

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

**Aspects de droit d'auteur liés à la distribution d'œuvres cinématographiques par
Internet au Canada**

**Par
Dominic Dupoy**

Faculté de Droit

**MÉMOIRE PRÉSENTÉ À LA FACULTÉ DES ÉTUDES SUPÉRIEURES EN VUE DE
L'OBTENTION DU GRADE DE MAÎTRISE EN DROIT DES TECHNOLOGIES DE
L'INFORMATION**

AVRIL, 2006

© Dominic Dupoy, 2006



Université de Montréal
Faculté des études supérieures

Ce mémoire intitulé

Aspects de droit d'auteur liés à la distribution d'œuvres
cinématographiques par Internet au Canada

présenté par :

Dominic Dupoy

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Ysolde Gendreau
Président-rapporteur

Pierre Trudel
Directeur de recherche

Vincent Gautrais
Membre du jury

RÉSUMÉ

Le présent mémoire se penche sur trois questions liées à la distribution d'œuvres cinématographiques par Internet au Canada. Ces questions sont le reflet des principales préoccupations d'une industrie en pleine expansion et sont abordées sous un aspect pratique.

La première question concerne l'applicabilité de la loi canadienne sur le droit d'auteur. L'aspect mondial du réseau Internet soulève en effet d'importantes questions de droit international privé. Il s'agit donc de connaître, à travers l'analyse de différentes hypothèses, les circonstances d'application et la portée de la loi canadienne.

La deuxième question s'intéresse à la portée de la protection offerte. Les différents droits dévolus aux auteurs en vertu de la loi sont effectivement issus d'un environnement technique différent de celui proposé par Internet. Il s'agit donc d'analyser l'application de ces différents droits à la distribution d'œuvres par Internet.

Enfin, la troisième question se penche sur l'identité du titulaire des droits d'auteur sur une œuvre cinématographique. La loi n'apporte en effet aucune réponse définitive à cette question et le processus de création particulier à la production d'une œuvre cinématographique rend d'autant plus complexe la détermination du titulaire. Encore une fois, le présent mémoire tente de répondre à la question de la titularité par l'analyse successive de différentes hypothèses.

MOTS CLÉS : PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE, FILMS, VIDÉO, COMMUNICATION, REPRODUCTION, NUMÉRIQUE, WEB.

SUMMARY

This work addresses three questions related to the distribution of cinematographic works by Internet in Canada. Those questions reflect the fundamental concerns of a budding industry and are examined under a practical angle.

The first question deals with the applicability of the Canadian law regarding copyright. Indeed, the global aspect of Internet raises important issues related to international private law. We examine different scenarios in order to determine the scope and the circumstances under which the Canadian law applies.

The second question examines the scope of the protection provided for under the Canadian law. The different rights provided to authors under the Canadian law were adopted before the Internet era and it is important to verify the applicability of those rights to the specific technical environment of Internet.

Finally, the third question addresses the issue of the ownership of a copyright related to a cinematographic work. The Canadian law does not provide for an express answer to that question. Moreover, it is complicated by the specific creation process leading to the production of a cinematographic work. This work undertakes to answer the question by examining different scenarios.

KEY WORDS : COPYRIGHT, INTERNET, CINEMATOGRAPHIC WORK, INTELLECTUAL PROPERTY, MOVIES, VIDEOS, COMMUNICATION, REPRODUCTION, DIGITAL, WEB.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	2
1. L'application de la <i>Loi sur le droit d'auteur</i>	5
1.1 La loi nationale applicable à la transmission par internet d'une œuvre cinématographique	7
1.2 La détermination de la loi applicable en matière extracontractuelle	8
1.2.1 L'application de la loi du for	9
1.2.2 L'application de la loi du pays de résidence de l'auteur et l'application de méthodes de rattachement en cascade	10
1.2.3 L'application de la loi du pays d'émission	13
1.2.4 L'application de la loi du pays de réception	18
1.2.5 Les conséquences de l'application de la <i>Loi sur le droit d'auteur</i> à titre de loi de protection	20
1.2.6 Conclusion de la partie 1.2	22
1.2.7 L'application intégrale de la loi de protection	23
1.2.8 Conclusion de la partie 1.2.7	29
1.3 La détermination de la loi applicable en matière contractuelle	29
1.3.1 La loi d'autonomie et les aspects de droit d'auteur	31
1.3.2 La situation du contrat qui ne désigne pas la loi applicable	34
1.3.3 Conclusion de la partie 1.3	35
1.4 Conclusion de la partie 1	38
2. Les droits pécuniaires dévolus aux auteurs en vertu de la <i>Loi sur le droit d'auteur</i>	39
2.1 Les droits pécuniaires	40
2.2 Le droit de publier	41
2.3 Le droit de reproduire	44
2.4 Le droit de communiquer au public par télécommunication	50
2.5 Le droit de retransmettre	53
2.6 Le droit de mettre à la disposition	58
2.6.1 Les traités de l'organisation mondiale de la propriété intellectuelle de 1996	60
2.6.1.1 Le Traité de l'organisation mondiale de la propriété intellectuelle sur le droit d'auteur	61

TABLE DES MATIÈRES (suite)

2.6.1.2	Le Traité de l'organisation mondiale de la propriété intellectuelle sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes	64
2.6.2	L'intégration du droit de mise à la disposition en droit positif interne	68
2.6.2.1	L'intégration du droit de mise à la disposition en droit positif américain	68
2.6.2.1.1	Les droits voisins américains	72
2.6.2.2	L'intégration du droit de mise à la disposition en droit positif européen	73
2.6.2.3	L'intégration du droit de mise à la disposition en droit positif canadien.....	76
2.6.2.3.1	Les droits voisins.....	77
2.6.2.3.2	Le droit d'auteur	79
2.7	Conclusion de la partie 3	82
3.	La titularité des droits d'auteur	84
3.1	Introduction	84
3.2	La titularité initiale des droits d'auteur sur l'œuvre cinématographique	85
3.3	L'œuvre cinématographique réalisée par des artistes autonomes.....	87
3.4	Le producteur à titre de premier titulaire des droits d'auteur sur l'œuvre cinématographique en vertu de certaines dispositions particulières de la <i>Loi sur le droit d'auteur</i>	88
3.5	L'œuvre cinématographique à titre de recueil.....	92
3.6	L'œuvre cinématographique à titre d'œuvre créée en collaboration	97
3.6.1	Les co-auteurs de l'œuvre cinématographique.....	102
3.6.2	L'exercice conjoint des droits d'auteur	109
3.7	L'œuvre cinématographique réalisée dans le cadre d'un emploi	112
3.8	Conclusion.....	116
	Conclusion générale	116
	Table de la législation.....	121
	Table de la jurisprudence	122
	Monographies et recueils.....	124

TABLE DES MATIÈRES (suite)

TABLE DES ABBRÉVIATIONS

<i>Code civil du Québec</i>	CCQ
<i>Code de procédure civile du Québec</i>	CPC
Dalloz	D.
Lois du Canada	L.C.
Lois du Québec	L.Q.
Lois refondues du Canada	L.R.C.
Lois refondues du Québec	L.R.Q.
<i>Loi sur le droit d'auteur</i>	LDA
Revue internationale du droit d'auteur	R.I.D.A.
Recueil de la Cour suprême	R.C.S.

INTRODUCTION

Le droit d'auteur s'est développé par soubresauts. Son champ d'application s'est étendu au rythme de l'apparition de nouvelles formes d'exploitation des œuvres de l'esprit. Les premiers régimes de droit d'auteur visaient à encadrer l'édition littéraire. L'apparition de nouveaux médias comme la radio, le cinéma, la télévision ou le disque a ensuite incité le législateur à créer de nouvelles catégories d'œuvres protégées ou encore de nouveaux droits reliés à ces œuvres.

Internet et l'univers numérique constituent très certainement une nouvelle forme d'exploitation des œuvres de l'esprit. Cette forme n'est cependant pas exactement comme les autres avant elle.

D'une part, le réseau Internet ne connaît pas de frontières. L'œuvre d'un Japonais produite par un Russe peut facilement être transmise par un Français vers un Américain à partir d'un serveur canadien. L'aspect essentiellement national des lois sur le droit d'auteur se heurte inévitablement à la nature mondiale du réseau Internet. Résultat : le droit d'auteur est incapable de proposer une vision holistique de l'exploitation des œuvres sur Internet.

D'autre part, le réseau Internet propose une méthode de transmission de l'information hybride qui sollicite autant le droit de communiquer que celui de reproduire. Cette situation possède certes l'avantage de rendre inutile la création d'un nouveau droit, mais elle entraîne également l'application simultanée de règles différentes.

Enfin, la transmission numérique est indifférente à la nature de l'œuvre. Un film de Fellini, un tableau de Picasso ou un livre de Dostoïevski sont également réduits en bits et transmis par paquets d'information pour être ensuite réassemblé sous leur forme originale dans l'ordinateur du récepteur. Se pose alors la question de la pertinence des catégories traditionnelles (œuvre cinématographique, artistique, littéraire, etc.) dans le contexte numérique.

Étrangement, l'arrivée de l'univers numérique n'a pas entraîné de grands changements à la *Loi sur le droit d'auteur*¹ (« LDA »). Tout au plus pouvons-nous souligner certains amendements périphériques concernant le logiciel². Aucune nouvelle catégorie d'œuvre n'a été créée et aucun nouveau droit n'a été instauré.

La communauté juridique s'est plutôt efforcée à faire entrer la réalité numérique à l'intérieur des concepts traditionnels du droit d'auteur même si ceux-ci ont été développés en vue de circonscrire une réalité technique différente.

Au moment d'écrire ces lignes, la distribution de musique par Internet s'était répandue comme une traînée de poudre et avait bouleversé l'industrie du disque. Bien que la distribution d'œuvres cinématographiques par Internet soit actuellement une réalité³, il faut bien admettre que le phénomène ne connaît pas encore la même ampleur que la distribution de musique. Cette différence est bien entendu attribuable au nombre d'octets requis pour emmagasiner et transmettre un fichier audiovisuel par rapport à un fichier audio seulement.

Par ailleurs, la bande passante s'élargira avec le temps et les techniques de contraction des données s'amélioreront également. La distribution d'œuvres cinématographiques par Internet modifiera alors l'industrie du film comme elle a modifié l'industrie de la musique.

Après une distribution en salle, les films seront peut-être distribués directement par Internet. Peut-être assisterons-nous également à une période tampon où les clubs vidéo distribueront les films après leur sortie au cinéma, mais ne tiendront plus les

¹ L.R.C. (1985), c. C-42.

² Voir entre autres la définition d'« œuvre littéraire » à l'article 2 de la LDA ainsi que l'article 3(1)h de la LDA concernant l'interdiction de louer un programme informatique.

³ Au moment d'écrire ces lignes le site Internet « movielink.com » n'était toujours pas disponible pour les résidents canadiens. Cependant, de nombreux autres sites comme « internetmovies.com » ou « movieflix.com » étaient quant à eux disposés à fournir des films aux internautes canadiens.

films anciens ou peu populaires qui seront alors disponibles seulement par Internet. Le même phénomène affecte déjà la télévision⁴.

Le présent travail est essentiellement une coupe transversale mettant à jour certains problèmes juridiques risquant d'affecter le développement à long terme de l'industrie de la distribution de films par Internet. Il propose également des pistes de réflexion en vue d'aider à mieux comprendre la complexité des questions qui surgissent de l'inadéquation entre le droit et la technique.

L'analyse proposée se veut essentiellement pragmatique. Il s'agit d'établir des repères à l'intérieur des territoires explorés, mais surtout de cartographier certaines zones d'ombres où le droit apparaît encore fugitif.

Les territoires explorés sont plutôt vastes. Chacun d'eux représente un bloc de questions accessoires s'agglomérant autour de trois questions principales inévitablement soulevées par quiconque est intéressé à exploiter une entreprise de distribution d'oeuvres cinématographiques par Internet.

La première question à débattre me semble être celle de l'applicabilité de la LDA dans le contexte d'une distribution transfrontalière. Il apparaît primordial de connaître le champ d'application précis de la LDA ainsi que les circonstances pouvant déclencher son application. Répondre à la question de l'applicabilité de la LDA nécessite bien sûr de multiples découpages. La situation contractuelle est par conséquent débattue séparément de la situation extracontractuelle alors que la question des conflits de lois est répondue par l'examen successif de plusieurs hypothèses.

La deuxième question concerne l'étendue de la protection offerte par la LDA. Quels droits pécuniaires⁵ la LDA fait-elle entrer en jeu lors de la distribution d'œuvres

⁴ La section « archives » du site Internet de « Radio-canada.ca » offre déjà une grande variété d'émissions ou de reportages.

cinématographiques par Internet? La division de cette deuxième partie est toute naturelle puisque chacun des droits est étudié séparément. Une emphase importante est toutefois mise sur le droit de mise à la disposition. Il s'agit d'un droit nouveau conçu sur mesure pour la distribution par Internet. Je propose donc une étude plus détaillée de sa nature et de son implantation dans le terreau législatif américain, européen et canadien.

Finalement, il est primordial de connaître l'identité de la personne à qui la LDA accorde sa protection. La question de la titularité du droit d'auteur sur l'œuvre cinématographique est une question récurrente en droit d'auteur canadien. Le présent travail explore donc différentes hypothèses concernant l'identité du titulaire initial des droits d'auteur sur l'œuvre cinématographique.

1. L'APPLICATION DE LA *LOI SUR LE DROIT D'AUTEUR*

Le réseau Internet se déploie au-delà de toutes frontières étatiques. Par ailleurs, le support qui contient l'information est bel et bien matériel et sa situation géographique peut être déterminée avec précision.

Cela dit, la question demeure entière quant à savoir quelle loi doit régir la transmission d'une œuvre protégée à partir du pays A vers le pays B.

L'un des premiers réflexes de la communauté juridique fut de se tourner vers les règles relatives aux communications par satellites⁶. Malheureusement, on se rendit bien vite compte qu'il était absurde de proposer des règles uniques pour disposer de réalités pratiques différentes.

⁵ Le terme « pécuniaire » est préféré au terme « économique » afin d'éviter toute confusion. En effet, le droit moral possède également un aspect économique puisqu'il est compensable. La Cour suprême du Canada a reconnu cette situation au paragraphe 59 de l'arrêt *Théberge c. Galerie d'art du Petit Champlain Inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336.

⁶ Voir par exemple la première version du livre vert de la Communauté européenne : *Le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information*, COM(95) 382 final, p. 41.

En effet, la communication par satellite s'effectue à partir d'une station émettrice qui envoie, vers un satellite en orbite, une information que ce satellite répand ensuite sur un territoire défini. Il s'agit donc d'une communication à partir d'un point d'émission unique vers une multitude de points de réception passifs.

La réalité technique d'Internet est bien différente. Bien que l'émission soit virtuellement dirigée vers chacun des usagers du réseau, la communication ne s'effectue qu'au moment où l'un d'eux décide de la recevoir. Au fil d'arrivée, il y a donc une transmission isolée entre l'émetteur et le récepteur, soit d'un point unique vers un autre point unique⁷.

D'autres différences fondamentales expliquent également l'inapplicabilité des usages provenant de la communication par satellite. Par exemple, la portée de la transmission par satellite est géographiquement limitée à certaines zones terrestres déterminées alors que la transmission par Internet ne connaît pas ce genre de limites. D'autre part, il est plutôt difficile de déplacer un point d'émission par satellite alors que la délocalisation d'un site sur Internet peut s'effectuer en quelques clics de souris. Ainsi donc, la nouvelle réalité technique de transmission de l'information sur Internet commande-t-elle une nouvelle approche juridique propre à encadrer ce phénomène.

Quelle loi doit régir les aspects de droit d'auteur relatifs à la transmission numérique d'une œuvre protégée?

Pour répondre à cette question, il faut analyser les avantages et les inconvénients des différents scénarios possibles. J'ajoute que l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Association canadienne des fournisseurs Internet*⁸ (ci-après l'affaire tarif 22) ne résout en rien la question du droit applicable.

⁷ Voir à ce sujet Peter SCHÖNNING, « Applicable law in transfrontier on-line transmission », 1996, no. 170, *R.I.D.A.*, p.32.

⁸ [2004] 2 R.C.S. 427.

Dans cette affaire, la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique demandait de percevoir les redevances payables lors de la communication par Internet d'œuvres protégées directement auprès des fournisseurs de services Internet situés au Canada.

L'une des questions centrales que devait trancher la Cour était de savoir si les communications en provenance ou en direction de l'extérieur du Canada étaient des communications au sens de la LDA.

La Cour s'est alors bornée à préciser que l'application de la LDA est tributaire d'un lien réel et important avec le Canada et que l'existence de ce lien est déterminée par l'analyse de différents facteurs dont le poids relatif varie en fonction des circonstances de l'espèce :

En ce qui concerne l'Internet, le facteur de rattachement pertinent est le situs du fournisseur de contenu, du serveur hôte, des intermédiaires et de l'utilisateur final. L'importance à accorder au situs de l'un d'eux en particulier varie selon les circonstances de l'affaire et la nature du litige.

Bien qu'une telle règle possède l'avantage de la flexibilité, elle n'en demeure pas moins problématique lorsqu'il s'agit de déterminer la portée de la LDA. En effet, celle-ci variera en fonction des circonstances de l'espèce.

1.1 LA LOI NATIONALE APPLICABLE À LA TRANSMISSION PAR INTERNET D'UNE ŒUVRE CINÉMATOGRAPHIQUE

Quelle loi doit-on appliquer à la transmission par Internet d'une œuvre cinématographique? Si un usager canadien télécharge une œuvre cinématographique canadienne située sur un serveur canadien, nul doute que la LDA s'applique. Cependant, les choses peuvent se complexifier rapidement.

Ainsi, quelle loi nationale doit-on appliquer lorsqu'un usager canadien télécharge une œuvre américaine située sur un serveur français? Une telle opération contient

certainement un élément d'extranéité suffisant pour déclencher l'application des règles propres au droit international privé.

Ces règles sont toutefois supplétives et les parties peuvent décider de s'en écarter. Il est donc opportun d'étudier séparément la situation où la transmission fait l'objet d'une entente de la situation où aucune entente n'intervient.

1.2 LA DÉTERMINATION DE LA LOI APPLICABLE EN MATIÈRE EXTRA-CONTRACTUELLE

L'article 5 de la *Convention de Berne*, à laquelle le Canada est partie⁹, dispose que :

Les auteurs jouissent, en ce qui concerne les œuvres pour lesquelles ils sont protégés en vertu de la présente Convention, dans les pays de l'Union autres que le pays d'origine de l'œuvre, des droits que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux, ainsi que des droits spécialement accordés par la présente Convention.

La jouissance et l'exercice de ces droits ne sont subordonnés à aucune formalité; cette jouissance et cet exercice sont indépendants de l'existence de la protection dans le pays d'origine de l'œuvre. Par suite, en dehors des stipulations de la présente Convention, l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours garantis à l'auteur pour sauvegarder ses droits se règlent exclusivement d'après la législation du pays où la protection est réclamée.

La protection dans le pays d'origine est réglée par la législation nationale. Toutefois, lorsque l'auteur ne ressortit pas au pays d'origine de l'œuvre pour laquelle il est protégé par la présente Convention, il aura, dans ce pays, les mêmes droits que les auteurs nationaux.

Est considéré comme pays d'origine:

pour les œuvres publiées pour la première fois dans l'un des pays de l'Union, ce dernier pays; toutefois, s'il s'agit d'œuvres publiées simultanément dans plusieurs pays de l'Union admettant des durées de protection différentes, celui d'entre eux dont la législation accorde la durée de protection la moins longue;

pour les œuvres publiées simultanément dans un pays étranger à l'Union et dans un pays de l'Union, ce dernier pays;

pour les œuvres non publiées ou pour les œuvres publiées pour la première fois dans un pays étranger à l'Union, sans publication simultanée dans un pays de l'Union, le pays de l'Union dont l'auteur est ressortissant; toutefois,

⁹ Le Canada est partie à la *Convention de Berne* depuis le 10 avril 1928. Le 26 juin 1998, il devenait partie à l'*Acte de Paris* de 1971 modifié le 28 septembre 1979.

s'il s'agit d'œuvres cinématographiques dont le producteur a son siège ou sa résidence habituelle dans un pays de l'Union, le pays d'origine sera ce dernier pays, et

s'il s'agit d'œuvres d'architecture édifiées dans un pays de l'Union ou d'œuvres des arts graphiques et plastiques faisant corps avec un immeuble situé dans un pays de l'Union, le pays d'origine sera ce dernier pays. (Soulignements ajoutés)

Cette disposition apparaît plutôt réconfortante à sa première lecture : seule la loi du pays où la protection est réclamée doit s'appliquer. Malheureusement, nous disposons de très peu d'indices pour déterminer quel est ce fameux pays.

Est-ce le pays où le recours en contrefaçon est intenté? Est-ce le pays de résidence de l'auteur? Est-ce celui de l'émission de la transmission? Celui de la réception?

1.2.1 L'APPLICATION DE LA LOI DU FOR

L'article 5(2) de la *Convention de Berne* désigne-t-il la loi du pays où un juge est saisi d'une action intentée par le détenteur du droit d'auteur? Une telle interprétation possède l'avantage de voir le juge toujours appliquer sa loi nationale qu'il connaît forcément mieux que les lois étrangères.

Par ailleurs, il ne faut pas confondre conflit de lois et conflit de compétence.

Par exemple, l'article 3148(1) du *Code civil du Québec*¹⁰ (ci-après le « CCQ ») dispose que, en matière d'action personnelle à caractère patrimonial, les autorités québécoises sont compétentes lorsque le défendeur a son domicile ou sa résidence au Québec.

Si un résident québécois commet une contrefaçon dans un pays étranger, l'auteur pourra donc légitimement introduire une action devant les tribunaux québécois. Mais est-ce à dire que le litige sera réglé par l'application de la LDA? Une telle conclusion

¹⁰ L.Q. 1991, c. 64.

apparaît douteuse puisque les lois canadiennes ne s'appliquent que sur le territoire canadien et que, en l'espèce, la contrefaçon s'est produite à l'étranger.

Fort heureusement, il arrivera bien souvent que la loi du pays où la protection est réclamée (ci-après la « loi de protection ») soit la même que la loi du for. Il faut cependant se garder d'ériger cette simple coïncidence en principe.

Ainsi, puisque l'application de la loi du for est susceptible d'entraîner l'application extraterritoriale de lois nationales, cette solution semble devoir être écartée.

1.2.2 L'APPLICATION DE LA LOI DU PAYS DE RÉSIDENCE DE L'AUTEUR ET L'APPLICATION DE MÉTHODES DE RATTACHEMENT EN CASCADE

L'application de la loi du pays de résidence de l'auteur a été proposée par les professeurs Dessemontet et Ginsburg. Il faut dire que ces auteurs proposaient tous deux une méthode de rattachement *en cascade*.

Le professeur Ginsburg¹¹ proposait au départ la méthode suivante. On doit appliquer la loi du for si la contrefaçon a été commise dans ce pays ou que le défendeur y a sa résidence. Sinon, on doit appliquer la loi du pays où la contrefaçon a été commise si ce pays est le même que celui du domicile du défendeur.

Outre qu'elle est difficile d'application, cette règle apparaît juridiquement fragile. Imaginons simplement que le résident d'un pays A contrevient aux droits d'un auteur en distribuant son œuvre vers le pays B à partir d'un serveur situé dans le pays C. Tout naturellement, l'auteur voudra introduire son recours devant les tribunaux du pays A, soit le lieu du domicile du défendeur. Selon la règle proposée par le professeur Ginsburg, on doit alors appliquer la loi du pays A puisque c'est la loi du for et que le défendeur y a sa résidence.

¹¹ Jane GINSBURG, «Global use / territorial rights : Private international questions of the global information infrastructure», 1995, vol. 42, *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, p. 318.

Mais comment, sans lui donner une portée extraterritoriale, appliquer la loi du pays A alors qu'aucune contrefaçon n'a été établie dans ce pays?

De son côté, le professeur Dessemontet¹² proposait une méthode de rattachement en cascade basée sur la prévisibilité du dommage. Selon cette méthode, on doit appliquer la loi du pays de résidence de l'auteur si le dommage en ce lieu y était prévisible ou encore la loi de tout autre pays où le dommage était prévisible. Si le dommage était imprévisible, on doit plutôt appliquer la loi du pays de commission du délit ou finalement la loi du pays de résidence du défendeur.

Après avoir discuté de leurs propositions respectives, les professeurs Dessemontet et Ginsburg élaborèrent une proposition commune pouvant être formulée comme suit : on doit appliquer la loi du pays de résidence de l'auteur, car c'est là que survient le dommage. S'il n'était pas possible de prévoir la survenance du dommage dans le pays de résidence de l'auteur, alors c'est la loi de commission du délit qui doit s'appliquer. Finalement, si ni la loi de résidence de l'auteur ni la loi de commission du délit ne sont applicables, on doit appliquer la loi du pays de résidence du défendeur¹³.

Il s'agit donc de faire prévaloir la loi du pays où le dommage a été subi. Mais la particularité de la proposition tient au fait que les auteurs supposent que le dommage a eu lieu à l'endroit où est situé le patrimoine de l'auteur.

Dans un texte subséquent¹⁴, le professeur Dessemontet s'explique comme suit :

Cependant, pour les actifs appropriés ou mis à mal sur Internet en particulier, il convient d'observer que le lieu de réalisation du dommage financier ne peut pas être différent du lieu où la victime tient une comptabilité de son patrimoine. Par définition, le dommage est la différence entre l'état du patrimoine tel qu'il est en réalité et son état si la contrefaçon n'avait pas eu lieu. Par conséquent, le lieu où se produit un dommage est nécessairement le lieu où la comptabilité est censée être tenue pour refléter l'état du patrimoine.

¹² François DESSEMONTET, «Internet, le droit d'auteur et le droit international privé», 1996, *Schweizerische Juristen-Zeitung*, p. 285.

¹³ *Id.*, p. 293 et s.

¹⁴ Voir le premier livre vert de la Communauté européenne, *op. cit.*, note 6.

Une telle proposition se heurte toutefois au texte de l'article 5 de la *Convention de Berne*. En effet, comment affirmer que l'auteur qui possède son patrimoine dans le pays A réclame la protection de ce pays lorsqu'une contrefaçon a lieu dans le pays B?

Encore une fois, c'est l'aspect essentiellement territorial de la protection offerte par le droit d'auteur qui fait problème. Il est vrai cependant que cet aspect est contesté par le professeur Dessemontet lorsqu'il affirme dans le même texte que :

La question fondamentale que pose la théorie de la territorialité et la fragmentation des procès qui en découle est en réalité la suivante : y a-t-il autant de droits de propriété intellectuelle que d'États? Ou existe-t-il au contraire un droit fondamental, un droit de l'Homme, universel, qui donne un contenu minimum à tout droit intellectuel?

Les Conventions ne répondent pas à cette question. Elles sont antérieures à la Déclaration universelle des droits de l'homme qui ne date que de 1948 et qui a peut-être seulement une valeur programmatique. Mais la plupart des États sont liés par le Pacte économique et social de 1966¹⁵ qui impose le respect de la propriété intellectuelle. On devrait en déduire qu'il existe, chaque fois, un seul droit intellectuel à travers le monde mis en œuvre par des législations nationales. C'est ce que confirme la pratique de l'épuisement international.

Certains seraient d'avis que le professeur Dessemontet procède à l'envers. Les instances internationales ne prévoient pas un droit d'auteur mondial dont l'aménagement est laissé à la discrétion des États. Au contraire, ce sont les États qui prévoient un droit d'auteur territorial dont les instances internationales tentent d'aménager les interrelations.

La même idée a été énoncée en d'autres termes par le professeur Koumantos¹⁶ qui affirme que le principe de la territorialité est vide de sens puisque le droit d'auteur naît d'un fait (la création) et non d'un acte administratif (l'enregistrement). Le droit d'auteur ne serait donc lié à aucun territoire.

Le professeur Koumantos semble ici confondre les règles de la territorialité et celles relatives à la condition des étrangers. Le simple fait qu'une loi reconnaisse un droit

¹⁵ *Pacte des Nations Unies sur les droits culturels, économiques et sociaux du 10 décembre 1966.*

¹⁶ Voir le premier livre vert de la Communauté européenne, *op. cit.*, note 6.

né à l'étranger n'en fait pas pour autant une loi de portée extraterritoriale. Ce sont les effets que la loi reconnaît au droit qui ont une portée extraterritoriale et non le droit lui-même.

L'application de méthodes de rattachement en cascade suppose l'application concurrente de plusieurs lois nationales et le choix de l'une d'entre elles pour des raisons essentiellement pratiques. Or, il apparaît douteux de prétendre que plusieurs lois nationales sont en mesure de régir une même contrefaçon sans, du même coup, donner une portée extraterritoriale à certaines d'entre elles.

Comme l'application de la loi du for, l'application de la loi du pays de résidence de l'auteur s'attache à des considérations externes au droit d'auteur et ne peut servir de règle pour déterminer la loi applicable à la contrefaçon.

Il faut plutôt s'attarder à la contrefaçon elle-même et tenter de déterminer avec précision sa situation géographique.

1.2.3 L'APPLICATION DE LA LOI DU PAYS D'ÉMISSION

La distribution illégale d'une œuvre cinématographique par Internet origine nécessairement d'une œuvre stockée sur un site Internet. Doit-on pour cela appliquer la loi du lieu où est situé le serveur?

Il s'agit alors de conclure que l'infraction a lieu à l'endroit même où l'œuvre est injectée dans le réseau. Dans cette hypothèse, on interprète la loi de protection comme étant celle du lieu où se produit le fait générateur de responsabilité, soit l'acte d'exploitation non autorisé.

Si un serveur distribue illégalement des œuvres protégées à partir du pays A, l'auteur réclamera vraisemblablement la protection de la loi du pays A afin de faire cesser la contrefaçon.

Le livre vert de la Commission des Communautés européennes intitulé : *Le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information*¹⁷ préconisait d'ailleurs cette solution inspirée des règles concernant la diffusion par satellite¹⁸.

Le professeur Shønning¹⁹ souligne également que l'application de la loi du pays d'émission possède l'immense avantage de permettre une gestion pratique des droits. Par exemple, la société d'auteur concernée par la transmission peut facilement autoriser la transmission numérique dans le cadre d'un contrat de licence.

C'est d'ailleurs la position qu'avait adoptée la Commission du droit d'auteur dans sa décision relative au tarif 22²⁰ :

Pour que la communication se produise au Canada, il faut qu'elle provienne d'un serveur situé au Canada sur lequel le fichier se trouve. Il ressort clairement de l'arrêt *ACR 1994* que les communications se produisent au lieu d'où provient la transmission. Le lieu d'origine de la demande, la situation de la personne qui rend disponible le contenu et la situation du site Web initial n'ont aucun rapport²¹. Par conséquent, le droit d'autoriser ne doit être obtenu de la personne qui administre le droit au Canada que lorsque l'information se trouve sur un serveur canadien, et le droit de communiquer ne doit être obtenu de cette même personne que lorsque la transmission provient d'un serveur situé au Canada. Réciproquement, l'étranger qui rend disponible une œuvre musicale sur un serveur canadien doit obtenir une licence de cette même personne.

D'un point de vue strictement juridique, l'application de la loi du pays d'émission semble parfaitement défendable. Ce sont plutôt des considérations d'ordre pratique et politique qui nous incitent à rejeter cette option pour lui préférer, comme nous le verrons par la suite, l'application de la loi du pays de réception. L'application de la loi du pays d'émission suscite en effet des interrogations sérieuses.

¹⁷ *Id.*

¹⁸ *Id.*

¹⁹ P. SCHØNNING, *op.cit.*, note 7, p. 21.

²⁰ *Tarif 22 – Transmission d'œuvres musicales à des abonnés d'un service de télécommunications non visé par le tarif 16 ou le tarif 17*, (1999) 1 C.P.R. (4e) 417.

²¹ Il se peut, bien sûr, qu'une communication en provenance du Canada qui est reçue ailleurs constitue une violation du droit relatif à la communication dans cet autre pays.

D'une part, tel que nous l'avons mentionné précédemment, il est hasardeux de transposer les solutions développées dans le cadre de la transmission par satellite à la transmission par Internet. L'auteur Jean-Sylvestre Bergé²² nous met en garde contre une pareille simplification :

Là où en matière de satellite, il est facile de déterminer le lieu d'émission, dans la mesure où on ne s'improvise pas radiodiffuseur, il faut bien comprendre que, dans le domaine des réseaux, n'importe quel utilisateur est potentiellement émetteur.

(...)

Il ressort de ce processus de communication, simplifié à l'extrême pour les besoins de la présentation, que la circulation de l'œuvre ne s'organise pas selon un flux déterminé par un émetteur, mais fait intervenir de nombreux utilisateurs du réseau, qui sont tout à la fois émetteurs et récepteurs. En l'état des données techniques, il n'est par conséquent pas possible de raisonner sur le schéma relativement simple de la diffusion des œuvres par satellite, pour dégager un seul point de rattachement capable de désigner une loi apte à régir l'exercice positif et négatif du droit.

En fait le reproche le plus constant et le plus percutant à l'encontre de l'application de la loi du pays d'émission réside dans le danger d'une délocalisation vers des pays possédant une protection moins élevée. La délocalisation d'un site Internet pouvant s'effectuer à distance et en quelques clics de souris, le serveur situé dans un *paradis du droit d'auteur* pourrait alors procéder à la contrefaçon en toute impunité. C'est d'ailleurs ce type de critique qui a finalement conduit la Commission des communautés européennes à retirer la proposition contenue à son livre vert²³.

L'argument de la délocalisation est également celui qui a conduit la Cour d'appel fédérale à casser la décision de la Commission du droit d'auteur dans l'affaire tarif 22. La Cour d'appel fédérale²⁴ a rejeté l'interprétation de la Commission du droit d'auteur voulant qu'une communication ait lieu au Canada seulement lorsqu'elle

²² Jean-Sylvestre BERGÉ, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1996, p. 225.

²³ *Communication de la Commission des Communautés européennes sur le suivi du livre vert sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information*, COM (96) 508 final, 20 nov. 1996, p. 23.

²⁴ *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Association canadienne des fournisseurs Internet*, [2002] 4 C.F. 3 (C.A.F.), par. 181 et 186.

provient d'un serveur situé au Canada²⁵ pour lui préférer un critère traditionnel basé sur le rattachement réel et important avec le Canada :

La Commission a d'ailleurs elle-même reconnu le risque de double imposition de redevances lorsqu'elle a dit (à la page 466, note 53) qu'une communication qui provient du Canada -- et qui, suivant l'analyse de la Commission, donne lieu au versement d'une redevance au Canada -- peut également constituer une violation du droit de communication exclusive dans le pays où elle est reçue. De plus, si des oeuvres musicales sont diffusées sur un serveur situé dans un pays qui n'accorde aucune protection en matière de droit d'auteur, suivant le critère adopté par la Commission pour localiser les communications sur l'Internet, aucune redevance ne serait payable nulle part pour les oeuvres transmises à des utilisateurs finaux situés au Canada. En fin de compte, pour résoudre de façon satisfaisante ces problèmes transfrontaliers, il faudra que les gouvernements ou l'industrie, ou les deux, trouvent des solutions transnationales qui dépassent les frontières des États.

(...)

À mon avis, le versement d'une redevance peut être exigé au Canada à l'égard de communications par télécommunication qui ont un rattachement réel et important avec le Canada. J'appliquerais aussi le critère de rattachement réel et important au repérage de l'activité illicite consistant à autoriser la communication qui se produit lorsqu'un fournisseur de contenu rend disponibles sur un serveur hôte des éléments qui sont protégés par le droit d'auteur.

J'ajoute qu'un problème juridique semble également affecter l'application de la loi du pays d'émission. Imaginons qu'une œuvre provenant du pays A soit illégalement distribuée dans ce pays à partir d'un serveur situé dans le pays B. Selon la théorie du lieu d'émission, la loi du pays B devrait s'appliquer. Or, l'article 5(3) de la *Convention de Berne* dispose que la protection dans le pays d'origine de l'œuvre se règle exclusivement selon la loi nationale. Il faudrait donc s'en remettre à la loi du pays A.

Il faut toutefois être prudent avant de rejeter complètement l'application de la loi du pays d'émission.

En effet, l'action en contrefaçon supporte généralement deux conclusions : une condamnation monétaire en dommages-intérêts et une ordonnance visant à faire

²⁵ Notons que la Commission du droit d'auteur avait laissé entendre, à la page 460 de sa décision, qu'une communication provenant d'un serveur situé à l'extérieur du Canada mais dont le contenu est exclusivement destiné aux utilisateurs canadiens pourrait constituer une communication effectuée au Canada.

cesser la contrefaçon. Évidemment, le recours en vue de faire cesser la contrefaçon devrait être intenté devant le tribunal du district où est situé le serveur. Or pourquoi invoquer devant ce tribunal, la loi du pays de réception si la loi locale est parfaitement capable d'identifier une violation du droit d'auteur suffisante pour ordonner la cessation des activités illégales?

Prenons l'exemple concret d'un résident canadien qui distribue illégalement des œuvres vers la France. Si l'auteur français désire faire cesser cette distribution, il devra vraisemblablement intenter son recours au Canada, mais pourquoi alors invoquer le droit français?

Comme nous le verrons plus loin, le résident canadien effectue un acte d'exploitation illicite lorsqu'il met à la disposition du public pour téléchargement, une œuvre protégée sans avoir préalablement obtenu l'autorisation nécessaire.

Il s'agit donc de distinguer entre la mise à la disposition de l'œuvre et sa communication²⁶ afin de conclure que la contrefaçon peut avoir lieu avant toute communication.

La jurisprudence canadienne²⁷ reconnaît d'ailleurs qu'une injonction peut être accordée sans que l'auteur ait besoin de démontrer un dommage quelconque. Le seul fait que le droit soit bafoué suffit pour que l'ordonnance soit émise. L'inverse supposerait d'ailleurs une licence implicite d'utiliser l'œuvre sous réserve de payer une redevance lors d'une action en dommage.

Ainsi donc, l'application de la loi d'émission apparaît comme une solution juridique acceptable et même très utile en certaines circonstances. Cependant, certaines

²⁶ Voir à ce sujet la décision de la Commission du droit d'auteur dans l'affaire *tarif 22*, précitée, note 20.

²⁷ Voir entre autres *R. c. James Lorimer and Co. Ltd.*, [1984] 1 C.F. 1065 (C.A.F.) quant à l'injonction permanente et *Benjamin Distribution c. Les Éditions Flammarion* (1982), 68 C.P.R. (2d) 251 (C.A.) et *Société d'informatique R.D.G. Inc. c. Dynabec Ltée*, (1986) 6 C.I.P.R. 185 (C.A.) quant à l'injonction interlocutoire.

considérations politiques nous obligent à rejeter l'application de la loi d'émission à titre de règle de conflit de lois.

1.2.4 L'APPLICATION DE LA LOI DU PAYS DE RÉCEPTION

Doit-on appliquer la loi du pays de l'utilisateur qui reçoit la transmission non autorisée de l'œuvre? Répondre affirmativement à cette question équivaut à accepter l'application potentielle de toutes les lois du monde.

C'est pourtant la position adoptée par une jurisprudence majoritaire et constante quant à la diffamation sur Internet²⁸. L'édition de propos diffamatoires sur un site Internet situé dans le pays A risque effectivement d'enclencher l'application de toutes les lois nationales où la réputation du demandeur a pu être entachée.

Cette approche n'est pas exempte de critiques. Comme le souligne le professeur Dessemontet, cette façon de faire encourage la multiplication des procès. En effet, puisque ce n'est pas la même loi qui régit la même situation entre les mêmes parties, le principe de la chose jugée est, par conséquent, inapplicable. En fait, cette critique apparaît plutôt dirigée contre le principe de la territorialité que contre l'application de la loi du pays de réception.

La loi de protection semble effectivement être celle qui protège l'auteur au lieu où le dommage est causé, soit dans le pays qui reçoit l'œuvre. Le professeur Schønning²⁹ traduit bien cette vision lorsqu'il déclare que :

That wish is based on the «virtual reality» that the use takes place in the country of reception. If for instance, the downloading of a musical work from a server located in country B substitutes a purchase of the work through a record store, the effects of the transmission is felt in country A as the purchase naturally would have occurred in country A. There are no real effects in the country of origin. The applicable law

²⁸ Voir l'affaire *Fiona Shevill c. S.A. Alliance Presse*, CJCE, 7 mars 1995 en Europe, l'affaire *Dow Jones & Company Inc. c. Gutnick*, [2002] HCA 56 en Australie et l'affaire *Bangoura c. Washington Post*, [2004] O.J. no. 671 au Canada.

²⁹ P. SCHØNNING, *op. cit.*, note 7, p. 47.

ought to be the law of the country where it is possible to see the effects, the impact, of the legal or illegal transmission of a work.

L'application de la loi du pays de réception reçoit d'ailleurs l'aval de plusieurs commentateurs³⁰. Il faut donc comprendre que la protection réclamée est essentiellement économique et qu'il s'agit avant tout de protéger chacun des marchés d'exploitation potentiels représentés par un État.

La protection du marché économique canadien est d'ailleurs élevée au rang d'objet même de la LDA par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire tarif 22³¹ :

De plus, un critère qui fixerait le lieu où se produit une communication Internet sans égard au fait que l'utilisateur final de données protégées par le droit d'auteur se trouve lui-même au Canada semblerait contredire un des motifs pour lesquels la Loi sur le droit d'auteur protège les titulaires du droit d'auteur contre la violation de leurs droits au Canada, en l'occurrence la protection de la valeur économique des oeuvres des auteurs sur le marché canadien. Cela tient au fait que l'utilisateur final canadien qui reçoit de la musique protégée par le droit d'auteur sur l'Internet serait peut-être moins porté à en acheter une copie enregistrée. Ainsi, comme il n'y a pas violation du droit d'auteur au Canada lorsque le serveur ne se trouve pas au Canada, la décision de la Commission offre aux membres de la SOCAN une indemnité relativement limitée en cas de pertes de vente d'œuvres musicales sur le marché canadien par suite de la réception sur Internet au Canada d'œuvres musicales protégées par le droit d'auteur.

(...)

En fait, j'irais jusqu'à dire que, comme la Loi a pour objet de protéger le droit d'auteur sur le marché canadien, le lieu où se trouve l'utilisateur final revêt une importance particulière lorsqu'il s'agit de décider si une communication Internet a des liens réels et importants avec le Canada. En revanche, en l'absence d'utilisateur final, l'emplacement du serveur constituera un facteur qui aura plus de poids pour déterminer si l'autorisation d'une communication comporte des liens réels et importants avec le Canada. Le critère de l'existence de liens réels et importants s'applique aussi aux communications à partir d'antémémoires et d'hyperliens. L'emplacement de l'antémémoire ou du site chaîné à partir duquel sont transmises les données est susceptible de constituer un facteur de rattachement supplémentaire.

³⁰ A. Lucas, *Droit d'auteur et numérique*, Paris, Litec, 1998, p. 339; A. Bercowitz, «Legislation applicable to transnational relations between the operators of digital communication systems», 1997, *International UNESCO Symposium on copyright and communication in the information society*, UNESCO, p.204; Michel VIVANT, *Cybermonde : Droit et droit des réseaux*, JCP 1996, I 3969, no. 6.

³¹ *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Association canadienne des fournisseurs Internet*, précitée, note 24.

Cette idée est également confirmée par le commentaire³² émis par l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (« OMPI ») concernant l'article 14bis(2)a de la *Convention de Berne* qui prévoit que la titularité initiale des droits d'auteur sur l'œuvre cinématographique est réservée à la législation du pays où la protection est réclamée :

...le fait de se référer à la législation du pays où la protection est réclamée signifie que le statut juridique du film dépend du pays d'importation...

Bien que l'application de la loi du pays de réception possède l'avantage de présenter une analyse harmonisée du droit et de l'économie, il faut toutefois souligner l'aspect essentiellement négatif de cette approche où la loi applicable n'est connue qu'à la suite d'une contrefaçon. Cette approche apparaît donc peu utile à prévoir l'issue d'une situation juridique dans un contexte commercial ou aucun litige n'est encore né.

1.2.5 LES CONSÉQUENCES DE L'APPLICATION DE LA LOI SUR LE DROIT D'AUTEUR À TITRE DE LOI DE PROTECTION

Comme nous l'avons vu, la loi de protection semble être celle du pays de réception. Mais qu'en est-il lorsque ce pays est le Canada et que la LDA s'applique à titre de loi de protection?

L'article 5(2) de la *Convention de Berne* dispose que l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours garantis à l'auteur pour sauvegarder ses droits se règlent exclusivement d'après la législation du pays où la protection est réclamée.

Par ailleurs, cette loi de protection pourra, elle-même, désigner l'application d'une autre loi.

³² *Guide de l'OMPI*, p. 100.

Comme nous l'avons vu précédemment, l'auteur d'une œuvre distribuée illégalement par un serveur situé au Canada peut invoquer la LDA afin d'établir la violation de ses droits. Toutefois, la réparation envisagée ne sera pas nécessairement régie par la LDA.

En effet, l'article 34(1) de la LDA dispose que :

(1) En cas de violation d'un droit d'auteur, le titulaire du droit est admis, sous réserve des autres dispositions de la présente loi, à exercer tous les recours – en vue notamment d'une injonction, de dommages-intérêts, d'une reddition de compte ou d'une remise – que la loi accorde ou peut accorder pour la violation d'un droit.

Au Canada, l'exercice de ces recours est régi par le droit propre à chacune des provinces canadiennes. Au Québec, la demande d'injonction sera réglée en application du *Code de procédure civile*³³ (ci-après « CPC ») alors que la demande d'indemnisation monétaire sera partiellement régie par les règles du CCQ.

Or, l'article 3126 du CCQ dispose que :

L'obligation de réparer le préjudice causé à autrui est régie par la loi de l'État où le fait générateur du préjudice est survenu. Toutefois, si le préjudice est apparu dans un autre État, la loi de cet État s'applique si l'auteur devait prévoir que le préjudice s'y manifesterait.

Dans tous les cas, si l'auteur et la victime ont leur domicile ou leur résidence dans le même État, c'est la loi de cet État qui s'applique.

Ainsi, l'auteur du pays A qui voit son œuvre distribuée illégalement dans ce pays³⁴ à partir d'un serveur exploité par un Québécois au Québec pourra invoquer le droit du pays A s'il réussit à démontrer que le contrefacteur devait prévoir qu'un préjudice s'y manifesterait.

³³ L.R.Q., c. C-25.

³⁴ J'évite ici délibérément la question de savoir si le préjudice se manifeste au lieu de réception de la transmission ou encore à l'endroit où est situé le patrimoine de l'auteur.

La situation est essentiellement la même dans le reste du Canada où l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Moran c. Pyle*³⁵ fait toujours autorité.

Cette situation est malheureuse, car la demande d'injonction se trouve alors régie par le droit canadien alors que la demande d'indemnisation est régie par le droit étranger.

1.2.6 CONCLUSION DE LA PARTIE 1.2

Le principe de l'effet territorial des lois semble constituer la clé du problème qui nous occupe. Ce principe de territorialité nous force à découper la transmission numérique en plusieurs opérations afin de conclure comme suit : si la transmission s'effectue exclusivement dans le pays A, la loi applicable est celle du pays A. Si la transmission a lieu entre les pays A et B, la loi applicable est la loi des pays A et B.

Mais comment une même transmission peut-elle être régie par deux lois différentes me direz-vous? La question est en fait mal posée. Bien qu'il s'agisse d'une même transmission, nous sommes en présence de deux actes d'exploitation distincts.

L'auteur Jean-Sylvestre Berge³⁶ reconnaît le nécessaire morcellement de l'acte délictuel lorsqu'il affirme que :

Cette application distributive de la loi de chaque pays où est localisée une atteinte au droit d'auteur est fondée à notre sens sur l'idée suivante : à partir du moment où la loi qualifie d'atteinte au droit tous les actes relatifs, par exemple, à la fabrication, l'importation, l'exportation ou le débit d'une œuvre contrefaite, nous ne sommes pas en présence d'un seul et même acte délictuel, source de plusieurs dommages, mais d'une pluralité d'actes délictuels constituant chacun une violation du droit d'auteur. On observe que la loi sur le droit d'auteur s'attache à qualifier chaque comportement comme une infraction à part entière, même s'il s'agit de comportement en chaîne.

La transmission apparaît donc devoir être régie par la loi du lieu de réception et l'acte de mise à la disposition du public être régi par la loi du lieu d'émission. Voilà pour

³⁵ [1975] 1 R.C.S. 393.

³⁶ J.-S. BERGÉ, *op.cit.*, note 22, p. 220.

l'applicabilité de la loi de protection. Cependant, il nous faut maintenant résoudre la question de son application. Doit-on appliquer cette loi de façon intégrale?

1.2.7 L'APPLICATION INTÉGRALE DE LA LOI DE PROTECTION

L'objectif premier de la *Convention de Berne* est d'éviter la multiplication des accords de réciprocité en créant une union à l'intérieur de laquelle les pays membres doivent offrir aux œuvres provenant des autres pays de l'union, la même protection que celles offertes aux œuvres nationales. Il est donc primordial de déterminer l'origine de l'œuvre.

L'article 5 de la *Convention de Berne* dispose que, quant aux œuvres cinématographiques, le pays d'origine est celui où l'œuvre est publiée pour la première fois. Si l'œuvre n'a pas été publiée, ou si elle a été publiée dans un pays ne faisant pas partie de la *Convention de Berne*, la loi du pays d'origine est alors la loi du lieu de résidence du producteur.

Il n'est pas inutile de rappeler la définition d'« œuvre publiée » prévue par l'article 3(3) de la *Convention de Berne* qui dispose que :

Par «œuvres publiées», il faut entendre les œuvres éditées avec le consentement de leurs auteurs, quel que soit le mode de fabrication des exemplaires, pourvu que la mise à disposition de ces derniers ait été telle qu'elle satisfasse les besoins raisonnables du public, compte tenu de la nature de l'œuvre. Ne constituent pas une publication la représentation d'une œuvre dramatique, dramatico-musicale ou cinématographique, l'exécution d'une œuvre musicale, la récitation publique d'une œuvre littéraire, la transmission ou la radiodiffusion des œuvres littéraires ou artistiques, l'exposition d'une œuvre d'art et la construction d'une œuvre d'architecture.

Ainsi, l'œuvre cinématographique distribuée en format VHS ou DVD pour la première fois dans le pays A sera d'origine A. Cependant, si l'œuvre est seulement

diffusée sur grand écran ou qu'elle est diffusée pour la première fois sur Internet³⁷, le pays d'origine sera celui du lieu de résidence du producteur³⁸.

Dans le contexte du commerce international, il est facile de concevoir que la loi de protection ne sera pas forcément la même que celle du pays d'origine. Cette réalité emporte malheureusement son lot d'incongruités.

Imaginons l'exemple d'une œuvre protégée par la loi de son pays d'origine, le pays A, dont l'auteur décide de la rendre disponible sur Internet pour téléchargement. Si l'utilisateur d'un pays B télécharge cette œuvre et l'exploite ensuite illégalement dans le pays B, l'auteur réclamera vraisemblablement la protection du pays B.

Mais qu'en est-il si l'œuvre n'est pas protégée dans le pays B en vertu, par exemple, de sa jurisprudence relative à l'originalité de l'œuvre? De même, qu'en est-il lorsque la durée de protection est expirée³⁹ en vertu de la loi du pays B alors qu'elle court toujours en vertu du droit d'origine?

L'article 7(8) de la *Convention de Berne* dispose que :

³⁷ Cette conclusion apparaît certaine en droit canadien où l'article 2.2(1) LDA exclut expressément la représentation et la communication au public par télécommunication de la définition de « publication ».

³⁸ Le Canada avait proposé d'adapter la définition de publication à l'environnement numérique lors de la Conférence de l'OMPI tenue à Genève en 1996 (CRNR/DC/4, page 48, par. 10.23)

La proposition canadienne était formulée comme suit :

« Lorsque des œuvres littéraires ou artistiques sont mises à la disposition du public par fil ou sans fil de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit, de sorte que des exemplaires de ces œuvres soient disponibles, les Parties considèrent de telles œuvres comme des œuvres publiées, conformément aux conditions énoncées à l'article 3(3) de la Convention de Berne. »

Malheureusement, cette proposition n'a pas été retenue. Voir à cet égard les interventions des États-Unis et de la Hongrie dans les comptes rendus analytiques de la Commission principale I de la Conférence diplomatique de l'OMPI.

³⁹ Au moment d'écrire ces lignes se dessinait d'ailleurs un litige entre Jean-Marie Tremblay qui, par l'entremise de son site Internet conçu avec l'aide de l'Université du Québec à Chicoutimi, diffuse des œuvres littéraires tombées dans le domaine public au Canada mais toujours protégées en France, et les Presses Universitaires de France, détentrice des droits sur ces œuvres.

Dans tous les cas, la durée sera réglée par la loi du pays où la protection est réclamée; toutefois, à moins que la législation de ce dernier pays n'en décide autrement, elle n'excédera pas la durée fixée dans le pays d'origine de l'œuvre.

Une règle semblable est utilisée par l'article 9 de la LDA⁴⁰ qui dispose que :

9(1) Sous réserve de l'article 6.2, lorsqu'il s'agit d'une oeuvre créée en collaboration, le droit d'auteur subsiste pendant la vie du dernier survivant des coauteurs, puis jusqu'à la fin de la cinquantième année suivant celle de son décès. Toute mention dans la présente loi de la période qui suit l'expiration d'un nombre spécifié d'années après l'année de la mort de l'auteur doit s'interpréter comme une mention de la période qui suit l'expiration d'un nombre égal d'années après l'année du décès du dernier survivant des coauteurs.

9(2) Les auteurs ressortissants d'un pays -- autre qu'un pays partie à l'Accord de libre-échange nord-américain -- qui accorde une durée de protection plus courte que celle qui est indiquée au paragraphe (1) ne sont pas admis à réclamer une plus longue durée de protection au Canada.

Tout indique donc que l'œuvre en question n'est aucunement protégée dans le pays B. L'utilisateur de ce pays pourra vraisemblablement l'exploiter comme bon lui semble.

Il s'exposera cependant à une action en contrefaçon s'il rend, à son tour, l'œuvre disponible pour téléchargement sur son site personnel. En effet, l'auteur pourra alors invoquer certaines transmissions vers le pays d'origine de l'œuvre et réclamer la protection des lois de ce pays (ou de tout autre pays offrant une protection égale ou supérieure).

Le droit se heurte ici à la technique puisque la diffusion est illégale vers certains pays alors qu'elle est légale vers d'autres. Entre la fermeture complète du site et la continuation du piratage, certaines solutions intermédiaires semblent exister. On pourra par exemple ordonner que l'accès au site à partir de certains pays soit bloqué. Cette solution semble un peu radicale, car c'est l'accès à une œuvre en particulier qu'il faut bloquer et non l'accès à un site pouvant contenir des dizaines, voir des centaines d'autres œuvres.

⁴⁰ Notons toutefois que l'article 9(2) LDA ne réfère pas au pays d'origine de l'œuvre, mais bien au pays d'origine des auteurs.

Quant au retrait complet de l'œuvre litigieuse, il pourra vraisemblablement causer un dommage au diffuseur puisque c'est en toute légalité qu'il distribuait cette œuvre vers certains pays. En fait, un système basé sur l'adresse IP⁴¹ des usagers semble être la seule planche de salut à ce problème complexe et trop technique pour faire l'objet d'une étude approfondie dans le cadre de ce travail.

Face à ces difficultés, il y a lieu de se demander si les questions relatives à l'existence du droit d'auteur ne devraient pas être exclusivement réglées selon la loi du pays d'origine de l'œuvre.

C'est en tout cas la position qu'a adoptée la Cour de cassation française dans l'affaire *Société Fox Europa c. Le Chant du Monde*⁴² où un film américain avait incorporé sans autorisation des parties d'œuvres musicales écrites par des compositeurs russes. La Cour de cassation s'en remet à la loi d'origine de l'œuvre, soit la loi russe, afin d'établir l'existence du droit d'auteur et à la loi française en ce qui concerne l'exercice de ce droit.

Cette distinction existence/exercice, également nommée «application distributive» par l'auteur Jean-Sylvestre Bergé⁴³ a reçu un écho favorable d'une partie de la doctrine. L'auteure Muriel Josselin-Gall⁴⁴ affirme en effet que :

Pour certains auteurs, l'article 5-2 (de la *Convention de Berne*) serait en tout état de cause une condamnation implicite de la théorie qui rattache le droit de propriété littéraire au pays d'origine de l'œuvre.

En fait, il est nécessaire de ramener à de plus justes proportions une telle interprétation, car l'article 5-2 ne vise expressément que l'étendue de la protection et

⁴¹ Sur Internet, les ordinateurs communiquent entre eux grâce au protocole IP (Internet Protocol). Ce protocole utilise des adresses numériques appelées adresses IP. Ces adresses sont composées de 4 nombres entiers (4 octets) entre 0 et 255 et notées sous la forme xxx.xxx.xxx.xxx. Les adresses IP sont attribuées par l'I.A.N.A. (Internet Assigned Numbers Agency) et permettent aux ordinateurs du réseau de se reconnaître entre eux. Ainsi, chaque ordinateur du réseau possède sa propre adresse IP unique.

⁴² Civ. 22 décembre 1959, R.C.D.I.P. 1961, 361.

⁴³ J.-S. BERGÉ, *op. cit.*, note 22, p. 226.

⁴⁴ Muriel JOSSELIN-GALL, *Les contrats d'exploitation du droit de propriété littéraire et artistique*, Paris, Éditions GLN Joly, 1995, p. 253.

les moyens de recours pour la mettre en œuvre. Cette règle de conflit a donc une portée limitée. Il convient de distinguer entre «l'étendue de la protection», entrant dans le champ d'application de l'article 5-2, de tout ce qui concerne la «condition de la protection», qui ne relève pas, mis à part l'exclusion expresse de formalités à accomplir.

L'action en contrefaçon est conférée au titulaire du droit de propriété littéraire, elle en constitue la sanction ; l'existence du droit de propriété littéraire est le support de cette action, une condition de recevabilité de cette dernière.

L'existence du monopole d'exploitation est une condition de la protection mise en œuvre par la *lex loci delicti* applicable en vertu de l'article 5-2 de la Convention de Berne. L'existence du monopole d'exploitation est donc hors du champ d'application de la règle de conflit issue de l'article 5-2 de la Convention de Berne. La titularité du monopole d'exploitation est consubstantiel à la détermination de son existence, la loi applicable à la naissance d'un droit détermine également son attributaire.

Selon cette doctrine, la loi d'origine est applicable en vue de déterminer le type d'œuvre protégée, la titularité initiale des droits sur cette œuvre, la validité d'une cession des droits et la durée de la protection.

Quoi qu'il en soit, il faut bien admettre que le débat se déplace légèrement lorsqu'il s'agit d'une œuvre cinématographique. En effet, l'article 14*bis*(2)a) de la *Convention de Berne* dispose que :

La détermination des titulaires du droit d'auteur sur l'œuvre cinématographique est réservée à la législation du pays où la protection est réclamée.

Or en matière d'œuvre cinématographique, le titulaire initial des droits d'auteur change au gré de la loi applicable. La personne ayant un intérêt suffisant pour agir à propos d'une même œuvre évolue donc en fonction du pays où la protection est réclamée.

Vraisemblablement, le producteur d'un film anglais distribué illégalement en France à partir d'un serveur français ne pourra intenter une action en contrefaçon dans ce pays puisque le droit français ne lui reconnaît pas le statut d'auteur.

La même réflexion s'applique lorsqu'il s'agit de reconnaître la validité d'une cession. Si la loi de protection ne reconnaît pas la cession verbale des droits pourtant reconnue

dans le pays d'origine, le cessionnaire sera sans recours contre une éventuelle contrefaçon.

Notons au passage que certaines lois nationales, comme l'article 67 de la *Loi grecque sur le droit d'auteur*⁴⁵ et l'article 104A du *Copyright Act*⁴⁶ américain, prévoient que la loi d'origine doit s'appliquer lorsqu'il s'agit de déterminer le titulaire des droits d'auteur. Il y a alors rebondissement vers la loi d'origine.

Enfin, puisque nous avons conclu préalablement que la loi du pays où la protection est réclamée est celle du pays de réception quant à la transmission et celle du pays d'émission quant à la mise à la disposition, j'en conclus donc que ces mêmes lois doivent régir la question de la titularité.

Peut-on tout de même continuer à distinguer entre existence et exercice pour conclure que la loi d'origine doit régir quelle œuvre est susceptible de recevoir une protection et la durée de celle-ci?

Quant à la durée, comme nous l'avons vu, l'article 7(8) de la *Convention de Berne* dispose qu'elle est réglée par la loi de protection.

Il ne reste donc que la détermination des conditions d'ouverture à la protection qui pourrait encore être déferée à la compétence de la loi d'origine. Mais comment la loi de protection peut-elle déterminer le titulaire initial et la durée de protection d'une œuvre à laquelle elle n'offre, pour sa part, aucune protection?

On l'aura bien vite compris, la loi de protection doit régir l'ensemble des aspects du droit d'auteur et toute référence à la loi d'origine doit être évitée.

⁴⁵ 1993 [1/3], loi n° 2121/1993.

⁴⁶ Title 17 of the United States Code.

Les auteurs belges Alain Strowel et Jean-Paul Triaille⁴⁷ justifient l'application intégrale de la loi de protection en ces termes :

La solution du pays de protection pour les différents aspects du droit d'auteur (pas uniquement pour le contenu et les sanctions) semble, selon nous, devoir être préférée. La loi du pays d'origine a en effet des inconvénients : son application peut aller à l'encontre d'objectifs poursuivis par la loi locale (définition du premier titulaire comme personne physique; protection de la partie faible, etc.)...

Rattacher l'examen de l'existence du monopole d'exploitation à la loi qui va également régir les conditions de sa violation présente de plus l'avantage d'unifier le régime applicable au droit patrimonial du droit d'auteur.

1.2.8 CONCLUSION DE LA PARTIE 1.2.7

Il n'apparaît pas opportun de dissocier les questions soulevées par l'exploitation illégale d'une œuvre en une mosaïque de lois, compétentes chacune pour un aspect seulement de la problématique.

Les lois nationales ne sont pas en mesure de régir les aspects d'une contrefaçon survenue à l'étranger. Bien que cette situation offre aux œuvres une protection variant selon le pays de protection, il s'agit là du prix à payer pour conserver intact le principe de la territorialité.

1.3 LA DÉTERMINATION DE LA LOI APPLICABLE EN MATIÈRE CONTRACTUELLE EN MATIÈRE CONTRACTUELLE

L'avantage fondamental en matière contractuelle réside dans le pouvoir des parties de s'affranchir du droit commun pour édicter des règles *ad hoc* propices à encadrer, de façon particulière, leurs relations.

Au Québec, l'article 9 du CCQ reconnaît ce pouvoir en même temps qu'il le limite :

⁴⁷ Alain STROWEL et Jean-Paul TRIAILLE, *Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 380.

Dans l'exercice des droits civils, il peut être dérogé aux règles du présent code qui sont supplétives de volonté; il ne peut, cependant, être dérogé à celles qui intéressent l'ordre public.

Lorsque les parties proviennent du même État, il ne leur est pas très utile de désigner la loi applicable. La loi de l'État des parties s'applique de façon naturelle et c'est d'ailleurs avec ce cadre légal en arrière-pensée que les parties en sont venues à s'entendre comme elles l'ont fait.

Les choses sont toutefois différentes lorsque les parties proviennent d'États différents. Bien souvent, les parties voudront préciser la loi applicable au contrat afin de mieux prévoir les implications de celui-ci.

Le pouvoir de désigner la loi applicable est une réponse naturelle à la situation particulière dans laquelle sont placées les parties provenant de deux États différents. Il s'agit tout simplement d'assurer le respect des prévisions légitimes des parties.

L'article 3111 du CCQ dispose d'ailleurs que :

L'acte juridique, qu'il présente ou non un élément d'extranéité, est régi par la Loi désignée expressément dans l'acte ou dont la désignation résulte d'une façon certaine des dispositions de cet acte.

Néanmoins, s'il ne présente aucun élément d'extranéité, il demeure soumis aux dispositions impératives de la loi de l'État qui s'appliquerait en l'absence de désignation.

On peut désigner expressément la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement d'un acte juridique.

Dans bien des cas, la loi choisie par les parties (ci-après la « loi d'autonomie ») sera la loi du lieu de résidence de l'une d'entre elles. Cependant, rien ne les empêche de choisir la loi d'un pays tiers. Cette dernière situation se présentera d'ailleurs fréquemment lorsque les deux parties sont d'une force égale et qu'elles refusent l'application de la loi du pays de leur cocontractant.

L'aspect mondial du réseau Internet entraîne bien souvent la conclusion d'une entente entre deux parties provenant d'États différents. Il est d'ailleurs facile d'imaginer

qu'un contrat encadrant la transmission d'une œuvre cinématographique par Internet comporte une clause stipulant le droit applicable à cette transmission.

Ce type de clause est, bien entendu, parfaitement légal, mais doit-on l'appliquer de façon intégrale? En d'autres mots, la loi désignée par les parties est-elle susceptible de régir les aspects de droit d'auteur liés à la transmission de l'œuvre?

1.3.1 LA LOI D'AUTONOMIE ET LES ASPECTS DE DROIT D'AUTEUR

Certains documents législatifs⁴⁸ préconisent l'application intégrale de la règle *pacta sunt servanda*; sous réserve bien sûr des exceptions classiques comme la fraude à la loi ou l'ordre public⁴⁹.

Une partie de la doctrine semble également favorable à l'application intégrale de la loi d'autonomie. Ainsi, le professeur Schønning⁵⁰ écrit :

Second, I will not deal with the question of the laws of contracts. As a general rule, but with some limitations, contractual parties are free to determine the law of which country shall govern their contract. A copyright owner in country B and a producer in country A can, for instance, stipulate that the contract shall be governed by the law of the country of origin (country B) in order to avoid some facultative pro-author contract rules in country A. This is only binding for the parties to the contract; a third party, for instance an author whose rights are infringed by the transmission, is not bound by the contract's provision on applicable law. If the applicable law is not determined in the contract, private international law provides some guidelines of a general nature. Contracts on transfrontier on-line transmissions do not seem to raise specific difficulties and must, therefore, be regarded in line with the general rules of private international law as regards contracts.

⁴⁸ Voir entre autres le *Livre vert de la Commission des Communautés européennes*, *op. cit.*, note 6, et l'article 3 de la *Convention de Rome* de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

⁴⁹ La célèbre affaire *Huston* nous offre l'exemple parfait d'un cas où les tribunaux ont invoqué l'ordre public (qu'ils nomment *application impérative*) afin d'écarter le droit étranger. Dans cette affaire, la Cour de cassation avait permis aux héritiers de M. Huston, le réalisateur du film *Asphalt Jungle*, de se prévaloir de son droit moral afin d'empêcher la diffusion d'une version colorisée du film, et ce, même si les droits d'auteur appartenaient à MGM (Turner à la suite d'une fusion) en vertu du droit américain.

⁵⁰ P. SCHØNNING, *op. cit.*, note 7, p.22.

Dans la même veine, les auteurs Alain Strowell et Jean-Paul Triaille⁵¹ soutiennent que :

À cet égard, deux situations doivent être soigneusement distinguées, comme l'a clairement exposé P.Y. Gauthier :

- la situation délictuelle, illustrée par le cas du serveur ou fournisseur de services établis à l'étranger qui transmet en ligne des œuvres sans avoir les autorisations nécessaires : quelle loi le juge saisi doit-il appliquer?
- la situation contractuelle, par exemple dans le cas d'un serveur qui, souhaitant desservir plusieurs pays, entend obtenir toutes les autorisations requises : de quel droit doit-il tenir compte?

Tandis que l'hypothèse contractuelle est soumise à la loi d'autonomie, consacrée dans la Convention de Rome sur les obligations contractuelles, la situation délictuelle oblige d'abord à formuler une règle de conflit de lois, avant d'en étudier les points de rattachement en cas de transmission électronique transfrontalière et de rappeler les deux correctifs qui demeurent disponibles pour rejeter l'application d'une loi étrangère.

(...)

Dans l'hypothèse du contrat de mise sur réseau électronique, la loi choisie par les parties, ou, à défaut, la loi du pays avec lequel le contrat présente «les liens les plus étroits» s'appliquera pour apprécier le respect de causes de validité, ainsi que les droits et obligations respectives des parties (rémunération des auteurs, durée de la licence, clauses résolutoires ou pénales, etc.).

Le pouvoir de désigner la loi étatique applicable au contrat, comme le pouvoir de soustraire ce contrat au droit étatique pour le confier à un arbitre, découlent tous deux du principe de l'autonomie de la volonté si cher à la philosophie kantienne⁵².

Dans l'affaire *Éditions Chouette (1987) inc. c. Desputeaux*⁵³, la Cour suprême du Canada a conclu que les parties à un contrat ayant pour objet la cession d'une œuvre protégée pouvaient soumettre tout litige éventuel à un arbitre.

⁵¹ A. STROWEL et J.-P. TRIAILLE, *op.cit.*, note 47, p. 377 et 390.

⁵² Voir Jean-Marie JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Paris, Économica, 1983, p. 10 puis au sujet de l'influence de Kant sur le droit moderne les articles de Michel VILLEY intitulés «Essor et décadence du volontarisme juridique» et «Kant dans l'histoire du droit» parus dans *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1962.

⁵³ [2003] 1 R.C.S. 178.

De là à conclure que les parties à un contrat ayant pour objet la transmission numérique d'une œuvre protégée peuvent s'entendre pour décider que les aspects de droit d'auteur découlant de ce contrat doivent être régis par une loi qu'elles ont elles-mêmes désignée, il n'y a qu'un pas, mais doit-il être franchi?

Selon certains auteurs⁵⁴, il apparaît fort douteux que les parties soient en mesure, par leur seule volonté, de déterminer les conditions d'existence du droit d'auteur ni, à plus forte raison, son contenu. En somme, la loi choisie par les parties serait uniquement compétente à gouverner la formation du contrat et les obligations synallagmatiques des parties, mais ne pourrait régir les aspects de droit d'auteur liés à la transmission.

Si l'auteur du pays A transmet son œuvre à un usager situé dans le pays B en vertu d'un contrat dont l'interprétation est soumise aux règles du pays C, il ne peut ensuite invoquer la loi du pays C pour prétendre que l'usager du pays B contrevient à son droit d'auteur. Si la faute contractuelle a été commise dans le pays B, l'auteur devra invoquer la protection prévue par la loi du pays B.

De même, l'usager du pays B qui commet une contrefaçon dans ce pays, ne pourra s'exonérer en invoquant que l'acte reproché est légal en vertu de la loi du pays C.

Il faut cependant éviter d'affirmer que le droit d'auteur constitue une exception à la règle *pacta sunt servanda*. En vérité, la réponse se trouve plutôt dans la détermination correcte du champ d'application de la loi d'autonomie.

La loi d'autonomie régit l'obligation de transmettre l'œuvre de même que l'obligation de payer pour cette transmission, mais elle ne peut régir la transmission elle-même et encore moins l'utilisation subséquente de l'œuvre par l'usager.

⁵⁴ A. LUCAS, *op.cit.*, note 30, p. 326; Jacques RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de loi, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Paris, Litec, 1990, no. 672 et suivants; Pierre-Yves GAUTIER, « Du droit applicable dans le village planétaire, au titre de l'usage immatériel des œuvres », *D*, Paris, 1996, p. 131 et André LUCAS et Henri-Jacques LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, Litec, 1994, no. 957.

Par exemple, si l'auteur du pays A refuse de transmettre l'œuvre malgré un paiement valide par l'usager du pays B, ce dernier pourra alors invoquer la loi du pays C pour exiger que l'auteur s'exécute. Par contre, l'usager ne pourra invoquer une exception contenue dans la loi du pays C pour justifier une violation des droits d'auteur en vertu des lois du pays B.

Cette solution permet d'éviter que deux personnes puissent autoriser l'exploitation d'une même œuvre pour le même pays. En effet, si l'on applique la loi d'autonomie aux aspects de droit d'auteur, le réalisateur et le producteur d'un même film pourraient légalement, chacun de leur côté, distribuer ce film en soumettant la distribution à la loi qui reconnaît leur titularité respective sur le film.

De même, permettre au titulaire du droit d'auteur de choisir la loi applicable l'autorise à prolonger artificiellement la durée de ses droits en choisissant toujours la loi nationale offrant la protection la plus longue.

Il faut donc se résoudre à admettre que toutes les questions qui relèvent de près ou de loin de la théorie générale des contrats obéissent à la loi d'autonomie et que, dès lors que la question intéresse le droit d'auteur lui-même, la loi de protection doit s'appliquer.

1.3.2 LA SITUATION DU CONTRAT QUI NE DÉSIGNE PAS LA LOI APPLICABLE

Il arrive parfois que les contrats les plus élaborés ne désignent pas la loi applicable. Pour répondre à cette situation, le droit international privé a depuis longtemps développé certaines règles de conflit permettant d'établir la loi applicable avec constance et prévisibilité. La réforme du CCQ a été l'occasion d'incorporer l'essence de ces règles dans notre droit civil positif.

À cet égard, les articles 3112 et 3113 du CCQ disposent respectivement que :

3112. En l'absence de désignation de loi dans l'acte ou si la loi désignée rend l'acte juridique invalide, les tribunaux appliquent la loi de l'État qui, compte tenu de la nature de l'acte et des circonstances qui l'entourent, présente les liens les plus étroits avec cet acte.

3113. Les liens les plus étroits sont présumés exister avec la loi de l'État dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique de l'acte a sa résidence ou, si celui-ci est conclu dans le cours des activités d'une entreprise, son établissement.

Dans le cas de la transmission numérique d'une œuvre cinématographique, la partie fournissant la prestation caractéristique semble être l'émetteur de la transmission. C'est donc la loi de sa résidence qui s'applique ou encore celle de son établissement si cet émetteur est une entreprise.

Prenons l'exemple d'une entreprise ayant son établissement dans le pays A et qui diffuse ses propres films à partir d'un serveur situé dans le pays B. Doit-on appliquer la loi du pays A ou celle du pays B?

Il semble que nous devions appliquer la loi du pays A car le lien juridique s'établit entre l'utilisateur et l'entreprise responsable de l'émission. Le lien entre l'utilisateur et le serveur est essentiellement technique et il ne peut, à lui seul, entraîner l'application de la loi du pays B.

Rappelons cependant que l'article 3113 du CCQ n'établit qu'une présomption pouvant être repoussée par une preuve que la loi d'un autre État doit s'appliquer compte tenu de la nature de l'acte et des circonstances qui l'entourent.

Rappelons également que, comme nous l'avons vu précédemment, la loi présentant les liens les plus étroits avec l'acte ne peut prétendre régir les aspects de droit d'auteur découlant de la transmission numérique.

1.3.3 CONCLUSION DE LA PARTIE 1.3

Le droit d'auteur n'est pas une exception à la règle *pacta sunt servanda*. Cependant, il faut cerner correctement le champ d'application de la loi du contrat (que cette loi soit désignée par les parties ou par les règles du droit international privé).

La loi du contrat est inutile lorsqu'il s'agit de déterminer l'étendue de la protection accordée à l'œuvre ou encore le titulaire des droits sur cette œuvre.

La loi du contrat régit seulement la validité de l'acte ainsi que les obligations corrélatives pouvant naître de cet acte. Cette dernière affirmation mérite cependant certaines nuances lorsque le contrat de transmission est un contrat de consommation. Je me permets à cet égard une légère digression.

Au Québec, l'article 2 de la *Loi sur la protection du consommateur*⁵⁵ (ci-après « LPC ») dispose que :

La présente loi s'applique à tout contrat conclu entre un consommateur et un commerçant dans le cours de son commerce et ayant pour objet un bien ou un service.

Le contrat encadrant la transmission numérique d'une œuvre cinématographique peut difficilement être considéré comme un contrat ayant pour objet un service⁵⁶, mais peut-il avoir pour objet un bien?

Le terme « bien » est défini comme suit par l'article 1d) de la LPC :

« bien » : un bien mobilier et, dans la mesure requise pour l'application de l'article 6.1, un bien immobilier.

L'œuvre numérisée n'est pas un bien immobilier, mais elle peut certainement constituer un bien mobilier. L'article 905 du CCQ précise que sont meubles les choses qui peuvent se transporter, soit qu'elles se meuvent elles-mêmes ou qu'il faille une force étrangère pour les déplacer. L'œuvre numérisée n'est certainement pas de cette nature.

Il faut donc se tourner vers les articles 899 et 907 du CCQ qui disposent respectivement que :

⁵⁵ L.R.Q., c. P-40.1.

⁵⁶ *Lac Express Inc. c. Laliberté*, J.E. 96-47 (C.A.).

899. Les biens, tant corporels qu'incorporels, se divisent en immeubles et en meubles.

907. Tous les autres biens que la loi ne qualifie pas sont des meubles.

Ainsi donc, la version numérique d'une œuvre cinématographique peut, de façon résiduaire et en vertu de l'article 907 du CCQ, être considérée comme un bien meuble⁵⁷ et le contrat encadrant sa transmission pourrait par conséquent être considéré comme un contrat de consommation.

Une telle conclusion donne ouverture à l'application de l'article 19 de la LPC qui dispose qu'une clause d'un contrat assujettissant celui-ci, en tout ou en partie, à une loi autre qu'une loi du Parlement du Québec ou du Canada est interdite.

La qualification de l'œuvre cinématographique numérisée à titre de bien meuble risque également d'entraîner l'application de l'article 3117 du CCQ qui dispose que :

Le choix par les parties de la loi applicable au contrat de consommation ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi de l'État où il a sa résidence si la conclusion du contrat a été précédée, dans ce lieu, d'une offre spéciale ou d'une publicité et que les actes nécessaires à sa conclusion y ont été accomplis par le consommateur, ou encore, si la commande de ce dernier y a été reçue.

Il en est de même lorsque le consommateur a été incité par son cocontractant à se rendre dans un état étranger afin d'y conclure le contrat.

L'application de la loi d'autonomie, qui le plus souvent est la loi de l'établissement de l'émetteur, peut donc être mise en échec en deux situations.

Nous pouvons, sans autres formalités, écarter la situation envisagée par le deuxième alinéa de l'article 3117 du CCQ, mais reste à examiner la situation envisagée par le premier alinéa. La question de l'offre spéciale ou de la publicité est problématique

⁵⁷ *Cogebec Inc. c. Fiducie Desjardins Inc.* J.E. 93-1789.

lorsqu'elle est envisagée dans le cyberspace. Le professeur Gautrais⁵⁸ émet d'ailleurs le commentaire suivant quant à ce problème :

Si l'on prend les trois conditions distinctes établies dans le C.c.Q. et la Convention de Rome pour que l'exception au principe de l'autonomie de la volonté puisse se réaliser, nous apercevons qu'il est difficile de l'appliquer dès lors que l'on utilise Internet. La première prévoit que la combinaison d'une offre spéciale ou d'une publicité, avec l'accomplissement des actes nécessaires au lieu du consommateur, rend la disposition applicable. Il n'est d'abord pas sûr que l'exigence d'une proposition « spécialement faite » puisse s'appliquer à un cas de commerce électronique. En effet, l'auteur proposant ses œuvres dans le cyberspace est en état de perpétuelle offre, mais ne s'adresse généralement pas à un utilisateur déterminé. Ensuite, concernant la publicité, certains auteurs se demandent s'il n'est pas nécessaire que le commerçant ait « l'intention » d'adresser son offre dans le pays dans lequel cette dernière sera reçue. Cette intention, en l'absence de stipulation précise, est très difficile à présumer. Internet ayant une potentialité commerciale à l'échelle du monde, les commerçants n'ont pas vraiment l'intention de limiter leur développement à certains pays déterminés. Quoi qu'il en soit, cette première condition n'est pas d'une limpidité quant à son application à l'inforoute. (Citations omises)

Bien sûr, même si l'on devait conclure que les dispositions impératives de la LPC s'appliquent, cela ne modifie en rien la conclusion d'inapplicabilité de la loi d'autonomie en ce qui concerne les questions relatives au droit d'auteur.

1.4 CONCLUSION DE LA PARTIE 1

Les règles du droit international privé sont complexes. Il est donc important de bien déterminer le cadre d'analyse avant de trancher une situation à l'aide d'une règle particulière.

En matière extracontractuelle, il semble que la loi du pays de réception doive être appliquée afin de régir les aspects de droit d'auteur liés à la transmission d'une œuvre cinématographique par Internet. En effet, la loi du pays où la protection est réclamée à laquelle réfère la *Convention de Berne* semble être celle du pays où le marché économique est menacé par la contrefaçon. Cependant, l'application de la loi du pays

⁵⁸ Vincent GAUTRAIS, *Droit des auteurs et droit de la consommation dans le cyberspace : la relation auteur/utilisateur*, texte disponible sur www.robic.ca.

d'émission demeure une alternative juridique viable et elle pourra d'ailleurs s'avérer très pratique afin de régir l'acte initial de mise à la disposition.

En matière contractuelle, la loi désignée par les parties ne semble pas être en mesure de régir les aspects de droit d'auteur. En effet, ceux-ci doivent être régis par la loi applicable sur le territoire où la contrefaçon est effectuée. Toute autre conclusion permettrait aux parties de se soustraire à leurs obligations ou, au contraire, d'étendre artificiellement la protection accordée à l'œuvre. Par ailleurs, la loi choisie par les parties devra sans aucun doute être appliquée afin de régir les obligations synallagmatiques de celles-ci.

On connaît maintenant les circonstances pouvant donner ouverture à l'application de la LDA. Il nous reste donc à déterminer l'étendue de la protection offerte par celle-ci.

2. LES DROITS PÉCUNIAIRES DÉVOLUS AUX AUTEURS EN VERTU DE LA LOI SUR LE DROIT D'AUTEUR

La LDA n'offre pas une protection générale mettant l'auteur à l'abri de toute menace économique ou morale concernant son œuvre. Comme le souligne le Professeur Gervais⁵⁹, la protection offerte à l'auteur est parcellaire et concerne certains actes bien précis qui lui sont réservés :

Le droit d'auteur n'existe pas. En effet, les lois nationales sur le droit d'auteur ne créent pas un « droit d'auteur »; elles énumèrent plutôt soit une série de droits relatifs à des « œuvres » littéraires ou artistiques, soit une série d'actes qui ne peuvent être accomplis sans l'autorisation du titulaire du droit concerné (parfois appelés « actes réservés »). La Loi canadienne sur le droit d'auteur (...) ne fait pas exception à cette règle, même si la liste contenue à l'article 3 contient tout de même un paragraphe introductif qui donne l'apparence qu'il existe bien quelque chose comme une notion de « droit d'auteur ».

⁵⁹ Daniel GERVAIS, *Le droit d'auteur au Canada : Fragmentation des droits ou gestion fragmentaire?* Extrait du colloque du CRDP, « Institutions administratives du droit d'auteur », présenté à Montréal les 11 et 12 octobre 2001.

L'auteur possède donc une série de droits exclusifs⁶⁰ quant à l'œuvre qu'il a créée. Les sections qui suivent proposent d'explorer les différentes prérogatives impliquées lors de la transmission d'une œuvre cinématographique par Internet.

L'application des concepts traditionnels de droit d'auteur soulève plusieurs questions dont la complexité relève bien souvent d'un certain décalage entre le droit et la technique.

En effet, le droit d'auteur ne présente pas un ensemble cohérent de règles objectives et universelles, mais plutôt une série de droits disparates ajoutés au fil du temps et des besoins de l'industrie. Au départ pensé afin d'encadrer l'édition littéraire, le droit d'auteur s'est ensuite adapté au gré des progrès technologiques, incorporant au passage les innovations techniques comme la radio et le cinéma.

Internet est sans aucun doute la dernière innovation technique en liste. Cette innovation s'est imposée comme un mode de distribution à part entière, mais le droit n'a pas encore complété la mutation qui conduira à l'absorption complète du phénomène Internet.

Nous en sommes donc réduits à appliquer des règles issues d'une autre époque, avec un certain succès, il va sans dire.

2.1 LES DROITS PÉCUNIAIRES

Le présent travail n'a pas la prétention de couvrir l'ensemble des droits susceptibles d'émaner de la distribution d'œuvres cinématographiques par Internet. Toute analyse concernant les droits moraux sera ainsi volontairement laissée en plan. Bien qu'il s'agisse d'un aspect important du droit d'auteur, l'application des droits moraux à la transmission par Internet ne soulève en vérité aucune question particulière⁶¹.

⁶⁰ Que les anglophones nomment « *bundle of rights* ».

⁶¹ On pourra cependant arguer avec raison que la diffusion par Internet peut avoir un impact significatif quant aux limitations du droit à l'intégrité apportées par l'article 28.1 LDA qui prévoit

Les lignes qui suivent sont ainsi consacrées à l'étude des principaux droits pécuniaires pouvant être revendiqués par l'auteur d'une œuvre cinématographique lors de sa diffusion sur Internet.

2.2 LE DROIT DE PUBLIER

L'article 3(1) de la LDA prévoit que l'auteur d'une œuvre possède le droit exclusif de publier la totalité ou une partie importante de celle-ci. Cet article doit cependant être lu en conjonction avec l'article 2.2(1) de la LDA qui définit le terme « publication » comme suit :

Pour l'application de la présente loi, « publication » s'entend :

a) à l'égard d'une œuvre, de la mise à la disposition du public d'exemplaires de l'œuvre, de l'édification d'une œuvre architecturale ou de l'incorporation d'une œuvre artistique à celle-ci;

b) à l'égard d'un enregistrement sonore, de la mise à la disposition du public d'exemplaires de celui-ci.

Sont exclues de la publication la représentation ou l'exécution en public d'une œuvre littéraire, dramatique ou musicale ou d'un enregistrement sonore, leur communication au public par télécommunication ou l'exposition en public d'une œuvre artistique.

Le droit exclusif d'un auteur de publier son œuvre pour la première fois apparaît d'autant plus important que, lorsqu'il s'agit d'Internet, chaque usager devient un éditeur potentiel.

Par ailleurs, l'exclusion explicite de la communication au public par télécommunication semble poser un obstacle sérieux à la reconnaissance de ce droit dans l'environnement numérique.

qu'il y a atteinte à l'intégrité de l'œuvre seulement si cette dernière est modifiée d'une manière préjudiciable à l'honneur ou à la réputation de l'auteur. En effet, un auteur pourra plaider que sa réputation a été entachée dans un pays X même si elle ne l'a pas été dans un pays Y.

Bien que le professeur Pierre Trudel⁶² ait reconnu que ...le fait de rendre accessible au public une œuvre par un raccordement à un réseau de communication semble offrir les qualités de la publication et que le Comité consultatif sur l'autoroute de l'information ait recommandé que certaines transmissions électroniques soient dorénavant considérées comme tenant lieu de publication⁶³, le législateur n'a toujours pas modifié la définition de « publication » en vue de l'adapter à la publication sur Internet.

Certains pourraient prétendre que la transmission par Internet implique également le droit de reproduire qui n'est pas, quant à lui, nommément exclu de la définition de « publication ». Il est toutefois permis de se demander si l'exclusion relative au droit de communication ne s'étend pas au droit de reproduction lorsqu'une même transmission implique chacun des deux droits.

De plus, la référence au terme « exemplaires » dans la définition de « publication » laisse croire que le droit de publication ne s'applique qu'à la transmission d'exemplaires matériels et que la transmission numérique est exclue de son champ d'application.

Est-ce à dire que n'importe qui peut, impunément, rendre publique une œuvre cinématographique par Internet sans le consentement de l'auteur? Pas nécessairement. Un examen organique de la LDA laisse effectivement entrevoir la possibilité qu'un « droit de publication numérique » se trouve inscrit au cœur du droit d'autoriser prévu par l'article 3 de la LDA.

Comme le souligne le professeur Pierre Trudel⁶⁴, le droit de publication s'incorpore à l'intérieur d'une notion plus large, soit celle de « rendre accessible au public » :

⁶² Pierre TRUDEL, *Droit du cyberspace*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1997, chapitre 16, p. 21.

⁶³ Comité consultatif sur l'autoroute de l'information, *Le droit d'auteur et l'autoroute de l'information, Rapport final du Sous-comité sur le droit d'auteur*, Ottawa, Ministère des approvisionnements et services du Canada, 1995.

⁶⁴ P. TRUDEL, *op.cit.*, note 62, p. 24.

L'emplacement d'une œuvre sur un site Web en vue de la rendre accessible au public constitue-t-il une publication? Une œuvre numérisée, produite sur le disque dur d'un ordinateur en vue de la rendre accessible au public pourrait se qualifier comme une « publication ». L'existence d'un certain processus d'édition, la possibilité d'acquérir ou d'obtenir des exemplaires de l'œuvre et la prise en compte du consentement de l'auteur pourraient s'avérer des critères utiles pour déterminer s'il y a eu publication d'une œuvre.

(...)

En droit suédois, comme on l'a précisé précédemment, la « publication » consiste à mettre des exemplaires de l'œuvre « en vente ou (de les diffuser) de toute autre façon dans le public avec l'autorisation de l'auteur ». Cette définition est certainement plus large que celle retenue au Canada, elle peut trouver aisément application à l'égard des activités qui ont lieu dans le cyberspace. Une notion plus large encore que la publication est le droit exclusif pour le titulaire de « rendre accessible son œuvre au public ».

L'auteur Normand Tamaro⁶⁵ abonde dans le même sens :

La notion de publication, en matière de droit d'auteur, est une notion clé dont dépend, dans une large mesure, l'application des règles, du moins en ce qui concerne la diffusion de l'œuvre. Dans un sens restreint, la publication correspond à la reproduction d'une œuvre. Toutefois, au sens de la Loi sur le droit d'auteur, la notion de publication renvoie au fait de rendre une œuvre accessible au public.

Cette notion de « rendre accessible au public » peut prendre plusieurs formes. La communauté juridique internationale l'a par exemple traduite par l'expression « droit de mise à la disposition »⁶⁶.

Ce droit de mise à la disposition contient effectivement les deux composantes principales du droit de publication, soit l'accessibilité du public à l'œuvre et le consentement de l'auteur à cet accès.

Bien que la LDA ne reconnaisse pas le droit de mise à la disposition en tant que prérogative autonome, elle reconnaît tout de même ses composantes lorsqu'il s'agit de la diffusion par Internet. En effet, l'accessibilité à l'œuvre s'incarne par la communication au public par télécommunication comme le laisse entendre la

⁶⁵ Normand TAMARO, *Loi sur le droit d'auteur* : texte annoté, 5e éd., Scarborough, ON., Carswell, 2000, p. 233.

⁶⁶ Voir les articles 10 et 14 du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes et l'article 8 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur.

décision de la Commission du droit d'auteur dans l'affaire *SOCAN Statement of royalties 1997 to 2003, (Re)*⁶⁷ :

A distinction should be made between the words « communicate » and « by telecommunication ». « Communicate refers to the act of making known, while the term « by telecommunication » refers to the physical means used to communicate.

Tandis que le consentement de l'auteur est consacré par l'article 3(1) *in fine* de la LDA qui prévoit que l'auteur possède le droit exclusif d'autoriser les actes spécifiquement mentionnés aux paragraphes précédents, y compris celui de communiquer au public par télécommunication.

Le droit de publication prévu par l'article 3(1) de la LDA apparaît donc inapplicable à la transmission d'une œuvre cinématographique par Internet. Cependant, cela ne veut pas dire que l'auteur soit dépourvu de protection face à la publication non autorisée de son œuvre sur Internet. Les principes et les valeurs qui sous-tendent le droit de publication sont reconnus par une application combinée du droit d'autoriser et du droit de communiquer au public par télécommunication (les notions de communication au public par télécommunication, d'autorisation et de mise à la disposition feront l'objet d'une étude plus détaillée par la suite).

Ainsi, le droit de mise à la disposition constitue, *de facto*, un « droit de publication numérique ».

2.3 LE DROIT DE REPRODUIRE

L'article 3(1) de la LDA dispose que l'auteur possède le droit exclusif de reproduire la totalité ou une partie importante de son œuvre sous une forme matérielle quelconque. Il s'agit sans contredit d'un des droits les plus importants.

La possibilité que le droit de reproduction soit sollicité lors de l'affichage par un poste de télévision d'un signal de communication a été envisagée par la

⁶⁷ (1999), 87 C.P.R. (3d) 527.

jurisprudence. Contrairement aux tribunaux anglais⁶⁸, la simple apparition de l'œuvre sur l'écran de télévision n'a jamais été considérée comme une reproduction par les tribunaux canadiens qui ont jugé que celle-ci doit avoir un certain caractère temporel et ne pas s'évanouir en une fraction de seconde⁶⁹.

L'implication du droit de reproduction lors de la transmission d'une œuvre par Internet semble, quant à elle, faire l'objet d'un traitement quelque peu différent. Il est évident qu'il y a reproduction lorsque l'œuvre est téléchargée à partir d'un serveur et copiée intégralement par l'utilisateur qui possède, dès lors, une copie de l'œuvre.

Nul doute qu'en pareille circonstance la transmission de l'œuvre implique sa reproduction puisqu'au fil d'arrivée, il y a deux exemplaires de l'œuvre alors que, au départ, il n'y en avait qu'un⁷⁰.

Par ailleurs, même la transmission qui ne vise pas à procurer un exemplaire de l'œuvre est susceptible d'entraîner l'application incidente du droit de reproduction, et ce, en raison du mode particulier de transmission de l'information par Internet.

Certaines reproductions à caractère purement technique sont effectivement susceptibles de survenir indépendamment de la volonté et même du contrôle de l'émetteur et du récepteur. Par exemple, la création de sites miroirs par le fournisseur de services ou encore la mise en antémémoire d'une partie ou de la totalité de l'œuvre entraîne bel et bien la reproduction de celle-ci. Ces reproductions nécessitent possiblement l'autorisation de l'auteur en raison du caractère relativement permanent des exemplaires générés.

Plus encore, la simple lecture d'une œuvre en continu (*streaming*) entraîne elle aussi la reproduction de cette œuvre dans la mémoire vive (*RAM*) de l'ordinateur du

⁶⁸ *Bookmaker's Afternoon Greyhound Services Ltd. c. Wilf Gilbert (Staffordshire) Ltd.*, [1994] F.S.R. 723, p. 738.

⁶⁹ *Canadian Admiral Corporation Ltd. c. Rediffusion, Inc.*, [1954] Ex. C.R., 385.

⁷⁰ *Théberge c. Galerie d'art du Petit Champlain Inc.*, précitée, note 5.

récepteur. La Commission du droit d'auteur a reconnu cette situation dans sa décision *tarif 22*⁷¹ où elle affirme que :

Quelques phrases suffisent pour décrire l'essence d'Internet et ce qui s'y passe. L'Internet est un réseau de télécommunications. Son objet est de transmettre des fichiers contenant des données, y compris de la musique au sens courant de ce terme. Pour qu'il y ait transmission, les conditions qui suivent doivent être réunies. Premièrement, le fichier est enregistré sur un serveur accessible sur l'Internet. Deuxièmement, à la demande du destinataire et au moment fixé par celui-ci, le fichier est divisé en paquets et transmit du serveur hôte au serveur du destinataire, à travers un ou plusieurs routeurs. Troisièmement, le destinataire, habituellement à l'aide d'un ordinateur, peut reconstituer et ouvrir le fichier dès réception ou l'enregistrer en vue de son ouverture ultérieure; dans l'un et l'autre cas, il y a reproduction du fichier, encore une fois au sens courant de ce terme.

Le Sous-comité sur le droit d'auteur du Comité consultatif sur l'autoroute de l'information⁷² en arrive lui aussi à la même conclusion :

De l'avis du Sous-comité, la consultation d'une œuvre sur l'autoroute électronique suppose la copie de cette œuvre; pour la consulter, en effet, il faut d'abord y avoir accès. Le Sous-comité estime que le fait d'accéder à une œuvre équivaut à la reproduire même si c'est à titre temporaire ou passager. L'action de parcourir une œuvre, ou une partie importante de celle-ci, devrait donc être assujettie au droit de reproduction.

En fait, il est virtuellement impossible de lire, voir ou entendre une œuvre numérisée sans la reproduire et élargir du même coup (et de manière artificielle) le spectre des droits consentis à l'auteur. Certains actes, qui ne sont pas à l'origine réservés à l'auteur, comme la lecture, l'audition et le visionnement, deviennent, dans l'univers numérique, des reproductions assujetties au consentement de l'auteur.

Dans l'affaire *Matrox Electronic Systems ltd c. Gaudreau*⁷³, la Cour supérieure du Québec (juge Guthrie) illustre ce propos de façon imagée :

Consider the crucial distinction in copyright law between reading and writing. To read a copyright text is no violation, only to copy it in writing. The technological basis for this distinction is reversed with a computer text. To read a text stored in

⁷¹ *Tarif 22 – Transmission d'œuvres musicales à des abonnés d'un service de télécommunications non visé par le tarif 16 ou le tarif 17*, précitée, note 20.

⁷² Comité consultatif sur l'autoroute de l'information, *Le droit d'auteur et l'autoroute de l'information, Rapport du Sous-comité sur le droit d'auteur*, Ottawa, mars 1995.

⁷³ [1993] R.J.Q. 2449 (C.S.).

electronic memory, one displays it on the screen, i.e. one writes it to read it. To transmit it to others, however, one does not write it; one only gives others a password to one's own computer memory. One must write to read, but not to write!

La professeure Pamela Samuelson⁷⁴ dénonçait quant à elle l'introduction insidieuse de ce nouveau « droit de lire » en affirmant que :

A key component is to control every use of a copyrighted work in digital form. This can be accomplished by pretending that Congress has already decided to grant copyright owners exclusive rights to control reading and browsing of works in digital form because such acts require temporary reproductions in the random access memory of computer...

Le statut de la reproduction dans la mémoire vive demeure encore aujourd'hui incertain. Aux États-Unis, la Cour d'appel du neuvième circuit a conclu, dans l'affaire *MAI System Corp. c. Peak Computer Inc.*⁷⁵, que le simple chargement d'un logiciel dans un ordinateur constituait une contrefaçon puisqu'il impliquait sa reproduction dans la mémoire vive... *for a period of more than transitory duration*.

Malgré certaines réticences voulant que ces reproductions incidentes n'aient aucune valeur économique⁷⁶ et malgré de récentes modifications législatives limitant la

⁷⁴ Pamela SAMUELSON, « Tightening the copyright Noose : Why you should be worried about the white paper on intellectual property rights and the national information infrastructure », 1996, no. 4.01, *Wired Magazine*.

⁷⁵ 991 F. 2d 511 (9th Cir. 1993).

⁷⁶ L'article 104 du *Digital Millenium Copyright Act* prévoyait la rédaction d'un rapport quant à son application et son impact sur le commerce électronique. Ce rapport recommandait que :

Representatives of the webcasting industry expressed concern that the case-by-case fair use defense is too uncertain a basis for making rational business decisions. We agree. While we recommended against the adoption of a general exemption from the reproduction right to render non infringing all temporary copies that are incidental to lawful uses, a more carefully tailored approach is desirable.

We recommend that Congress enact legislation amending the Copyright Act to preclude any liability arising from the assertion of a copyright owner's reproduction right with respect to temporary buffer copies that are incidental to a licensed digital transmission of a public performance of a sound recording and any underlying musical work.

The economic value of licensed streaming is in the public performances of the musical work and the sound recording both of which are paid for. The buffer copies have no independent economic significance. They are made solely to enable the performance of these works. The uncertainty of the present law potentially allows those who administer the reproduction right in musical works to prevent webcasting from taking place – to the detriment of other copyright owners, webcaster and consumers alike – or to extract an additional payment that is not justified by the economic value of the copyright at issue. Congressional action is desirable

responsabilité des fournisseurs de services lors de reproductions incidentes⁷⁷, les conclusions de l'arrêt *MAI System* demeurent pertinentes encore aujourd'hui.

Au Canada, la question n'a pas encore été tranchée par les tribunaux, mais tout indique que les conclusions de l'arrêt *MAI System* pourraient être suivies. Certains auteurs⁷⁸ voient dans l'arrêt *Canadian Admiral Corporation Ltd. c. Rediffusion, inc.* un argument que les reproductions présentant un degré de permanence plus relatif ne doivent pas être considérées comme de véritables reproductions. Plusieurs contre-arguments se dressent pourtant contre une telle interprétation.

D'une part, la reproduction dans la mémoire vive est susceptible de durer beaucoup plus longtemps qu'une simple fraction de seconde comme c'était le cas dans l'affaire *Canadian Admiral*.

D'autre part, le caractère éphémère de la reproduction n'est pas un véritable argument comme l'a souligné la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Bishop c. Stevens*⁷⁹ où elle a conclu qu'un radiodiffuseur qui effectue une reproduction, même temporaire, de l'œuvre à la seule fin d'en faciliter sa diffusion contrefait cette oeuvre.

De plus, le législateur a expressément introduit la notion de reproduction éphémère en 1997 lorsqu'il a adopté l'article 30.8 de la LDA afin de neutraliser les effets de l'arrêt *Bishop* et permettre aux entreprises de programmation de reproduire, sous certaines conditions, une œuvre en vue de faciliter sa diffusion. Or cette disposition exclut nommément les œuvres cinématographiques.

to remove the uncertainty and to allow the activity that Congress sought to encourage through the adoption of the section 114 webcasting compulsory license to take place.

⁷⁷ Article 512 du *Digital Millenium Copyright Act*.

⁷⁸ Stéphane GILKER, « Exploitation de contenus protégés par droit d'auteur sur Internet au Canada », *Développements récents en droit du divertissement*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 148.

⁷⁹ [1990] 2 R.C.S. 467.

Enfin, la même année, le législateur a également introduit l'article 30.6 de la LDA qui autorise le licencié d'un programme d'ordinateur à reproduire celui-ci pour des fins d'adaptation, de traduction ou encore à la seule fin de conserver une copie de sauvegarde.

Or, aucun amendement législatif n'est venu autoriser la reproduction par quiconque d'une œuvre en vue de son exécution. Il faut selon moi y voir l'intention du législateur de considérer une telle activité comme une contrefaçon.

Nous pouvons donc croire que la transmission d'une œuvre cinématographique par Internet implique sa reproduction et qu'une telle reproduction nécessite le consentement de l'auteur.

Ce consentement peut toutefois être implicite. Bien que la cession de droit doive être consentie par écrit en vertu de l'article 13(4) LDA, la jurisprudence⁸⁰ et la doctrine⁸¹ semblent admettre la possibilité d'une licence implicite lorsque l'utilisateur d'une œuvre protégée utilise celle-ci conformément à l'usage à laquelle elle est destinée et selon l'intention commune des parties.

Il apparaît donc tout à fait légitime de penser que l'auteur d'une œuvre cinématographique qui rend celle-ci disponible sur Internet pour téléchargement accorde une licence implicite aux usagers de reproduire son œuvre à la seule fin de visionner celle-ci.

⁸⁰ *Netupsky c. Dominion Bridge Co.*, [1972] R.C.S. 368; *Céjibé communication Inc. c. Construction Cleary (1992) Inc.*, REJB 1998-08610 (confirmé en appel 500-09-007223-985); *Les Amusements Wiltron c. Jacques Mainville*, [1991], RJQ, 1930.

⁸¹ Normand TAMARO, « Les journalistes pigistes, le droit d'auteur canadien et le domaine de l'autorisation », *Cahier de propriété intellectuelle*, 2000, vol. 12, no. 2; René PÉPIN, « Les droits d'auteur des pigistes s'étendent-ils aux cd-roms et aux banques de données accessibles sur internet ? Commentaire des arrêts Robertson et Tasini », 2002, vol. 1, no. 1, *Canadian Journal of law and technology*; Contra : Pierre-Emmanuel MOYSE, « Internet, droit des obligations et droit d'auteur », *Repères*, Scarborough, Carswell-Doctrine, 1999, p. 338.

2.4 LE DROIT DE COMMUNIQUER AU PUBLIC PAR TÉLÉCOMMUNICATION

Avant 1988, l'auteur jouissait du droit exclusif de transmettre son œuvre au moyen de la radiophonie. Cette formulation a été interprétée de façon restrictive par la Cour de l'Échiquier dans l'arrêt *Canadian Admiral Corporation Ltd. c. Redifusion inc.* où elle a conclu que la radiophonie incluait la radiodiffusion, mais excluait la diffusion par câble.

En 1988, le législateur a élargi le droit prévu à l'article 3(1)f) de la LDA en remplaçant les termes « transmission » et « radiophonie » par les notions plus englobantes de « communication » et de « télécommunication ». Le terme « télécommunication » est défini comme suit par l'article 2 de la LDA :

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.

Cette définition large inclut toute forme de transmission (par opposition à l'exécution ou la représentation) et son application à la transmission numérique n'a jamais été véritablement contestée.

En fait, c'est plutôt la notion de public qui a fait l'objet des critiques les plus sérieuses. Contrairement à la radiodiffusion où la transmission s'effectue d'un seul coup vers un auditoire passif et indéterminé, la transmission par Internet implique une multitude de transmissions isolées s'effectuant à des moments divers à l'intention d'un auditoire actif⁸². On prétendait donc que la communication par Internet n'était pas une véritable communication au public.

⁸² Voir la distinction entre *push and pull technology* effectuée par l'auteur Sunny HUNDA lors de son témoignage devant la Cour supérieure ontarienne dans l'affaire *Bahlheda c. Santa*, 2003 CanLII 12856 (Ont S.C.) concernant la question de la diffamation par Internet :

Or, la notion de public semble résider exclusivement dans l'intention de l'émetteur et les caractéristiques de la communication ne semblent pas pertinentes afin de déterminer ce qui constitue une communication au public.

Ainsi, une émission de télévision est une communication au public par télécommunication même si personne ne la regarde⁸³. De même, une œuvre numérisée rendue disponible pour téléchargement peut être considérée comme destinée au public même si chaque personne y accède de manière individualisée et à des moments différents.

Dans l'affaire *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*⁸⁴ qui concernait la transmission d'œuvres protégées par télécopieur, la Cour suprême du Canada a eu l'occasion de se pencher sur cette question et a reconnu que la nature isolée de la communication n'était pas un facteur suffisant pour conclure que la communication ne s'effectue pas au public :

En première instance, les éditeurs ont soutenu qu'en transmettant des copies de leurs œuvres 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 œuvre au public.

Je souscris à ces conclusions. Transmettre une seule copie à une seule personne par télécopieur n'équivaut pas à communiquer l'œuvre au public. Cela dit, la transmission répétée d'une copie d'une même œuvre à de nombreux destinataires pourrait constituer une communication au public et violer le droit d'auteur.

[37] Dr. Handa based his opinion that internet function does not constitute broadcasting, using as it does "pull" technology. This means the user "pulls" the technology into his computer when he downloads a file, message, entertainment, or data. "Pull" technology is typical of internet function.

[38] Traditional radio and television is based on "push" technology, with the programs being unilaterally produced and "pushed" to a waiting audience that simply turns on the radio or television. However, when cross-examined, Dr. Handa conceded that video on demand, when a patron selects a movie to be streamed to his house through his television set is based on "pull" technology.

⁸³ *Association canadienne de télévision par câble c. Canada (Commission du droit d'auteur)*, [1993] 2 C.F. 138 (C.A.).

⁸⁴ [2004] 1 R.C.S. 339.

Toutefois, aucune preuve n'a établi que ce genre de transmission aurait eu lieu en l'espèce.

Bien que la Cour suprême ait préféré fonder sa décision sur le nombre de transmission impliquée plutôt que sur l'intention de l'émetteur de rendre, ou non, l'œuvre accessible au public, il n'en demeure pas moins que la transmission, même isolé, d'une œuvre apparaît susceptible d'engendrer une communication au public au sens de la LDA.

De son côté, la Commission du droit d'auteur n'a pas retenu l'argument voulant que la transmission numérique ne puisse constituer une communication au public en raison du fait que celle-ci s'effectue de façon séquentielle et à l'initiative du destinataire. Selon la décision de la Commission dans l'affaire *tarif 22*⁸⁵, la notion de communication s'articule autour de celle de « rendre public » et le moment où l'œuvre est rendue publique ou encore l'identité de la personne qui amorce la communication importe peu :

Les opposants au tarif 22 soutiennent qu'une communication au public suppose l'instantanéité de l'opération du côté du destinataire, caractéristique qui la distinguerait de la reproduction. Ils comparent ce qui se passe sur l'Internet avec la radiodiffusion, où la réception et l'audition ou l'écoute sont simultanées, et en concluent que les transmissions sur l'Internet ne sont pas des communications au public.

La Commission ne souscrit pas à ce point de vue. Communiquer est faire connaître un renseignement, qu'il y ait simultanété ou non. Le caractère privé ou public de la communication doit être apprécié par rapport aux destinataires ciblés. Autrement dit, le laps de temps dans lequel la communication a lieu n'est pas pertinent; une transmission par télécopieur à dix mille destinataires choisis au hasard est une communication au public, bien que la transmission ne puisse être que séquentielle.

Les oeuvres musicales sont rendues disponibles sur l'Internet de manière ouverte, sans dissimulation, l'intéressé, en connaissance de cause, ayant l'intention qu'elles soient transmises à tous ceux qui peuvent avoir accès à l'Internet. En conséquence, il peut y avoir communication au public 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).

⁸⁵ *Tarif 22 – Transmission d'œuvres musicales à des abonnés d'un service de télécommunications non visé par le tarif 16 ou le tarif 17, précitée, note 20.*

La transmission d'une œuvre cinématographique par Internet semble donc entraîner l'application du droit de communiquer au public par télécommunication. Cette proposition semble d'ailleurs toute naturelle. L'analyse de la transmission par Internet s'effectuera d'ailleurs le plus souvent à travers le prisme du droit de communication au public par télécommunication.

2.5 LE DROIT DE RETRANSMETTRE

Comme nous l'avons vu précédemment, l'auteur d'une œuvre possède le droit exclusif de communiquer celle-ci au public par télécommunication. Ce droit n'est toutefois pas absolu. L'article 31 de la LDA établit en effet un régime de licence obligatoire permettant, dans la mesure où certaines conditions sont respectées, de retransmettre certaines œuvres sans obtenir le consentement préalable des titulaires de droit d'auteur sur ces œuvres. L'article 31 de la LDA dispose en effet que :

31(1) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article :
« œuvre » French version only;

« œuvre » Oeuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique;

« retransmetteur » « retransmitter »;

« retransmetteur » Personne, autre qu'un retransmetteur de nouveaux médias, dont l'activité est comparable à celle d'un système de retransmission par fil;

« retransmetteur de nouveaux médias » « new media retransmitter »;

« retransmetteur de nouveaux médias » Personne dont la retransmission est légale selon les dispositions de la *Loi sur la radiodiffusion* uniquement en raison de l'*Ordonnance d'exemption relative aux entreprises de radiodiffusion de nouveaux médias* rendue par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes à l'Annexe A de son avis public 1999-197, tel que modifié de temps à autre;

« signal » « signal »;

« signal » Tout signal porteur d'une oeuvre transmis à titre gratuit au public par une station terrestre de radio ou de télévision;

31(2) Ne constitue pas une violation du droit d'auteur le fait, pour le retransmetteur, de communiquer une oeuvre au public par télécommunication si, à la fois :

- a) la communication consiste en la retransmission d'un signal local ou éloigné, selon le cas;
- b) la retransmission est licite en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*;
- c) le signal est retransmis, sauf obligation ou permission légale ou réglementaire, simultanément et sans modification;
- d) dans le cas de la retransmission d'un signal éloigné, le retransmetteur a acquitté les redevances et respecté les modalités fixées sous le régime de la présente loi;
- e) le retransmetteur respecte les conditions applicables, le cas échéant, visées à l'alinéa (3)b).

31(3) Le gouverneur en conseil peut, par règlement :

- a) définir « signal local » et « signal éloigné » pour l'application du paragraphe (2);
- b) fixer des conditions pour l'application de l'alinéa (2)e) et, le cas échéant, prévoir si elles s'appliquent à l'ensemble des retransmetteurs ou à une catégorie de ceux-ci.

Un retransmetteur au sens de la LDA peut donc retransmettre un signal éloigné en toute légalité à la condition de payer les redevances fixées par la Commission du droit d'auteur et de faire en sorte que le signal soit retransmis de façon simultanée et sans modifications.

À la fin des années 1990, l'entreprise torontoise I-Crave TV proposa de retransmettre par Internet différents signaux de télévision canadiens et américains. Ces signaux étaient captés de façon traditionnelle puis convertis en format numérique compatible avec Internet et retransmis par l'entremise du site Web de I-Crave TV.

I-Crave TV agissait sans le consentement des titulaires de droits sur les œuvres ainsi communiquées, mais prétendait être en mesure de se prévaloir du régime de l'article 31 de la LDA qui définissait à l'époque le retransmetteur comme suit :

« retransmetteur » Ne vise pas la personne qui utilise les ondes hertziennes pour retransmettre un signal, mais dont l'activité n'est pas comparable à celle d'un système de retransmission sans fil.

L'article 31 de la LDA exigeait tout de même que la retransmission soit licite en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*⁸⁶ ce qui impliquait l'émission d'une licence par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (ci-après « CRTC ») en faveur de I-Crave TV. La balle était donc dans le camp du CRTC.

Or, l'émission d'une telle licence impliquait pour le CRTC la supervision des activités de I-Crave TV sur Internet. Le CRTC refusa d'étendre son emprise au réseau Internet et émit plutôt l'*Ordonnance d'exemption relative aux entreprises de radiodiffusion de nouveaux médias*⁸⁷ qui exemptait de la réglementation, sans modalités ni conditions, toutes les entreprises qui offrent des services de radiodiffusion distribués et accessibles sur Internet.

Forte de cette nouvelle exemption, I-Crave TV demanda à la Commission du droit d'auteur d'établir un tarif particulier pour la retransmission par Internet.

I-Crave TV fut toutefois l'objet de poursuites judiciaires intentées par les titulaires des droits d'auteur sur les émissions télévisées retransmises. Le litige fut réglé, mais le règlement entraîna l'abandon des procédures devant la Commission du droit d'auteur.

Une entreprise montréalaise prit alors le relais sur la question de la retransmission par Internet. L'entreprise Jump TV contesta effectivement le tarif établi par la Commission du droit d'auteur en vertu de l'article 31 de la LDA au motif qu'il ne s'étendait pas à la retransmission par Internet. Malheureusement, Jump TV se retira elle aussi du processus enclenché devant la Commission du droit d'auteur en invoquant un changement dans son modèle d'affaires.

En 2002, le gouvernement canadien ferma la porte à toute initiative de retransmission par Internet en modifiant la définition de retransmetteur établie par l'article 31 de la

⁸⁶ L.C. 1991, c. 11.

⁸⁷ Avis public du CRTC, 1999-197, Annexe A.

LDA. Le retransmetteur est dorénavant défini comme une personne autre qu'un retransmetteur de nouveaux médias alors que le retransmetteur de nouveaux médias est défini comme une personne dont la retransmission est légale selon les dispositions de la *Loi sur la radiodiffusion* uniquement en raison de l'*Ordonnance d'exemption relative aux entreprises de radiodiffusion de nouveaux médias*.

La retransmission d'une œuvre par Internet est donc possible en vertu de la LDA, mais elle s'effectue en dehors du cadre de l'article 31 de la LDA et nécessite le consentement du titulaire des droits d'auteur sur l'œuvre retransmise.

La modification législative de 2002 apparaît toutefois comme une réparation temporaire. En effet, l'article 31 de la LDA a également été modifié afin d'insérer le paragraphe 3)b) qui octroie au gouvernement le pouvoir d'établir les conditions en vertu desquelles les retransmetteurs par Internet peuvent obtenir une licence de retransmission obligatoire⁸⁸.

La table est donc mise pour une réouverture de la question de l'application de l'article 31 de la LDA à la retransmission par Internet. L'application d'un régime de licence obligatoire à la retransmission d'œuvres cinématographiques soulève toutefois d'importants problèmes.

D'une part, l'application de l'article 31 de la LDA à la retransmission par Internet doit entraîner certaines modifications à la *Loi sur la radiodiffusion*. En effet, il est injuste de penser qu'un retransmetteur traditionnel est tenu de se conformer aux règles de la *Loi sur la radiodiffusion* alors qu'un retransmetteur de nouveaux médias n'est soumis à aucune de ces règles.

D'autre part, l'impossibilité technique de s'assurer que la retransmission ne déborde pas les frontières étatiques est la source de sérieux problèmes. En effet, le régime de

⁸⁸ Voir le communiqué de presse émis par le gouvernement canadien le 13 décembre 2002 concernant l'adoption du projet de loi C-11.

licence obligatoire actuel ne s'applique qu'à l'intérieur des frontières territoriales du Canada et il est injuste qu'une œuvre cinématographique soit retransmise partout dans le monde alors que l'auteur reçoit une rémunération provenant du Canada seulement. Bien entendu une entente entre les différentes sociétés d'auteurs chargées de percevoir la rémunération est possible. Cependant, une telle éventualité pose d'importants problèmes pratiques et rien ne révèle une volonté en ce sens à court terme.

Enfin et surtout, le débordement des frontières par les signaux affecte l'exploitation des œuvres cinématographiques de façon particulière puisque la structure de financement de ces œuvres est séquentielle et territoriale. Le *Document de consultation sur l'application de la Loi sur le droit d'auteur pour ce qui est des licences obligatoires de retransmission par Internet*⁸⁹ produit par le gouvernement canadien traduit bien ce problème lorsqu'il souligne que :

La réception étrangère sans restriction et sans consentement de signaux de télévision retransmis pose des problèmes très préoccupants pour les détenteurs de droits puisque les droits au contenu des signaux de télévision hertziens font actuellement l'objet d'une licence par territoire. L'importation en territoire étranger du contenu compris dans un signal retransmis à partir du Canada peut miner la valeur des droits étrangers dans ce contenu. Par exemple, la valeur du droit exclusif à l'émission de première diffusion dans un marché défini peut être négativement affectée par l'importation préalable ou simultanée dans ce marché d'une programmation de radiodiffusion hertziennne dans un marché éloigné. En outre, les films qui font l'objet d'une licence de diffusion en direct ont généralement déjà été diffusés par une séquence antérieure de «vitrines de diffusion» dans le marché local des téléspectateurs, p.ex. cinéma commercial, télévision à la carte et location de vidéos. Cette séquence de diffusion par différents médias a pour but d'optimiser les recettes des détenteurs de droits. Cependant, étant donné l'étalement géographique des calendriers de diffusion, la radiodiffusion hertziennne d'un film au Canada ou aux États-Unis peut se produire à une étape antérieure du processus de diffusion dans d'autres juridictions. De ce fait, la valeur tirée de l'autre marché, p. ex. à la fois de la diffusion sur vidéo et de la délivrance d'une licence ultérieure de radiodiffusion hertziennne, risque de subir les effets négatifs de la disponibilité du même film sur un signal retransmis par Internet.

⁸⁹ Direction de la politique de la propriété intellectuelle (Industrie Canada) et Direction de la politique du droit d'auteur (Patrimoine canadien), *Document de consultation sur l'application de la Loi sur le droit d'auteur pour ce qui est des licences obligatoires de retransmission par Internet*, 2001, <http://www.strategis.gouv.gc.ca>.

La même idée fut reprise par l'Association des Producteurs de Films et de Télévision du Québec (ci-après « APFTQ ») dans un mémoire⁹⁰ à l'intention du gouvernement fédéral au sujet de la phase III des modifications à la LDA :

Cette situation est inquiétante pour les détenteurs de droits d'auteur et leurs ayants droit. En effet, s'agissant de films destinés à une exploitation en salle ou d'émissions de télévision, les œuvres cinématographiques sont en partie financées par les revenus spécifiques découlant de la concession de droits exclusifs d'exploitation sur des territoires particuliers. Le Canada, les États-Unis, l'Europe et l'Asie sont normalement autant de territoires différents qui donnent lieu à une avance de distribution, dans le cas du film ou à une licence de diffusion, dans le cas d'une émission de télévision, distincte pour chacun de ces territoires.

On peut donc comprendre que le débordement de la retransmission d'un signal de radiodiffusion destiné à l'origine au territoire canadien diminuerait de façon significative la valeur marchande de droits exclusifs d'exploitation des œuvres cinématographiques sur tout autre territoire et priverait l'industrie canadienne du cinéma et de la télévision de revenus pouvant assurer sa prospérité à long terme.

Ainsi donc, le gouvernement canadien devrait considérer la structure de financement particulière des œuvres cinématographiques avant de soumettre ces dernières à une éventuelle application de l'article 31 de la LDA à la retransmission par Internet.

2.6 LE DROIT DE METTRE À LA DISPOSITION

Comme nous l'avons vu précédemment, le mode de transmission de l'information et le caractère interactif de la distribution par Internet ont entraîné plusieurs incertitudes dans l'application des concepts traditionnels du droit d'auteur.

Plutôt que d'ajouter au droit d'auteur une nouvelle prérogative permettant de circonscrire la transmission numérique, la communauté juridique s'est efforcée de proposer une analyse capable de concilier les sources du droit d'auteur et le modèle d'affaires proposé par l'environnement numérique.

Selon cette analyse, il faut remonter en amont de la chaîne d'exploitation pour conclure que l'acte d'exploitation originel ne réside pas dans la distribution de

⁹⁰ Guylaine ST-GEORGES, Brigitte DOUCET, Stéphane GILKER, *Mémoire de l'APFTQ à l'intention du gouvernement fédéral au sujet de la phase II des modifications à la Loi sur le droit d'auteur*, 15 septembre 2001.

l'œuvre *per se* mais plutôt dans sa mise à la disposition en vue de sa distribution à l'initiative de l'utilisateur.

Comme nous l'avons évoqué auparavant, la notion de mise à la disposition se rapproche de l'idée de publication. Ces deux droits puisent en fait à la même source, soit au droit de faire entrer dans la sphère publique le résultat d'efforts déployés dans la sphère privée. Nous nous éloignons alors d'une analyse purement économique du droit d'auteur pour entrer sur le terrain des droits de la personnalité.

Le droit d'auteur peut en effet se comprendre en tant qu'exercice d'un droit de la personnalité⁹¹. Les droits de publication et de mise à la disposition qui peuvent être regroupés sous le manteau du droit d'autorisation, sont en effet susceptibles d'être considérés comme des droits inaliénables et universels de la personne humaine. L'exercice de ces droits à l'intérieur du circuit des échanges économique est ensuite régi par la LDA qui prévoit leur division exhaustive (droit de reproduire, communiquer, etc.) et leur finitude temporelle (plus ou moins 50 ans après la mort de l'auteur).

La notion de mise à la disposition peut donc se comprendre comme une adaptation du droit d'autorisation à l'environnement numérique. Cette adaptation possède l'avantage de prendre en considération la nature désormais passive de l'émetteur tout en reconnaissant à l'auteur un droit exclusif dans l'acte originel d'exploitation de l'œuvre.

Ce nouveau droit est peut-être la seule créature juridique véritablement issue de l'adaptation du droit d'auteur à l'ère numérique. Il apparaît donc important d'examiner les circonstances entourant sa naissance au niveau international ainsi que son implantation dans les différents environnements juridiques nationaux, y compris au Canada.

⁹¹ Ysolde GENDREAU, « Droit d'auteur et droits de la personnalité : droit français, droit québécois et droit canadien », *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1993, p. 291.

2.6.1 LES TRAITÉS DE L'ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE DE 1996

Du 2 au 20 décembre 1996 s'est tenue à Genève, la Conférence diplomatique sur certaines questions de droit d'auteur et de droit voisins. Cette conférence réunissait 157 états, dont le Canada, et plus de 100 organisations intéressées par les questions de propriété intellectuelle.

Outre des considérations politiques évidentes⁹², cette conférence, tenue sous les auspices de l'OMPI, visait d'une manière générale à mettre au goût du jour les principes évoqués par la *Convention de Berne* sur le droit d'auteur, celle de Rome sur les droits voisins ainsi que les *Accords des Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce* (« ADPIC »).

De cette conférence sont nés deux traités internationaux, soit le *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur* (« TODA ») et le *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes* (« TOIEP »).

Le Canada a signé ces deux traités en décembre 1997 indiquant du même coup son intention de ne pas déroger aux principes qui y sont enchâssés. Cependant, le Canada n'a pas encore ratifié ces deux traités. En conséquence, il n'est pas lié par leur contenu.

Le gouvernement canadien a par ailleurs clairement indiqué qu'il entendait modifier la LDA afin de se conformer à ses obligations internationales. La question de l'introduction explicite d'un droit de mise à la disposition a également été évoquée⁹³.

⁹² Le plus récent instrument international concernant la propriété intellectuelle était, à cette époque, les accords ADPICs de l'OMC signés en 1992. Ces accords étant administrés par l'OMC, l'OMPI perdait, pour ainsi dire, la haute main sur la gestion internationale de la Propriété Intellectuelle. Il devenait donc impératif d'élaborer de nouvelles ententes en vue de récupérer le rôle prépondérant qui avait toujours été le sien.

⁹³ Voir la *Déclaration gouvernementale sur les propositions pour la réforme du droit d'auteur* du 25 mars 2005.

2.6.1.1 Le Traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle sur le droit d'auteur

L'article 20 de la *Convention de Berne* dispose que :

Les Gouvernements des pays de l'Union se réservent le droit de prendre entre eux des arrangements particuliers, en tant que ces arrangements confèreraient aux auteurs des droits plus étendus que ceux accordés par la présente Convention, ou qu'ils renfermeraient d'autres stipulations non contraires à la présente Convention. Les dispositions des arrangements existants qui répondent aux conditions précitées restent applicables.

Le TODA est un arrangement au sens de la *Convention de Berne*. La lecture du préambule indique clairement que les parties contractantes entendaient adapter les droits conférés par la *Convention de Berne* à la réalité numérique.

L'article 8 du TODA est rédigé comme suit :

Droit de communication au public

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.

L'article 8 met au goût du jour le droit de communication au public évoqué par la *Convention de Berne* et adapte ce dernier à la réalité numérique de deux façons.

D'une part, l'article 8 étend le droit de communication au public à tous les objets du droit d'auteur puisqu'il réfère aux œuvres littéraires et artistiques alors que la *Convention de Berne* fragmentait le droit de communication au public en fonction de son objet et de son mode de transmission.

Par exemple, l'article 11.1)2° de la *Convention de Berne* prévoit un droit exclusif d'autoriser la transmission publique par tous moyens de la représentation et de

l'exécution d'une œuvre, mais limite ce droit aux œuvres dramatiques, dramatico-musicales et musicales.

Autre exemple, l'article 11bis.1)1° de la *Convention de Berne* prévoit un droit exclusif d'autoriser la communication de toute œuvre littéraire ou artistique, mais limite cette protection à la radiodiffusion. Disons également que ce droit possède une portée pratique limitée puisque l'article 11bis.1)2° dispose que ce droit est remplacé par celui de recevoir une rémunération équitable lorsqu'un pays signataire a prévu un régime de licence obligatoire.

Quant à l'article 11ter.1)2° de la *Convention de Berne*, il prévoit un droit exclusif d'autoriser la transmission publique par tout moyen, mais seulement à l'égard de la récitation d'une œuvre littéraire.

Enfin, les articles 14.1)2°) et 14bis.1 de la *Convention de Berne* concernent seulement les œuvres cinématographiques. Notons que ces différentes limitations apparaissent justifiées si l'on considère l'environnement technique qui prévalait en 1979, date de la dernière modification de la *Convention de Berne*.

Ainsi, en précisant que le droit exclusif d'autoriser la communication au public s'applique aux œuvres littéraires et artistiques transmises par fil ou sans fil, l'article 8 du TODA adapte le droit de communication à l'environnement numérique où le mode de transmission est indifférent à la nature de l'œuvre.

En effet, le processus de numérisation de l'œuvre, qui réduit en bits aussi bien une gravure de Picasso, un film de Fellini ou un texte de Shakespeare, rend obsolètes les distinctions introduites par la *Convention de Berne*.

Deuxièmement, l'article 8 du TODA énonce que le droit exclusif de l'auteur de communiquer son œuvre au public comprend le droit de mettre celle-ci à la disposition du public de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée. Cet ajout vise à soumettre la

distribution à demande (y compris la distribution par Internet) aux règles applicables à la communication au public par télécommunication.

Le droit de mise à la disposition introduit par l'article 8 du TODA n'apparaît pas comme une prérogative autonome, mais plutôt comme une manifestation particulière du droit de communication.

Cette notion de mise à la disposition peut être considérée comme la réponse aux critiques voulant que la transmission numérique ne puisse être vue comme une communication au sens classique du terme en raison de la passivité de l'émetteur.

En précisant que le droit de communiquer une oeuvre au public contient celui de mettre cette oeuvre à la disposition du public de façon que chacun puisse y avoir accès, l'article 8 du TODA redonne à l'émetteur l'initiative de la communication et réconcilie le droit à la technique.

Le simple fait de stocker une œuvre sur un serveur afin que le public puisse y avoir accès selon ses désirs constitue donc une action positive suffisante pour entraîner l'application du droit de communiquer cette œuvre au public et ainsi franchir le pas qui mène au territoire exclusif de l'auteur.

Cette nécessité d'une action positive est d'ailleurs implicitement reconnue par la déclaration commune relative à l'article 8 du TODA qui précise que le droit de mise à la disposition ne s'applique pas aux simples fournisseurs d'accès à Internet :

Il est entendu que la simple fourniture d'installations destinées à permettre ou à réaliser une communication ne constitue pas une communication au public au sens du présent traité ou de la Convention de Berne. Il est entendu en outre que rien, dans l'article 8, n'interdit à une partie contractante d'appliquer l'article 11bis.2).

2.6.1.2 Le Traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes

Tout comme le TODA constitue une mise à jour numérique de la *Convention de Berne*, le TOIEP adapte la *Convention de Rome* à l'univers technique d'Internet. Cependant, il va encore plus loin.

En effet, les droits prévus par la *Convention de Rome* sont formulés en termes plutôt hésitants et visent à corriger certaines injustices ciblées. Il faut se souvenir qu'en 1961, date de la signature de la *Convention de Rome*, les droits voisins n'étaient pas, comme aujourd'hui, pleinement intégrés à l'environnement du droit d'auteur.

La protection offerte par la *Convention de Rome* est par conséquent assez fragile et les droits qui en découlent sont très morcelés. Le TOIEP renforce à tout le moins ces droits.

Signalons également que, au départ, le traité visait aussi bien les œuvres audiovisuelles que sonores, mais que, en raison de l'opposition américaine surtout, les parties ont décidé de limiter la portée du TOIEP en excluant nommément les œuvres cinématographiques ou audiovisuelles.

Cette limitation est regrettable puisqu'elle compromet la cohérence du droit qui continuera donc de proposer une solution différente selon la nature de l'œuvre en cause. Comme nous l'avons mentionné préalablement, cette discrimination n'est plus pertinente dans l'univers numérique.

L'article 7.1a) de la *Convention de Rome* dispose que :

1) La protection prévue par la présente Convention en faveur des artistes interprètes ou exécutants devra permettre de mettre obstacle:

a) à la radiodiffusion et à la communication au public de leur exécution sans leur consentement, sauf lorsque l'exécution utilisée pour la

radiodiffusion ou la communication au public est elle-même déjà une exécution radiodiffusée ou est faite à partir d'une fixation ;

Ainsi, la *Convention de Rome* n'accorde aucun droit exclusif aux artistes-interprètes. Elle se borne à préciser que la protection qui leur est échue doit faire obstacle à l'exploitation non autorisée de leur prestation, y compris la communication au public.

L'article 6(i) du TOIEP vient renforcer cette protection puisqu'il accorde aux artistes, interprètes ou exécutants le droit exclusif d'autoriser la communication au public de leurs interprétations ou exécutions non fixées, sauf lorsqu'elles ne sont pas déjà radiodiffusées. De plus, l'article 2 du TOIEP étend l'objet de la protection aux expressions du folklore.

Toutefois, les artistes, interprètes et exécutants ne jouissent d'aucun droit exclusif d'autoriser la communication au public de leurs prestations ou exécutions s'ils ont préalablement autorisé la fixation de ces prestations et exécutions. L'article 15 du TOIEP leur accorde simplement le droit à une rémunération équitable.

Il était donc impossible de procéder, comme on l'avait fait pour le TODA, et d'incorporer le droit de mise à la disposition au droit de communication au public. C'est ainsi que l'article 10 du TOIEP propose un droit de mise à la disposition autonome. Cet article dispose que :

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 phonogrammes, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement.

Doit-on interpréter ce nouveau droit comme on l'a fait pour l'article 8 du TODA et conclure qu'il ne vise qu'à récupérer l'initiative de la transmission? Cette interprétation apparaît douteuse puisqu'en procédant ainsi on vide l'article 10 du TOIEP de toute sa substance. En effet, que vaut pour l'artiste de récupérer l'initiative de la transmission s'il ne possède pas le pouvoir d'interdire cette transmission?

Peut-on conclure que le droit de mise à la disposition possède une existence autonome et qu'il se situe en amont de toute exploitation? Ainsi, on aurait tort de le considérer comme une simple manifestation du droit de communication au public.

D'ailleurs, puisque la transmission numérique est susceptible d'engendrer aussi bien l'application du droit de communication que du droit de reproduction, n'est-il pas incohérent de l'incorporer seulement au droit de communication?

La nature du droit de mise à la disposition prévu par l'article 10 du TOIEP se trouve quelque peu modifiée par l'article 15.4 du TOIEP qui précise que les phonogrammes mis à la disposition du public, par fil ou sans fil, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement sont réputés avoir été publiés à des fins de commerce.

Cette dernière disposition se veut un écho à l'article 15 du TOIEP qui instaure un régime de licence obligatoire relativement à la communication au public des phonogrammes publiés à des fins de commerce. Le droit de mise à la disposition se trouve alors remplacé par le droit de recevoir une rémunération équitable.

Plusieurs s'interrogeaient quant à l'application du régime de licence obligatoire dans l'environnement numérique puisque l'article 2e) du TOIEP définit la publication comme la mise à la disposition du public de copies ou d'exemplaires en quantité suffisante. Cette référence à une quantité suffisante laissait effectivement croire que l'article 15 ne s'appliquait pas à la transmission numérique.

L'article 15.4 du TOIEP vient donc clore le débat et surtout, limite l'application du droit de mise à la disposition à la seule situation où le titulaire pourra prouver qu'il s'agit d'une transmission non commerciale.

Par ailleurs, les artistes-interprètes ne sont pas les seuls à bénéficier d'un droit de mise à la disposition en vertu du TOIEP. Ce traité offre également un droit de mise à la disposition aux producteurs de phonogrammes.

En vertu de la *Convention de Rome*, les producteurs de phonogrammes ne jouissent pas du droit de communiquer leurs phonogrammes au public. Ils jouissent simplement du droit de recevoir une rémunération équitable lorsque leurs phonogrammes sont radiodiffusés ou communiqués au public. Cependant, cette même convention accorde aux producteurs le droit d'autoriser ou d'interdire la reproduction de leurs phonogrammes.

Le TOIEP n'accorde pas aux producteurs un droit de communication au public, mais il renforce quelque peu leur droit de reproduction en précisant, à son article 11, qu'il s'agit d'un droit exclusif.

De plus, l'article 14 du TOIEP dispose que les producteurs de phonogrammes possèdent le droit exclusif d'autoriser la mise à la disposition au public de leurs phonogrammes de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement.

Cette dernière disposition semble démontrer le caractère autonome du droit de mise à la disposition ou encore son rattachement au droit de publication plutôt qu'au droit de communication. En effet, comment conclure qu'il s'agit d'une manifestation du droit de communication au public si le producteur en bénéficie sans jamais posséder le droit d'interdire la communication au public?

Il est également important de comprendre que le droit de mise à la disposition offert aux producteurs de phonogramme par l'article 14 du TOIEP s'applique à la seule situation où le titulaire pourra démontrer que la communication n'a pas été effectuée à des fins de commerce.

Les traités de l'OMPI de 1996 ont été l'occasion pour le droit de mise à la disposition d'une première reconnaissance législative explicite. Par ailleurs, la plupart des États, dont le Canada, ne reconnaissent pas l'applicabilité directe en droit interne des instruments législatifs internationaux. Il apparaît donc important d'étudier l'intégration en droit positif interne du droit de mise à la disposition.

2.6.2 L'INTÉGRATION DU DROIT DE MISE À LA DISPOSITION EN DROIT POSITIF INTERNE

Le droit de mise à la disposition a connu une naissance royale. Le TODA et le TOIEP ont été les premiers instruments législatifs à référer explicitement à ce droit. Ceci ne veut pas dire évidemment qu'il n'était pas déjà présent au sein du droit positif de certains États.

Il est donc intéressant de constater l'évolution de ce droit et son introduction dans le droit interne de certains états signataires du TODA et du TOIEP. L'étude de la législation américaine et européenne est particulièrement intéressante à cet égard puisque l'organe législatif de chacune de ces entités a produit un texte visant à mettre en œuvre les deux traités de l'OMPI.

2.6.2.1 L'INTÉGRATION DU DROIT DE MISE À LA DISPOSITION EN DROIT POSITIF AMÉRICAIN

Le 14 septembre 1999, les États-Unis ont ratifié les deux traités de l'OMPI sur le droit d'auteur et les droits voisins. Par cette ratification, ils se sont engagés à rendre leur droit interne conforme aux obligations prévues par ces traités.

Chacune de ces obligations n'a pas nécessairement fait l'objet d'une mise en œuvre particulière puisque le droit américain était déjà conforme relativement à certains engagements, dont celui d'instaurer un droit de mise à la disposition en faveur de l'auteur. D'autres aspects du TODA et du TOIEP ont par ailleurs dû faire l'objet d'ajustements législatifs introduits pour la plupart par le *Digital Millenium Copyright Act*⁹⁴.

⁹⁴ Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (Oct. 28, 1998).

L'article 106 du *Copyright Act*⁹⁵ américain énonce que le titulaire du droit d'auteur possède le droit exclusif de faire et d'autoriser les actes suivants :

- (1) to reproduce the copyrighted work in copies or phonorecords;
- (2) to prepare derivative works based upon the copyrighted work;
- (3) 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;
- (4) in the case of literary, musical, dramatic, and choreographic works, pantomimes, and motion pictures and other audiovisual works, to perform the copyrighted work publicly;
- (5) in the case of literary, musical, dramatic, and choreographic works, pantomimes, and pictorial, graphic, or sculptural works, including the individual images of a motion picture or other audiovisual work, to display the copyrighted work publicly; and
- (6) in the case of sound recordings, to perform the copyrighted work publicly by means of a digital audio transmission.

Comme on peut le constater, le droit d'auteur américain n'offre pas de droit de communication au public. Comment alors conclure que le *Copyright Act* est conforme à l'article 8 du TODA si ce dernier prévoit que l'auteur possède le droit exclusif d'autoriser la communication de l'œuvre au public, y compris la mise à la disposition de celle-ci ?

Il faut, pour comprendre cette situation, se référer à l'article 14.1 du TODA qui prévoit que *...les parties au traité s'engagent à adopter les mesures nécessaires pour assurer l'application du présent traité en conformité avec leur système juridique.*

Or, la transmission numérique relève, en droit américain, du droit de distribution⁹⁶ en vertu d'une fiction juridique par laquelle on suppose que l'œuvre stockée sur le serveur constitue l'original et qu'un exemplaire de celui-ci est distribué à chaque téléchargement. Le droit de distribution inclut donc celui de mise à la disposition et aucune modification législative n'était par conséquent nécessaire.

⁹⁵ Title 17 of the *United States Code*.

⁹⁶ Pamela SAMUELSON, "The U.S. digital agenda at WIPO", (1997) 37 *Virginia Journal of International Law*, 369.

Il faut avouer que le droit de mise à la disposition et le droit de distribution possèdent certaines similarités. En effet, il s'agit, dans chacun des cas, de rendre un exemplaire (ou l'original) de l'œuvre accessible au public. La seule différence se situe au niveau du mode d'accès à l'œuvre.

Ainsi, le droit de distribution s'applique lorsqu'un auteur rend son livre disponible en librairie ou sur Internet alors que le droit de mise à la disposition ne s'applique que dans le dernier cas.

Le problème majeur de l'assimilation du droit de mise à la disposition au droit de distribution ne se situe donc pas dans la qualification conceptuelle du droit mais plutôt dans sa limitation par la théorie de l'épuisement du droit de distribution (*First Sale Doctrine*).

L'article 109 du *Copyright Act* américain dispose en effet que le propriétaire d'une copie légitime de l'œuvre ou d'un enregistrement sonore peut vendre ou autrement disposer de cet exemplaire sans le consentement du titulaire des droits de propriété intellectuelle sur l'œuvre qui y est incorporée.

Ce principe est issu d'une règle de *common law* prévoyant que, en l'absence d'une intention claire et spécifique du législateur, la loi ne doit pas être interprétée de façon à restreindre le droit de propriété matérielle sur le support de l'œuvre.

Cependant, l'application de ce principe pose certains problèmes dans l'environnement numérique. Le droit de mise à la disposition est-il épuisé par la première mise à la disposition? Si un auteur met son œuvre à la disposition du public sur Internet, un utilisateur peut-il, en toute légitimité, acheter cette œuvre et la mettre, à son tour, à la disposition du public sur son site personnel ou par l'entremise d'un réseau poste-à-poste⁹⁷?

⁹⁷ L'Office québécois de la langue française traduit l'expression anglaise « peer-to-peer » par l'expression française « poste-à-poste ».

Tout comme on vend un livre usagé qui nous appartient, peut-on mettre à la disposition du public une œuvre numérisée pour laquelle on a payé tous les droits?

Selon les autorités américaines⁹⁸, l'article 109 du *Copyright Act* est inapplicable à la transmission numérique en raison du fait que celle-ci implique une reproduction de l'œuvre et que la cession à un tiers constitue alors une distribution de copie non autorisée.

Il apparaît pourtant plus cohérent de penser que l'article 109 du *Copyright Act* continue de s'appliquer dans l'environnement numérique, mais que, comme toujours, la *First Sale Doctrine* n'épuise pas le droit de reproduction. Puisque le transfert numérique de l'œuvre implique une reproduction, ce transfert est, par conséquent soumis à l'autorisation de l'auteur.

Bien que le résultat final soit le même aujourd'hui, il n'est pas certain qu'il en soit toujours ainsi. Même à l'heure actuelle, si un usager télécharge une chanson sur une disquette et qu'il donne ensuite cette disquette à un tiers, il ne possède plus l'exemplaire⁹⁹.

L'application de la *First Sale Doctrine* à l'univers numérique possède du moins l'avantage de la continuité et de la cohérence.

Signalons en terminant que l'article 115 du *Copyright Act* prévoit, depuis 1995, que le régime de licence obligatoire relatif à l'exécution publique des œuvres s'étend également à la transmission numérique (*Digital phonorecord delivery*).

Cette modification législative était devenue nécessaire pour empêcher que les droits d'auteur ne soient bafoués par la transmission numérique puisque le *right to perform*

⁹⁸ Voir le rapport rendu au Congrès américain en application de l'article 104 du *Digital Millennium Copyright Act*.

⁹⁹ Le rapport rendu au Congrès américain en application de l'article 104 du *Digital Millennium Copyright Act* reconnaît d'ailleurs l'application de la *First Sale Doctrine* à ce type de situation.

américain ne couvre pas la simple transmission d'un fichier sans exécution « en direct ».

2.6.2.1.1 Les droits voisins américains

Tout comme en matière de droit d'auteur, l'intégration du droit de mise à la disposition en matière de droits voisins n'a pas nécessité d'action législative directe. Il est vrai que la réforme entreprise en 1995 par le *Digital Performance Rights in Sound Recordings Act*¹⁰⁰ avait jeté des bases solides en matière de droits voisins et de transmission numérique. Le *Digital Millenium Copyright Act* vient seulement corriger le tir quant à un aspect bien précis.

La lecture des articles 10 et 14 du TOIEP nous indique que le droit de mise à la disposition ne s'applique qu'au regard des phonogrammes.

Quant à l'article 114 du *Copyright Act*, il énonce que le titulaire du droit d'auteur sur un phonogramme possède les droits exclusifs prévus par l'article 106 (1)(2)(3)(6), soit le « right to reproduce », le « right to prepare derivative works », le « right to distribute » et le « right to perform ».

Disons immédiatement que le « right to perform » concerne seulement la situation où le phonogramme est diffusé... *by means of a digital audio transmission*. En effet, la transmission par voie hertzienne ne donne ouverture à aucun droit pour le titulaire de droit voisin sinon celui de recevoir une rémunération équitable.

De plus, il faut distinguer entre la diffusion numérique par abonnement et la diffusion numérique à demande (*Interactive Service*). Le droit de mise à la disposition s'applique seulement lors d'une transmission à demande.

¹⁰⁰ Public Law 104-39, 104 th Congress.

Contrairement à la diffusion par abonnement, la diffusion à demande n'est pas régie par un système de licence obligatoire. Le détenteur des droits sur un phonogramme est donc libre d'accorder ou non une licence conventionnelle. Seules les modalités de cette licence sont prévues par la loi.

Le producteur d'un phonogramme possède donc un droit exclusif de mise à la disposition. Ce droit n'est pas limité au droit de recevoir une rémunération équitable.

Disons même que le droit de mise à la disposition du producteur est renforcé dans l'environnement numérique puisqu'il possède également le droit exclusif de distribuer le phonogramme par la vente ou la location et de reproduire le phonogramme.

2.6.2.2 L'INTÉGRATION DU DROIT DE MISE À LA DISPOSITION EN DROIT POSITIF EUROPÉEN

La Communauté européenne a signé le TODA et le TOIEP. Cependant, aucun instrument de ratification n'a été déposé à ce jour et le processus de ratification est en cours au sein de la communauté et de ses états membres.

Cette absence de ratification n'a pas empêché l'adoption en mai 2001, de la *Directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*¹⁰¹.

Cette directive s'inscrit en droite ligne avec d'autres documents institutionnels produits par la Communauté européenne en vue d'harmoniser les règles relatives au droit d'auteur dans leur espace économique intérieur.

¹⁰¹ 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.

L'intégration du droit de mise à la disposition en droit positif européen ne nécessite pas les mêmes contorsions théoriques qu'en droit américain puisque la législation de la plupart des membres de la communauté prévoit déjà un droit de communication au public.

L'article 3 de la directive énonce que :

1. Les États membres prévoient pour les auteurs le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire 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 individuellement.
2. Les États membres prévoient le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la mise à la disposition du public, par fil ou sans fil, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement :
 - a) pour les artistes interprètes ou exécutants, des fixations de leurs exécutions;
 - b) pour les producteurs de phonogrammes, de leurs phonogrammes;
 - c) pour les producteurs des premières fixations de films, de l'original et de copies de leurs films;
 - d) pour les organismes de radiodiffusion, des fixations de leurs émissions, qu'elles soient diffusées par fil ou sans fil, y compris par câble ou par satellite.
3. Les droits visés aux paragraphes 1 et 2 ne sont pas épuisés par un acte de communication au public, ou de mise à la disposition du public, au sens du présent article.

On constate immédiatement que le champ d'application de cette directive est plus large que celui du TODA puisqu'il s'étend aux films et aux émissions de télévision. La portée du droit de mise à la disposition se déploie ainsi jusqu'à bénéficier aux acteurs et aux producteurs de films de même qu'aux organismes de radiodiffusion.

On constate également un style de rédaction clairement empruntée aux traités de l'OMPI puisque, en ce qui concerne le droit d'auteur, le droit de mise à la disposition est incorporé au droit de communication au public alors qu'en matière de droits voisins, il se présente comme une prérogative autonome.

Nous savons déjà que certains pays comme l'Irlande¹⁰² ont textuellement incorporé le droit de mise à la disposition dans leur législation nationale alors que d'autres, comme la France, prétendent être déjà conformes à leurs obligations communautaires.

Il est vrai que la protection offerte aux artistes-interprètes et aux producteurs par le *Code de la propriété intellectuelle*¹⁰³ français dépasse largement les obligations imposées par le TOIEP ou la *Directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information* puisqu'il reconnaît aux artistes-interprètes et aux producteurs le droit exclusif d'autoriser la communication au public de leurs prestations ou phonogrammes.

Ce droit de communication au public accordé aux artistes et producteurs donnera probablement lieu à un débat intéressant quant au caractère autonome du droit de mise à la disposition.

Par exemple, l'article L.212-4 du *Code de la propriété intellectuelle* qui prévoit que la signature du contrat conclu entre un artiste-interprète et un producteur pour la réalisation d'une œuvre audiovisuelle vaut autorisation de fixer, reproduire et communiquer au public la prestation de l'artiste-interprète s'applique-t-il à la transmission numérique?

Doit-on conclure que le producteur qui désire rendre son film disponible pour téléchargement doit obtenir l'autorisation écrite de chaque artiste-interprète exécutant une prestation à l'intérieur du film ou, au contraire, que le droit de mise à la disposition est inclus dans le droit de communication au public et qu'il a été cédé en vertu de l'article L.212-4?

Bien qu'il est possible de croire que le droit de mise à la disposition soit inclus dans celui de communiquer au public, une dualité de régime selon le vecteur de

¹⁰² Article 40 du *Copyright and Related Rights Act*, 2000.

¹⁰³ Loi n° 92-597.

transmission est également cohérente. Par exemple, le système de licence obligatoire prévue par l'article L.214-1 du *Code de propriété intellectuelle* ne s'applique qu'à la communication directe, à la radiodiffusion ou à la distribution par câble simultanée et exclut sans aucun doute la transmission à demande sur Internet.

Le principe veut effectivement que toute exploitation d'une oeuvre soit soumise à l'autorisation du titulaire des droits sur cette oeuvre et le régime de licence obligatoire doit être interprété comme une exception.

Enfin, il est tout de même assez clair que le droit de mise à la disposition a été pensé à l'intérieur d'un régime de droit d'auteur de type continental. Il apparaît donc peu risqué d'affirmer que l'arrimage entre le droit de mise à la disposition et le corps législatif européen se fera sans heurts.

2.6.2.3 L'INTÉGRATION DU DROIT DE MISE À LA DISPOSITION EN DROIT POSITIF CANADIEN

Contrairement aux États-Unis ou à la Communauté européenne, le Canada n'a, jusqu'à maintenant, adopté aucune mesure législative afin de mettre en œuvre le contenu du TODA et du TOIEP. Cependant, comme je l'ai mentionné précédemment, le gouvernement canadien a signé ces traités et entend s'y conformer dans un avenir rapproché.

La pression de se soumettre aux normes internationales est d'autant plus grande que plusieurs accords internationaux sont aujourd'hui négociés autour d'une notion de réciprocité permettant aux Canadiens de bénéficier des avantages d'une législation étrangère en contrepartie que les ressortissants de ces pays étrangers bénéficient des mêmes avantages en droit canadien.

Le gouvernement canadien a d'ailleurs annoncé, au cours de l'automne 2005, son intention de modifier la LDA afin, entre autres, d'intégrer le TODA et le TOIEP en droit positif canadien.

2.6.2.3.1 Les droits voisins

De manière formaliste, il faut éviter le terme « droits voisins » lorsque l'on fait référence au droit canadien. En effet, la LDA nomme « droits d'auteur » les différents droits dévolus aux artistes-interprètes et aux producteurs.

Aux fins de ce travail, et en vue d'en faciliter la compréhension, le terme « droit voisin » sera tout de même utilisé.

Les articles 10 et 14 du TOIEP prévoient, pour les artistes-interprètes et les producteurs, un droit exclusif d'autoriser la mise à la disposition de leurs prestations ou phonogrammes. Le droit canadien actuel ne prévoit pas un droit semblable.

Or, comment introduire ce droit de mise à la disposition en droit canadien? Doit-on prévoir que les artistes et les producteurs possèdent le droit exclusif de communiquer leur prestation ou phonogramme au public tout en précisant que la communication au public comprend la mise à la disposition?

Un tel changement irait bien au-delà des exigences du TOIEP et rejoindrait la position du *Code de propriété intellectuelle* français. Cette position possède certes l'avantage d'offrir une large protection aux titulaires de droit, mais l'on ne peut s'empêcher de conclure qu'elle rend difficile l'exploitation d'une œuvre dont l'interprétation est enregistrée sur un support matériel. En effet, dans ce dernier exemple, trois titulaires distincts pourraient posséder trois droits de communication exclusifs. Un de ces titulaires pourrait donc, à lui seul, empêcher l'exploitation de l'œuvre.

De plus, un argument de cohérence interne vient jeter un peu d'ombre sur cette proposition puisque, contrairement au droit français dont le régime de licence obligatoire ne couvre que la communication directe et la radiodiffusion, le régime de licence obligatoire canadien s'étend à toute exécution en public ou communication au

public par télécommunication¹⁰⁴. En pareilles circonstances il est inutile de prévoir un droit exclusif de communication puisque celui-ci est rendu inopérant par le régime de licence obligatoire. Il est vrai toutefois que l'article 11 du projet de loi C-60¹⁰⁵ qui vise à intégrer le TODA et le TOIEP en droit positif canadien propose d'exclure expressément la mise à la disposition du régime de licence obligatoire.

Peut-on conclure que le producteur possède déjà un droit exclusif de mise à la disposition en vertu de son droit de première publication¹⁰⁶?

Précisons immédiatement que même s'il s'appliquait, le droit de première publication ne pourrait être invoqué si l'enregistrement sonore a déjà été publié chez les marchands de disques avant de se retrouver sur un serveur.

Par ailleurs, il n'est pas certain que le droit de première publication s'applique à la publication numérique puisque l'article 18(2)b) de la LDA précise que son application est conditionnelle à une publication en quantité suffisante pour satisfaire la demande raisonnable du public. Cette référence à une quantité suffisante nous invite à croire que le droit de première publication est inapplicable à l'environnement numérique.

Doit-on plutôt introduire un droit autonome de mise à la disposition sans accorder le droit de communiquer au public comme le prévoit le TOIEP?

C'est en tout cas l'une des propositions lancées par le gouvernement canadien dans le *Document de consultation sur les questions de droit d'auteur à l'ère numérique*¹⁰⁷. Le gouvernement canadien entendait même aller plus loin et préciser que le droit de

¹⁰⁴ Article 19(1) de la LDA.

¹⁰⁵ Projet de Loi C-60, *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, Première session, trente-huitième législature, 53-54 Elizabeth II, 2004-2005.

¹⁰⁶ Article 18(1)a) de la LDA.

¹⁰⁷ Direction de la politique de la propriété intellectuelle Industrie Canada et Direction de la politique du droit d'auteur Patrimoine canadien, *Document de consultation sur les questions de droit d'auteur à l'ère numérique du 22 juin 2001*.

mise à la disposition s'étend, non seulement au téléchargement (download) d'un enregistrement sonore proprement dit, mais également à toute transmission en continu (streaming) à demande.

Une telle initiative nécessite une modification législative dont l'essentiel peut s'inspirer des articles 10 et 14 du TOIEP, sans oublier les ajouts canadiens concernant la transmission en continu. Par exemple, le producteur aurait pu bénéficier d'une disposition rédigée comme suit :

Les producteurs jouissent du droit exclusif d'autoriser la mise à la disposition du public, par fil ou sans fil, de leurs enregistrements sonores de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement y compris la transmission à demande dont l'intervalle de temps est égal à celui de l'enregistrement sonore.

Or, la lecture des articles 8 et 10 du projet de loi C-60 laisse entendre que les artistes-interprètes et les producteurs canadiens bénéficieront dorénavant d'un droit de mise à la disposition autonome. Cependant, celui-ci ne précisera pas qu'il s'applique également à la transmission en continu.

2.6.2.3.2 **Le droit d'auteur**

Au printemps 2005, le gouvernement canadien a annoncé son intention de modifier la LDA en vue de préciser que le droit de communication au public par télécommunication inclut le droit de mise à la disposition¹⁰⁸.

Cette intention s'est concrétisé par la rédaction de l'article 2 du projet de loi C-60 qui précise *qu'effectue une communication au public par télécommunication la personne qui met une œuvre 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.*

¹⁰⁸ Voir la *Déclaration gouvernementale sur les propositions pour la réforme du droit d'auteur* du 25 mars 2005.

Cette position contraste avec la position antérieure du gouvernement canadien qui soutenait que la LDA contenait déjà un droit de mise à la disposition et que la mise en oeuvre de l'article 8 du TODA ne nécessitait aucune modification législative¹⁰⁹.

En effet, le gouvernement canadien avait toujours soutenu que le droit de mise à la disposition était compris dans l'article 3 de la LDA qui offre à l'auteur deux droits exclusifs : celui de communiquer son œuvre au public par télécommunication ainsi que celui d'autoriser cette communication.

Selon le gouvernement canadien, le droit de mise à la disposition résidait dans le droit exclusif de l'auteur d'autoriser la communication au public par télécommunication.

Cette position est séduisante il faut l'avouer. Elle semble d'ailleurs avoir été entérinée par la Commission du droit d'auteur dans sa décision relative au *tarif 22*¹¹⁰ :

Une œuvre musicale n'est pas communiquée lorsqu'elle est rendue disponible, mais uniquement lorsqu'elle est transmise. La communication en est toutefois autorisée dès que l'œuvre est rendue disponible. L'« autorisation » constitue une utilisation protégée distincte sous le régime de la Loi. Autoriser, c'est sanctionner, appuyer et soutenir. La personne qui rend disponible une œuvre musicale sur un site accessible par l'Internet en autorise la communication. Elle le fait uniquement afin que celle-ci puisse être communiquée, en sachant fort bien et en espérant qu'une telle communication aura lieu. La personne qui rend l'œuvre disponible ne fait pas que fournir les moyens d'assurer la communication de l'œuvre; elle contrôle ou prétend contrôler le droit de la communiquer.

La personne qui place illégalement une œuvre sur un site Internet en vue que celle-ci soit téléchargée semble effectivement accomplir une contrefaçon par le simple fait d'autoriser une communication qui n'a pas encore eu lieu. Il s'agit simplement de conclure que l'autorisation constitue une forme d'exploitation autonome.

¹⁰⁹ Direction de la politique de la propriété intellectuelle Industrie Canada et Direction de la politique du droit d'auteur Patrimoine canadien, *Document de consultation sur les questions de droit d'auteur à l'ère numérique du 22 juin 2001*.

¹¹⁰ *Tarif 22 – Transmission d'œuvres musicales à des abonnés d'un service de télécommunications non visé par le tarif 16 ou le tarif 17*, précitée, note 20.

La proposition que le droit de mise à la disposition soit contenu dans le droit d'autoriser la communication au public par télécommunication semble plutôt solide. Il convient néanmoins d'examiner plus en détail la nature véritable du droit d'autorisation énoncé par l'article 3 *in fine* de la LDA.

Plusieurs législations nationales et conventions internationales relatives au droit d'auteur définissent ce dernier comme la prérogative exclusive d'autoriser ou d'interdire certains actes.

La LDA n'est pas formulée de la même façon. L'article 3 de la LDA énumère les différents droits pécuniaires dévolus aux auteurs et se termine par la mention « Est inclus dans la présente définition le droit exclusif d'autoriser ces actes ».

Le droit d'autorisation canadien se présente donc de façon autonome et il semble exister autant de droits d'autoriser qu'il existe de droits pécuniaires. Cette différence dans la rédaction a eu des répercussions importantes sur la nature et la portée du droit d'autoriser en droit canadien.

Le droit exclusif d'autoriser un acte réservé a souvent été utilisé en vue de rechercher la responsabilité, non pas de la personne qui avait effectué l'acte réservé, mais de la personne qui avait permis, habilité, approuvé ou cautionné l'accomplissement de cet acte réservé.

L'exemple classique est celui d'un orchestre qui exécute publiquement une œuvre protégée à la demande de son employeur qui prétend détenir les droits requis alors que c'est faux¹¹¹. L'employeur n'a pas vraiment contrevenu à la LDA en exécutant publiquement une œuvre sans autorisation, mais il a certainement autorisé cette contravention. Le concept clé de la responsabilité en matière de droit d'autorisation réside donc dans la notion de fausse représentation.

¹¹¹ Ysolde GENDREAU, "Authorization Revisited", 2001, vol. 48, *Journal of the Copyright Society*, 341.

Il est donc inconfortable d'appliquer la notion d'autorisation à une personne qui ne prétend aucunement détenir les droits requis, mais qui s'enorgueillit au contraire de bafouer la LDA.

La notion d'autorisation devient même quelque peu incohérente dans l'exemple banal d'un auteur qui met lui-même son œuvre à la disposition du public. Il faudrait en effet conclure que l'auteur s'autorise lui-même à effectuer un acte que la LDA lui permet.

L'article 8 du TODA dispose que l'auteur possède le droit exclusif d'autoriser la communication au public de son œuvre, y compris sa mise à la disposition. Cependant, ce droit d'autoriser ne semble pas être de la même nature que celui proposé par l'article 3 *in fine* de la LDA.

Ainsi, bien que la proposition que le droit de mise à la disposition soit contenu à l'intérieur du droit d'autorisation semble acceptable, elle prête tout de même le flanc à la critique. Il faut donc se réjouir que le gouvernement canadien ait décidé d'introduire un droit explicite de mise à la disposition.

Par ailleurs, il semble évident que le droit d'autorisation et le droit de mise à la disposition partagent une certaine parenté. Il aurait donc été logique de préciser que le droit de mise à la disposition est inclus, non pas dans le droit de communication, mais dans celui d'autorisation.

2.7 CONCLUSION DE LA PARTIE 3

Le mode de transmission de l'information propre à Internet a soulevé beaucoup d'incertitudes en droit d'auteur. Ces incertitudes nous ont obligés à revisiter plusieurs notions.

Le nœud du problème réside presque toujours dans la qualification juridique de la transmission numérique : reproduction, communication, retransmission, mise à la disposition? Cette multiplication des droits applicables entraîne de nombreux

problèmes théoriques, mais aussi d'importants problèmes pratiques puisque chaque droit est encadré par un régime juridique différent. Ce problème est d'ailleurs amplifié dans le contexte d'un système de licence obligatoire où un tarif particulier correspond à chaque droit.

Est-il possible d'écarter toutes ces complications par la simple adoption d'un droit de transmission numérique dont l'application entraînerait l'inapplicabilité de tous les autres droits?

En effet, pourquoi tant de contorsions alors qu'il serait si facile de reconnaître qu'Internet est un médium autonome et qu'il mérite un encadrement à sa mesure. L'utilisation d'un droit de transmission numérique rendrait également l'imposition d'une licence obligatoire plus facile puisqu'elle permettrait l'imposition d'un tarif unique.

Cette possibilité n'a jamais été véritablement considérée par le gouvernement canadien qui a toujours résisté à la tentation de modifier la LDA afin de l'adapter à l'incontournable réalité d'Internet.

Ce refus relève peut-être d'un certain romantisme voulant que les concepts fondamentaux du droit d'auteur soient suffisamment profonds pour accommoder n'importe quel développement technique. Peut-être ce refus relève-t-il également du désir justifiable (mais difficilement réalisable) que la LDA soit « technologiquement neutre ».

La LDA s'est effectivement révélée capable de circonscrire la distribution d'œuvres protégées par Internet. Cependant, l'incertitude demeure et la résolution du problème semble inévitablement passer par l'intervention législative.

L'introduction d'un droit explicite de mise à la disposition doit être considérée comme une bonne nouvelle. Cependant, il s'agit de la première étape d'un long cheminement.

Les prochaines étapes se dérouleront peut-être sur un autre terrain que celui des droits exclusifs de l'auteur. En même temps qu'il annonçait son intention d'implanter un droit de mise à la disposition dans la LDA, le gouvernement canadien annonçait son intention de mettre en œuvre d'autres aspects du TODA et du TOIEP concernant la protection des mesures anti-contournement.

Cette nouvelle protection semble par ailleurs indirecte et essentiellement complémentaire. Surtout, elle n'offre aucune alternative à un réaménagement efficace du traitement de la transmission numérique. En effet, le régime de protection des mesures anti-contournement ne protège pas les oeuvres elles-mêmes, mais plutôt la protection technique insérée à l'intérieur de celles-ci. Enfin, ces mesures de protection sont des dispositions pénales qui n'offrent pas à l'auteur la compensation financière recherchée à la suite d'une contrefaçon.

L'énumération et l'analyse des différents droits impliqués lors de la transmission numérique nous entraînent vers une troisième question : à qui appartiennent ces droits?

3. LA TITULARITÉ DES DROITS D'AUTEUR

3.1 INTRODUCTION

Après s'être attardé à la question de l'applicabilité de la LDA et de son contenu, il devient primordial de connaître l'identité du titulaire des droits d'auteur en vertu de la LDA.

La question de l'identité de l'auteur est habituellement une question de fait. Elle devient toutefois une question de droit lorsqu'il s'agit de l'identité de l'auteur d'une œuvre cinématographique. En effet, la LDA ne précise pas l'identité du titulaire des droits d'auteur sur une œuvre cinématographique.

Il faut donc s'en remettre aux règles d'application générale concernant la titularité des œuvres protégées. Cependant, l'application de ces règles à la création cinématographique est rendue difficile par la multiplicité des intervenants dans le processus de création.

Plusieurs hypothèses sont envisageables. Je propose donc de les étudier séparément afin d'en vérifier la validité et l'applicabilité.

3.2 LA TITULARITÉ INITIALE DES DROITS D'AUTEUR SUR L'ŒUVRE CINÉMATOGRAPHIQUE

Le concept d'« auteur » et celui de « titulaire des droits d'auteurs » sont des notions différentes qu'il convient de distinguer. Sous réserve des articles 10 et 12 de la LDA, l'auteur d'une œuvre est nécessairement la personne physique¹¹² qui a fourni l'apport intellectuel nécessaire à la création de l'œuvre alors que le titulaire des droits d'auteur peut être une personne morale ayant acquis le droit d'auteur par cession conventionnelle ou disposition expresse de la LDA.

Contrairement à la situation prévalant dans de nombreux pays, la LDA ne précise pas l'identité du titulaire initial des droits d'auteur sur l'œuvre cinématographique.

Avant 1993¹¹³, l'œuvre cinématographique était protégée différemment selon qu'on la qualifiait d'œuvre dramatique ou d'œuvre artistique. Lorsque les dispositifs de la mise en scène ou la combinaison des incidents représentés étaient insuffisants pour donner un caractère original à l'œuvre, celle-ci était considérée comme une suite de photographies et analysée comme tel.

L'enregistrement d'un événement sportif, par exemple, était donc soumis au régime prévu pour la photographie et entraînait l'application des règles particulières liées à

¹¹² *Underwriters' Survey Bureau Ltd. c. Massie & Renwick Ltd.*, [1940] R.C.S. 218.

¹¹³ La LDA a été modifiée en 1993 par L.C. 1993, c. 44.

ce support, y compris la règle voulant que le titulaire des droits d'auteur sur une photographie soit le propriétaire de la pellicule sur laquelle s'est imprégnée l'image¹¹⁴.

C'est d'ailleurs cette assimilation à la photographie qui faisait dire au professeur Fox¹¹⁵ que le premier titulaire des droits d'auteur sur l'œuvre cinématographique est le producteur puisque c'est lui qui est propriétaire du support sur lequel s'imprègne l'œuvre cinématographique :

In the case of a dramatic work, questions will naturally arise as between the author or writer of the scenario and the director or producer of the film. It would seem that the producer is the author of a cinematographic film as a dramatic work. This view is in accord with that expressed in *Nordisk Films v. Onda*¹¹⁶ that s.9 operates to place ownership of the copyright in a cinematographic film in the owner of the original negative. The producer is usually the corporate body that produces the film and, therefore, the owner of the negative.

Cette référence à la photographie est maintenant totalement abandonnée. Depuis 1997¹¹⁷, l'œuvre cinématographique est exclusivement assimilée à une œuvre dramatique¹¹⁸. Malheureusement, le législateur n'a pas cru bon profiter des changements législatifs pour identifier précisément le titulaire initial des droits d'auteur sur l'œuvre cinématographique.

De cette insécurité naissent plusieurs problèmes. Par exemple, si l'on ne connaît pas l'auteur de l'œuvre, il est impossible de déterminer la durée de protection puisque celle-ci est susceptible de varier en fonction de la qualité (personne morale ou personne physique) et du nombre de personnes ayant la qualité d'auteur¹¹⁹.

¹¹⁴ Cette règle est d'ailleurs toujours applicable (Voir l'article 10(2) de la LDA) mais le gouvernement canadien a récemment annoncé son intention de la modifier au profit du photographe (Voir la Déclaration gouvernementale sur les propositions pour la réforme du droit d'auteur du 25 mars 2005).

¹¹⁵ Harold FOX, *The Canadian law of copyright and industrial designs*, 2nd edition, Toronto, Carswell, 1967, p.176.

¹¹⁶ [1922] Macg. Cop. Cas. 337.

¹¹⁷ L.C. (1997) c. 24.

¹¹⁸ Article 2 de la LDA.

¹¹⁹ Articles 6 et 9(1) de la LDA.

L'incertitude quant à l'identité du titulaire initial entraîne également de grandes difficultés dans l'application du principe de réversibilité prévu par l'article 14(1) de la LDA qui dispose que :

14(1). Lorsque l'auteur d'une œuvre est le premier titulaire du droit d'auteur sur cette œuvre, 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'œuvre, 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.

Encore une fois, comment connaître l'identité des héritiers et le jour où les droits retournent dans leur patrimoine si l'on ne connaît pas l'identité de l'auteur initial?

Devant ce silence législatif, plusieurs hypothèses peuvent être avancées en fonction du cadre actuel de la LDA. Il faut cependant distinguer entre l'œuvre cinématographique produite dans le cadre d'un emploi et celle produite par des artistes autonomes.

L'article 13(3) de la LDA prévoit en effet que, en certaines circonstances, la titularité initiale des droits d'auteur revient à l'employeur de l'auteur.

Cependant, comment connaître l'identité de l'employeur si l'on ne connaît pas l'identité de l'auteur? Il faut donc avant toute chose étudier la situation d'une œuvre cinématographique réalisée par une équipe d'artistes autonomes.

3.3 L'ŒUVRE CINÉMATOGRAPHIQUE RÉALISÉE PAR DES ARTISTES AUTONOMES

Contrairement à la production d'autres types d'œuvre, la production d'une œuvre cinématographique exige la mise en branle de moyens techniques et financiers importants. Plusieurs individus participent habituellement à chacune des étapes de la création, soit l'écriture, le tournage et le montage.

Cette pluralité de créateurs rend d'autant plus cruciale (et complexe) la question de savoir qui possède les droits d'auteur sur cette œuvre. Différentes hypothèses ont d'ailleurs été avancées à cet égard. Il s'agit donc d'examiner la valeur relative de celles-ci.

3.4 LE PRODUCTEUR À TITRE DE PREMIER TITULAIRE DES DROITS D'AUTEUR SUR L'ŒUVRE CINÉMATOGRAPHIQUE EN VERTU DE CERTAINES DISPOSITIONS PARTICULIÈRES DE LA LOI SUR LE DROIT D'AUTEUR

L'article 9 du *Copyright, Designs and Patents Act*¹²⁰ anglais dispose expressément que le producteur est le premier titulaire des droits d'auteur sur l'œuvre cinématographique. Puisque, le droit d'auteur canadien est inspiré du droit d'auteur britannique¹²¹ peut-on conclure que le producteur canadien est également titulaire initial des droits d'auteur sur l'œuvre cinématographique?

Cette approche apparaît plutôt légitime d'un point de vue économique. En effet, l'aventure d'une production cinématographique représente un risque financier important et il semble normal d'attribuer les droits d'auteur à la personne qui supporte ce risque, soit le producteur.

Mais qu'en est-il de la validité juridique d'une telle approche? Comme nous le verrons plus tard, il apparaît difficile d'assimiler le producteur à un employeur au sens de l'article 13(3) de la LDA. Les contrats qui le lient, par exemple, au réalisateur, au scénariste ou au compositeur musical sont des contrats d'entreprise et la livraison de l'ouvrage intellectuel n'entraîne pas la cession des droits sur cet ouvrage¹²².

¹²⁰ *Copyright, Designs and Patents Act*, 1988 (c. 48).

¹²¹ *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, précitée, note 5, par. 12.

¹²² *Turgeon c. Michaud*, J.E. 2003-1299 (C.A.).

Peut-on alors s'appuyer sur l'article 34.1(2)a) de la LDA pour conclure que le producteur est le premier titulaire des droits d'auteur sur l'œuvre cinématographique? Cette disposition établit une présomption que la personne dont le nom est indiqué sur le support de l'œuvre à titre d'auteur est effectivement l'auteur de cette œuvre :

a) si un nom paraissant être celui de l'auteur de l'œuvre, de l'artiste-interprète de la prestation, du producteur de l'enregistrement sonore ou du radiodiffuseur du signal de communication y est imprimé ou autrement indiqué, de la manière habituelle, la personne dont le nom est ainsi imprimé ou indiqué est, jusqu'à preuve du contraire, présumée être l'auteur, l'artiste-interprète, le producteur ou le radiodiffuseur.

Peut-on voir dans l'article 34.1(2)a) de la LDA une présomption que le producteur doit être considéré comme le premier titulaire des droits d'auteurs sur l'œuvre? C'est en tout cas l'opinion qui semble émaner du jugement rendu par la Cour Supérieure du Québec (juge Bishop) dans l'affaire *Cité Amérique Distribution inc. c. C.E.P.A. Le Baluchon inc.*¹²³ :

F - Le fardeau de la preuve et l'enregistrement :

56. L'art. 34.1 de la Loi se lit en partie :

34.1 (1) Dans toute procédure pour violation du droit d'auteur, si le défendeur conteste l'existence du droit d'auteur ou la qualité du demandeur:

1. l'oeuvre, la prestation, l'enregistrement sonore ou le signal de communication, selon le cas, est, jusqu'à preuve contraire, présumé être protégé par le droit d'auteur;
2. l'auteur, l'artiste-interprète, le producteur ou le radiodiffuseur, selon le cas, est, jusqu'à preuve contraire, réputé être titulaire de ce droit d'auteur.

34.1 (2) Dans toute contestation de cette nature, lorsque aucun acte de cession du droit d'auteur ni aucune licence concédant un intérêt dans le droit d'auteur n'a été enregistré sous l'autorité de la présente loi:

1. si un nom paraissant être celui de l'auteur de l'œuvre, de l'artiste-interprète de la prestation, du producteur de l'enregistrement sonore ou du radiodiffuseur du signal de communication y est imprimé ou autrement indiqué, de la manière habituelle, la personne dont le nom est ainsi imprimé ou indiqué est, jusqu'à preuve contraire, présumée être l'auteur, l'artiste-interprète, le producteur ou le radiodiffuseur;

(3) ...

¹²³ *Cité Amérique Distribution inc. c. C.E.P.A. Le Baluchon inc.*, J.E. 2002-1407 (C.S.).

57. Donc, au présent dossier, deux présomptions existent: l'œuvre Marguerite Volant est protégée par le droit d'auteur, jusqu'à preuve contraire; le producteur de cette œuvre, C.A. Télévision, est réputé être titulaire de ce droit d'auteur, jusqu'à preuve contraire. (Soulignements ajoutés).

L'interprétation de l'article 34.1(2)a) de la LDA proposée par le tribunal apparaît cependant erronée en droit. Le complément d'objet de l'article 34.1(2)a) de la LDA doit être lu en conjonction avec son sujet, de sorte que le producteur dont le nom est apposé sur l'œuvre est présumé être le producteur et non l'auteur. De toute façon, l'article 34.1(2)a) de la LDA ne fait référence qu'au producteur de l'enregistrement sonore et non au producteur de l'œuvre cinématographique.

C'est plutôt l'article 31.1(2)c) de la LDA qui devait être appliqué puisqu'il s'agissait d'une œuvre cinématographique. Cet article est d'ailleurs sans ambiguïtés puisqu'il énonce que :

c) si un nom paraissant être celui du producteur d'une œuvre cinématographique y est indiqué de la manière habituelle, cette personne est présumée, jusqu'à preuve contraire, être le producteur de l'œuvre.

Or, cette disposition, loin de déterminer la titularité initiale sur l'œuvre, vise simplement à éviter au producteur qui a apposé son nom sur le support matériel de l'œuvre de prouver qu'il est effectivement le producteur (et non l'auteur) de cette œuvre.

Quant à l'utilité de l'article 31.1(2)c) de la LDA, l'auteur Danielle Létourneau¹²⁴ affirme qu'il a pour unique objectif de déterminer le pays d'origine de l'œuvre :

En premier lieu, la nouvelle présomption de l'alinéa 34(4)c) (aujourd'hui 34.1(2)c)LDA) de la *Loi sur le droit d'auteur* n'est selon nous, d'aucun utilité pour déterminer qui est l'auteur d'une œuvre cinématographique au Canada. Elle sert uniquement à déterminer le pays d'origine de l'œuvre. Nous devons lire ensemble les articles 34(4)c) et 5(1) de la Loi. Ce dernier établit les critères de rattachement d'une œuvre étrangère. C'est en vertu de ces critères que les auteurs étrangers ou les titulaires des droits d'auteur sur une œuvre protégée, pourront invoquer ou non la loi canadienne afin de bénéficier de la protection accordée en vertu de celle-ci.

¹²⁴ Danielle LÉTOURNEAU, *Le droit d'auteur de l'audiovisuel : une culture et un droit en évolution*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1995, p. 95.

Peut-on dans ce cas se tourner vers la définition de « producteur » proposée par la LDA afin de trouver certains indices quant à la titularité initiale des droits d'auteur sur l'œuvre cinématographique?

L'article 55(3) de la première version du projet de loi C-115¹²⁵ proposait la définition suivante de « producteur » :

Soit la personne pour le compte de laquelle sont effectuées, par contrat de louage de service ou d'apprentissage ou par contrat de service, les opérations nécessaires à la confection d'une œuvre cinématographique, soit la personne qui, par contrat de service, effectue ces opérations sans être soumise à une surveillance importante de la part de celle pour le compte de laquelle elles sont effectuées; toutefois, dans le cas où deux personnes répondent, l'une au premier critère, l'autre au deuxième, seule celle qui effectue les opérations est réputée être le producteur.

L'adoption d'une telle définition aurait sans aucun doute modifié l'analyse du problème qui nous occupe. Cependant, cette définition n'a pas été retenue, de sorte que l'article 2 de la LDA définit actuellement le « producteur » de la façon suivante :

La personne qui effectue les opérations nécessaires à la confection d'une œuvre cinématographique, ou à la première fixation de sons dans le cas d'un enregistrement sonore.

Peut-on conclure à la lecture de cette définition que le producteur est l'auteur de l'œuvre cinématographique? D'une part, l'analogie avec le producteur d'un enregistrement sonore laisse croire au rôle essentiellement passif du producteur dans le processus créatif. L'article 2.11 de la LDA définit effectivement les différentes tâches dévolues au producteur de l'enregistrement sonore comme suit :

Il est entendu que pour l'application de l'article 19 et de la définition de «producteur admissible» à l'article 79, les opérations nécessaires visées à la définition de «producteur» à l'article 2 s'entendent des opérations liées à la conclusion des contrats avec les artistes-interprètes, au financement et aux services techniques nécessaires à la première fixation de sons dans le cas d'un enregistrement sonore.

D'autre part, la définition de « producteur » proposée par l'article 2 de la LDA semble avoir pour unique but d'établir le pays d'origine de l'œuvre à travers l'identité du producteur.

¹²⁵ *Loi portant mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Nord-Américain*, L.C. 1993, c. 44.

On pourrait également attribuer la titularité initiale des droits d'auteur sur l'œuvre cinématographique au producteur par analogie avec le producteur de phonogramme qui détient certains droits exclusifs sur l'enregistrement sonore¹²⁶. Il s'agit alors de protéger l'investissement économique représenté par le film lui-même et non l'extension du droit de la personnalité représenté par l'œuvre.

L'article L-215-1 du *Code de la propriété intellectuelle* français offre au producteur d'un vidéogramme le droit exclusif de reproduire, communiquer au public, et mettre à la disposition du public par vente, échange ou louage, ce vidéogramme.

Or, malgré les revendications des producteurs à cet égard¹²⁷, la LDA n'offre aucun droit de cette nature au producteur d'une œuvre cinématographique. Seul le producteur d'enregistrement sonore bénéficie d'un droit exclusif de publier, reproduire ou louer l'enregistrement¹²⁸.

Ainsi, en l'absence de dispositions plus explicites permettant au producteur d'aspirer au titre d'auteur, il faut s'en remettre au principe général énoncé par l'article 13(1) de la LDA et conclure que le premier titulaire des droits d'auteur sur l'œuvre cinématographique est...l'auteur.

Évidemment, cette dernière affirmation n'apporte aucune réponse quant l'identité de l'auteur. Il faut alors déterminer la nature de l'œuvre afin d'en découvrir les auteurs.

3.5 L'ŒUVRE CINÉMATOGRAPHIQUE À TITRE DE RECUEIL

Peut-on considérer que l'œuvre cinématographique est un recueil au sens de la LDA et conclure du même coup que le producteur est titulaire des droits d'auteur sur

¹²⁶ Voir les articles 18 et 24 de la LDA.

¹²⁷ Voir le mémoire déposée en septembre 2001 par l'Association des Producteurs de Films et de Télévision du Québec (APFTQ) au sujet de la phase III des modifications sur le droit d'auteur, p. 3.

¹²⁸ Voir l'article 18(1) de la LDA.

l'œuvre puisque c'est lui qui a rassemblé les différents éléments constituant l'œuvre finale?

L'article 2 LDA définit ainsi la notion de recueil :

«recueil»

Les encyclopédies, dictionnaires, annuaires ou œuvres analogues;

les journaux, revues, magazines ou autres publications périodiques;

toute œuvre composée, en parties distinctes, par différents auteurs ou dans laquelle sont incorporées des œuvres ou parties d'œuvres d'auteurs différents.

L'assimilation de l'œuvre cinématographique à un recueil n'est pas dénuée de sens. Cette hypothèse a d'ailleurs été avancée par certains rapports produits pour le compte du gouvernement canadien.

*Le Rapport Ilsley*¹²⁹ produit en 1958 proposait implicitement d'attribuer la titularité initiale des droits d'auteur sur l'œuvre cinématographique au producteur en vertu des règles relatives au recueil :

La première personne à être titulaire du droit d'auteur devrait être celle qui fabrique le film, et le fabricant devrait être défini comme la personne qui organise la fabrication du film.

En 1977, les auteurs Keyes et Brunet¹³⁰ dans leurs propositions pour réviser la LDA recommandaient implicitement au gouvernement canadien de considérer le producteur comme le premier titulaire des droits d'auteur sur l'œuvre cinématographique :

Les droits doivent profiter à «celui qui fabrique», c'est-à-dire l'organisation qui a fabriqué le film, et non à un soi-disant «auteur».

¹²⁹ Commission royale sur les brevets, le droit d'auteur, les marques de commerces et les dessins industriels, *Rapport sur le droit d'auteur*, Gouvernement du Canada, 1958, p. 88.

¹³⁰ Andrew A. KEYES et Claude BRUNET, *Le droit d'auteur au Canada, Propositions pour la révision de la loi*, Gouvernement du Canada, Consommation et Corporations Canada, 1977, p. 87.

Cette approche est également celle que préconisait le *Livre blanc sur le droit d'auteur*¹³¹ de 1984 :

La nouvelle loi consacrera cette pratique en stipulant que l'auteur d'une œuvre cinématographique est le producteur, ce dernier étant défini comme le principal responsable des moyens mis en œuvre pour la réaliser. Le droit d'auteur sera donc dévolu à la personne directement responsable de la création de l'œuvre, le producteur étant chargé de s'assurer les services de collaborateurs et de coordonner leurs efforts.

Selon cette approche, les divers participants pourront jouir de la protection du droit d'auteur afférente à leurs contributions respectives dans la mesure où celles-ci constituent des œuvres protégées.

Plus récemment, la version anglaise de la décision de la Commission du droit d'auteur dans l'affaire *Tarifs des droits à payer pour la retransmission de signaux éloignés de radio et de télévision en 1990 et 1991*¹³² laissait également entendre que le producteur doit être présumé titulaire des droits d'auteurs sur l'œuvre cinématographique :

The Board accepts the arguments of BBC and finds that a sports game itself is not a copyright work.

On the other hand, the television production of a sports game constitutes a cinematographic production, which is a dramatic work under the Act, and is therefore entitled to copyright protection. The Board heard a great deal of evidence on how sports programs are produced. The work of the producers, directors, switchers and camera operators showed sufficient originality to attract copyright protection. The combination of incidents that the players actions represent are sufficient to give the work the original character required of a cinematographic

¹³¹ Judith 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*, Gouvernement du Canada, Ministère des communications, 1984, p. 28. Notons que cette approche a été vertement critiquée par le Gouvernement du Québec dans une publication subséquente où le Ministre des affaires culturelles, M. Clément Richard, affirmait à la page 9 d'un document intitulé *Position du gouvernement du Québec à propos du Livre blanc sur le droit d'auteur De Gutenberg à Télidon* que :

« Enfin la recommandation du Livre blanc relative au bénéficiaire du droit d'auteur n'est ni claire ni recevable. Le Québec demande que les personnes ayant contribué à une œuvre audiovisuelle soient les bénéficiaires du droit d'auteur selon leur contribution respective, sous réserve de la reconnaissance législative au producteur d'une licence exclusive d'exploitation de l'œuvre audiovisuelle pour les fins négociées. Le producteur serait le gérant de l'ensemble des droits sur la production audiovisuelle. »

¹³² (1990) 32 C.P.R. (3e) 97, p. 50 (C.D.A.).

production. The Board also finds that the simultaneous videotaping constitutes fixation by a process analogous to cinematography.

In the absence of an agreement to the contrary between the sports team and the television producer, the Board concludes that it is the television producer who owns the copyright in the work. (Soulignements ajoutés)

Notons que si cette hypothèse devait prévaloir, le principe de la réversibilité énoncé par l'article 14(1) de la LDA ne pourrait s'appliquer, par exemple, au scénariste ou à l'auteur de la musique du film. L'article 14(2) de la LDA prévoit effectivement que les droits des différents auteurs ayant contribué au recueil ne retournent pas aux héritiers quant à ce recueil.

Il apparaît pourtant difficile d'admettre qu'une œuvre cinématographique puisse être qualifiée de recueil au sens de la définition actuelle de la LDA. Bien que la prestation de chacun des artistes ayant contribué à la création de l'œuvre puisse être distinguée de celles des autres (la preuve étant l'existence du générique) il apparaît impossible de nier que ces différentes contributions ont été créées en vue de constituer un tout indivisible.

L'œuvre cinématographique n'est pas le résultat d'une simple addition d'œuvres possédant leurs existences propres. Elle émane plutôt d'une fusion d'œuvres multiples créées à la seule fin d'être incorporées les unes aux autres.

La possibilité que l'œuvre cinématographique puisse constituer un recueil a d'ailleurs été rejetée par un *obiter* de la Cour supérieure du Québec (juge Julien) dans l'affaire *Re : Films Rachel inc. (Syndic de)*¹³³ (ci-après l'affaire *Films Rachel*) :

Ajoutons que le Tribunal ne voit pas comment, au mépris du caractère artistique propre à l'œuvre cinématographique, il pourrait la qualifier de « recueil ». Il ne peut s'agir, soit dit avec égards, d'une simple compilation d'éléments disparates. Mais, au-delà de ce point de vue, il faut dire que dans le cas de *MA SOEUR, MON AMOUR*, la personne ayant rassemblé ces éléments pour créer l'œuvre d'ensemble est, de toute façon, Suzie Cohen et non le producteur. La preuve démontre qu'à titre de réalisatrice, elle a choisi et fondu les éléments nécessaires à l'aboutissement de l'œuvre.

¹³³ J.E. 95-2103, (C.S.).

La décision de la Cour Supérieure du Québec dans l'affaire *Films Rachel* n'a toutefois pas entièrement vidé la question. Comme le souligne l'auteur Nathalie Chalifour¹³⁴, le jugement a été rendu dans le contexte d'une faillite, mais surtout dans celui où le scénariste et le réalisateur étaient la même personne.

La difficile analogie entre un film et un annuaire par exemple, nous laisse également croire que ces deux œuvres n'appartiennent pas à la même catégorie. L'auteur Danielle Létourneau¹³⁵ traduit assez bien le malaise qui surgit de façon presque naturelle lorsque l'on tente d'assimiler le processus créatif de l'auteur d'une œuvre cinématographique à celui de l'éditeur d'un annuaire :

Cet aspect du jugement [dans l'affaire *Films Rachel*] est, selon nous, heureux, car faire entrer l'œuvre cinématographique dans la même catégorie que les encyclopédies, journaux, magazines ainsi que les compilations d'œuvres, ne rend pas justice à la complexité des rapports entre, d'une part, les protagonistes actuels qui aspirent au titre d'auteur ou de coauteurs de l'œuvre cinématographique, c'est-à-dire les réalisateurs et les scénaristes, et, d'autre part, le producteur.

Le rôle du producteur de l'œuvre cinématographique ne ressemble en rien à celui de l'éditeur qui rassemble les différentes œuvres ou éléments intégrés dans un « recueil ».

Notons en terminant que même l'Association des producteurs de films et de télévision du Québec (ci-après « APFTQ ») ne prétend pas que les producteurs détiennent un droit d'auteur sur l'œuvre cinématographique. L'APFTQ adopte plutôt une solution pragmatique à *la française* en vertu de laquelle le producteur se voit offrir une présomption de cession en sa faveur¹³⁶.

Ainsi, l'hypothèse que l'œuvre cinématographique soit un recueil est alléchante au niveau théorique. Elle est également pratique sous certains aspects. Toutefois, la difficile analogie entre l'œuvre cinématographique et certains exemples d'œuvres

¹³⁴ Nathalie CHALIFOUR, «Le droit d'auteur, cet objet de convoitise», 2001, *Congrès annuel du barreau du Québec, (2001)*, Montréal, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, p. 18.

¹³⁵ Danielle LÉTOURNEAU, «L'affaire Cohen», 1996, vol. 8, no. 2, *Les cahiers de Propriété Intellectuelle*, p. 355.

¹³⁶ G. ST-GEORGES, B. DOUCET et S. GILKER, *op.cit.*, note 90.

nommément désignées comme des recueils par la LDA nous laisse croire que l'œuvre cinématographique fait partie d'une catégorie différente. Cette dernière approche semble d'ailleurs avoir reçu l'aval des tribunaux.

3.6 L'ŒUVRE CINÉMATOGRAPHIQUE À TITRE D'ŒUVRE CRÉÉE EN COLLABORATION

Comme nous l'avons évoqué précédemment, l'œuvre cinématographique est le résultat d'un processus de collaboration entre les différentes personnes ayant participé à sa production.

Il suffit de nommer le scénariste, le dialoguiste, le cadreur, le décorateur, le maquilleur, l'accessoiriste, le perchiste, le bruiteur, les acteurs, le compositeur de la trame musicale et bien sûr le réalisateur. Toutes ces personnes peuvent-elles prétendre au titre d'auteur?

En fait, seules les personnes ayant apporté une véritable contribution originale à l'intérieur d'un esprit collégial sont les auteurs de l'œuvre. Celles qui ont simplement exécuté les ordres provenant d'une autorité hiérarchique supérieure n'ont aucun droit sur cette œuvre.

Le régime de droit d'auteur de certains pays étrangers laisse clairement entendre que l'œuvre cinématographique constitue une œuvre créée en collaboration. Par exemple, l'article L113-7 du *Code de propriété intellectuelle* français énonce que :

Ont la qualité d'auteur d'une oeuvre audiovisuelle la ou les personnes physiques qui réalisent la création intellectuelle de cette oeuvre. Sont présumés, sauf preuve contraire, coauteurs d'une oeuvre audiovisuelle réalisée en collaboration :

- 1) L'auteur du scénario;
- 2) L'auteur de l'adaptation;
- 3) L'auteur du texte parlé;
- 4) L'auteur des compositions musicales avec ou sans paroles spécialement réalisées pour l'œuvre;

5) Le réalisateur.

Lorsque l'œuvre audiovisuelle est tirée d'une oeuvre ou d'un scénario préexistants encore protégés, les auteurs de l'œuvre originale sont assimilés aux auteurs de l'œuvre nouvelle.

Dans l'affaire *R. c. Shamy*¹³⁷, la Cour du Québec (juge Desbiens) a conclu que le scénariste est le seul auteur de l'œuvre cinématographique :

Le droit d'auteur pour les films appartient à celui qui a écrit le scénario. Quant aux droits de projection et de diffusion de l'œuvre cinématographique, ils sont déterminés par l'article 14 de la Convention signé à Berne le 9 septembre 1986 (sic) et révisée à Berlin le 13 novembre 1908 et à Rome le 2 juin 1928.

Soulignons cependant, à l'instar de l'auteur Normand Tamaro¹³⁸, qu'il s'agit d'un simple *obiter*.

Selon la jurisprudence¹³⁹ et la doctrine¹⁴⁰ contemporaine, l'œuvre cinématographique est habituellement le résultat d'une collaboration entre plusieurs auteurs. Il s'agit donc d'une œuvre créée en collaboration au sens de l'article 2 de la LDA qui définit cette dernière comme suit :

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

Comme on le voit, la différence fondamentale entre l'œuvre créée en collaboration et le recueil réside dans le caractère distinct des contributions respectives. Or, la jurisprudence n'est pas très bavarde quant à la signification du terme «distinct». La jurisprudence préfère en effet se retrancher derrière l'intention commune des parties et l'aspect indivisible du résultat. Cependant, aucun de ces critères n'apparaît réellement satisfaisant.

¹³⁷ J.E. 89-908 (C.Q.).

¹³⁸ N. TAMARO, *op.cit.*, note 65, p.286.

¹³⁹ *Re : Films Rachel inc. (Syndic de)*, précitée note 133.

¹⁴⁰ D. LÉTOURNEAU, *op.cit.*, note 124; Normand TAMARO, *Loi sur le droit d'auteur : texte annoté*, 3e éd., Toronto, Carswell, 1995, p. 80 et Daniel PAYETTE, «Cherchez l'auteur du film», *Le grand écran et le petit écran en droit d'auteur*, Actes de la journée d'études, Montréal, ALAI Canada, 2003, 5-27.

Prenons l'exemple d'un dictionnaire, une œuvre expressément désignée comme un recueil en vertu de l'article 2 de la LDA. Si un auteur écrit la moitié des définitions et qu'un autre auteur écrit l'autre moitié, nul doute que ces contributions sont distinctes. J'ajouterais qu'elles sont effectuées dans une intention commune (celle d'écrire un dictionnaire) et que le résultat est indivisible (les définitions référant les unes aux autres).

La distinction entre l'œuvre créée en collaboration et le recueil n'est donc pas facile au niveau théorique. On peut cependant penser que la relation d'interdépendance qui unit les différents créateurs et leur volonté de voir leurs contributions respectives être fondues les unes aux autres afin de créer une seule et même œuvre peuvent certainement constituer un élément révélateur quant à la nature de cette œuvre.

La Cour suprême de Colombie-Britannique a d'ailleurs proposé une approche similaire dans l'affaire *Neudorf c. Netzwerk Productions*¹⁴¹ où elle a énuméré trois critères permettant d'identifier une œuvre créée en collaboration :

In the result, I find that the test for joint authorship that should be applied to the facts in the instant case is, as follows:

- (i) Did the plaintiff contribute significant original expression to the songs? If yes,
- (ii) Did each of the plaintiff and McLachlan intend that their contributions be merged into a unitary whole? If yes,
- (iii) Did each of the plaintiff and McLachlan intend the other to be a joint author of the songs?

Le premier critère peut être qualifié d'objectif puisqu'il s'attarde à la prestation des co-auteurs. Ce critère repose sur la nécessité d'une pluralité d'auteurs véritables où chacun doit pouvoir justifier d'un apport qualitatif et quantitatif suffisant au processus de création.

¹⁴¹ (2000) 3 C.P.R. 129 (B.C.S.C.).

Les deuxième et troisième critères sont essentiellement subjectifs puisqu'ils s'attardent à qualifier l'état d'esprit des co-auteurs. Certains pourraient d'ailleurs soutenir qu'il ne s'agit en fait que d'un seul et même critère.

Bien que l'article 2 de la LDA n'en fasse aucune mention, la jurisprudence et la doctrine semblent considérer que l'intention des co-auteurs de créer une œuvre en collaboration constitue une condition *sine qua non* à la reconnaissance d'une telle œuvre.

L'argument que la volonté des parties ne doit pas être considérée puisque la LDA n'y fait pas référence semble donc devoir être rejeté. En effet, l'idée d'une intention commune réside dans la notion même de collaboration.

Notons également que la qualification d'une œuvre dramatique à titre d'œuvre en collaboration n'est pas nouvelle. Dans l'affaire *Tate c. Thomas*¹⁴² rendue en 1920, les tribunaux anglais ont conclu qu'une pièce de théâtre n'était pas un recueil, mais plutôt une œuvre créée en collaboration.

Dans l'affaire *Thibault c. Turcot*¹⁴³ rendue en 1926, la Cour supérieure du Québec a conclu que lorsque deux personnes s'associent pour écrire un opéra, l'une composant la musique et l'autre les paroles, l'œuvre finale constitue une œuvre créée en collaboration.

Plus récemment, la Cour supérieure de l'Ontario a conclu dans l'affaire *ATV Music Publishing of Canada Ltd. c. Rogers Radio Broadcasting Ltd.*¹⁴⁴ que la chanson «Revolution» écrite par les Beatles John Lennon et Paul McCartney constituait, en l'absence d'indice au contraire, une œuvre créée en collaboration.

¹⁴² [1921] 1 Ch. 503.

¹⁴³ (1926), 34 R.L.N.S. 415 (C.S.).

¹⁴⁴ (1982) 35 O.R. (2d) 417.

L'entente intervenue entre l'APFTQ et la Société des Auteurs de Radio, Télévision et Cinéma (ci-après « SARTEC ») (section cinéma)¹⁴⁵ semble également attribuer la titularité initiale des droits d'auteurs aux réels créateurs de l'œuvre. Les articles 8.01 et 8.02 de cette entente stipulent en effet que :

8.01 L'auteur est le premier titulaire du droit d'auteur sur le texte qu'il écrit.

8.02 Aucun droit ne peut être présumé acquis par le producteur sur le texte écrit par l'auteur à moins qu'il ne lui soit spécifiquement consenti par voie de licence octroyée par la présente entente collective ou par une entente conclue de gré à gré dans les autres cas.

En vertu de cette entente, le producteur se voit simplement accorder une licence¹⁴⁶ exclusive d'exploitation d'une durée de trente ans en contrepartie du paiement de redevances et de cachets spécifiquement prévus¹⁴⁷.

De plus, l'article 8.15.04 de l'entente APFTQ-SARTEC (section cinéma) prévoit que l'auteur se réserve le droit de percevoir directement, ou par l'entremise d'une société de gestion le représentant, toute somme qui pourrait lui être due personnellement par une personne autre que le producteur pour toute retransmission de l'œuvre cinématographique par le câble ou pour toute exploitation sur Internet qui ferait l'objet d'une gestion collective.

Notons cependant que le contenu de cette entente ne possède qu'une force persuasive lorsqu'il s'agit de déterminer l'identité du titulaire initial des droits d'auteur sur une œuvre cinématographique. Cette entente ne représente qu'un aménagement contractuel des droits dévolus à chacun par la LDA mais seule une modification législative ou une interprétation judiciaire de la LDA sont susceptibles de trancher la question de la titularité.

¹⁴⁵ Entente collective (section cinéma) entre l'Association des Producteurs de Films et de Télévision du Québec (APFTQ) et la Société des Auteurs de Radio, Télévision et Cinéma (SARTEC) en vigueur du 15 mars 2003 au 31 décembre 2006.

¹⁴⁶ Les producteurs semblent d'ailleurs plutôt insatisfaits de cette position et réclament que la LDA soit modifiée pour prévoir une présomption de cession en leur faveur. Voir à cet égard le Mémoire déposé par l'APFTQ au sujet de la phase III des modifications à la Loi sur le droit d'auteur, p. 7.

¹⁴⁷ Article 8.11 de l'entente.

3.6.1 LES CO-AUTEURS DE L'ŒUVRE CINÉMATOGRAPHIQUE

L'identité du titulaire initial des droits d'auteur sur une œuvre cinématographique est susceptible de changer au gré des œuvres. En effet, chaque œuvre est le résultat d'un processus de création unique et la question de l'identité des co-auteurs est avant tout une question de faits.

Contrairement au régime de droit d'auteur de nombreux pays étrangers¹⁴⁸, la LDA ne propose aucune présomption de co-titularité des droits d'auteur sur l'œuvre cinématographique. Nous disposons toutefois de certains indices à cet égard.

L'article 14*bis*(2)b) de la *Convention de Berne* dispose en effet que les différents auteurs de l'œuvre cinématographique ne peuvent s'opposer à la commercialisation du film en exerçant leurs droits sur cette œuvre. L'article 14*bis*(3) de la même convention ajoute que le scénariste, le dialoguiste, le compositeur musical et le réalisateur ne sont pas soumis à cette interdiction.

On peut donc penser que ces derniers intervenants sont présumés être les véritables créateurs de l'œuvre cinématographique. Bien sûr, il ne s'agit là que d'une présomption et la preuve pourra démontrer que l'un des collaborateurs énumérés à l'article 14*bis*(3) ne mérite pas la titularité des droits d'auteur ou encore qu'un autre collaborateur qui n'y est pas mentionné la mérite.

Selon l'auteur Daniel Payette¹⁴⁹ le scénariste et le dialoguiste disposent d'un statut au-dessus de tout soupçon quant à la co-titularité des droits d'auteur sur l'œuvre cinématographique :

Le scénariste est certainement le premier auteur de l'œuvre cinématographique. Les droits d'auteur qu'il détient sur l'œuvre ne font guère l'objet de controverse. Les ententes collectives et accords cadres, appliqués aux termes des lois sur le statut de l'artiste – notamment les conventions intervenues entre la Société des auteurs de

¹⁴⁸ Comme la France, la Belgique, l'Espagne, le Portugal, le Royaume-Uni, l'Allemagne, l'Italie et les Pays – Bas.

¹⁴⁹ D. PAYETTE, *op.cit.*, note 140

radio, télévision et cinéma et l'Association des producteurs de film et de télévision du Québec – reconnaissent expressément que l'auteur du texte est le premier titulaire des droits sur l'œuvre littéraire qu'est le scénario. Ces ententes collectives ne traitent pas spécifiquement de la propriété des droits d'auteur sur l'œuvre cinématographique et, dans ce cas, la titularité du scénariste lui est reconnue par la Loi. Ce dernier consent au producteur des licences de «production» et «d'exploitation» de l'œuvre, de sorte que le producteur demeure un licencié exclusif et ne devient pas le titulaire des droits.

Est d'abord titulaire de droits d'auteur sur l'œuvre cinématographique, la personne qui conçoit sous une forme écrite, une œuvre originale qui est spécifiquement destinée à être racontée par une succession d'images animées. Cela vaut, pour une œuvre de fiction, à la fois pour la personne qui élabore la trame dramatique, qui deviendra en quelque sorte le fil conducteur du film, que pour celle qui rédige les dialogues que s'échangeront les personnages. Si plusieurs personnes écrivent conjointement, même si l'une d'entre elles porte le titre d'«auteur principal», et même si elles écrivent de façon successive, elles partagent indistinctement cette titularité des droits.

Le réalisateur semble jouir d'un statut similaire. Son rôle dans la production cinématographique peut-être comparé à celui d'un chef d'orchestre. Il dirige les acteurs de même que l'équipe technique afin d'adapter le scénario à l'écran.

En Europe, le réalisateur jouit d'ailleurs d'une confortable garantie puisque l'article 2.2 de la *Directive 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*¹⁵⁰ oblige les états membres à inclure le réalisateur dans toute liste de créateurs présumés sur l'œuvre cinématographique.

Une partie de la doctrine canadienne s'entend même pour accorder au réalisateur le titre d'auteur unique. Le professeur Vaver¹⁵¹ affirme en effet que :

The question of who can be called the author of a regular commercial movie, cartoon, or television drama has rarely been litigated in Canada. Such works – unlike the products of the amateur with a handycam – do have an original «dramatic character» resulting from their «arrangement or acting form or the combination of incidents represented.» In principle, therefore, the author should be whoever was responsible for creating this original dramatic character. This person will usually be the director.

¹⁵⁰ 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.

¹⁵¹ David VAVER, *Copyright Law*, Toronto, Irwin Law, 2000, p.82.

[...]

The preferable Canadian position suggested above, though simple, results in only one person qualifying as the author of a cinematographic work (except in cases of co-directorship).

Notons que la Cour fédérale australienne est arrivée à la même conclusion que le professeur Vaver dans l'affaire *Australian Olympic Committee inc. c. The Big Fights inc.* où elle a conclu que le réalisateur était titulaire des droits d'auteur sur l'œuvre cinématographique en vertu d'une législation semblable à la LDA.

Paradoxalement, le statut du réalisateur semble plus fragile lorsque l'œuvre cinématographique ne contient aucun scénario ni dialogue¹⁵². D'aucuns pourraient en effet penser qu'en pareilles circonstances l'auteur ne peut être que le réalisateur, sinon qui d'autre¹⁵³?

Or, la Cour de l'Échiquier en a décidé autrement dans l'affaire *Canadian Admiral Corp. c. Rediffusion inc.* où elle a conclu que la simple sélection d'images lors de la diffusion d'un événement sportif ne constitue pas un apport original suffisant pour entraîner la protection de la LDA.

Tout porte à croire que la décision de la Cour de l'Échiquier serait bien différente si elle était rendue aujourd'hui. Peut-on encore affirmer que le réalisateur moderne ne fait que choisir laquelle des caméras capte l'image?

La Commission sur le droit d'auteur, dans la version française de sa décision dans l'affaire *Tarifs des droits à payer pour la retransmission de signaux éloignés de radio*

¹⁵² L'APFTQ prétend en effet que le réalisateur ne fournit aucun apport créatif lorsque l'œuvre cinématographique est dépourvue de tout caractère dramatique. Voir à cet égard APFTQ, *Proposition de l'APFTQ à l'attention du gouvernement fédéral au sujet de la propriété du droit d'auteur sur les œuvres audiovisuelles*, Montréal, 1994.

¹⁵³ Encore que la possibilité d'une œuvre protégée malgré tout forme d'originalité semble exister au Royaume-Uni. Voir la décision *Hyde Park Residence Ltd. c. Yelland*, [1999] R.P.C. 655 (ch.) à propos des dernières images de la princesse Diana et de Dodi Al Fayed captées par une caméra de sécurité alors qu'ils sortaient de la résidence parisienne de ce dernier.

*et de télévision en 1990 et 1991*¹⁵⁴, semble d'ailleurs attribuer la titularité des droits d'auteur sur l'œuvre cinématographique sans scénario ni dialogue au réalisateur :

En l'absence d'une entente à l'effet contraire entre les équipes sportives et le réalisateur de la télédiffusion, la Commission conclut que c'est ce dernier qui est titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre.

Outre le scénariste, le dialoguiste et le réalisateur, l'auteur de l'œuvre adaptée semble également devoir être retenu à titre d'auteur de l'œuvre cinématographique inspiré d'une œuvre préexistante.

Certains pourront affirmer que l'auteur de l'œuvre adaptée n'est pas titulaire des droits d'auteurs sur l'œuvre cinématographique puisqu'il n'a pas travaillé à l'intérieur de la même intimité spirituelle que les autres co-auteurs.

Cet argument semble toutefois devoir être rejeté puisqu'il n'est pas nécessaire que les contributions de chaque auteur soient exécutées de façon simultanée. De plus, le nécessaire consentement de l'auteur de l'œuvre adaptée à voir celle-ci portée au grand écran marque sa volonté de travailler en collaboration avec les autres co-auteurs.

D'autres intervenants à la production d'une œuvre cinématographique peuvent encore s'ajouter à la liste des auteurs.

Le premier qui mérite notre attention est certainement le compositeur de la trame musicale. L'auteur des mélodies d'une comédie musicale mérite fort probablement le titre de co-auteur de l'œuvre cinématographique. Mais qu'en est-il de celui qui a écrit la musique de fond qui rythme simplement les différentes scènes d'un film?

Selon l'auteur François Larose¹⁵⁵, le compositeur musical mérite la co-titularité des droits d'auteur sur l'œuvre cinématographique lorsque sa musique a été conçue spécifiquement pour souligner l'émotion du film en question.

¹⁵⁴ Précitée, note 132.

Cela dit, cette règle particulière ne soustrait pas le compositeur de l'application des règles générales relatives à l'importance qualitative et quantitative de la prestation vis-à-vis l'œuvre finale.

La Cour d'appel du Québec a rappelé ce principe dans l'affaire *Drapeau c. Girard*¹⁵⁶ où le compositeur de la trame musicale d'une pièce de théâtre poursuivait en dommages les responsables de l'adaptation cinématographique de la pièce au motif que ces derniers avaient remplacé sa musique au profit d'une autre qu'ils jugeaient plus appropriée.

La Cour d'appel a rejeté la demande du compositeur en rappelant que la démonstration d'une volonté commune est une question de fait et non une pure question de droit :

[3] Malgré les efforts très habiles déployés par ses avocats, l'appelant n'a pas réussi à nous convaincre que le juge d'instance a commis une erreur en tirant la conclusion qu'il n'avait pas créé en collaboration avec l'intimé Gilles Maheu l'œuvre intitulée *Le Dortoir*. Même s'il a contribué à cette œuvre en composant une grande partie de la musique originale accompagnant le spectacle théâtral, la contribution de l'appelant n'a pas atteint une importance telle qu'elle aurait fait de lui un coauteur de l'œuvre;

[4] L'article 2 de la Loi sur le droit d'auteur (L.R.C., c. C-42) définit ce qu'est une œuvre créée en collaboration:

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

[5] Si on s'en tient à une interprétation restrictive de cette définition, en considérant l'indivisibilité qui y est évoquée comme une exigence matérielle, il est clair que l'œuvre *Le Dortoir* n'est pas une œuvre créée en collaboration par Maheu et Drapeau. La musique composée par ce dernier possède, en effet, une existence autonome par rapport au spectacle théâtral auquel elle se greffe, ce qui force à conclure que la part de création de Drapeau est distincte de celle de Maheu;

[6] On peut cependant adopter une interprétation plus large, en considérant l'indivisibilité d'un point de vue intellectuel plutôt que matériel ou purement factuel. Elle suppose alors une concertation, une volonté de la part des auteurs des diverses parties de l'œuvre d'en faire une œuvre unique malgré la pluralité de leurs apports respectifs. La démonstration de cette concertation, de cette volonté, est une question

¹⁵⁵ François LAROSE, «L'auteur des œuvres musicales composées pour un film : auteur d'une œuvre dramatique?», vol. 15, no. 1, *Les cahiers de Propriété intellectuelle*, p. 65.

¹⁵⁶ [2003] R.J.Q. 2539 (C.A.).

de preuve, une question de fait, et non une pure question de droit, contrairement à ce que soutient l'appelant;

[7] Or, la preuve dans la présente affaire ne soutient par les prétentions de ce dernier. Si on se situe avant la première représentation qui eut lieu le 15 novembre 1988, à Montréal, la preuve démontre que Maheu s'est en tout temps comporté comme l'unique maître d'œuvre à l'égard de la pièce *Le Dortoir*, en se réservant la décision finale sur tout le contenu de celle-ci, y compris le contenu musical.

Enfin, la production cinématographique de moyenne et grande envergure serait impossible sans l'apport technique de nombreux artisans. La Commission de reconnaissance des associations d'artistes et des associations de producteurs (ci-après « CRAAAP ») a d'ailleurs reconnu au moins une vingtaine de fonctions présentant un caractère artistique¹⁵⁷.

Est-il possible d'envisager que l'éclairagiste, le décorateur ou le cameraman, génère un apport créatif suffisant pour lui permettre de prétendre au statut d'auteur de l'œuvre cinématographique?

Certains auteurs¹⁵⁸ refusent aux techniciens le statut d'auteur étant donné leur rôle de subordination face aux véritables créateurs. Les techniciens conservent toutefois un droit d'auteur sur leur contribution respective. Il pourra donc s'avérer prudent d'insérer dans les contrats de travail des techniciens une clause de cession de droits ou encore une clause par laquelle ils s'engagent à ne pas entraver l'exploitation du film par l'exercice de leurs droits.

La jurisprudence abordant la possibilité de reconnaître un droit d'auteur sur l'œuvre cinématographique aux artisans-techniciens n'est pas très abondante.

¹⁵⁷ *Association des producteurs de films et de vidéo du Québec c. Syndicat des techniciennes et techniciens du cinéma et de la vidéo du Québec*, CRAA, DT-3-88, (7 juillet 1989) et *Association des professionnelles et professionnels de la vidéo du Québec c. Syndicat des techniciennes et techniciens du cinéma et de la vidéo du Québec*, CRAA, R-28-92 (12 juillet 1993).

¹⁵⁸ D. PAYETTE, *op.cit.*, note 140; D. LÉTOURNEAU, *op.cit.*, note 124.

L'affaire *Dali*¹⁵⁹ mérite toutefois que l'on s'y attarde un instant. Dans cette affaire, le peintre Salvador Dali avait conçu les costumes et les décors d'un spectacle de danse et réclamait en conséquence la co-titularité des droits d'auteur sur le spectacle. La Cour de cassation française a rejeté l'action du peintre au motif que sa contribution était accessoire et que le spectacle conservait sa valeur propre même en l'absence des décors et costumes.

Notons que ce type de raisonnement fondé sur le caractère indépendant des prestations respectives n'est pas sans rappeler celui utilisé par la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Drapeau c. Girard*. Ce constat nous permet de nous questionner quant à la véritable caractéristique distinctive d'une œuvre créée en collaboration. Le critère à retenir est-il celui du caractère indistinct des prestations respectives comme le laisse entendre l'article 2 de la LDA? Ou est-ce plutôt celui du caractère indépendant des prestations respectives comme le laissent entendre les tribunaux?

Finalement, la plupart des œuvres cinématographiques ne sauraient exister sans l'apport des acteurs qui donnent vie aux personnages. L'article 15(1) de la LDA dispose que ces derniers possèdent le droit exclusif, sous certaines conditions, de communiquer, exécuter en public ou fixer leur prestation non fixée ou encore de reproduire toute fixation non autorisée ou de louer un enregistrement sonore de la fixation.

L'article 17(1) de la LDA prévoit toutefois que l'incorporation de leur prestation dans une œuvre cinématographique empêche les acteurs de réclamer les droits que leur reconnaît l'article 15(1) de la LDA :

Dès lors qu'il autorise l'incorporation de sa prestation dans une oeuvre cinématographique, l'artiste-interprète ne peut plus exercer, à l'égard de la prestation ainsi incorporée, le droit d'auteur visé au paragraphe 15(1).

¹⁵⁹ Cass. civ. 1^{re}, 8 nov. 1968, *Dali* : D. 1968, 382.

Mentionnons en terminant que, comme le laisse entendre l'article 17(2) de la LDA, l'article 17(1) de la LDA n'empêche pas les artistes-interprètes de prévoir dans leur contrat de travail un droit de rémunération pour l'exercice des droits prévus par l'article 15(1) de la LDA.

Voilà donc pour la question de l'identité du titulaire des droits d'auteur sur l'œuvre cinématographique créée par des artistes autonomes. Comme nous l'avons vu, l'attribution au producteur du titre de titulaire initial des droits d'auteur sur l'œuvre cinématographique recèle des avantages pratiques indéniables. De plus, une telle conception semble rejoindre la position britannique et réconcilie la LDA avec ses origines. Cependant, une analyse serrée des différentes dispositions de la LDA nous conduit plutôt à conclure que l'œuvre cinématographique est une œuvre créée en collaboration et que l'identification des auteurs est avant tout une question de fait.

Cette conclusion nous permet d'envisager la question connexe de la gestion des droits détenus en commun. En effet, si plusieurs personnes sont co-titulaires des mêmes droits, quelles règles doit-on appliquer lorsque survient un conflit dans la gestion de ces droits?

3.6.2 L'EXERCICE CONJOINT DES DROITS D'AUTEUR

L'article 13(4) de la LDA dispose que l'auteur peut démembrer le droit d'auteur et céder ces démembrements en tout ou en partie. Cette disposition s'avère toutefois inutile lorsque plusieurs personnes sont en mesure de revendiquer, non pas un démembrement du droit, mais la totalité de celui-ci.

Les co-titulaires du droit d'auteur sur l'œuvre cinématographique semblent détenir ce droit en copropriété indivise. Cette éventualité a d'ailleurs été envisagée par la jurisprudence dans l'affaire *Aliments Krispy Kernels inc. c. Morasse*¹⁶⁰ où la Cour

¹⁶⁰ J.E. 93-736. Le juge avait d'ailleurs candidement réglé le problème de l'indivision en déclarant simplement :

supérieure du Québec a conclu que l'employeur et l'employé devaient partager la propriété des droits d'auteur dans un logiciel conçu en partie pendant les heures de travail et en partie pendant les heures de loisir de l'employé.

La Cour d'appel de Colombie-Britannique en est arrivée à une conclusion semblable dans l'affaire *Forget c. Speciality Tools of Canada inc.* où elle a distingué entre les droits possiblement divis des co-inventeurs d'une invention et les droits indivis par nature des co-auteurs d'une œuvre protégée par la LDA.

La conclusion que le droit d'auteur est détenu en co-propriété indivise entraîne fort probablement l'application des règles relatives à la copropriété contenues au CCQ.

Parmi ces règles, notons la présomption d'égalité des parts¹⁶¹. Le compositeur de la musique qui se voit reconnaître un droit d'auteur ou encore l'auteur de l'œuvre adaptée jouissent donc des mêmes droits que le réalisateur.

Les règles du CCQ prévoient également l'obligation d'obtenir l'accord de tous les auteurs pour procéder à la cession du droit¹⁶². Un seul des auteurs pourrait donc empêcher l'exploitation de l'œuvre.

Enfin, il convient de rappeler la faculté des co-auteurs de racheter, dans l'année suivant son acquisition, la part vendue par l'un des auteurs¹⁶³.

L'auteur Sunny Hunda¹⁶⁴ semble mettre en doute l'application des dispositions du CCQ en invoquant l'article 89 de la LDA qu'il qualifie de clause de préemption. Cet article dispose que :

« Le problème de l'indivision étant ici facile à résoudre, en ordonnant la remise des disquettes originales à Monsieur Morasse et la remise des copies à Krispy Kernels, il en sera fait ainsi. »

¹⁶¹ Article 1015 du CCQ.

¹⁶² Article 1026 du CCQ.

¹⁶³ Article 1022 du CCQ.

¹⁶⁴ Sunny HUNDA, *Copyright law in Canada*, Toronto, Butterworths, 2002, p. 255.

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.

La portée de l'article 89 de la LDA apparaît toutefois plus réduite que ne le laisse entendre M. Hunda. En effet, cette disposition ne vise qu'à fermer la porte aux prétentions de droit d'auteur issues du droit commun de la propriété. La portée de l'article 89 LDA se limite donc à la revendication du droit d'auteur et rien ne s'oppose à ce qu'une fois l'identité des auteurs connue, les principes régissant les relations qui les unissent relèvent de la propriété et des droits civils de chaque province (article 92(13) de la *Constitution canadienne*¹⁶⁵).

À titre de comparaison, notons que l'article L-113-3 du *Code de propriété intellectuelle* français prévoit, lui aussi, la copropriété indivise des co-auteurs sur les droits d'auteur.

Dans ces circonstances, on comprend rapidement que les collaborateurs ont tout avantage à s'entendre afin d'aménager leurs droits respectifs, et ce, avant toute création.

Cette conclusion nous permet d'envisager la situation où l'œuvre cinématographique est réalisée dans le cadre d'un contrat d'emploi puisque, en pareille situation, la LDA accorde alors la titularité initiale des droits d'auteurs à l'employeur.

3.7 L'ŒUVRE CINÉMATOGRAPHIQUE RÉALISÉE DANS LE CADRE D'UN EMPLOI

L'article 13(3) de la LDA dispose que :

Lorsque l'auteur est employé par une autre personne en vertu d'un contrat de louage de service ou d'apprentissage, et que l'œuvre est exécutée dans l'exercice de cet emploi, l'employeur est, à moins de stipulation contraire, le premier titulaire du droit d'auteur; mais lorsque l'œuvre est un article ou une autre contribution, à un journal,

¹⁶⁵ *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, ch. 3 (R.-U.).

à une revue ou à un périodique du même genre, l'auteur, en l'absence de convention contraire, est réputé posséder le droit d'interdire la publication de cette œuvre ailleurs que dans un journal, une revue ou un périodique semblable.

À moins d'une stipulation contractuelle contraire¹⁶⁶, l'employeur est donc investi des droits d'auteur dans l'œuvre créée par ses employés dans l'exécution de leurs tâches.

Les droits d'auteur sur un événement sportif capté par les employés d'une entreprise spécialisée dans ce domaine appartiennent donc à l'employeur. De même, les droits d'auteur concernant le court métrage produit par les employés d'une société de production appartiennent également à l'employeur.

L'éventualité qu'un employeur soit titulaire des droits d'auteur sur une œuvre cinématographique a été envisagée par la jurisprudence. Dans l'affaire *Films Rachel*, cette éventualité avait toutefois été rejetée sur la base des faits donnant ouverture au litige :

Même si l'on voulait recourir à l'article 13(3) de la loi, il ne serait pas possible de régler le différend entre Suzie Cohen et Daniel Cohen sur cette base. L'article 13(3) se lit ainsi:

[...]

L'examen des conventions et la preuve font en sorte qu'il n'est pas possible de considérer Suzie Cohen comme une employée de Daniel Cohen de telle sorte, qu'à titre d'employeur, celui-ci bénéficie des droits d'auteur sur l'œuvre créée.

Suzie Cohen est certainement une travailleuse autonome, une entrepreneure dans le processus de création artistique.

La qualification d'une relation employeur-employé demeure avant tout une question de fait. Les critères développés par le droit du travail¹⁶⁷ ou le droit fiscal¹⁶⁸ sont généralement retenus en vue d'établir la nature de la relation. Le fait que l'employeur

¹⁶⁶ Voir par exemple l'article 5.01 du *Règlement sur la propriété intellectuelle* à l'Université Laval et l'article 3 de l'*Entente relative à la gestion de la propriété intellectuelle et du transfert technologique d'une invention* intervenue entre l'Université de Sherbrooke et ses employés.

¹⁶⁷ *Corporation de l'école des Hautes Études Commerciales de Montréal c. 3178277 Canada inc.*, R.E.J.B. 1998-07212.

¹⁶⁸ Hugues RICHARD et Laurent CARRIÈRE, *The Copyright Act Annotated*, vol. 1, Toronto, Carswell, 2004, S.13 § 5.4.1.

possède le pouvoir d'orienter la création (subordination de l'employé) et qu'il supporte la totalité du risque financier sont généralement des indices révélateurs quant à l'application de l'article 13(3) de la LDA.

Une question demeure cependant obscure : les parties à un contrat de production peuvent-elles stipuler qu'il s'agit d'un contrat d'emploi alors qu'il s'agit en réalité d'un contrat d'entreprise?

Cette question trouve toute sa pertinence au regard du droit américain qui prévoit la cession des droits d'auteur au profit du producteur lorsque le contrat de production stipule qu'il s'agit d'un *work made for hire* tel que définit par l'article 103 du *Copyright Act* américain :

A "work made for hire" is

(1) a work prepared by an employee within the scope of his or her employment; or

(2) a work specially ordered or commissioned for use as a contribution to a collective work, as a part of a motion picture or other audiovisual work, as a translation, as a supplementary work, as a compilation, as an instructional text, as a test, as answer material for a test, or as an atlas, if the parties expressly agree in a written instrument signed by them that the work shall be considered a work made for hire...

Or, la Cour fédérale, dans l'affaire *Goldner c. Canadian Broadcasting Corp.*¹⁶⁹ a conclu que la réalité devait prévaloir sur les termes employés dans le contrat et que, bien que le contrat stipule qu'il s'agit d'un contrat d'emploi, il peut s'agir en réalité d'un contrat d'entreprise :

On the evidence, I am of the view that the plaintiff, while employed by the defendant, was working under a contract for services, and therefore was not a servant of the defendant; and therefore the defence based on s. 12(3) of the Act fails.

Une pareille analyse est susceptible de constituer une réelle menace pour la reconnaissance des droits de l'employeur ou du producteur américain. Notons toutefois que la clause du contrat de production américain stipulant qu'il s'agit d'un

¹⁶⁹ (1972), 7 C.P.R. (2d) 158 (C.F.).

work made for hire apparaît suffisante pour constituer une cession de droit valide en territoire canadien. En effet, la clause stipulant que les parties considèrent que le contrat de production est assimilé à un *work made for hire* est habituellement libellé selon la formule suivante :

All results and proceeds of artist's services hereunder shall be considered a «work made for hire» for producer as specially commissioned for use as part of a motion picture or an audio-visual work.

La rédaction de cette clause et les circonstances de la signature du contrat apparaissent suffisantes pour constituer une cession de droit valide en vertu de l'article 13(4) de la LDA. Cet article exige effectivement que la cession soit consignée par écrit, mais n'impose pas qu'elle soit exprimée en termes exprès. Il faut plutôt analyser l'intention véritable des cocontractants¹⁷⁰.

La jurisprudence¹⁷¹ distingue en effet entre le contrat d'emploi et le contrat d'entreprise¹⁷². Comme le rappelle la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Turgeon c. Michaud*¹⁷³, seul le premier opère un transfert des droits :

51. Premièrement, l'argument que le protocole ne puisse constituer une commande et, par conséquent, une cession de droit procède d'un postulat erroné puisqu'un contrat de commande n'entraîne jamais le transfert des droits d'auteur à moins d'une disposition écrite en ce sens. Le contrat de commande est essentiellement un contrat d'entreprise au sens de l'article 2098 du Code civil du Québec et, sauf dans le cas des exceptions prévues à l'article 13 LDA, la remise au client de l'ouvrage intellectuel n'entraîne nullement le transfert des droits d'auteur sur cet ouvrage à moins d'une stipulation écrite en ce sens (*Arcon Canada inc. c. Arcobec Aluminium inc.* (1984), 7 C.P.R. (3d) 382 (C.S.); *Amusements Wiltron inc. c. Mainville*, [1991] R.J.Q.1930 (C.S.)). Une telle remise peut toutefois entraîner la concession implicite d'une simple licence.

¹⁷⁰ *Underwriters' Survey Bureau Ltd. c. Massie & Renwick Ltd.*, précitée note 112; *Lifestyle Homes Ltd. c. Randall homes Ltd.*, (1991) 34 C.P.R. (3d) 505; *FWS Joint Sports Claimants c. Canada (Commission du droit d'auteur)* [1992] 1 C.F. 487; *Mensys Business Solution Centre Ltd. c. MRC de Drummond* [2002] R.J.Q. 765; *Turgeon c. Michaud*, précitée note 122.

¹⁷¹ *Webb & Knapp c. Edmonton (Ville de)*, [1970] R.C.S. 588 ; *Amusements Wiltron Inc. c. Mainville*. [1991] R.J.Q.1930 (C.S.).

¹⁷² Le CCQ prévoit également cette distinction aux articles 2085 et 2098. La *common law*, quant à elle, distingue entre le "contract of services" et le "contract for services".

¹⁷³ *Turgeon c. Michaud*, précitée note 122.

Quant aux productions cinématographiques québécoises, l'entente APFTQ-SARTEC (section cinéma) est assez explicite relativement au statut du créateur :

Statut de l'auteur

4.03 L'auteur est un travailleur autonome dont le producteur retient les services et/ou duquel il acquiert les droits sur le texte destiné à la production. L'auteur assume la responsabilité de l'écriture du texte et en est le premier titulaire des droits. Seule la personne qui écrit le texte peut prétendre au statut d'auteur du texte en vertu de la présente entente collective.

La présence de l'article 4.03 de l'entente APFTQ-SARTEC (section cinéma) pose un obstacle sérieux à l'argument voulant que le producteur puisse être considéré comme un employeur au Québec. Cet argument a effectivement été avancé par l'auteur Jacques Boncompain¹⁷⁴ qui affirmait que :

C'est ici que se pose le problème de l'attribution du droit. La solution nous est donnée par la connaissance des liens qui unissent les participants à la réalisation de l'œuvre. Si les créateurs sont dans un état de dépendance juridique par rapport au producteur, c'est celui-ci qui sera le titulaire originaire. Sinon, chaque auteur jouira d'un droit sur sa prestation. Dans la pratique les contrats passés à propos de la réalisation de l'œuvre, règlent le problème de la désignation du titulaire du droit d'auteur. En l'absence de stipulation il semble que la jurisprudence se prononce pour le producteur, et ce d'autant plus, qu'un lien de préposition existe presque toujours entre le créateur et le producteur.

Ainsi donc, l'employeur, qu'il porte le titre de producteur ou non, pourra être considéré comme le titulaire initial des droits d'auteur sur l'œuvre cinématographique. Cependant, cette situation sera la conséquence d'un contrat d'emploi et non d'un contrat d'entreprise. Bien entendu, rien n'empêche les parties à un contrat d'entreprise de stipuler que les droits d'auteur sur l'œuvre intellectuelle seront dévolus au client à l'issue du contrat. Il y alors cession de droit tel qu'envisagé par l'article 13(4) de la LDA et les règles du CCQ relatives à l'interprétation des contrats doivent être appliquées pour connaître la véritable intention des parties.

¹⁷⁴ Jacques BONCOMPAIN, *Le droit d'auteur au Canada*, Montréal, Le cercle du livre de France, 1971, p. 158.

3.8 CONCLUSION

Malgré le silence embarrassant de la LDA quant à l'identité du titulaire initial des droits d'auteur sur l'œuvre cinématographique, certains points de repère demeurent et peuvent nous aider à formuler une réponse acceptable.

D'une part, les droits d'auteur sur l'œuvre créée dans le cadre d'un contrat d'emploi sont, en l'absence de stipulation contraire, dévolus à l'employeur. La détermination de la nature exacte du contrat semble relever des règles d'interprétation applicables ainsi que des faits propres à chaque instance.

D'autre part, lorsque la production est confiée à des artistes autonomes dans le cadre d'un contrat d'entreprise, il apparaît difficile de définir avec précision l'identité du titulaire de droits. Il semble toutefois que les différents créateurs de l'œuvre détiennent ce droit en copropriété indivise.

En effet, l'apport financier et logistique du producteur, bien que nécessaire, semble insuffisant pour lui permettre de prétendre à un droit d'auteur sur l'œuvre.

CONCLUSION GÉNÉRALE

L'arrivée d'Internet a bouleversé le secteur de la distribution des produits culturels et, par ricochet, celui du droit d'auteur. L'inadéquation entre les caractéristiques techniques de la communication par Internet et le cadre légal de la LDA a entraîné plusieurs problèmes majeurs qui sont encore loin d'être résolus.

La première difficulté réside dans le conflit perpétuel entre l'aspect essentiellement national des lois sur le droit d'auteur et la portée mondiale du réseau Internet. Cette difficulté conduit invariablement à s'interroger sur la loi applicable.

Plusieurs hypothèses méritent notre attention à cet égard. Chacune d'entre elles contient son lot d'avantages et d'inconvénients. Il s'agit donc de trouver un équilibre

entre les aspects pratiques et théoriques du droit et de choisir la loi qui apporte les avantages pratiques attendus tout en s'accordant le mieux avec les principes généraux d'application des lois.

L'un de ces principes dispose que, sous réserve de certaines exceptions, les lois nationales ne possèdent aucune portée extraterritoriale. L'application de cette règle de base nous conduit à douter de la validité de certaines hypothèses qui entraînent *de facto* l'application extraterritoriale des lois sur le droit d'auteur.

La réconciliation entre le droit et la technique semble également résider dans le découpage de la transmission numérique en une série d'actes d'exploitation méritant chacun la protection des lois sur le droit d'auteur.

La LDA semble en mesure de régir la communication numérique à destination du Canada puisque la *Convention de Berne* prévoit que l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours garantis à l'auteur pour sauvegarder ses droits se règlent exclusivement d'après la législation du pays où la protection est réclamée et que cette législation doit être interprétée comme la loi protégeant l'auteur à l'intérieur du marché économique canadien.

Par ailleurs, la LDA semble également en mesure de régir indirectement la communication numérique en provenance du Canada par l'entremise du droit de mise à la disposition qui fait remonter la première exploitation de l'œuvre au simple fait de mettre celle-ci à la disposition des usagers afin qu'elle soit ensuite communiquée à l'initiative du destinataire.

L'allusion au droit de mise à la disposition nous entraîne vers une deuxième difficulté, soit celle relative à l'application des droits pécuniaires à la distribution par Internet d'œuvres protégées.

Le droit de mise à la disposition tire sa source du droit d'autorisation accordé aux auteurs par la LDA. Bien que l'application du droit d'autorisation au modèle

d'affaires proposé par Internet apparaisse parfois boiteuse, la proposition que le droit de mise à la disposition soit contenu dans le droit d'autorisation semble quant à elle plutôt solide. Il est donc malheureux que le projet de loi C-60 intègre la notion de mise à la disposition à celle de communication au public par télécommunication.

Le droit de mise à la disposition n'est toutefois pas le seul droit pécuniaire impliqué dans la distribution d'œuvres cinématographiques. Les droits de communication au public par télécommunication et de reproduction sont également au cœur du débat et leur application directe à la transmission numérique semble indiscutable.

Certaines personnes ont fait mention que le droit de communication au public par télécommunication n'était pas applicable à la transmission par Internet puisque celle-ci s'effectue vers un usager unique et que l'initiative de la communication relève du destinataire plutôt que de l'émetteur. Or, la transmission numérique semble bel et bien dirigée vers le public et s'effectuer à l'initiative de l'émetteur par l'entremise, encore une fois, du droit de mise à la disposition qui réconcilie le droit et la technique.

Le droit de reproduction semble lui aussi applicable à la transmission par Internet. Il ne semble y avoir aucun doute que le droit de reproduction s'applique lorsque l'œuvre est téléchargée et reproduite sur le disque dur de l'utilisateur puisqu'il y alors deux exemplaires de l'œuvre alors qu'il n'y en avait qu'un seul au départ. Par ailleurs, le droit de reproduction semble également sollicité lors de la transmission de l'œuvre en continu puisque ce procédé nécessite la reproduction de l'œuvre dans la mémoire vive de l'ordinateur de l'utilisateur.

Quant au régime de licence obligatoire applicable à la retransmission d'œuvre protégée, il n'est pas applicable à la retransmission par Internet en vertu de certaines modifications récentes à la LDA. Ces modifications prévoient tout de même que le gouvernement canadien possède le pouvoir d'imposer un régime de licence obligatoire particulier pour les retransmetteurs par Internet. Le gouvernement n'a toutefois démontré aucune velléité à exercer ce pouvoir dans un avenir rapproché.

Enfin, la distribution d'œuvres cinématographiques par Internet soulève la question récurrente de la titularité initiale des droits d'auteur sur l'œuvre cinématographique. Encore une fois, il s'agit d'explorer les différentes avenues qui s'offrent à nous et de choisir celle qui s'accorde le mieux avec le texte des lois et la réalité pratique de l'industrie.

La possibilité que le producteur soit considéré comme le premier titulaire des droits d'auteur sur l'œuvre cinématographique, bien qu'éminemment pratique, apparaît dépourvue d'assises solides dans le texte de la LDA.

Il faut donc qualifier l'œuvre afin d'enclencher l'application des règles d'identification des auteurs relativement à certains types d'œuvres définies. Deux éventualités s'offrent alors à nous. L'œuvre cinématographique est un recueil ou encore une œuvre créée en collaboration.

La doctrine et la jurisprudence contemporaine semblent d'avis que l'œuvre cinématographique constitue une œuvre créée en collaboration. Cette conclusion nous amène à identifier les véritables créateurs de l'œuvre soit les personnes qui ont travaillé à l'intérieur d'une intimité spirituelle suffisante et qui ont insufflé leur créativité propre à l'œuvre. Le scénariste et le réalisateur font certainement partie de ces personnes. Selon les circonstances, l'auteur de l'œuvre adaptée et le compositeur de la musique pourront également s'ajouter.

Il semble que ces différents auteurs possèdent les droits conférés par la LDA en copropriété indivise. Il est permis de penser que les règles sur la copropriété indivise du CCQ sont applicables.

Par ailleurs, les différents techniciens de la scène qui ont participé à la création de l'œuvre ne semblent pas devoir être retenus à titre d'auteurs de l'œuvre cinématographique en raison de leur rôle de subordination vis-à-vis des véritables créateurs.

Enfin, l'employeur pourra être titulaire initial des droits d'auteurs sur l'œuvre créée par ses employés dans le cadre de leur travail. L'identification d'une véritable relation d'emploi demeure une question de fait et la relation entre le producteur et le réalisateur relèvera habituellement du contrat d'entreprise plutôt que du contrat d'emploi.

Le sujet de la distribution d'œuvres cinématographiques par Internet nous a servi de guide tout au long du travail d'analyse proposé par le présent mémoire. Il nous a entraînés à travers les sentiers connus du droit d'auteur.

J'espère simplement que certaines incursions du présent mémoire pourront contribuer à mieux cartographier certains endroits encore peu fréquentés du droit d'auteur.

TABLE DE LA LÉGISLATION

Canada

Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), C. C-42

Loi sur la radiodiffusion, L.C. 1991, C. 11

Loi portant mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Nord-Américain, L.C. 1993, c. 44

Code civil du Québec, L.Q. 1991, c. 64

Code de procédure civile, L.R.Q., c. C-25

Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., c. P-40.1

États-Unis d'Amérique

Copyright Act, Title 17 of the United States Code

Digital Millennium Copyright Act, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (Oct. 28, 1998)

Digital Performance Rights in Sound Recordings Act, Public Law 104-39, 104th Congress

Grèce

Loi grecque sur le droit d'auteur, 1993 [1/3], loi n° 2121/1993

Irlande

Copyright and Related Rights Act, 2000

France

Code de la propriété intellectuelle, Loi n° 92-597

Royaume-Uni

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Victoria, ch. 3

Copyright, Designs and Patents Act, 1988 (c. 48)

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

Australie

Australian Olympic Committee Inc. c. The Big Fights inc., [1999] F.C.A. 1042.

Dow Jones & Company inc. c. Gutnick, [2002] HCA 56.

Canada

Association canadienne de télévision par câble c. Canada (Commission du droit d'auteur), [1993] 2 C.F. 138 (C.A.).

Association des producteurs de films et de vidéo du Québec c. Syndicat des techniciennes et techniciens du cinéma et de la vidéo du Québec, CRAA, DT-3-88, (7 juillet 1989).

Association des professionnelles et professionnels de la vidéo du Québec c. Syndicat des techniciennes et techniciens du cinéma et de la vidéo du Québec, CRAA, R-28-92 (12 juillet 1993).

ATV Music Publishing of Canada Ltd. c. Rogers Radio Broadcasting Ltd., (1982) 35 O.R. (2d) 417.

Bangoura c. Washington Post, [2004] O.J. n° 671.

Bishop c. Stevens, [1990] 2 R.C.S. 467.

Canadian Admiral Corp. c. Rediffusion inc., [1954] Ex. C.R. 382.

C.A.P.A.C. c. CTV Television Network, [1968] R.C.S. 676.

CCH Canadienne ltée c. Barreau du Haut-Canada, [2004] 1 R.C.S., 339.

Céjibé communication inc. c. Construction Cleary (1992) inc., REJB 1998-08610 (confirmé en appel 500-09-007223-985).

Cité Amérique Distribution inc. c. C.E.P.A. Le Baluchon inc., J.E. 2002-1407 (C.S.)

Corporation de l'école des Hautes Études commerciales de Montréal c. 3178277 Canada inc., R.E.J.B. 1998-07212.

Drapeau c. Girard, Montréal, 500-09-009594-003, (C.A.).

Éditions Chouette (1987) inc. c. Desputeaux, [2003] 1 R.C.S. 178.

Forget c. Speciality Tools of Canada inc., (1995) 62 C.P.R. (3d) 537 (C.A.C.B.).

FWS Joint Sports Claimants c. Canada (Commission du droit d'auteur), [1992] 1 C.F. 487.

Goldner c. Canadian Broadcasting Corp, (1972), 7 C.P.R. (2d) 158 (C.F.).

Lac Express inc. c. Laliberté, J.E. 96-47 (C.A.).

Les Amusements Wiltron c. Jacques Mainville, [1991], RJQ, 1930.

Lifestyle Homes Ltd. c. Randall homes ltd, (1991) 34 C.P.R. (3d) 505.

Matrox Electronic Systems ltd c. Gaudreau, [1993] R.J.Q. 2449.

Mensys Business Solution Centre Ltd. c. MRC de Drummond, [2002] R.J.Q. 765.

Moran c. Pyle, [1975] 1 R.C.S. 393.

Neudorf c. Netzwerk Productions, (2000) 3 C.P.R. 129 (B.C.S.C.).

Netupsky c. Dominion Bridge co., [1972] R.C.S. 368.

Re : Films Rachel inc. (Syndic de), J.E. 95-2103, (C.S.).

SOCAN Statement of royalties 1997 to 2003, Re (1999), 87 C.P.R. (3d) 527.

Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Association canadienne des fournisseurs Internet, [2002] 4 C.F. 3 (C.A.F.).

Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Association canadienne des fournisseurs Internet, [2004] 2 R.C.S. 427.

Tarifs des droits à payer pour la retransmission de signaux éloignés de radio et de télévision en 1990 et 1991, (1990) 32 C.P.R. (3e) 97.

Tarif 22 – Transmission d'œuvres musicales à des abonnés d'un service de télécommunications non visé par le tarif 16 ou le tarif 17, (1999) 1 C.P.R. (4e) 417.

Théberge c. Galerie d'art du Petit Champlain inc., [2002] 2 R.C.S. 336.

Thibault c. Turcot, (1926), 34 R.L.N.S. 415.

Turgeon c. Michaud, J.E. 2003-1299 (C.A.).

Underwriters' Survey Bureau Ltd. c. Massie & Renwick Ltd., [1940] R.C.S. 218

Webb & Knapp c. Edmonton (Ville de), [1970] R.C.S. 588

États-Unis

MAI System Corp. c. Peak Computer inc., 991 F. 2d 511 (9th Cir.1993)

Royaume-Uni

Bookmaker's Afternoon Greyhound Services Ltd. c. Wilf Gilbert (Staffordshire) Ltd., [1994] F.S.R. 723.

Tate c. Thomas, [1921] 1 Ch. 503.

BIBLIOGRAPHIE

Monographies et recueils

Belgique

NORDEMAN, VINCK et HERTIN, *Droit d'auteur international et droits voisins*, Bruxelles, Bruylant

STROWEL, A. et TRIAILLE J.-P., *Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia*, Bruxelles, Bruylant, 1997

Canada

BONCOMPAIN, J., *Le droit d'auteur au Canada*, Montréal, Le cercle du livre de France, 1971

CARRIÈRE, L. et RICHARD, H., *The Copyright Act Annotated, vol. 1*, Toronto, Carswell, 1996

FOX, H., *The Canadian law of copyright and industrial designs*, 2nd edition, Toronto, Carswell, 1967

GOUDREAU, M., *Le guide juridique du droit d'auteur*, Québec, Les Publications du Québec, 1998

HUNDA, S., *Copyright law in Canada*, Toronto, Butterworths, 2002

LÉTOURNEAU, D., *Le droit d'auteur de l'audiovisuel : une culture et un droit en évolution*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1995

TAMARO, N., *Loi sur le droit d'auteur annotée*, 5^{ième} édition, Toronto, Carswell, 2000

TAMARO, N., *Le droit d'auteur, fondements et principes*, Montréal, Les presses de l'Université de Montréal, 1994

TRUDEL, P., *Droit du cyberspace*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1997

VAVER, D., *Copyright Law*, Toronto, Irwin Law, 2000

France

BERGÉ, J.S., *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1996

DESBOIS, FRANÇON et KEREVER, *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, Paris, Dalloz, 1976

DESSEMONTET, F., « Le droit applicable à la propriété intellectuelle dans le cyberspace », *Commerce électronique et Propriétés intellectuelles*, Paris, Litec, 2000

GAUTIER, P.-Y., *Du droit applicable dans le village planétaire, au titre de l'usage immatériel des œuvres*, Paris, D, 1996

JACQUET, J.-M., *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Paris, Économica, 1983

JOSSELIN-GALL, M., *Les contrats d'exploitation du droit de propriété littéraire et artistique*, Paris, Éditions GLN Joly, 1995

LUCAS, A., *Droit d'auteur et numérique*, Paris, Litec, 1998

LUCAS, A. et LUCAS, H.-J., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, Litec, 1994

LUCAS, A. et LUCAS, H.-J., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, Litec, 2001

NGUYEN Duc Long, C., *La numérisation des œuvres, aspects de droit d'auteur et de droits voisins*, Paris, Litec, 2001

RAYNARD, R., *Droit d'auteur et conflits de loi, essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Paris, Litec, 1990

VIVANT, M., *Cybermonde : Droit et droit des réseaux*, Paris, JCP, 1996

Royaume-Uni

GENDREAU, Y., « A technological neutral solution for the Internet : is it wishful thinking? », *Perspectives on intellectual property, Copyright in the new digital environment*, London, Sweet & Maxwell, 2000

Articles de revue

CHALIFOUR, N., «Le droit d'auteur, cet objet de convoitise», *Congrès annuel du barreau du Québec*, Montréal, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, 2001

DELSEY, T., « Le droit d'auteur et la technologie », *Bibliothèque nationale du Canada*, 1998

DESURMONT, T., « Qualification juridique de la transmission numérique », *R.I.D.A.*, 1996, no. 170

DOI, T. « Le traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et la législation japonaise sur le droit d'auteur : analyse comparative », *R.I.D.A.*, 2000, no. 186, p. 155 à 219

GENDREAU, Y., « Le droit de reproduction et l'Internet », *R.I.D.A.*, 1998, no. 178, p. 3 à 82

GENDREAU, Y., "Authorization revisited", *Journal of the copyright society of the U.S.A.*, 2001, no. 48, p. 341

GILKER, S., « Exploitation de contenus protégés par droit d'auteur sur Internet au Canada », *Développements récents en droit du divertissement*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 133

GINSBURG, J., « Les conflits de loi relatifs au droit d'auteur », *Cahiers de droit d'auteur*, no. 18, juillet-août 1989

GINSBURG, J., « Global use / territorial rights : Private international questions of the global information infrastructure », *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, 1995, vol. 42

FRANÇON, A., « La conférence diplomatique sur certaines questions de droit d'auteur et de droits voisins », *R.I.D.A.*, 1997, no. 172, p. 3

LAROSE, F., « L'auteur des œuvres musicales composées pour un film : auteur d'une œuvre dramatique? », *Les cahiers de Propriété intellectuelle*, vol. 15, no. 1, p. 65

LITWAK, M., "Internet distribution the promise and the pitfalls", 2002, http://www.marklitwak.com/int_dist_p&p.html

MOYSE, P.-E., « Droit d'auteur et espace cybernétique: le dernier veau d'or », <http://www.robic.ca>

MOYSE, P.-E., « Le droit d'auteur doit-il être repensé? », *Les Cahiers de Propriété intellectuelle*, vol. 14, no. 2, 2001

MOYSE, P.-E., « Internet, droit des obligations et droit d'auteur », *Repères*, Scarborough, Carswell-Doctrine, 1999, p. 338

MOYSE, P.-E. et GAUTRAIS, V., « Droit des auteurs et droit de la consommation dans le cyberespace: la relation auteur/utilisateur », <http://www.robic.ca>

PÉPIN, R., « Piratage, musique et Internet : la solution se trouve-t-elle dans le modèle américain? », *Lex Electronica*, 2002, <http://www.lex-electronica.org>

PÉPIN, R., «Les droits d’auteur des pigistes s’étendent-ils aux cd-rom et aux banques de données accessibles sur Internet? Commentaire des arrêts *Robertson* et *Tasini* », *Canadian Journal of law and technology*, vol. 1, no. 1, 2002

PLANTE, S., «L’emploi abusif de références au droit d’auteur américain dans les contrats de l’industrie télévisuelle et cinématographique québécoise», *Développements récents en droit du divertissement*, 133, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2000, p. 37

SAMUELSON, P., “Tightening the copyright Noose : Why you should be worried about the white paper on intellectual property rights and the national information infrastructure “, *Wired Magazine*, no. 4.01, 1996

SCHØNNING, P., « Applicable law in transfrontier on-line transmission », *R.I.D.A.*, no. 170, 1996, p. 21

SPURGEON, P., « Chronique du Canada », *R.I.D.A.*, 2000, no. 185

TAMARO, N., « Les journalistes pigistes, le droit d’auteur canadien et le domaine de l’autorisation », *Cahier de propriété intellectuelle*, vol. 12, no. 2, 2000

Documents officiels

APFTQ, *Proposition de l’APFTQ à l’attention du gouvernement fédéral au sujet de la propriété du droit d’auteur sur les œuvres audiovisuelles*, Montréal, 1994.

APFTQ, *Mémoire de l’Association des producteurs de films et de télévision du Québec (APFTQ) à l’intention du gouvernement fédéral au sujet de la phase III des modifications sur le droit d’auteur*, Montréal, 15 septembre 2001.

BERCOWITZ, A., «Legislation applicable to transnational relations between the operators of digital communication systems», *International Unesco Symposium on copyright and communication in the information society*, Unesco, 1997.

BRUNET, C. et KEYES, A.A., *Le droit d’auteur au Canada, Propositions pour la révision de la loi*, Gouvernement du Canada, Consommation et Corporations Canada, 1977.

COMMISSION ROYALE SUR LES BREVETS, LE DROIT D’AUTEUR, LES MARQUES DE COMMERCE ET LES DESSINS INDUSTRIELS, *Rapport sur le droit d’auteur*, Gouvernement du Canada, 1958.

COMMISSION DU DROIT D’AUTEUR DU CANADA, *Rapport annuel*, 2001, <http://www.cda-cb.gc.ca>

COMITÉ CONSULTATIF SUR L’AUTOROUTE DE L’INFORMATION, *Le droit d’auteur et l’autoroute de l’information : Rapport final du sous-comité sur le droit d’auteur*, Ministère des approvisionnements et services du Canada, mars 1995.

DIRECTION DE LA POLITIQUE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE (INDUSTRIE CANADA) & DIRECTION DE LA POLITIQUE DU DROIT D'AUTEUR (PATRIMOINE CANADIEN), *Document de consultation sur les questions de droit d'auteur à l'ère numérique*, 2001, <http://www.strategis.gouv.gc.ca>

DIRECTION DE LA POLITIQUE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE (INDUSTRIE CANADA) & DIRECTION DE LA POLITIQUE DU DROIT D'AUTEUR (PATRIMOINE CANADIEN), *Document de consultation sur l'application de la Loi sur le droit d'auteur pour ce qui est des licences obligatoires de retransmission par Internet*, 2001.

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*, Gouvernement du Canada, Ministère des communications, 1984.

RICHARD, C., *Position du gouvernement du Québec à propos du Livre blanc sur le droit d'auteur De Gutenberg à Télidon*, Québec, Gouvernement du Québec, 1985.

Executive summary, Digital millennium copyright act, section 104 report, http://loc.gov/copyright/reports/studies/dmca/dmca_executive.html

Conférences

DESSEMONTET, F., «Internet, le droit d'auteur et le droit international privé», *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 1996, p. 285

GERVAIS, D., « Le droit d'auteur au Canada : Fragmentation des droits ou gestion fragmentaire? », *Institutions administratives du droit d'auteur*, colloque du CRDP présenté à Montréal les 11 et 12 octobre 2001

PAYETTE, D., «Cherchez l'auteur du film», *Le grand écran et le petit écran en droit d'auteur*, Actes de la journée d'études, Montréal, ALAI Canada, 2003, 5-27