.*, (1907) 23 *T.L.R.* 439.

Bailey c. *Boccaccio*, (1986), 84 *F.L.R.* 232 (New South Wales, Supreme Court)

Beta Computer (Europe) Ltd. v. *Adobe Systems (Europe) Ltd*, (1996) *S.L.T.* 604, *F.S.R.* 367 (Scottish Court of Session).

Bookmakers' Afternoon Greyhound Services Ltd v. *Wilf Gilbert (Staffordshire) Ltd.*, [1994] *F.S.R.* 723 (Ch. D.).

Boosey and Co. v. *Whight and Co.*, (1899) 1 *Ch.* 836; 80 *L.T. Rep.* 561, p. 563 (High Court of Justice, Ch. D.).

Boosey and Co. v. *Whight and Co.*, (1900) 1 *Ch.* 122.

Boosey v. *Jefferys*, (1851) 20 *L. J. Ex.* 354 (en appel d'un jugement de la Cour de l'Échiquier, infirmée, *Jefferys* v. *Boosey*, (1854) 24 *L. J. Ex.* 81 (House of Lords).

Boosey v. *Purday*, (1849) 4 *Ex. Rep.* 145, 18 *L. J. Rep. Ex.* 378.

Burnett c. *Chetwood*, (1720) 2 *Meriv.* 441.

Byrne v. *Statist Co.*, (1914) 1 *K. B.* 622.

Cocks c. *Purday*, (1849) 5 *Com. B. Rep.* 800, 17 *L. J. Rep. C.P.* 273.

Chappell & Co. Ltd. v. *Associated Radio Co. of Australia Ltd.*, [1925] *V.L.R.* 350 (S.C.).

Computer Edge Pty. Ltd. v. *Apple Computer, Inc.*, (1986) 65 *A.L.R.* 33.

Cooper v. *Whittingham*, (1880) 18 *L.T.* 16 (Ch. D.).

D'Almaine v. *Boosey* (1835) 1 *Y. & Col.* 287 (Ex. in Eq.).

Donaldsons v. Becket, 98 E.R. 257 (1774) (House of Lords).

Evans v. *Tout*, (1905-10) *MacG. Cop. Cas.* 213 (Ch. D.).

Francis, Day & Hunter v. *Feldman & Co.*, (1914) 2 *Ch.* 728.

Harris v. *Davies*, (1885) 10 *App. Cas. Rep.* 282.

Hodge v. *The Queen*, (1883) 9 *App. Cas. Rep.* 17.

Hollinrake v. *Truswell*, (1894) 71 *L.T.* 419 (Appeal from the Ch. D.).

Howitt v. *Hall*, (1862) 6 *L. T.* 349 (Q. B.)

In re Walker, Ex parte Graves, (1867) 4 *L.R.* 4 715 (Q.B.).

Infabrics Ltd. v Jaytex Shirts Co Ltd., (1981) 1 All E.R. 1057 (House of Lords).

Frank & Hirsch (PTY) Ltd. c. *A Roopanand Brothers (PTY) Ltd.*, (1991) 3 S.A. 240, infirmée en appel, (1993) 4 *S.A.* 278 (Court of Appeal, Afrique du Sud).

MacMillin & Co. v. *K. B. Shamsul Ulama Zoka*, (1895) 19 *I.L.R.* 557 (Bombay, Indes).

Jefferys v. *Boosey*, (1855) 24 *L.J. Ex.* 81.

Messager v. *British Broadcasting Co.*, (1927) 2 *K.B.* 543.

Millar v. *Taylor*, (1769) 4 *Burr.* 2405 et 98 E.R. 201 (1769) (Court of King's bench).

Monckton v. *Gramophone Co. Ltd.*, (1912) 106 *L.T.* 84 (C.A).

Monckton v. *Pathé Frères Pathéphone,Ltd*, (1914) 1 *K.B.* 395.

Nokes v. *Doncaster Amalgameted Collieris, Ltd.*, (1940) 3 *All E. R.* 549.

Prince Albert v. *Strange*, (1849) 1 *M & G* 25, 2 *De. G. & S.* 652, 18 *L.J. Ch.* 120 (Ch. D.).

Ollendorff v. *Black*, (1950) 20 *L. J. Rep. Ch.* 1080.

Parry v. *Moring & Gollancz*, (1901-04) *MacG. Cop. Cas.* 49 (Ch. D.).

Performing Right Society Ltd. v. *Hammond's Bradford Brewery Co. Ltd.*, (1934) 1 *Ch.* 121

Pitt Pitts v. *George & Co.*, (1896) 2 *Ch.* 866.

Riel v. *The Queen*, (1885) 10 *App. Cas. Rep.* 675.

Routledge v. *Low*, (1868) *L.R.* 3 (H.L.) 100.

Re Baldwin, Ex p. Foss, (1858) 44 *E.R.* 977.

Taylor v. *Pillow*, (1869) 7 *L. R* 421 (Eq.)

Torkington v. *Magee*, (1902) 2 *K.B.* 427.

Wood c. *Chart*, (1870) 10 *L.R.* 193.

Wyatt v. *Barnard*, (1814) 3 *Ves. & B.* 77.

C – Jurisprudence américaine

A&M Records, Inc. v. *Napster, Inc.*, 114 *F. Supp.* 2d 896 (2000) (N.D. Cal.).

A&M Records, Inc. v. *Napster, Inc.*, 239 *F.*3d 1004 (2001) (U.S.C.A., 9ième Circ.).

Adobe Systems Inc. v. *Stargate Software, Inc.*, 216 *F. Supp. 2d.* 1051 (2002) (N.D. Cal.).

Adobe v. *One Stop Micro, Inc*, 84 *F. Supp. 2d.* 1086 (2000) (N.D. Cal.).

Agee v. *Paramount Communications*, 59 *F.* 3d. 317 (1995) (2nd Circ.).

BMG Music, Inc. v. *Cecilia Gonzales*, No. 05-1314 (2005) (U.S.C.A, 7th Circ.).

Bobbs-Merrill Co. c. *Straus*, 210 *U.S.* 339 (1908) (Sup. Court).

Bobbs-Merrill Co. v. *Snellenburg*, 131 *F.* 530, 532 (1904) (E.D. Pa.).

Boucicault v. *Wood*, (1867) 2 *Biss.* 34.

Buck v. *Jewell-LaSalle Realty Co.*, 283 *U.S.* 191 (1931) (Sup. Court).

Cable TV, Inc. v. *KUTV Inc.*, 335 *F.* 2d. 348 (1964) (9th Circ.).

CBS, Inc. v. *Teleprompter Corp.*, 355 *F. Supp.* 618 (1972) (S.D.N.Y.), infirmé, 476 F.2d 338 (1973) (2nd Circ.), infirmé *Teleprompter Corp.* v. *CBS, Inc.*, 415 *U.S.* 394 (1974) (Sup. Court).

Clemens v. *Estes*, 22 *F.* 899 (1885) (Mass.).

Columbia Broadcasting Systems Inc. c. *Scorpio Music Distributors*, 569 *F. Supp.* 47 (1983) (E.D. Pa.).

Doan v. American Book Co., 105 *F.* 772 (1901) (U.S.C.A, 7th Circ.).

Eldred v. *Ashcroft*, 123 *S. Ct* 769 (2003) (Sup. Court).

Emerson v. *Davies*, 8 *F. Cas.* 615 (1845) (D.C Mass.).

Harrison v. *Maynard, Merrill & Co.*, 61 *F.* 689 (1894) (U.S.C.A, 2nd Circ.).

Herbert v. *Shanley* , 242 *U.S.* 591 (1917) (Sup. Court).

In re Indep. Serv. Orgs. Antitrust Litig., 203 *F.3d* 1322 (2000) (Fed. Circ.).

Intermountain Broadcasting & Television Corp. v. *Idaho Microwave Inc.*, 196 *F. Supp.* 315 (1961) (D.C. Idaho).

International News Service v. *Associated Press*, 248 *U.S.* 215 (1918) (Sup. Court).

Itar-Tass Russian News Agency v. *Russian Kurier, Inc.*, 153 *F.3d* 82 (1998) (U.S.C.A, 2nd Circ.).

J. H. Remick & Co. v. *American Automobile Accessories Co.*, 5 *F.* 2d. 411 (1925) (U.S.C.A, 6th Circ.).

Kennedy v. *McTammany*, 33 *Fed. Rep.* 584 (1888) (1st Circ.)

King v. *Mister Maestro, Inc*, 223 *U.S.* 424 (1963) (S.D.N.Y).

Kipling v. *G. P. Putnam's Sons*, 120 *F.* 631, 634 (1903) (U.S.C.A., 2nd Circ.).

Mai Systems Corp. v. Peak Computer, Inc., 991 *F.*2d 511, 529 (1993) (9th Cir.).

Marobie-FL, Inc. v. *National Association of Fire Equipment Distributors*, (1997) 45 *U.S.P.Q.* 2d. 1236 (N.D. Illinois).

Metro-Glodwyn-Mayer Studios et al. v. *Grokster et al*, (19 août 2004) (U.S.C.A, 9th Circ.).

MGM Studios, Inc. v. *Grokster, Ltd.*, 125 *S. Ct.* 2764 (2005).

Napster v. *A&M Records, Inc.*, 239 *F. Supp.* 1004 (2001) (U.S.C.A., 9th Circ.).

Playboy Enterprises, Inc. v. *Chuckleberry Publishing Inc.*, 939 *F.Supp.* (1996) (S.D.N.Y.).

Playboy Enterprises, Inc. v. *George Frena, d/b/a Techs Warehouse BBS Systems and Consulting, and Mark Dyess*, 839 *F.Supp.* 1552 (1993) (M.D. Florida).

Quality King Distributors. Inc. v. *L'Anza Research Int'l*, Inc., 523 *U.S.* 135 (1998) (Sup. Court.).

Sebastian Int'l, Inc. v. *Consumer Contacts (PTY) Ltd.*, 847 *F.*2d. 1093 (1988) (3rd. Circ.).

Sega Enterprises Ltd. c. *Maphia*, 857 *F. Supp.* 679 (N.D. Cal. 1994).

SoftMan Products, Co. v. *Adobe Systems, Inc.*, 171 *F. Supp.* 2d. 1075 (2001) (C.D. Cal.).

Sony Corp. of America v. *Universal City Studios*, Inc., 464 *U.S.* 417 (1984) (Sup. Court.), traduction française, (1984) 122 *R.I.D.A.* 178.

Stearn v. *Rosey*, (1902) 17 *App.D.C.* 562 (C.A., Columbia)

Stowe v. *Thomas*, 23 *Fed. Cas.* 201 (1853) (E.D. Pa.).

Teleprompteur Corp. v. *Columbia Broadcasting System*, 415 *U.S.* 394 (1974) (Sup. Court).

Twentieth Century Music Corp. v. *Aiken*, 422 *U.S.* 15 (1975) (Sup. Court).

United Artists TV, Inc. v. *Fortnightly Corp.*, 255 *F. Supp.* 177 (1966) (S.D.N.Y.), suivi, 377 *F.*2d 872 (1967) (2nd Circ.), infirmé, *Fortnightly Corp.* v. *United Artists TV. Inc.*, 392 *U.S.* 390 (1968) (Sup. Court).

United States of America v. *Microsoft Corporation*, 84 *F. Supp.* 2d 9 (1999) (D.C. Columbia), 253 *F.*3d 34 (2001)(Cour d'appel, District de Columbia).

United States of America v. *Southwestern Cable Co.*, 392 *U.S.* 157 (1968) (Sup. Court).

Warner Bros. Pictures v. *Columbia Broadcasting System*, 216 *F.* 2d 945 (1954) (9th Circ.).

Wheaton v. *Peters*, 8 *Pet.* 591 (1834) (Sup. Court).

White-Smith Music Publishing Company v. *Apollo Company*, 209 *U.S.* 1 (1908) (Sup. Court)

D – Jurisprudence française avec quelques références belges

Agence Havas c. de *Régis, directeur du journal le Soleil du midi*, Cour de Cass., Ch. Req., 18 mars 1908, D. XII.1.315.

Art Music et Warner Chappell France c. *ENST et au. & Pouchenel* et au. c. *ECP, REY et au.*, TGI Paris, 4 août 1996, *Juriscom.net*, 01/01/1998, reproduit dans son intégralité sur www.foruminternet.org.

Association générale des journalistes professionnels de Belgique c. *Central Station*, Tribunal de grande instance de Bruxelles, 16 octobre 1996, (1997) 172 *R.I.D.A.* 238.

Barba c. *Lecou*, C. de Paris, 8 décembre 1853, *D.P.* 1854.2.25.

Central Station c. *Association générale des journalistes professionnels de Belgique*, Cour d'appel de Bruxelles, 28 octobre 1997, (1998) 177 *R.I.D.A.* 204.

Chapsal et Noël c. *Simon*, Cour de cassation, Ch. crim., 30 juin 1832, *Recueil Sirey*, 1832, I.634.

Chaumerot c. *Michaud*, Cour de cassation, Sect. crim., 30 janvier 1818, *Recueil Sirey*, 1809-1811, Vol. 5.415.

Cinquin c. *Lecocq*, Cour d'appel de Paris, 1er février 1900, *S.* 1900.2.121, cassé, Cass civ., 25 juin 1902, *D.P.* 1903.I.5.

Cons. Halévy, Meilhac et autres c. *Heugel, de Choudens, Rouart-Lerolle et Cie*, Cour de Cassation, 10 novembre 1930, *D.P.* 1932.II.29.

D.B. c. *SDRM*, Cour de cass., Ch. crim., 28 octobre 1998, (1999) 180 *R.I.D.A.* 335.

Dame Escriche c. *Bouret, Rosa et autres*, Cour de Paris, 22 novembre 1853, *Journal du Palais*, 1854, Tome 62, 174.

Davis c. *Comitti*, (1885) 52 *L.T.* 539.

Debain et autres c. *Lépée*, Cour de cass., 13 février 1863 et Cour de Rouen, sur premier renvoi, *Journal du Palais*, 1863, Tome 74, 800.

Déric c. *Sacem*, Cass 1ère civ., 6 décembre 1988, (1989) 140 *R.I.D.A.* 228.

Doyen c. *Parnaland et Société générale des Phonographes et Cinématographes*, Trib. de la Seine, 10 février 1905, D.P. 1905.2.389.

DPM et La Plume c. *Nintendo*, Cass. 1ère civ. 27 avril 2004, *Bull. civ.* I, no 117, p. 96.

Durand/Institut National de Radiodiffusion, Cour de cassation, 19 janvier 1956, *Pasicrisie*, 1956, I, 484.

Durdilly et Cie. c. *Mackar et Noël*, Trib. civ. Seine, 4 février 1891, *Gaz. du Pal.* 1891.1.284.

Enoch et comp. et autres c. *Comp. des gramophones*, Compagnie des phonographes et autres, Cour de Paris, 1er février 1905, *Recueil Dalloz*, 1907.II.127, confirmé par la Cour de cassation, Cour de cass., Ch. civ., 21 juillet 1908, *Recueil Dalloz*, 1908.I. 405.

Fortin et Cie c. *Benoist, syndic de la faillite Liébert et dame Schmitt-Barnard*, C. de Paris, 3 janvier 1908, *D.* XV-XVI.2.292.

Girardin c. *Rosa*, Cour royale de Rouen du 7 novembre 1845, *Journal du Palais*, 1846, Tome 46, 658.

Grus c. *Ricordi et Durdilly et comp.*, Cour de cass., 25 juillet 1887, *D.P.* 1888.1.1.

Grus c. *Tito di Gio Ricordi et Dudilly et Cie*, 25 juillet 1887, Cour de Cassation, *Gaz. du Pal.*, II, 1887.

GTX Corporation, Datagraph c. *Europe Data Système, Scan'Etudes, Arcole Sari, Cad Informatique et Top Cad BV*, TGI Paris, 3ème Ch., 6 avril 1994, *Expertises* n° 176, p. 357.

Huguet c. *Florimond et Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, Cour de Cass., Ch. Crim., 21 juillet 1881, *D.* 1881-I-391.

Ladvocat c. *Bobée*, Cour de cass., 23 juillet 1824, *Journal du Palais*, Tome 18, Juillet 1823-1824.

Lépée c. *Debain et autres*, Cour d'Orléans, 22 avril 1863, *Journal du Palais*, 1863, Tome 74, pp. 803-804.

Lumley c. *Héritiers Donizetti et Bayard*, Cour de Cass., 12 janvier 1853, *Journal du palais*, 1853, Tome 60, 177.

Massenet et Puccini c. *Cie Générale des phonographes Pathé frères et Société Ullman*, Cour de Bruxelles, 20 décembre 1905, *D.* 1907.II.127.

Millefaut c. *Commission de Fourvière*, Trib. civil de Lyon du 26 juin 1901.*D.P.*1904.2.198.

Min. Pub., héritiers Victor Hugo c. *Platrier*, 27 février 1931, Trib. Corr. de la Seine, *D.* 1931, Somm. p. 43.

Ministère public c. *Aurélien*, Cour d'appel de Montpellier, (3e Ch. Corr.), reproduit partiellement, *D.* 2005, numéro 19, p. 1294.

Ministère public, syndicats professionnels, sociétés de l'édition vidéo, sociétés de production et autres c/ *Claude L.C. et autres*, TGI Vannes, 29 avril 2004, disponible sur *Legalis.net*.

Moineaux dit Courteline c. *Société Cinéma Pathé et Héritiers Barbier*, et *Carré et Gounod* c. *Vives et Kaiser*, Cour de Paris, 10 novembre 1909, *D.* 1910.3.81.

Monsieur T., Madame N., SA Le Serveur Administratif c. *Sarl Editions Législatives*, Cour d'appel de Lyon, 22 juin 2000, SA Jet On Line, SA France Télécom inédit, disponible sur *Legalis.net.*

N.C.K. – F.C.B. c. *Claude Verlinde, Colgate-Palmolive et autres*, Cour de Cass., 1ère civ., 15 octobre 1985, (1986) 129 *R.I.D.A.* 124.

Pascal D. c. *Agence pour la protection des programmes*, Cour d'appel de Grenoble, 1ère ch. corr., 18 janvier 2001, (2001) 189 *R.I.D.A.* 366.

Pieber c. *Erard*, Cour de cassation, Sect. crim., 26 mars 1810, *Recueil Sirey*, 1809-1811, Vol. 3, I.167.

Poggioli c. *Soc. Salabert et Soc. de droit de reproduction mécanique*, Trib. Civ. de la Seine, 25 oct. 1943, *D.* 1944, Jurisprudence 127.

Queneau c. *Leroy et a.*, Tribunal de grande instance de Paris, (ord. réf.), 5 mai 1997, *J.C.P.* 1997.II.22906, 395.

Rabereau (dame) c. *Leo Ferré*, Cour de Paris, 22 avril 1982, *D.* 1984.1.397.

Rannou-Graphie c. *Comité National pour la Prévention des Reproductions Illicites et Ed. Bordas*, Cour de cassation, 1ère Ch. civ., 7 mars 1984, (1984) 121 *R.I.D.A.* 151.

R. et UFC - Que Choisir ? c. *FNAC et Warner Music France, TGI Paris,* 10 janvier 2006, http://www.droit-technologie.org/jurisprudences/TGI_paris_100106.pdf

Richard c. *Sabadie*, Trib. correct. de Périgueux, 19 juin 1889, *Gaz. du Pal.* 1889.2.170.

S.A. Hilton France c. *SACEM*, Paris, 18 septembre 1974, (1975) 83 *R.I.D.A.* 112.

SACEM c. *Herberlot*, T.I. Chambery, 20 mai 1969, (1970) 63 *R.I.D.A.* 222.

SACEM c. *Soc. Grand Hôtel de la Rive Gauche Hôtel Lutetia*, Paris, 20 juin 1962, *Gaz. Du Pal.* 1962.2.190.

SACEM c. *Soc. Hôtel Lutetia*, TGI Seine, 22 mars 1961, *Gaz. Du Pal.* 1961.1.374.

SACEM c. *Société Anonyme Le Printemps*, T.G.I. de la Seine, (7 juillet 1969), (1970) 63 *R.I.D.A.* 224.

SACEM, SCPP c. *Vincent ROCHE et Frédéric BATTIE*, Tribunal de grand instance de Saint-Étienne, 6 décembre 1999, (2000) 184 *R.I.D.A.* 389.

Sassi c. *SACEM,* Cass. 1ère civ., 19 avril 1988, *J.C.P.* 88, II, 21120.

Schiffi c. *Lekizian*, Trib. mixte du Caire, 16 mai 1896, *D.P.* 1904.2.198.

Serge Perathoner, SPPI, SACEM-SDRM c. *Joseph Paumier*, TGI Paris, 23 mai 2001, (2002) 191 *R.I.D.A.* 308.

Simonin c. *Syonnet et syndics Dieudonné*, C. de Bourges, 14 juin 1844, *D.P.* 1846.2.4.

Soc. des Auteurs, Compositeurs et Éditeurs de musique c. *Bauer*, 8 avril 1947, Cass civ., *D.* 1948.II.390.

Soc. des Auteurs, Compositeurs et Éditeurs de musique c. *Kubler*, (2 janvier 1946), Cass. Civ., *D.* 1946.II.133.

Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. *Lherbier*, directeur général des P.T.T. de Marseille, Trib. Corr. de Marseille, 30 juillet 1927, *Gaz. du Pal.* 1927-II-913.

Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. *Maurice Privat*, concessionnaire des émissions de la Tour Eiffel, 24 avril 1931, Cour de Paris, *D.* 1932.II.80.

Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. *Wantz*, Trib correct. Saverne, 30 mars 1936, *D.* 1936.II.327.

Sté Art Music France et autres c. *École nationale supérieure des Télécommunications et autres*, TGI Paris, 14 août 1996, *D.* 1996.J.490.

Sté Cybion c. *Sté Qualisteam*, TGI Paris, 9 février 1998, (1998) 177 *R.I.D.A.* 292.

Sté des Auteurs et Compositeurs de musique c. *Duplay*, Tribunal de commerce de Saint-Étienne, 24 octobre 1929, *Gaz. Du Pal.* 1930-I-5.

Sté des Auteurs et Compositeurs de musique c. *Évêque de Nantes et Chanoine Robin*, Tribunal civil de Nantes, 14 mars 1930, *Gaz. Du Pal.* 1930-I-729.

Sté Vuibert et CNPRI c. *Sté Rannou-Graphie et Selfacopy*, Tribunal de commerce de Paris (1ère chambre), 20 octobre 1980, (1981) 107 *R.I.D.A.* 182, confirmé par la Cour d'appel puis par la Cour de cassation. CA Paris (4e Chambre), 8 oct. 1982, (1983) 115 *R.I.D.A.* 138.

Terry c. *Marchand*, Cour de cassation, Ch. Crim., 1er mars 1834, *Recueil Sirey*, 1834, I.65.

Thoissier-Desplaces c. *Didot*, sur renvoi, Cour d'Orléans, ch. Correct., 10 juillet 1854, *Journal du Palais*, 1854, Tome 63, 549.

Tricaud c. *Raoult*, C. de Toulouse, 17 juillet 1911, *D.* IX.2.161.

Vahlen c. *Guillaume*, Cour de cassation, Sect. crim., 29 frim. An 14, *Recueil Sirey*, An III à 1808, Vol. 2, I.197.

Vallot et Baronne Gros c. *Bayard*, Cour de Cass., 27 mai 1842, *Journal du Pal.*, 1843, tome I, N° 40, 215.

X... c. *Y...*, Tribunal de Paix de Laeken (Belgique), 5 juillet 1906, *D.* 1907.II.130.

E – Cour de justice des Communautés européennes

Arrêt C-62/79 du 18 mars 1980, *Coditel / Ciné Vog Films* (Rec.1980, p.881) (Coditel I); Arrêt C.J.C.E., 262/81 du 06 octobre 1982, *Coditel / Ciné-Vog Films* (Rec.1982, p.3381) (Coditel II)

Arrêt C.J.C.E., 414/99 du 20 novembre 2001, *Zino Davidoff* et *Levi Strauss* (Rec.2001, p.I-8691).

Arrêt C.J.C.E., 78/70 Arrêt du 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon / Metro SB* (Rec.1971, p.487).

Arrêt C.J.C.E., C-173-98 du 1 juillet 1999, *Sebago* et *Maison Dubois* (Rec.1999, p.I-4103).

Arrêt C.J.C.E., C-200/96 du 28 avril 1998, *Metronome Musik / Music Point Hokamp* (Rec.1998, p.I-1953).

Arrêt C.J.C.E., C-337/98 du 4 novembre 1997, Parfums *Christian Dior / Evora* (Rec.1997, p.I-6013).

Arrêt C.J.C.E., C-347/89 du 16 avril 1991, *Freistaat Bayern / Eurim-Pharm* (Rec.1991, p.I-1747).

Arrêt C.J.C.E., C-418/01 du 29 avril 2004, *IMS Health GmbH & Co. OHG* c. *NDC Health GmbH & Co. KG*.

Arrêt C.J.C.E., C-61/97 du 22 septembre 1998, *Foreningen af danske Videogramdistributører, agissant pour Egmont Film e.a. / Laserdisken*, (Rec.1998, p.I-5171).

Arrêt C.J.C.E., C-9/93 du 22 juin 1994, *IHT Internationale Heiztechnik / Ideal-Standard* (Rec.1994, p.I-2789).

Arrêt C.J.C.E., du 16 juillet 1998, *Silhouette International Schmied / Hartlauer Handelsgesellschaft* (Rec.1998, p.I-4799).

Arrêt C.J.C.E., C-241/91 et 242/91du 6 avril 1995, *RTE et ITP* c. *Commission*

Arrêt C.J.C.E., C-71/97 du 22 septembre 1998, *Foreningen AF Danske Videogramdistributorer* c. *Sté Laserdisken*, (Rec.1998,p.I-5171), (1999) 179 *R.I.D.A.* 301.

Arrêt du Tribunal européen de première instance, T-198/98 du 16 décembre 1999, Micro Leader Business c *Commission des Communautés*, (Rec.1999, p.II-3989).

IV - Table des lois

A – Législation internationale

Annexe 1C, Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC).

Convention concernant la distribution de signaux porteurs de programmes transmis par satellite, Bruxelles, 21 mai 1974.

Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques, Acte de Paris du 24 juillet 1971.

Convention du 3 novembre 1851, conclue entre la France et la Grande-Bretagne, Au sujet de la propriété littéraire et artistique, reproduite dans Paul LABOULAYE, Études sur la propriété littéraire en France et en Angleterre, Paris, Auguste Durand, 1858.

Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, Rome, 26 octobre 1961.

Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle (adoptée par la 31e session de la Conférence générale de l'UNESCO - Paris, 2 novembre 2001), www.unesco.org.

Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, Journal officiel n° L 178 du 17/07/2000 p. 0001 – 0016.

Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, Journal officiel n° L 167 du 22/06/2001 p. 0010 – 0019.

Directive 91/250/CEE du Conseil, du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, Journal officiel n° L 122 du 17/05/1991 p. 0042 – 0046.

Directive 92/100/CEE du Conseil, du 19 novembre 1992, relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle, Journal officiel n° L 346 du 27/11/1992 p. 0061 – 0066.

Directive 93/83/CEE du Conseil, du 27 septembre 1993, relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble, J.O.C.E., L. 148, 06.10.1993.

Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données, JOCE n° L 077 du 27/03/1996 p. 0020 – 0028.

Traité instituant la communauté européenne (version consolidée), *Journal officiel* n° C 325 du 24 décembre 2002.

B – Législation nationale

1 – Canada

Acte pour protéger la propriété littéraire (An Act for the protection of Copy Rights), 2 Gui. IV c. 53 (1832) (Province du Bas-Canada).

Acte pour protéger les Droits d'Auteurs dans cette Province (An Act for the protection of Copy Rights in this Province), 4&5 Vict. c. 60-61 (1841).

Acte pour étendre l'Acte Provincial des Droits d'Auteur aux personnes résidant dans le Royaume Uni, à certaines conditions, 10 & 11 Vict. C. 28 (1847).

Acte pour imposer un droit sur les impressions étrangères des ouvrages britanniques soumis au droit de propriété, 14 Vict. c. 6. (1850).

Acte pour pourvoir par une loi générale à l'incorporation des compagnies de télégraphe électrique, 16 Vict. c. 10 (1852).

Acte concernant les droits d'auteurs, 22 Vict. C 81 (1859).

Acte pour amender l'Acte relatif aux Droits de Douane, 22 Vict. c. 2 (1859).

Acte imposant des droits de douane, et contenant le tarif des droits payables sous son autorité, 31 Vic. c. 7 (1867), cédule C

Acte concernant la propriété littéraire et artistique, 31 Vict. c. 54 (1868).

Acte pour amender l'acte de la présente session, intitulée : Acte imposant des droits de douane, et contenant le tarif des droits payables sous son autorité, 31 Vict. c. 44 (1868) (cédule C).

Acte concernant la propriété littéraire et artistique, 38 Vic. c. 88. (1875) (en annexe des lois de 1876 avec la mention suivante : « Réservé pour la signification du plaisir de Sa Majesté, le 8 avril 1875 ; sanction royale donnée le 26 octobre 1875, et proclamé le 3 décembre 1875 ; entrera en vigueur le 11 décembre 1875 »)

Acte concernant la propriété littéraire et artistique, 38 Vict. c. 88 (1875).

Acte concernant la propriété littéraire et artistique, 49 Vict. c. 62 (1886).

Acte modifiant l'Acte concernant les droits d'auteur, chapitre soixante-deux des Statuts révisés, 52 Vict. c. 29 (1889).

Acte à l'effet de refondre et modifier les actes concernant les droits de douanes, 57-58 Vict. c. 33 (1894).

Acte modifiant l'Acte concernant les droits d'auteur, 58-59 Vict. c. 37 (1895)

Acte modifiant l'Acte concernant les droits d'auteur, 63-64 Victoria c. 25 (1900).

Acte ayant pour objet la réglementation de la télégraphie sans fil en Canada, 4-5 Éd. VII c. 49 (1905).

Loi sur la Radiotélégraphie, 3-4 Geo. V c. 43 (1913).

Loi modifiant et codifiant la législation concernant le droit d'auteur, 11-12 Geo. V c. 24 (1921), modifiée par 13-14 Geo. V, c. 10, entrera en vigueur le 1er janvier 1924, 27 Gaz. C. no 26,2157.

Statuts révisés de 1927, Loi du droit d'auteur, S.R.C. c. 32 (1927).

Loi modifiant la Loi du droit d'auteur, 21-22 Geo. V c. 8 (1931).

Loi canadienne de la radiodiffusion, 22-23 Geo. V c. 51 (1932).

Loi canadienne sur la radiodiffusion, 1 Ed. VIII c. 24 (1936).

Loi sur la radiodiffusion, S.C. 1958, c. 22.

Loi sur la radiodiffusion, S.C. 1967-68, c. 25.

Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, S.C. 1974-75-76, c. 49.

Loi sur la concurrence, L.R. 1985, ch. C-34.

Loi sur le droit d'auteur, L.R. 1985, ch. C-42.

Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur et apportant des modifications connexes et corrélatives, 35-36-37 Éliz. II c. 15 (1988).

Loi de mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis, L.C. 1988 ch. 65 ; 37 Eliz. II c. 65.

Execution Act, R.S.O. 1980, c. 146 (abrogée et remplacée par l'Execution Act, R.S.O 1990, E. 24) (Ontario).

Loi sur la radiodiffusion, C. B-9.01 (1991).

Loi portant mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain, 40-41-42 Eliz. II, c. 44 (1993)

Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur, 40-41-42 Eliz. II, c. 23 (1993).

Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur, 45-46 Elizabeth II, c. 24 (1997).

Projet de loi C-60, *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, première lecture le 20 juin 2005, Première session, trente-huitième législature, 53-54 Elizabeth II, 2004-2005.

2 – Grande-Bretagne

Statute of Monopolies, 21 Jac. I c. 3 (1623).

An Act for the Encouragement of Learning by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies, During the Times therein Mentioned, 8 Anne c. 19 (1710).

Engraving Copyright Act, 8 Geo. II c. 13 (1734).

An Act for prohibiting the Importation of Books reprinted abroad, and first composed or written, and printed in Great Britain, 12 Geo. 2 c. 36 (1739).

An Act to continue Several Laws for prohibiting the Importation of Books reprinted Abroad; and first composed or written and printed in Great Britain; [...], 20 Geo. 2 c. 47 (1747).

An Act to continue Several Laws for prohibiting the Importation of Books reprinted Abroad; and first composed or written and printed in Great Britain; [...], 27 Geo. 2 c. 18 (1754).

An Act to continue Several Laws therein mentioned, [...] to the prohibiting the Importation of Books reprinted Abroad, and first composed, written, and printed in Great Britain; [...], 33 Geo.2 c.16 (1759).

An Act to continue Several Laws therein mentioned; [...] *and to the prohibiting the Importation of Books reprinted Abroad, and first composed, written, and printed, in Great Britain*, 7 Geo. 3 c.35 (1767).

An Act to continue Several Laws therein mentioned; [...] *to the prohibiting the Importation of Books reprinted Abroad, and first composed, written, and printed in Great Britain*; 14 Geo.3 c. 86 (1774)

Engraving Copyright Act, 7 Geo. III c. 38 (1766).

An Act for enabling the two Universities in England, the four Universities in Scotland, and the several College of Eton, Westminster, and Winchester, to hold in Perpetuity their Copy Right in Books, given or bequeathed to the said Universities and Colleges for the Advancement of useful Learning and other Purposes of Education, [...], 15 Geo. III c. 53 (1775), reconduite 41 Geo. III c. 107.

Prints Copyright Act, 17 Geo. III c. 57 (1777).

An Act to continue Several Laws therein mentioned; [...] *to the prohibiting the Importation of Books reprinted Abroad, and first composed, written, and printed in Great Britain*; 22 Geo. 3 c.13 (1782).

An Act to continue Several Laws therein mentioned; [...] *to the prohibiting the Importation of Books reprinted Abroad, and first composed, written, and printed in Great Britain,* 29 Geo. 3 c.55 (1789).

An Act for repealing the Duties on Paper, Pasteboard, Millboard, Scaleboard, and Glazed Paper; and for granting other Duties in lieu thereof, 34 Geo.3 c.20 (1794).

An Act for the Union of Great Britain and Ireland, 39 & 40 Geo. 3 c. 67 (1800).

An Act to further Encouragment of Learning, in the United Kingdom of Great Britain and Ireland, by Securing the Copies and Copyright of printed Books, to the Authors of such Books, or their Assigns for the Time herein mentioned, 41 Geo. 3 c.107 (1801).

Copyright Act, 54 Geo. 3 c. 156 (1814)

An Act to amend the Laws relating to Dramatic Literary Property, 3 & 4 Will. 4., c. 15 (1833).

Prints and Engraving Copyright Act, 1836, 6-7 Will. IV c. 59.

An Act for securing to Authors, in certain Cases, the Benefit of International Copyright, 1 & 2 Vict. c. 59 (1838).

An Act to reunite the Provinces of Upper and Lower Canada, and for the Government of Canada de l'Union, 3 & 4 Vict., c. 35 (1840).

An Act to Amend the Law of Copyright, 5 & 6 Vict., c. 45 (1842).

An Act to amend the Laws relating to the Customs, 5 & 6 Vict. c. 47 (1842).

An Act to amend the Law relating to International Copyright, 7 & 8 Vict. c. 12 (1844).

An Act to amend the Law relating to the Protection in the colonies of Works entitled to Copyright in the United Kingdom, 10 & 11 Vict. 95 (1847).

An Act to enable Her Majesty to carry into effect a Convention with France on the Subject of Copyright, 15 & 16 Vict. c.12 (1852).

International Copyright Act, 1852, 15 & 16 Vict. c. 12.

Fine Arts Copyright Act, 25 & 26 Vic c. 68 (1862).

An Act to remove Doubts as to the Validity of Colonial Laws, 28 & 29 Vict. c. 63 (1865).

British North America Act, 30-31 Vict. c. 3 (1867).

An Act to amend the Law relating to International Copyright, 38 & 39 Vict. c. 12 (1875).

An Act to give effect to an Act of the Parliament of the Dominion of Canada respecting Copyright, 38 & 39 Vict. c. 53 (1875).

An Act to amend the Law respecting International and Colonial Copyright, 49 & 50 Vict. c. 33 (1886).

An Act to amend the Law relating to Musical Copyright, 2 Edw. 7, c. 15 (1902).

An Act to amend the Law relating to Musical Copyright, 6 Edw. 7, c. 36 (1906).

An Act to amend and consolidate the Law relating to Copyright, 1-2 Geo. V c. 46 (1911).

An Act to confirm a Provisionnal Order of the Board of Trade relating to the rate of royalties on mechanical contrivances for the performance of musical works, 18 & 19 Geo. 5, c. 52 (1928).

An Act to make new provision in respect of copyright and related matters, in substitution for the provisions of the Copyright Act, 1911, and other enactments relating thereto; to amend the Registered Design Act, 1949, with respect to designs related to artistic works in which copyrights subsists, and to amend the Dramatic and Musical Performer's Protection Act, 1925; and for purposes connected with the matters aforesaid, 4 & 5 Eliz. C. 74 (1956).

Public Lending Right Act, c. 10 (1979).

Copyright (Computer Software) Amendment Act, c. 41 (1985).

Copyright, Design and Patent Act, c. 48 (1988).

Copyright and Related Rights Regulations 1996, S.I. 1996 No 2967.

Copyright and Related Rights Regulations 2003, S.I. 2003 No. 2498.

3 – États-Unis

An Act for the encouragement of learning, by securing the copies of maps, charts, and books, to the authors and proprietors of such copies, during the times therein mentioned, ch. 15, article 1, 1 *Stat.* 124 (1790).

An Act supplementary to an act, intitled « An Act for the encouragement of learning, by securing the copies of maps, charts, and books, to the authors and proprietors of such copies, during the times therein mentioned » and extending the benefits thereof to the arts of designing, engraving, and etching historical and other prints, ch. 36, 2 *Stat.* 171 (abrogé 1831) (1802).

An Act to amend several acts respecting copy rights, ch. 16, 4 *Stat.* 436 (1831).

An Act supplemental to an Act entitled « An Act to amend several acts respecting Copyright », 38 Congress., Sess. I, *Ch.* 169 (1856).

An Act supplemental to an Act entitled An Act to amend several Acts respecting Copyright, 11 mars 1865, 13 *Stat.* 540 (1865).

An Act to revise, consolidate, and amend the Statutes relating to Patents and Copyrights, ch. 230, article 86, 16 *Stat.* 198 (1870).

An act to amend title sixty, chapter three, of the Revised Statutes of the United States, relating to copyrights, ch. 565, 26 *Stat.* 1106 (1891).

An Act To amend and consolidate the Acts respecting copyright, ch. 320, 35 *Stat.* 1075 (1909).

An Act to require apparatus and opertors for radio communications on certain ocean steamers, Public Law no. 262, 61st Cong., 36 *Stat.* 629 (1910).

An Act To regulate radio communication, Public Law no 264, 37 *Stat.* 1365 (1912).

Townsend Copyright Amendment: Complete File of Arguments Before the Committee on Patents on H.R. 15263 and H.R. 20596, 62d Cong., 2d Sess.(1912).

Copyright Act (1976), Pub. L. No. 94-553, 90 *Stat.* 2541.

An Act to amend the patent and trademark laws, Pub. L. No. 96-517, §10(b), 96th Cong., 1st Sess., 94 *Stat.* 3028 (1980).

Record Rental Amendment of 1984, Pub. L. No. 98-450, 98 *Stat.* 1727 (4 octobre 1984).

Satellite Home Viewers Act (1988), *Pub. L. J.* 1579.

Computer Software Rental Amendments Act of 1990, title VIII of the Judicial Improvements Act of 1990, Pub. L. No. 101-650, 104 *Stat* 5089, 5134. (1[er] décembre 1990).

Digital Performance Right in Sound Recording Act, P. L. 104-39 (Nov. 1995), 109 *Stat.* 336.

An Act to amend title 17, United States Code, to implement the World Intellectual Property Organization Copyright Treaty and Performances and Phonograms Treaty, and for other purposes, *Pub. L.* No. 105-304, 112 *Stat.* 2860 (Oct. 28, 1998).

Digital Era Copyright Enhancement Act 1997, H.R. 3048, 105th Congress, « *To update and preserve balance in the Copyright Act for the 21st Century; to advance educational opportunities through distance learning; to implement the World Intellectual Property Organization Copyright Treaty, and Performances and Phonograms Treaty, and for other purposes* ».

Digital Choice and Freedom Act of 2002, H.R. 5522, 107th Congress, « *To amend title 17, United States Code, to safeguard the rights and expectations of consumers who lawfully obtain digital entertainment* ».

4 – France

Décret des 19 juillet – 6 août 1791 relatif aux spectacles (ci-après, décret de 1791), reproduit dans H. DESBOIS, *Le droit d'auteur*, Paris, Dalloz, 1[ère] éd., (1950), Annexes.

Décret impérial contenant règlement sur l'imprimerie et la librairie, 5 février 1810, rapporté dans C. RENOUARD, *Traité des droits d'auteur*, Vol. II, Paris, Jules Renouard et Cie, 1838, 373.

Décret relatif aux droits de propriété des auteurs d'écrits en tout genre, des compositeurs de musique, des peintres et des dessinateurs, 19-24 juillet 1793, an II de la République, reproduit dans Eugène POUILLET, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, Marchal & Billard, 1879, Annexes.

Loi du 10 novembre 1917 (« *portant abrogation de la loi du 16 mai 1866 sur la fabrication et la vente des instruments de musique mécaniques* »).

Loi sur la propriété littéraire et artistique, No. 57-298 du 11 mars 1957, J.O., 14 mars et 19 avril 1957, *Gaz. Du Pal.*, 1957-1-199

Loi no. 85 – 660 du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle, J.O. n 85-660, 4 juillet 1985.

Loi n° 92-597 du 1er juillet 1992 relative au code de la propriété intellectuelle, J.O., 3 juillet 1992, 8801 ; (1993) 106 *D.A.* 4-01.

Loi n°2003-517 du 18 juin 2003 relative à la rémunération au titre du prêt en bibliothèque et renforçant la protection sociale des auteurs, J.O n° 140 du 19 juin 2003, 10241.

Projet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, 12 novembre 2003, http://www.assemblee-nationale.fr/12/projets/pl1206.asp.

5 – Autres lois

Loi sur le droit d'auteur et les droits apparentés (9 septembre 1965), (1964-65) 77-78 *D.A.* 258, *Bundesgesetzblatt*, Teil I, 1965, p. 1273 (All.).

Loi sur le droit d'auteur tel que modifié le 16 juillet 1998, *Bundesgesetzblatt*, Teil I, No. 27, 20/05/1998, p. 902 (All.).

Copyright Amendment Act (No. 1) 1998 No. 104, 1998 (Aus.).