
La nature du droit d'auteur : droit de propriété ou monopole ?

Pierre-Emmanuel Moyse*

Pour un avocat spécialisé en propriété intellectuelle, c'est une tâche laborieuse que de suivre l'inéluctable évolution de la technologie. C'est ainsi que nous en venons à passer outre les plus fondamentales des lignes directrices : les leçons du passé. Les règles de base du droit d'auteur sont inspirées de ce que nous appelons la «propriété ordinaire», ayant ses origines dans les droits romain et civil. Avec une compréhension complète de ces sources directes, nous pouvons anticiper de futures développements des droits d'auteurs. La loi canadienne sur le droit d'auteur a hérité du système anglais — et conséquemment américain — de copyright et du système français de droit d'auteur. Le premier a eu une grande influence sur l'interprétation du droit canadien. La question largement débattue au cours de la dernière décennie est celle de la reconceptualisation des droits d'auteurs, à partir de droits subjectifs et généralement coercitifs, de manière à permettre l'expansion de l'autoroute de l'information. L'histoire nous dira que les choses ne changent pas radicalement et que le modèle de propriété ordinaire demeure l'exemple par excellence d'une construction logique. Cet article met l'accent sur les premières métamorphoses du droit de propriété qui ont graduellement ouvert la voie à l'inclusion des choses intangibles dans ce concept.

For an intellectual property lawyer it is a laborious task to conscientiously follow the inevitable evolution of technology. However in doing so, lawyers are bypassing the most fundamental guidelines: the lessons of the past. The basic principles of copyright are inspired from "ordinary property", with its origin in Roman and Civil Law. It is only through a comprehensive understanding of this primary source that further developments in intellectual property rights can be anticipated. The Canadian *Copyright Act* inherits from both the English — and consequently American — copyright system and the French *droit d'auteur* system. The latter has had a great influence on legal interpretation in Canada. An issue largely disputed over the last decade has been the expansion of the information highway and the requisite rethinking of copyright rules, based on subjective and generally coercive rights. History illustrates that things do not radically change and copyright is an example where the ordinary property model remains a perfect example of a logical construction. This article examines the early metamorphosis of the property right, and the gradual encompassing of incorporeal objects within it.

* Étudiant au doctorat sous la direction du professeur Ysolde Gendreau ; LL.M en propriété intellectuelle, Faculté de droit, Université de Montréal ; DESS droit des affaires, Faculté de droit, Université de Besançon, France ; Diplôme intégré de droit franco-allemand des affaires, Faculté de droit, Université de Mayence, Allemagne. L'auteur tient à remercier les professeurs Ysolde Gendreau et Ejan Mackaay pour leurs commentaires et suggestions sur les versions antérieures de ce texte.

© Revue de droit de McGill

McGill Law Journal 1998

Mode de référence : (1998) 43 R.D. McGill 507

To be cited as: (1998) 43 McGill L.J. 507

Introduction

I. L'assimilation du droit d'auteur à un droit de propriété

A. *La controverse*

1. Les théories du droit de propriété ordinaire
2. La critique de Renouard
3. Les théories personnalistes

B. *La distinction entre la propriété matérielle et la propriété incorporelle*

1. Le concept de propriété en droit romain
2. Le recours à une classe distincte de droits patrimoniaux
 - a. *Le droit d'invention*
 - b. *Die Immateriallegüterrechte*
 - c. *Le droit de clientèle*

II. La réception de ces théories par la jurisprudence et le droit positif : une première approche de droit comparé

A. *La jurisprudence et le droit positif français*

B. *La jurisprudence et le droit positif anglais*

1. Le particularisme de la notion de propriété en droit anglais
2. Droit de propriété ou monopole : l'enjeu de la distinction
 - a. *Le common law copyright : les affaires Millar et Donaldson*
 - b. *L'affaire Wheaton : la Cour suprême des États-Unis sur les traces de la décision Donaldson*
 - c. *Les nuances du droit canadien*
 - i. Quelques éléments d'historique législatif
 - ii. La nature du droit d'auteur canadien

Conclusion : monopole ou propriété

Introduction

À une époque où l'on s'essouffle à rester au fait des dernières innovations technologiques, une halte s'impose. En retournant sur les chemins de l'histoire du droit d'auteur, il nous vient un sentiment d'apaisement, d'accalmie. Celui-là même qui vous prend lorsque, exacerbé par le tumulte de la rue, vous fermez votre fenêtre. Le progrès, cet adolescent de la science humaine, se tient devant nous, gageur, turbulent. Il nous fait souvent oublier l'origine des choses et, pour ce qui nous concerne, la genèse du droit d'auteur. Il suffit alors de se retourner, de lever les yeux vers les siècles passés et il nous prend l'envie irrésistible de s'isoler, pour un temps au moins, de la cacophonie technologique. L'histoire, c'est le devenir au présent. En comprenant notre passé nous sommes capables d'appréhender l'avenir. La règle de droit acquiert ainsi sa permanence et sa justesse. L'histoire du droit c'est découvrir le pourquoi de la règle, c'est retrouver un instant les valeurs et le mode de vie de nos ancêtres ainsi que l'interprétation qui en était faite par les juristes d'alors. L'histoire du droit d'auteur c'est comprendre comment la science juridique s'est formée autour d'un objet incorporel — l'oeuvre. Le modèle sacro-saint de la propriété ordinaire joue ici un rôle fondamental puisqu'il a servi de tuteur à l'élaboration des règles de ce que l'on nomme aujourd'hui la propriété intellectuelle.

Jusqu'au début du XIX^e siècle, l'idée d'une propriété incorporelle était difficilement soutenable. Les préjugés qui collèrent à l'idée de propriété traditionnelle, deux fois séculaires, furent difficilement contournables. Les travaux de Gaïus et de Justinien, et les exégèses que leurs successeurs en firent, menèrent à une même conclusion : les choses incorporelles, parce qu'elles se prêtent mal à l'appropriation, ne peuvent pas faire l'objet d'un droit de propriété ordinaire. Ces principes forgèrent le socle rigide des droits subjectifs de nature patrimoniale¹.

Avec l'imprimerie, l'industrie du livre se mit progressivement en place. Les oeuvres allaient désormais pouvoir être reproduites avec une facilité croissante, ce qui permettait aux éditeurs et aux imprimeurs d'espérer une augmentation proportionnelle de leurs gains. De leur côté, les auteurs s'inquiétèrent. L'imprimante rythmait les perspectives de profit des seuls éditeurs². L'auteur qui se sentit alors spolié, dépossédé, se réclama de son droit sur le fruit de son esprit. C'est l'évolution des rapports entre l'auteur et l'entrepreneur qui fait la complexité de cette étude. Le législateur a dû

¹ En théorie civiliste, un droit subjectif est «une prérogative reconnue à une personne par le droit objectif pour la satisfaction d'un intérêt personnel», G. Cornu, *Droit civil : introduction : les personnes les biens*, 6^e éd., Paris, Montchrestien, 1993 à la p. 26.

² Il faut ajouter toutefois que les premiers livres imprimés étaient pour la plupart des livres d'auteurs inconnus ou des oeuvres collectives rédigées le plus souvent par des religieux. On citera la Bible comme exemple ainsi que de nombreux ouvrages d'enseignement. Voir L.R. Patterson, *Copyright in Historical Perspective*, Nashville, Vanderbilt University Press, 1968 à la p. 5. Ainsi la notion même d'auteur était fort différente. Au XVI^e siècle, la transmission de l'information se faisait principalement oralement. Il n'était donc pas toujours évident d'attribuer à un seul auteur la paternité de telle ou telle pensée. Ce n'est qu'à partir du XVIII^e siècle que la notion d'auteur se personnalisa pour ensuite se cristalliser dans l'individualisme des Lumières.

encourager le premier sans entraîner le second dans la déconfiture. L'histoire du droit d'auteur et du copyright est oeuvre de compromis.

Nous verrons dans un premier temps les disconvenances conceptuelles engendrées par l'adaptation du concept de propriété aux produits intellectuels. L'histoire du droit d'auteur français vue à travers la notion de propriété est très représentative. Nous en suivrons donc principalement son évolution tout en soulignant les éventuelles convergences qui peuvent apparaître avec l'histoire du copyright (Partie I). Cela nous permettra de dégager la notion de monopole née des théories utilitaristes anglaises (Partie II).

I. L'assimilation du droit d'auteur à un droit de propriété

Le problème de savoir si le droit d'auteur est un droit de propriété s'est présenté à plusieurs reprises dans l'histoire du droit d'auteur et du copyright. Les avatars du mot même de «propriété», à travers l'évolution du droit positif, révèlent assez bien d'ailleurs l'enjeu que présente le choix terminologique. En matière de législation, deux événements principaux retiendront notre attention³. Le premier nous transporte au temps de la Révolution française ; il s'agit des deux décrets-lois de 1791 et 1793⁴. Le second est l'adoption, le 10 avril 1709, de la loi d'Anne⁵ qui — et c'est ici son titre honorifique — doit être considérée comme l'an un du droit positif en matière de droit d'auteur⁶. Le titre de la loi est très explicite: «An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies, During the Times therein Mentioned»⁷. Il n'est donc pas fait allusion à une quelconque propriété. Le choix des mots n'est jamais arbitraire quand il émane de la plume d'un juriste.

Le décret-loi de 1791 traite du droit de représentation, celui de 1793 du droit de reproduction. Ainsi, dans un Paris léché par les flammes, au milieu de luttes fratricides que ponctue l'incessant mouvement de la guillotine, le droit d'auteur est consa-

³ Nous omettons volontairement, pour l'instant, l'étape fondamentale que réalisèrent les rédacteurs de la Constitution américaine de 1787 en y insérant une importante disposition sur le droit d'auteur. Nous y reviendrons plus loin dans notre étude.

⁴ Pour une lecture historique du contenu de ces deux décrets-lois, voir O. Laligant, «La Révolution française et le droit d'auteur ou pérennité de l'objet de la protection» (1991) 147 R.I.D.A. 3.

⁵ (R.-U.), 8 Anne, c. 19.

⁶ Patterson précise : «[t]he enactment of 1709 was the first *Parliamentary* English copyright act, except for the ordinances during the Interregnum; and it was the first copyright act without provisions for censorship» (*supra* note 2 à la p. 12). Pour une étude de droit comparé, voir J. Seignette, *Challenges to The Creator Doctrine*, Boston, Kluwer, 1994 au c. 1.

⁷ Sur l'historique de la loi d'Anne, voir L.R. Patterson et S.W. Lindberg, *The Nature of Copyright*, Athens (Georgia), University of Georgia Press, 1991 à la p. 27 et s. Plus généralement, sur le fondement du droit d'auteur, voir B. Sherman et A. Strowel, dir., *Of Authors and Origins*, Oxford, Clarendon Press, 1994. Voir également J. Feather, *History of Books and Libraries: Two Views*, Washington, Library of Congress, 1986 ; J. Feather, *A History of British Publishing*, Londres, Groom Helm, 1988 ; A. Birrell, *Seven Lectures on The Law and History of Copyright in Books*, South Hackensack (New Jersey), Rothman Reprints, 1971.

créé. Le juriste français parlera d'une véritable propriété mais ses mots sont teintés d'un romantisme et d'une gravité proprement français ; il ne faudra pas l'oublier. La loi du 19-24 juillet 1793 est relative aux droits de *propriété* des auteurs d'écrits en tout genre, des compositeurs de musique, des peintres et des dessinateurs⁹.

⁸ Le décret-loi du 19 juillet 1793 fut voté en même temps que de nombreux arrêts qui envoyèrent des savants comme Lavoisier à l'échafaud. Quelle ironie du sort : au moment où l'on consacre les génies, on leur coupe la tête ! Les deux décrets révolutionnaires se rattachent à la philosophie de la Déclaration des Droits de l'Homme et ont été adoptés dans l'esprit d'une démocratie représentative, même si, précise Kéréver, «le décret de 1793 relatif au droit de reproduction intervient moins de trois mois après les journées du 31 mars et du 2 juin 1793 qui virent l'humiliation de la Convention, contrainte par les canons de quelques sections parisiennes d'exclure de son sein les principaux députés girondins régulièrement investis par le suffrage universel, et environ un an avant la réaction thermidorienne» (A. Kéréver, «Révolution française et droit d'auteur» (1989) 141 R.I.D.A. 3).

⁹ Sur l'histoire du droit d'auteur en France, voir A.-C. Renouard, *Traité des droits d'auteurs*, t. 1, Paris, Renouard, 1838. Voir également M.-C. Dock, *Étude sur le droit d'auteur*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1963 ; H. Huard, *Traité de la propriété intellectuelle*, t. 1, Paris, Marchal et Billard, 1903. Voir plus généralement, E. Pouillet, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, 2^e éd., Paris, Marchal et Billard, 1894 ; R.L. Dawson, *The French booktrade and the «permission simple» of 1777: Copyright and public domain*, Oxford, Voltaire Foundation, 1992 ; H. Falk, *Les privilèges de librairie sous l'ancien régime : étude historique du conflit des droits sur l'œuvre littéraire*, Genève, Slatkine Reprints, 1970. Dès les premiers jours de la Révolution française, la liberté des théâtres fut très vivement proclamée. Une députation d'auteurs dramatiques vint à la barre de l'Assemblée constituante pour présenter une pétition demandant la reconnaissance corrélatrice de leurs droits à autoriser la représentation de leurs œuvres. L'article 4 de cette pétition proposait l'adoption de la disposition suivante : «les ouvrages des auteurs vivants ne pourront être représentés sur aucun théâtre public, dans toute l'étendue du royaume, sans leur consentement formel et par écrit» (Renouard, *ibid.*, vol. 1 à la p. 304). Par la suite, d'autres auteurs demandèrent la reconnaissance des droits d'auteurs. De leur côté, les comédiens français tenaient à conserver leur répertoire souvent acquis par contrats à titre onéreux avec les auteurs eux-mêmes. À l'appui de leurs revendications, ils diffusèrent un extrait des registres de la Comédie dans lequel était signifié l'achat des œuvres. On pouvait y lire par exemple : «28 juin 1778. Cession par madame Denis : «je soussignée légataire et héritière de tous les biens et manuscrits de M. de Voltaire, mon oncle, je cède et abandonne en toute propriété à MM. les Comédiens français tous les honoraires que je suis en droit de prétendre, soit pour le présent, soit pour l'avenir, des représentations de feu mon oncle»» (Renouard, *ibid.* à la p. 307). Le 13 janvier 1791, le texte de loi fut voté et sanctionné par le roi le 19 janvier en reproduisant presque à la lettre l'article 4 de la pétition. Le droit d'auteur était né, mais seulement au profit des auteurs dramatiques. En réponse à cette adoption, les comédiens faisaient des conditions plus dures aux auteurs, ce qui constituait une sorte de veto de représentation et une pratique se développa de reproduire sur du papier une pièce dont la représentation était autorisée dans un théâtre. Beaumarchais écrivit alors à l'Assemblée législative un texte à l'appui d'une seconde pétition : «[j]e veux profiter du succès d'un de mes ouvrages (*Le Mariage de Figaro*) qu'on désirait jouer en province pour travailler à la réforme du plus grand de tous les abus, celui de représenter les ouvrages sans rien payer à leurs auteurs» (Renouard, *ibid.* à la p. 320). Le 24 juillet 1793 une deuxième loi fut votée posant les bases du système français actuel. Son article premier stipule : «[I]es auteurs d'écrits en tous genre[s], les compositeurs de musique, les peintres et les dessinateurs qui feront graver des tableaux ou dessins jouiront durant leur vie entière du droit exclusif de vendre, faire vendre, distribuer leurs ouvrages dans le territoire de la République et d'en céder la propriété en tout ou partie.» En posant ces principes généraux, la loi ne disait pas en quoi pouvait consister la contrefa-

La controverse fut alors de savoir, au-delà de l'emprunt terminologique de la notion de propriété, si le droit d'auteur pouvait être régi par la théorie générale de la propriété. Les systèmes continentaux furent en effet très marqués par les conceptions figées du code napoléonien, conceptions elles-mêmes reprises du droit romain. Il suffit de lire le *Code civil français* pour se rendre compte qu'il est avant tout un recueil de lois pour le petit propriétaire foncier¹⁰. Le droit romain a également inspiré les systèmes de common law, mais le copyright s'est détaché bien plus de la notion de propriété pour trouver sa légitimité dans la notion plus économique de monopole. Est-ce à dire que l'influence du droit romain s'estompe avec la distance qui sépare le bassin méditerranéen du Royaume-Uni ?

Au début du XVIII^e siècle, la France fut le berceau d'une riche émulation. De nombreux juristes et penseurs se donnèrent comme mission de dégager, de légitimer ce droit naissant. L'histoire des idées juridiques françaises nous servira donc de trame principale. L'assimilation du droit d'auteur à un droit de propriété fut d'abord l'objet d'une passionnante controverse (chapitre A). Nous montrerons ensuite que toutes les recherches sur la nature de droit d'auteur ont servi à la fois la jurisprudence et le législateur. Les juristes ont ainsi réussi à dégager plus nettement, mais au fil d'un long processus, la catégorie des droits sur un bien incorporel (chapitre B).

A. La controverse

La nécessité de reconnaître un droit aux auteurs sur leurs oeuvres est apparue très tôt. Seulement, jusqu'au XVIII^e siècle, rares étaient les textes qui pouvaient répondre à cette attente. Le seul modèle de droit subjectif connu à l'époque était celui de la propriété ordinaire. Son régime était bien établi et il semblait possible de l'étendre aux créations intellectuelles. On parla alors de «propriété» littéraire et artistique, rappelant par là l'identité de nature et de régime des propriétés corporelles et incorporelles (1). Renouard, le premier, critiqua cette analogie (2). Il fut rejoint par les personnalistes dont les théories ont permis de dégager la nature particulière du droit d'auteur (3).

çon en dehors de la reproduction entière d'une oeuvre. Pour une excellente et exhaustive étude historique, voir Renouard, *ibid.* aux pp. 299-338.

¹⁰ Commentant le Code Napoléon, J.-M. Boileux écrit «[I]l est de propriété, cette base fondamentale des États civilisés, est donc au-dessus de toute constitution : méconnaître un tel principe, ce serait nier la société elle-même : le législateur peut réglementer la propriété, mais il ne peut la détruire : son autorité ne va pas jusque-là» (*Commentaire sur le Code Napoléon*, t. 2, 6^e éd., Paris, Marescq Aîné, 1866 à la p. 653). Le *Code civil français* avait d'ailleurs introduit, dans son livre deuxième, traitant «[d]es biens et des différentes modifications de la propriété», la loi du 11 mars 1957 relative à la propriété littéraire et artistique. À titre de comparaison, le *Code civil du Québec* ne réalise pas ce rattachement, mais certains articles concernant expressément la propriété intellectuelle y ont été insérés. L'article 458, qui règle le sort des biens incorporels dans la société d'acquêts entre époux, énonce que «[I]es droits de propriété intellectuelle et industrielle» sont des biens propres. Seuls les fruits et les revenus qui en proviennent sont acquêts. L'article 909 concerne, quant à lui, les biens dans leurs rapports avec ce qu'ils produisent. Après avoir énoncé que les biens se divisent en capitaux et en fruits et revenus, le législateur précise la place des droits de propriété intellectuelle : «[I]l est capital comprend aussi les droits de propriété intellectuelle et industrielle».

1. Les théories du droit de propriété ordinaire

Faut-il parler de *propriété* intellectuelle ? Au XIX^e siècle, l'ensemble de la doctrine française, encore très enflammée par les idéaux des révolutionnaires¹¹, estimait que la propriété littéraire et artistique était, somme toute, une application particulière de la propriété¹². Pourtant, on ne parla pas encore de propriété incorporelle. Le milieu artistique de l'époque se mobilisa pour soutenir cette doctrine et des auteurs de renommée plaidèrent d'une plume éloquente leur droit à une véritable propriété. Les écrivains de cette époque se contentèrent pour la plupart de paraphraser l'opinion de Diderot : «l'auteur est propriétaire de son oeuvre ou alors personne n'est maître de son bien»¹³. Tous, comme un seul homme, sanctifiant le lien naturel entre l'auteur et son oeuvre, brandirent l'étendard de la propriété, modèle et mère de tous les droits subjectifs. En ces temps bouleversés, les mots semblaient alors dépasser les idées. La doctrine anglaise ne disserterait pas avec autant de véhémence sur la notion de propriété.

On soutiendra que l'éclosion précoce de la société pré-industrielle en Angleterre donna cette inclination proprement économique au copyright. L'histoire du copyright aurait en effet ceci de particulier que ce fut les libraires et non les auteurs qui se

¹¹ Lors de la discussion du projet de loi devant l'Assemblée nationale, le rapporteur Le Chapelier fit cette désormais célèbre remarque : «[l]a plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, et si je puis parler ainsi, la plus personnelle des propriétés, est l'ouvrage fruit de la pensée d'un écrivain ; cependant c'est une propriété d'un genre tout différent des autres propriétés» (Renouard, *supra* note 9 à la p. 309). Cette phrase nous éclaire-t-elle sur la nature du droit d'auteur français ? Le professeur Jane Ginsburg rapporte que cette citation est trop souvent sortie de son contexte : pour elle, l'idée principale exprimée par Le Chapelier dans son discours est celle du domaine public et non pas celle du droit naturel de l'auteur. Commentant la célèbre formule de Le Chapelier, Mme Ginsburg écrit : «[b]ut he said it respecting unpublished works. Once disseminated, Le Chapelier went to assert, the manuscript is "give[n] over [to] the public [...] by the nature of things, everything is finished for the author and the publisher when the public has in this way [through publication] acquired the work"» (J. Ginsburg, «A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America» (1990) 64 Tul. L. Rev. 991 aux pp. 1006-07). On rapprochera cette distinction entre l'oeuvre publiée et l'oeuvre non publiée avec l'analyse qui sera faite un peu plus loin des décisions *Millar c. Taylor* (1774), 4 Burr. 2408, 98 E.R. 251 [ci-après *Millar*] et *Donaldson c. Becket* (1769), 4 Burr. 2303, 98 E.R. 201 [ci-après *Donaldson*].

¹² Sur ce point, voir C. Colombet, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 1994 aux pp. 12-15.

¹³ Cité dans Colombet, *ibid.* à la p. 12. Cette phrase et tant d'autres que l'on trouve dans les manuels, ont contribué à véhiculer une image erronée de l'histoire du droit d'auteur en France. Nous rappellerons seulement ici que Diderot était grand défenseur des libraires parisiens. Dans ce sens, Mme Dock note, après d'extensives et objectives remarques : «[i]l est curieux de voir ce champion de la liberté se faire l'interprète des libraires parisiens, c'est-à-dire du monopole et de l'usurpation, dans la lutte qui les opposait aux partisans de la liberté et du droit» (Dock, *supra* note 9 à la p. 123). Le professeur Strowel ajoute que ce sont les libraires parisiens qui avaient chargé Diderot de rédiger un texte afin de présenter leurs doléances au directeur de la Librairie. Un autre grand acteur dans cette affaire de la fin du XVIII^e fut Condorcet, qui estimait que les privilèges sont nuisibles au progrès des Lumières. Voir A. Strowel, *Droit d'auteur et copyright : divergences et convergences*, Bruxelles, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993 à la p. 88.

réclamèrent du droit de propriété¹⁴. Si l'on s'arrêtait ici dans l'analyse des deux systèmes, on pourrait aisément conclure à une évidence trompeuse : c'est certain, le copyright est assurément détourné de l'acte de création et ce, au profit de l'agent économique, l'éditeur. Tout nous porte alors vers des conclusions hâtives. On pourrait dire, en effet, que la nature économique du copyright tient tout simplement à l'influence des libraires dans l'élaboration de ce droit. Ainsi, par comparaison, le droit d'auteur de conception française porterait en lui l'aura d'un respect quasi métaphysique de la protection de l'art, enfant chéri et sacré du génie. Point s'en faut ! L'histoire du droit d'auteur et celle du copyright vue à travers la notion de propriété sont fort similaires. De chaque côté de la Manche, ce sont les libraires qui ont avancé à l'appui de leurs prétentions l'idée de la propriété, l'idée d'un droit naturel de l'auteur sur son oeuvre, afin de recueillir après cession de l'oeuvre par contrat les prérogatives principales : celles de perpétuité et d'exclusivité. M. Kéréver, poursuivant l'analyse, écrit :

[a]insi donc, le droit d'auteur né de la Révolution française, loin d'être d'essence personnaliste, est surtout inspiré par des considérations juridico-économiques. C'est le XIX^{ème} siècle qui, par la jurisprudence consacrée par la loi du 11 mars 1957, va tirer le droit d'auteur vers son aspect personnaliste [...] C'est dire que le droit d'auteur dessiné par la Révolution française ne se distingue guère du droit d'auteur anglais ou américain¹⁵.

Pourquoi alors utiliser le vocable «propriété» si lourd de signification ? À supposer que l'emploi de l'expression «propriété littéraire et artistique» fut appropriée, encore fallait-il justifier les différences entre cette «propriété» particulière et la propriété ordinaire. Le professeur André Lucas relève notamment qu'il n'a jamais été sérieusement soutenu que, à l'instar du droit du propriétaire, le droit de l'auteur puisse être perpétuel¹⁶. Ce serait instaurer une exclusivité perpétuelle aux dépens des intérêts du public¹⁷ et plus généralement de la diffusion de la culture à travers l'humanité. Si cette appréciation nous semble scientifiquement exacte aujourd'hui, elle appelle quelques précisions que l'histoire nous commande de considérer.

En France comme en Angleterre, et dès l'invention de l'imprimerie (1436) puis du papier (1440), les privilèges permettaient au prince de contrôler, par la censure, la diffusion des idées et de régler la concurrence entre les membres d'un corps de métier

¹⁴ Mark Rose rappelle qu'ironiquement ce sont les libraires par qui les procès arrivèrent:

[i]ronically, authors themselves were conspicuously absent from the formal proceedings in which this process of elaboration occurred. Tonson, Collins, Millar, Taylor, Donaldson, and Becket — all the principals in "the great cause concerning literary property" — were booksellers» (M. Rose, «The Author as Proprietor: *Donaldson v. Becket* and the Genealogy of Modern Authorship» dans Sherman et Strowel, *supra* note 7, 23 à la p. 32).

¹⁵ Kéréver, *supra* note 8 à la p. 4.

¹⁶ Voir A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, Litec, 1994 à la p. 31 ; voir aussi Strowel, *supra* note 13 à la p. 96 ; G. Davies, *Copyright and the Public Interest*, Munich, Max Planck Institute, 1994 à la p. 21

¹⁷ Voir généralement Davies, *ibid.*

naissant¹⁸. S'organisant en corporations, bientôt les libraires des deux capitales contrôlèrent le marché, au grand dam des libraires de province¹⁹. Ceux-ci protestèrent vivement. Ils remirent en cause la reconduction des privilèges qui aurait encore une fois bénéficié au cartel des plus puissants. C'est à cette occasion — que l'on appelle souvent «la bataille des éditeurs» — que l'argument de la propriété légitime de l'auteur sur sa création fut défendu avec ferveur. Parallèlement, le XVIII^e siècle vit apparaître la tendance des gens de lettre, et ce de manière de plus en plus pressante, de réclamer ce qui leur était légitimement dû²⁰. Les auteurs ne tardèrent pas à faire leurs arguments des avocats des éditeurs.

L'avocat Louis d'Héricourt, dont les mémoires furent publiées en 1720, s'appliqua à défendre les libraires parisiens, et ce faisant, avança cette nouvelle théorie qui reposait sur la propriété de l'oeuvre intellectuelle. Tout son raisonnement était fondé sur la dialectique suivante : l'écrivain est propriétaire de son oeuvre et c'est cette propriété toute entière que l'auteur transmet, avec tous ses attributs, à l'éditeur, le principal attribut étant la perpétuité. Il écrit :

[s]i les productions littéraires tiennent le premier rang entre toutes celles dont les hommes sont capables par rapport aux avantages qu'ils en tirent, elles doivent se communiquer pour l'intérêt commun. Si elles doivent se communiquer, il faut que les auteurs les puissent faire passer à d'autres par le canal de la vente ou de l'échange; donc, les productions littéraires sont au nombre des choses qui tombent dans le commerce comme les autres productions de l'industrie; et par une conséquence nécessaire, les lois du royaume auxquelles le commerce et l'industrie ont donné lieu pour assurer l'état des conventions, des citoyens, doivent être singulièrement appliquées à celles qui se font entre les auteurs et les libraires. Or, il n'est pas douteux que le propriétaire d'une chose, en la faisant passer à un autre par le canal de la vente et de l'échange, transmet au nouveau

¹⁸ C'est William Caxton qui introduit l'imprimerie en Angleterre en 1476. Caxton avait à l'époque l'appui de la dynastie des York. Il est intéressant de noter que ses affaires ont prospéré sans l'aide de la Couronne. Le premier privilège accordé en Angleterre date du 15 mai 1518. Il fut accordé pour une durée de sept années, par le doyen de l'Université d'Oxford, alors chancelier d'Angleterre, à l'imprimeur. Le privilège était limité géographiquement au domaine de l'Université d'Oxford et à ses alentours. Il s'agissait d'un commentaire de *L'éthique* d'Aristote. Voir E. Armstrong, *Before Copyright*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990 à la p. 10. Pour les premiers développements du copyright, voir E.S. Drone, *A Treatise on the Law of Property in Intellectual Productions in Great Britain and the United States*, South Hackensack (New Jersey), Rothman Reprints, 1972.

¹⁹ Mme Davies écrit : «[a]s in England, it was the booksellers who first invoked the rights of the authors in a dispute which pitted the booksellers of Paris against those of the provinces, who argued that prolongations of privileges were contrary to the public interest» (*supra* note 16 à la p. 75).

²⁰ On remarque encore jusqu'au XVIII^e siècle l'absence de législation spécifique. Les intérêts pécuniaires de l'auteur restaient dans la sphère des conventions particulières entre l'auteur et l'éditeur. Le droit tel que nous le pensons aujourd'hui n'avait pas encore sa place. Mme Dock écrit : «[s]uivant les termes de Ihering, le droit est un intérêt juridiquement protégé. Or, cet intérêt n'existait pas toujours.» Voir Dock, *supra* note 9 aux pp. 41-48, 83-85. Voir également l'intéressante analyse de E. Earle, «The Effect of Romanticism on the 19th Century Development of Copyright Law» (1991) 6 I.P.J. 269. M. Earle note qu'à partir du XVIII^e siècle le rôle de l'artiste devint de plus en plus important : «the Romantic poets were living in a time of revolution, both in France and the United States, and saw the importance of art as a tool for the expression of popular discontent» (*ibid.* à la p. 283).

possesseur les mêmes droits qu'il avait sur la chose dont il se dépouille [...] Donc, un libraire qui a acquis un manuscrit [...] et obtenu un privilège pour l'imprimer doit demeurer perpétuellement propriétaire du texte de cet ouvrage [...]»²¹.

Les auteurs s'emparèrent très vite du raisonnement de l'avocat : il n'était pas question de conférer *ad vitam aeternam* à un libraire unique le monopole d'exploitation d'une oeuvre. En 1750, Lamoignon de Malesherbes, nommé directeur général de la Librairie, prit à coeur les revendications de ces derniers, et rédigea un mémoire dans lequel il défendit la propriété littéraire des auteurs. Il reprit la thèse de Louis d'Héricourt pour défendre cette fois les auteurs. Les oeuvres étant le fruit de leurs génies, il n'est pas convenable de les en déposséder. L'auteur doit disposer de son oeuvre comme il l'entend²².

Un schéma parfaitement identique peut être retrouvé dans l'évolution des idées en Angleterre et notamment dans les arguments avancés par les avocats des *stationers* de Londres. Les travaux des économistes et des philosophes anglais de cette période donnèrent nombre d'idées nouvelles, qui servirent à soutenir des thèses souvent opposées. La théorie de la propriété sur la production intellectuelle fut notamment inspirée par les travaux de Locke. Le travail intellectuel, pareillement au travail manuel, fort de son caractère hautement personnel, justifie la place d'un droit de propriété au profit de l'auteur²³. Les théoriciens de la propriété traditionnelle ne manquèrent pas de reprendre la théorie pour défendre leur cause. Acollas exposa que «[t]oute valeur est la propriété de celui qui l'a produite par son travail intellectuel ou manuel»²⁴. Ainsi donc, au XVIII^e siècle un large courant doctrinal faisait sienne la théorie de la propriété sur les oeuvres de l'esprit.

Cependant, on s'est aperçu très tôt en France que cette propriété était plus complexe et bien différente de la propriété classique telle qu'elle est exposée dans l'article 544 du code civil²⁵. La jurisprudence française du début du XIX^e siècle sanctionnait

²¹ Cité dans Dock, *ibid.* aux pp. 116-17.

²² Voir *ibid.* à la p. 124.

²³ Sur l'influence de Locke en France, voir Strowel, *supra* note 13 aux pp. 185-87. Le professeur Strowel rappelle que Sieyès, qui déposa le premier projet postérieur à la Révolution en matière de propriété littéraire, s'inspira des idées de Locke. Sieyès écrit : «[l]a propriété de sa *personne* est le premier des droits. De ce droit primitif découle la propriété des *actions* et celle du *travail* [...]» (*ibid.* à la p. 186).

²⁴ Cité dans P. Recht, *Le Droit d'Auteur, une nouvelle forme de propriété*, Gembloux, J. Duculot, 1969 à la p. 49. Acollas est l'auteur d'un ouvrage important au XIX^e siècle intitulé *La propriété littéraire et artistique*. Cet ouvrage fut publié en 1886. Il ne fait aucun doute que les travaux de Locke aient été à l'origine des conceptions d'Acollas.

²⁵ L'article 544 du *Code civil français* énonce que «[l]e droit de propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements». Ripert faisait remarquer que le droit de propriété tel que le code civil le définit ne s'applique qu'aux choses corporelles. Parce qu'il ne faut pas «être dupe des mots», il ajoutait que l'on parle de propriété intellectuelle pour rappeler qu'il existe des biens incorporels susceptibles d'appropriation. Voir M. Planol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. 3, 2^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952 à la p. 566. Ripert notait également

les atteintes diverses au droit d'auteur sur le visa de l'article 1382 du même code. Cet article pose le principe de la responsabilité délictuelle : «[t]out fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.» On imagine alors la difficulté de caractériser la faute et le dommage et, en particulier, d'estimer le préjudice subi. Le recours à la théorie générale de la responsabilité délictuelle ne rendait pas compte de la particularité de la matière et, surtout, il ne fixait pas le droit dans un droit positif. Il s'agissait là souvent de constructions prétoriennes qui trouvèrent leur accomplissement dans la théorie de la concurrence déloyale²⁶. On comprendra donc qu'à défaut de règles spécifiques, la première tendance des juges fut d'appliquer les règles du régime de la propriété réelle²⁷.

Le mouvement ne tarda pas à s'inverser. Les fondements des théories en faveur de l'assimilation à la propriété ordinaire furent contestés par une partie importante de la doctrine. On se souvient que le législateur révolutionnaire ne s'était guère soucié de la terminologie, et employa le mot propriété dans le corps des textes législatifs de 1791

«la difficulté de concilier le droit de propriété sur le meuble corporel, manuscrit, tableau, statue, avec le droit reconnu à l'auteur» (cité par B. Castell, *L'épuisement du droit intellectuel en droits allemand, français et communautaire*, Paris, Presses universitaires de France, 1989, p. 85).

²⁶ Les sphères juridiques tracées par le droit d'auteur et par le droit de la concurrence se recoupent souvent. Le professeur Christian Le Stanc qui commente le projet de loi de M. Jacques Godfrain sur les «créations réservées» note : «an action for unfair [competition] [...] can be instituted with the appropriate requirements but, as Roubier notes, in the absence of grievances distinct from those imputable under the heading of possible infringement of a right, an action of this kind could not provide fall-back protection» et citant Roubier, Le Stanc poursuit : «there is no offence, even a minor one, in the reproduction of objects which are not protected, otherwise it would be possible to reconstitute the exclusive right in another form» (C. Le Stanc, «Intellectual Property on Procrustes' Bed: Observations on a French Draft Bill for the Protection of "Reserved Creations"» (1992) 14 E.I.P.R. 438).

²⁷ Un arrêt de la Cour de cassation de 1842 jugea que la vente d'un tableau devait être assimilée à celle de tout autre objet. Un peu plus tard elle proposa une définition du droit d'auteur qui témoigne de l'influence des tenants de la propriété ordinaire sur la jurisprudence : «[l]a propriété littéraire et artistique, essentiellement mobilière, a le même caractère et doit avoir le même sort que tout autre genre de propriété, moins la limitation que l'intérêt public a fait apporter à sa durée. Une telle propriété est meuble dans sa valeur principale comme dans ses produits et doit comme tel accroître l'actif de la communauté.» Cass., 16 août 1880, D.P. 1881.I.25 [ci-après *Masson*]. Dans cette affaire, il s'agissait de savoir si une composition littéraire devait tomber dans la communauté légale et faire partie de l'actif de la communauté, à la suite de la mort de son auteur ou du conjoint. Nous ne résistons pas à la tentation de citer un extrait d'un commentateur rapportant l'exposé du conseiller Latour devant la Cour : «[p]uisque la propriété littéraire et artistique est mobilière, et que les époux sont communs en biens, il est clair que l'oeuvre du mari tombe dans la communauté ; sans doute, cette oeuvre de la pensée est la plus personnelle de toutes ; mais tandis que le mari était occupé à ses compositions, la femme se dévouait, de son côté, aux soins du ménage, à l'éducation des enfants [...]. Le mari a reçu ses soins, il en a joui, il en a profité. La femme doit aussi avoir son lot dans l'honneur et l'émolument des oeuvres de son mari. C'est le digne prix de sa préférence pour lui» (*ibid.* à la p. 28). Les cours inférieures avaient également jugé en ce sens. La cour d'appel de Bourges dans un jugement du 14 juin 1844 parle d'un «droit exclusif de propriété» D.P. 1846.II.41. La Cour de Paris dans un jugement de 1853 fait allusion au droit naturel de l'auteur. Le juge énonce que «la création d'une oeuvre littéraire ou artistique constitue, au profit de son auteur, une propriété dont le fondement se trouve dans le droit naturel et des gens, mais dont l'exploitation est réglementée par le droit civil» (Paris, 8 décembre 1853, D.P. 1854.II.25).

et 1793²⁸. Dans ce feu d'artifice d'idées, il fallait bien accrocher la loi à une cocarde quelconque ! Le mot «propriété» passait pour être tout à fait approprié. Il illustrait suffisamment et le retour au droit naturel romain qui portait l'aura d'un âge d'or révolu et l'idéologie libérale dégagée par la philosophie des Lumières. Sans propriété, point de salut donc. Le législateur révolutionnaire voulut mettre au-dessus de toute discussion les droits nouveaux qu'il venait d'adopter. Pour casser le moule des privilèges, il fallut non seulement vivre la nuit du 4 août qui marque symboliquement la fin de l'Ancien Régime, mais encore poser les fondements d'un droit égalitaire et universel. C'est dans ces excès de mots que le droit d'auteur a été acclamé et salué comme un droit de propriété, aussi incontestable que le droit naturel²⁹. Se référant à cette période, Desbois notait : «[c]'est par un abus de langage que, sous l'influence des courants où le sentiment tenait plus de place que la pensée, l'expression "littéraire et artistique" était jadis d'un usage courant»³⁰.

En revanche, dès le milieu du XIX^e siècle, le sort du vocable de «propriété» appliqué à la matière fut assez incertain. À cause des questions qu'il engendrait, il disparut des textes législatifs et réglementaires³¹ et la Cour de cassation cessa de l'employer en 1887³². Il ne réapparaîtra en France qu'avec l'adoption de la loi de 1957³³. La controverse influença également la rédaction du texte initial de la *Convention de*

²⁸ La loi de 1791 énonce notamment dans son article 5 que «les héritiers ou cessionnaires des auteurs seront propriétaires de leurs ouvrages, durant l'espace de cinq années après la mort de l'auteur.» L'article 2 parle également de «propriété publique». La loi de 1793 est relative aux droits de «propriété» des auteurs d'écrits en tout genre, des compositeurs de musique, des peintres et des dessinateurs.

²⁹ M. Daniel Bécourt commentant cette période de l'histoire, écrit : «[c]'en est fini du privilège qui n'est pas un droit, mais "une grâce fondée en justice". Certes, selon l'expression du temps, demeurant néanmoins à la discrétion du prince, voici en effet que la *souveraineté* sans partage d'un monarque de droit divin se voit transmise à la nation, et en même temps, substituée par celle du créateur-démiurge, investi à son tour d'un droit inviolable et sacré» (D. Bécourt, «La Révolution française et le droit d'auteur pour un nouvel universalisme» (1990) 143 R.I.D.A. 231 à la p. 259).

³⁰ H. Desbois, *Le droit d'auteur*, 1^{re} éd., Paris, Dalloz, 1950 au n° 232.

³¹ Voir Recht, *supra* note 24 aux pp. 54-56. L'auteur relève trois causes principales : le terme était devenu impopulaire à un moment où le prolétariat réclamait des mesures sociales ; de nombreux commentateurs soulignaient qu'il ne fallait pas perdre de vue le caractère sacré de la production intellectuelle, production qui est par essence différente de la production industrielle pour laquelle la notion de propriété était fort utile ; enfin, certains craignaient qu'en qualifiant le droit d'auteur de droit de propriété, on négligeait l'ensemble des prérogatives morales.

³² Voir Cass., 25 juillet 1887, D.P. 1888.I.1 [ci-après Cass., 25 juillet 1887]. Voir Colombet, *supra* note 12 à la p. 12. Cet arrêt a été rendu un an après la signature de la *Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques*, 9 septembre 1886, R.T. Can. 1948 n° 22, 828 R.T.N.U. 221 [ci-après *Convention de Berne*]. Et c'est certainement dans cet esprit que les juges ont précisé que «[l]es droits d'auteurs et le monopole qu'ils confèrent, désignés d'ordinaire sous la dénomination de propriété littéraire, ne constituent pas, à proprement parler, une propriété ; ils confèrent seulement aux personnes qui en sont investies le privilège exclusif d'une exploitation commerciale temporaire».

³³ *Loi n° 57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique*, J.O., 14 mars 1957, 99, Gaz. Pal. 1957.1^{sem}.Lég.199. Cette loi renoue avec la terminologie traditionnelle. Le mot «propriété» revient à plusieurs endroits dans le corps de la loi, notamment à l'art. 1, al. 1 (art. L. 111-1, al. 1 C.P.I.) et aux art. 10, 12 et 13 (art. L. 113-3 à L. 113-5 C.P.I.).

Berne³⁴. Elle visa dans sa rédaction initiale la «protection» des oeuvres littéraires et artistiques³⁵. Cette expression résulte d'un compromis entre les conceptions française — alors peu certaine de la terminologie de «propriété» littéraire et artistique — et allemande — *Urheberrecht*, qui signifie droit d'auteur. La notion de propriété n'apparaîtra que plus tard, en 1967, à l'occasion de la création de l'O.M.P.I.³⁶ et notamment dans le corps du texte fixant ses fonctions. Il était expressément rappelé que l'O.M.P.I. se devait d'«encourager l'activité créatrice, [de] promouvoir la protection de la propriété intellectuelle à travers le monde»³⁷.

Ce fut Renouard, éminent juriste du XIX^e siècle, qui fit l'étude la plus complète sur la nature du droit d'auteur. C'est à l'occasion de ces développements détaillés qu'il critiqua l'emploi du mot «propriété».

2. La critique de Renouard

Renouard fut l'un des premiers à s'opposer à ce qu'il appelle le «vieux emploi» du mot «propriété». Son analyse mérite d'être exposée. Pour Renouard, l'auteur, l'écrivain, les artistes devaient recevoir un juste prix pour le service qu'ils rendaient à la société. La société devenait alors redevable de cet apport, qui devait être évalué en termes d'utilité sociale³⁸. Corrélativement, l'obligation de payer l'auteur devenait une dette sociale. L'artiste échangeait donc son travail contre des objets matériels dont d'autres avaient la propriété. Renouard écrit : «[l']auteur, en émettant des pensées qui pourront marquer leur sceau sur la matière, a permis à l'industrie de fabriquer des livres et de créer ainsi des objets appropriables, destinés à accroître des richesses individuelles»³⁹.

Renouard fut un fervent adversaire de la théorie du droit de propriété ordinaire⁴⁰ si bien qu'il fut même l'un des premiers à employer l'expression «droit d'auteur». Selon

³⁴ *Supra* note 32. Sur l'histoire de la *Convention de Berne*, voir S. Ricketson, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, Londres, Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College, 1987.

³⁵ En fait, le texte du 9 septembre 1886 porte le nom de *Convention de Berne concernant la création d'une Union internationale pour la protection internationale des oeuvres littéraires et artistiques*. Voir sur ce point H. Desbois, A. Françon et A. Kéréver, *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, Paris, Dalloz, 1976 aux pp. 10-12.

³⁶ Organisation mondiale de la propriété intellectuelle.

³⁷ Desbois, Françon et Kéréver, *supra* note 35 à la p. 58.

³⁸ Nous pouvons ici faire un parallèle avec les réflexions de Ripert, qui soulignera plus tard la fonction sociale de la propriété, sans pour autant dénier au droit de propriété son caractère subjectif. Citant notamment d'éminents scientifiques comme Duguit et Josserand, il s'accorde à dire avec eux que l'évolution du droit de propriété va dans le sens de l'amoindrissement de sa valeur, soit en limitant son exercice, soit en soustrayant à son emprise des biens économiquement importants. Voir Planiol et Ripert, *supra* note 25 à la p. 15. La notion de fonction sociale est selon nous reprise en droit d'auteur sous l'idée de l'intérêt du public.

³⁹ Renouard, *supra* note 9 à la p. 460.

⁴⁰ Renouard écrit encore que «[l]e respect pour la propriété est l'une des bases de l'ordre social ; mais ce n'est pas la base unique sur laquelle l'ordre social repose» (*ibid.* à la p. 457).

lui, et en s'appuyant sur les préceptes kantien⁴¹, les productions de l'esprit sont des choses insusceptibles d'appropriation. Bien au contraire, la transmission des idées au public est une des conditions essentielles du progrès de l'humanité toute entière. On ne saurait soutenir que le droit d'auteur puisse avoir le caractère de perpétuité, condition et corollaire de la propriété ordinaire. Malgré tout, et c'est là un point très révélateur de la formation des idées de l'époque, il admettait que la vente d'un livre n'avait pas les mêmes effets que celle d'une propriété ordinaire. Bien plus encore, il mettait en garde de ne point confondre le livre matériel et le contenu intellectuel du livre⁴². Renouard refusait seulement de voir en une production intellectuelle l'objet d'un droit de propriété. Pour en arriver à cette position, il commença à démontrer que la pensée de l'homme n'est pas susceptible d'appropriation. La pensée est tout simplement propre à chaque homme. On ne peut l'en déposséder. Il en déduisit que l'acceptation légale de propriété, si elle ne pouvait s'appliquer à la pensée elle-même, ne pourrait pas s'appliquer à une portion de celle-ci. En parlant de portion, il désigna les oeuvres de l'esprit. Ainsi seule la matière dans laquelle «la forme de la pensée aura été imprimée»⁴³ pouvait, selon lui, faire l'objet de ce droit.

Renouard combattait l'idée de propriété d'une chose, selon lui «inappropriable», avec d'autant plus de conviction qu'il y voyait l'appauvrissement de l'humanité toute entière. Cela lui semblait pure utopie. Les productions de l'intelligence sont comme le feu ou l'eau : elles sont universelles, nul n'est censé en être propriétaire⁴⁴. Pierre Recht dira que Renouard confondait le fondement du droit avec sa nature⁴⁵. Quoi qu'il en soit, toutes les réflexions de cette époque mèneront à cette conclusion que le droit de propriété classique était insuffisant pour rendre compte de l'ensemble des prérogatives dont on cherchait à garantir les auteurs. Dans la seconde moitié du XIX^e siècle apparut un courant de pensées qui tenta de faire dériver toutes ces prérogatives d'un droit de la personnalité : il s'agit des théories dites personalistes.

3. Les théories personalistes

Ces théories semblent avoir été inventées uniquement pour contredire le système de propriété traditionnelle, et notamment, comme le relève le professeur André Lucas,

⁴¹ «Kant, in formulating a general theory of authorship norms, relied on a somewhat less expansive view of self-expression. He observed that authors expressed their own thoughts, though not necessarily their personalities, in their "discourse". For Kant, authors had no property right in such self-expression, that is, no right such as might be claimed in tangible things or land, but they did have some right to control the communication of resulting texts» (P.E. Geller, «Must Copyright Be For Ever Caught between Marketplace and Authorship Norms ?» dans Sherman et Strowel, *supra* note 7, 158 à la p. 168).

⁴² Voir Renouard, *supra* note 9 à la p. 449.

⁴³ *Ibid.* à la p. 456.

⁴⁴ Le juge Yates, dans l'arrêt *Millar c. Taylor*, *supra* note 11, qui sera étudié plus loin, fait les mêmes remarques que Renouard. Voir également le développement que fait Renouard à ce sujet. Renouard, *ibid.* aux pp. 441-54. Il faudra attendre Fichte et la philosophie de la forme pour dégager l'idée que l'expression d'une pensée peut faire l'objet d'un droit exclusif.

⁴⁵ Voir Recht, *supra* note 24 à la p. 52.

afin d'éviter de faire tomber les compositions intellectuelles dans le régime des biens corporels mobiliers⁴⁶. Comme souvent, l'élaboration de nouvelles théories emporte une critique raisonnée des opinions en place.

Berthaud (1869) et Morillot (1878)⁴⁷, notamment, affirmaient que le droit de reproduction ne s'identifie pas avec le droit de propriété du manuscrit. Ils justifiaient cette proposition de façon très intéressante. Puisque les règles du droit de propriété réelle ne permettaient pas d'appréhender le droit de l'auteur sur son oeuvre, ils se tournèrent vers une autre catégorie de droit contenue dans le Code napoléonien : les droits de la personnalité. Les idées sont indissociables de la personne qui les produit. Si quelqu'un, d'aventure, cherche à se les approprier, il ne viole pas une propriété, mais un droit de la personnalité. Il y a donc non pas contrefaçon, mais violation des droits de la personne et atteinte à sa liberté. «La contrefaçon», disait Berthaud, «n'est pas une atteinte aux biens des auteurs, à leur patrimoine ; elle est une atteinte à leur personne, à leur liberté ; elle n'est pas un vol, elle est une violence»⁴⁸. Le droit d'auteur était ainsi assimilé à un droit de la famille ou de nationalité.

En Allemagne, et suite aux travaux de Kant⁴⁹, on vit apparaître de semblables théories. En particulier, Otto Gierke développa la théorie de l'*Urheberpersönlichkeitsrecht*. Gierke ne séparait pas nettement les droits de la personnalité des droits patrimoniaux. Ce qui est certain, c'est que les intérêts matériels et les intérêts moraux — composantes essentielles du droit d'auteur — rentraient dans les droits de la personnalité. Voici comment Gierke caractérisait ces droits :

[I]es droits de la personnalité sont de leur nature intransmissibles. Il est toutefois possible de céder à un tiers l'exercice, voire la substance, de certains d'entre eux, totalement ou partiellement. [...] Quand un transfert a lieu, le droit

⁴⁶ Voir A. et H.-J. Lucas, *supra* note 16 à la p. 29, n. 185. Également, à titre d'illustration, voir l'affaire *Masson*, *supra* note 27.

⁴⁷ Morillot va plus loin que Berthaud : il passe même pour être l'inventeur du terme de droit moral. Pour lui, le droit de publication n'est que l'exercice de sa liberté personnelle. Le droit de l'auteur a un fondement purement moral.

⁴⁸ Cité par P. Roubier, «Droits intellectuels ou droits de clientèle» (1935) R.T.D. civ. 251 à la p. 272.

⁴⁹ Selon le professeur Troller, Kant était partisan d'un droit de la personnalité de l'auteur. Pour Kant, en effet, l'éditeur s'adresse au public au nom de l'auteur, au moyen de chaque exemplaire de son ouvrage. Troller ajoute que c'est le prestige de Kant et non sa connaissance en droit qui servit à répandre cette théorie. Voir A. Troller, «Réflexions sur l'*Urheberpersönlichkeitsrecht*» (1960) D.A. 304 à la p. 305. Il serait malhonnête de lire dans les textes de Kant une réelle théorie des droits de propriété intellectuelle. Chacun trouve dans la philosophie ce qu'il veut bien y voir. Certains parallèles peuvent effectivement être faits entre la théorie de Renouard et la pensée de Kant mais il faut se garder d'aller plus loin. Renouard, à la suite de Locke, parle de travail et d'utilité sociale. Kant au contraire justifie la propriété privée par l'idée d'une possession empirique des choses. L'homme s'inscrit dans ce rapport personne-chose comme juridiquement maître (*Herr*) du monde extérieur. Pour lui, la propriété privée n'est d'aucune manière fondée sur le travail. «Pour Kant, ce n'est pas, contrairement à Locke, et plus tard à Hegel, l'élaboration de l'objet, sa transformation par le travail qui légitime la propriété privée, mais le seul fait de la prise de pouvoir volontaire de l'objet, et de la durée de cette prise de pouvoir. Kant est certes libéral, mais d'un libéralisme archaïsant» (A. Tosel, *Kant révolutionnaire*, Paris, Presses universitaires de France, 1988 aux pp. 55-56).

personnel passe avec lui à un autre titulaire et devient pour celui-ci un droit inhérent à sa personne. En cas de transfert constitutif, un nouveau droit personnel naît de celui qui reste à l'aliénateur; ce nouveau droit accroît le pouvoir personnel de l'acquéreur et se trouve à l'égard du droit de l'aliénateur dans un rapport analogue à celui qui existe entre un droit réel restreint et le droit de propriété⁵⁰.

L'analogie avec la propriété pleine et ses démembrements est intéressante. Dans l'esprit de Gierke, le droit principal sur la chose immatérielle restait une prérogative de l'auteur, mais il pouvait en céder des attributs. Le droit exclusif du créateur était de disposer de sa publication et de sa reproduction. Par disposer, on entend assurément la liberté de céder à un tiers — l'éditeur — et selon des conditions prédéterminées le ou les droits d'exploitation de l'ouvrage. Dans cette conception, le droit d'auteur a pour objet l'oeuvre intellectuelle, prolongement de la personne de l'auteur. Si pour lui le droit d'auteur est un droit de la personnalité, il n'en est pas moins vrai qu'il a pour ultime fonction de rendre à son titulaire la maîtrise sur un objet incorporel. Le professeur Troller souligne que la terminologie retenue par Gierke — *Urheberpersönlichkeitrecht* — mène à des malentendus. Il aurait été plus juste d'employer, en lieu et place, l'expression de «propriété intellectuelle»⁵¹. Les droits de la personnalité, tels que compris par Gierke, étaient d'acception très large, ce qui lui permettait d'y envelopper les prérogatives résultant des droits patrimoniaux⁵².

En cette fin du XIX^e siècle donc, aussi bien en France, en Belgique ou en Allemagne, on constate un bouillonnement sans précédent d'idées à travers lesquelles il est bien difficile de s'y retrouver à moins d'être historien du droit. Ce n'est pas notre prétention. Nous nous sommes attardés à relever les idées qui fondaient les applications possibles de la notion de propriété au droit d'auteur. Les théories personnalistes ont permis de souligner l'impropriété du concept de propriété classique en matière d'oeuvres de l'esprit. Elles ont proposé une solution et ont participé activement au développement de la propriété intellectuelle qui, on ne peut le nier, reste la plus personnelle de toutes les propriétés. On notera également que les théories personnalistes sont d'origine continentale, les juristes anglais s'étant peu intéressés à la question.

Toute cette effervescence intellectuelle n'a eu pour objectif que de mieux cerner le développement des industries nées de l'exploitation des produits incorporels. Or, cet effort s'est heurté à l'immobilisme des idées qui sont figées dans de stricts concepts. Celui de la propriété était l'un d'entre eux. Ainsi, les juristes les plus brillants, habitués à ne voir la propriété que sous forme palpable, tangible, se sont difficilement

⁵⁰ O. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, Leipzig, 1895 à la p. 708. Traduction du professeur Troller, *ibid.* à la p. 305.

⁵¹ Voir *ibid.* à la p. 310.

⁵² La conception de Gierke entre dans la conception dite moniste du droit d'auteur. Dans celle-ci — aux antipodes de la conception dualiste — l'oeuvre après sa publication n'est pas une valeur économique; elle est l'émanation de la personnalité de son auteur. Les profits nés de l'exploitation entreront dans un patrimoine — comme les dividendes d'une action — mais le droit restera inséparable de la personnalité de l'auteur. Dans la conception dualiste, dès la publication, un droit de nature patrimoniale apparaît. Les prérogatives pécuniaires et morales se développent plus ou moins distinctement. Voir Desbois, *supra* note 30 au n° 222.

accoutumés à la reconnaître sous une forme immatérielle. Encore aujourd'hui, de nombreux arrêts illustrent la confusion, trop fréquente, entre la propriété du support de l'oeuvre et celle de l'oeuvre⁵³.

B. La distinction entre la propriété matérielle et la propriété incorporelle

La distinction entre la propriété matérielle et la propriété incorporelle est relativement moderne dans l'élaboration des normes juridiques. Si, à juste titre, elle révèle un corps de règles spécifiques, et indépendant du régime de propriété traditionnelle, il ne faut pas croire qu'elle soit le fruit d'un phénomène stochastique ! Après la découverte de l'imprimerie au XV^e siècle, il fallut organiser la commercialisation des livres. Partout en Europe, des privilèges accordés par les princes fondèrent le droit de l'auteur ou de l'éditeur⁵⁴. Plutôt que de droit d'auteur, il faut parler de privilèges de librairies⁵⁵. Ces concessions accordées par le prince permettaient à un imprimeur de revendiquer un droit exclusif de reproduction. Il fallut attendre cependant la fin du XVIII^e siècle pour que la guerre entre les libraires fasse éclater au grand jour les intérêts que la matière mettait en jeu. Le manuscrit était le seul et unique objet de droit, si bien qu'une fois cédé à l'éditeur, il lui appartenait de plein droit. Cette propriété, pleine et absolue, n'a jamais été contestée. La tradition suivait simplement les règles classiques de la vente mobilière. Cependant, aussi parfaite qu'elle eut été, cette propriété ne suffisait pas pour contrôler le marché du livre car les exemplaires tirés du manuscrit original pouvaient être régulièrement achetés et ensuite recopiés puis réimprimés par un concurrent. Les livres ainsi réalisés n'étant ni le manuscrit lui-même, ni un bien sur lequel l'éditeur pouvait réclamer son droit de propriété. L'éditeur bénéficiait tout au plus d'un avantage de première publication, étant le seul à posséder

⁵³ Voir *Aliments Krispy Kernels Inc. c. Morasse* (28 janvier 1993), Arthabaska 415-05-000185-909, 415-05-000130-905, J.E. 93-736 (C.S.) où la Cour supérieure du Québec fut récemment saisie d'une affaire concernant la titularité du droit d'auteur sur un programme d'ordinateur. Le conflit opposait un employeur et son employé. Pour régler cette question de droit d'auteur, la Cour décida que l'original devait revenir au créateur (l'employé) et les copies à l'employeur, évitant de statuer sur la question de savoir à qui appartenait l'oeuvre reproduite dans chacune des disquettes. «L'employé a droit aux disquettes originales et l'employeur aux copies».

⁵⁴ D'ailleurs, selon Roubier, ce privilège permettait à celui qui l'invoquait de bénéficier d'un avantage économique, mais toujours révocable par le prince. Il s'agissait donc d'une véritable faveur qui dérogeait au droit commun. Les droits intellectuels furent ainsi limités par le pouvoir régalien. «Il n'en est pas moins vrai, cependant, que c'est de ces privilèges que devaient naître un jour les droits intellectuels [...]» (Roubier, *supra* note 48 à la p. 252).

⁵⁵ Voir en droit français, l'historique de M.-C. Dock dans «Privilèges et contrefaçon» (1964) 42 R.I.D.A. 91. Voir également la reproduction d'un privilège de 1523 accordé pour dix années par le Roi François I^{er} à Geoffroy Tory pour l'édition du Champ Fleury, (1964) 43 R.I.D.A. 153. Si effectivement les privilèges de librairie apparaissent en Europe à la même époque, cette uniformité de faits n'efface pas les particularismes. Ainsi, en Angleterre, par exemple, il était possible d'obtenir du roi le droit d'imprimer tous les livres d'une même catégorie. Richard Tottel bénéficia en 1553 d'un tel privilège pour les livres de Common Law. Voir J. Feather, «From Rights in Copies to Copyright: The Recognition of Authors' Rights in English Law and Practice in the Sixteenth and Seventeenth Centuries» (1992) 10 Cardozo Arts & Ent. 455 aux pp. 456-57.

l'original. Le concurrent pouvait reproduire l'oeuvre ne faisant l'objet d'aucun droit exclusif de reproduction par ses propres moyens. C'est pour cela que les éditeurs — les libraires — allaient très vite réclamer un monopole d'exploitation sur ce qui fait la valeur du livre cette fois : son contenu. On mettait ainsi en relief la nécessité de déterminer le régime juridique de l'objet incorporel. Ce fut là une étape importante dans la génération d'un droit spécifique distinct du droit sur le support. Pour comprendre le lent processus de création du droit d'auteur, il faut revenir au temps des anciennes civilisations. Nous croyons, en effet, que le concept romain de propriété ou de *dominium*, fortement ancré dans la possession physique d'une chose, est une des causes principales de la consécration tardive d'un droit d'auteur, d'un droit sur une chose incorporelle, et ce, aussi bien dans les systèmes de copyright que dans les systèmes continentaux (1). L'héritage du droit romain est effectivement présent dans l'ensemble des sociétés modernes⁵⁶. Pour asseoir la place des droits de propriétés intellectuelles à côté des autres droits plus classiques, certains juristes ont proposé de créer une catégorie distincte de droits patrimoniaux (2).

1. Le concept de propriété en droit romain

Certains historiens rapportent qu'à l'époque du règne des Ptolémées (323 à 30 av. J.-C.), dans la Rome Antique, celui qui copiait une oeuvre d'un auteur célèbre était immédiatement jugé au même titre qu'un vulgaire voleur et expulsé de la cité⁵⁷. Y avait-il un quelconque germe de propriété intellectuelle ? Sans rentrer dans les débats autour de la date de l'origine du droit d'auteur, nous soulignerons qu'en ces temps reculés, l'auteur ne créait pas pour la simple reconnaissance populaire. Un système embryonnaire de droits et de privilèges lui permettait d'être rémunéré, sinon de bénéfi-

⁵⁶ Concernant l'influence du droit romain sur les civilisations modernes, voir R. David, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, Paris, Sirey, 1948. L'auteur écrit notamment : «[l]e droit romain, par exemple, a été plus ou moins ouvertement utilisé à diverses époques pour combler les lacunes de la common law, et aujourd'hui encore il n'est pas rare de voir invoquer le Digeste et citer Papien à la barre d'un tribunal anglais [...]» (*ibid.* à la p. 159). Les auteurs s'accordent à reconnaître ce trait de nos systèmes modernes. La civilisation gréco-romaine n'a pas seulement produit un corps de pensée sur le monde, mais également un art du droit, c'est-à-dire la création de normes en vue de l'organisation d'un certain type de société. Il ne faut pas oublier la part importante que prit l'Église dans la diffusion du droit romain. Le christianisme fut, dans ce sens, l'outil de sa propagation, de l'Allemagne à l'Italie, de la France à l'Angleterre et plus tard, au-delà de l'Atlantique. Pour un aperçu très intéressant sur ce point, voir M. Villey, *Le droit romain*, Paris, Presses universitaires de France, 1964.

⁵⁷ Voir les propos de H.C. Streibich, cités par M. Vukmir, dans «The Roots of Anglo-American Intellectual Property Law in Roman Law» (1992) 32 I.D.E.A. 123 à la p. 132. Certains commentateurs et historiens du droit iront même jusqu'à dire que certains Institutes avaient pour rôle de garantir la protection de la propriété intellectuelle. À titre d'exemple, on mentionnera l'anecdote d'Aristophane le grammairien. Aristophane siégeait un jour parmi d'autres juges, afin de décerner un prix récompensant le meilleur essai littéraire en l'honneur des Muses et d'Apollon. Il se prononça en faveur du plus faible des candidats. Il prouva, en effet, par la suite que les ouvrages des autres écrivains étaient des copies serviles d'oeuvres préexistantes. Ainsi, nombre des contrefacteurs furent condamnés pour vol et chassés hors de la cité. D'autres exemples sont rapportés par M.-C. Dock, «Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire» (1974) 79 R.I.D.A. 127.

cier d'un statut de faveur auprès du prince. Mme Marie-Claude Dock infère cette proposition de quelques témoignages, que l'histoire apporte jusqu'à nous :

[s]'agissant des honoraires d'auteur, Cicéron, dont la correspondance est une source de renseignements les plus précis et les plus sûrs sur la société romaine, nous laisse présumer que des conventions relatives à l'édition de ses oeuvres étaient conclues entre lui et son éditeur Atticus⁵⁸.

On relève durant cette période une réelle volonté de protéger le développement des arts dans la cité, mais l'idée même de propriété intellectuelle ne semble pas avoir sa place dans l'ordre juridique interne. L'idée de propriété en droit romain est celle de *dominium*⁵⁹, terme qui désigne à la fois le droit et la chose⁶⁰. Dans l'état primitif de ce droit, les choses étaient au premier occupant. Ce n'est que par la suite que la propriété est devenue non plus un fait naturel mais un droit, consacrant ainsi, indépendamment de la détention, un rapport juridique légitimant le pouvoir d'une personne sur une chose. Il n'est alors pas surprenant qu'entre les multiples formes d'accession à la propriété⁶¹, la première soit l'acquisition par l'*occupatio* : elle constitue un droit naturel sur une chose matérielle⁶². À l'image de Cicéron, la majorité des philosophes romains

⁵⁸ Dock, «Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire», *ibid.* à la p. 135.

⁵⁹ C'est d'ailleurs à tort que Stewart introduit la notion de propriété intellectuelle comme donnant un *dominium* sur une oeuvre : «[t]he subject of the property is incorporeal, it gives a *dominium* over the work, [...]» (S.M. Stewart, *International Copyright and Neighbouring Rights*, 2^e éd., Londres, Butterworths, 1989 à la p. 4). En effet, l'utilisation de ce terme romain mène directement à une amphibologie. À aucun moment les glossateurs n'ont rapporté la possibilité d'un *dominium* sur une chose incorporelle.

⁶⁰ Sur la propriété et le droit romain, voir généralement A.-E. Giffard, *Précis de droit romain*, t. 1, 4^e éd., Paris, Dalloz, 1953 aux pp. 324-426 ; Villey, *supra* note 56 aux pp. 79-84 ; C. Accarias, *Précis de droit romain*, t. 1, 4^e éd., Paris, Pichon, 1886 aux n^{os} 199-209.

⁶¹ Accarias en compte sept : la mancipation, l'*in jure cessio*, la tradition, l'usucapion, l'adjudication, la loi et l'occupation. Selon Gaïus, seules l'occupation et la tradition appartiennent au droit des gens, c'est-à-dire au droit naturel. Voir Accarias, *ibid.* au n^o 219. Justinien écrit : «[L]es choses peuvent appartenir aux particuliers de différentes manières. Il y en a dont on acquiert la propriété par le droit naturel, [...] ; d'autres dont on acquiert la propriété par le droit civil. Il est évident que le droit naturel est le plus ancien, puisqu'il est né avec l'humanité : au lieu que les lois civiles n'ont commencé d'exister que lorsqu'on a commencé à former des villes [...]» (Justinien, *Institutes*, t. 2, trad. par M. Hulot, Paris, Behmer et Lamont, 1806 au titre I, para. 11).

⁶² L'occupation est particulière car elle porte sur des choses qui n'appartiennent à personne. Ce postulat posé par le droit romain est accepté par les théoriciens du droit comme par ceux des sciences politiques. Pour Rousseau, par exemple, il s'agit de la première des conditions nécessaires pour l'acquisition d'un droit de propriété. Il écrit dans son *Contrat social* :

[e]n général, pour autoriser sur un terrain quelconque le droit de premier occupant, il faut les conditions suivantes. Premièrement que ce terrain ne soit encore habité par personne ; secondement qu'on n'en occupe que la quantité dont on a besoin pour subsister ; en troisième lieu qu'on en prenne possession, non par une vaine cérémonie, mais par le travail et la culture, seul signe de propriété qui à défaut de titres juridiques doive être respecté d'autrui (J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, Paris, Hachette, 1972 au c. 9 «Du domaine réel» à la p. 191).

estimait que seules les choses matérielles ont une existence véritable⁶³. Pour cela, quoique la distinction entre les choses corporelles et les choses incorporelles fut déjà connue, elle n'avait que peu d'incidence⁶⁴. Gaius, puis Justinien, reprirent cette classification sans pour autant déterminer précisément ses conséquences. On relèvera seulement que, pour ces penseurs, le domaine des choses incorporelles était de l'esprit humain. Si cette façon large de les comprendre peut convenir à un philosophe, elle ne peut satisfaire le jurisconsulte.

L'idée de possession physique, de possession réelle, est si fortement imprimée dans l'esprit du législateur romain qu'elle empêche toute exégèse hasardeuse quant à l'existence d'un droit de propriété immatérielle⁶⁵. Cette idée fera son chemin jusqu'à nous⁶⁶. On aurait pu croire cependant que l'effervescence et la richesse de la vie culturelle gréco-romaine aient fait la part meilleure aux artistes de l'époque. L'éminent historien Ladas relève l'apparent paradoxe d'une société de droit, qui prône le développement des sciences sans apporter à leur géniteurs les moyens d'une protection spécifique : «[i]t seems strange that the idea of property in literary work, as distinguished from that in manuscript, had not been developed at the time»⁶⁷.

Les actions prévues par les lois romaines ne concernaient pas la revendication d'un droit sur une chose incorporelle, loin s'en faut. Seule l'action *rei vindictio per-*

⁶³ Voir Dock, *supra* note 9 à la p. 15 ; A.C. Yen, «Restoring the Natural Law: Copyright as Labor and Possession» (1990) 51 Ohio State L.J. 517 à la p. 523.

⁶⁴ Le professeur Troller note que «ces *res incorporales* ont pour substrat immédiat des biens corporels ou des choses équivalentes comme l'argent ou certaines prestations (par exemple le travail) ; elles confèrent des droits sur des choses corporelles préexistantes. [...] Tous les biens désignés par le terme *res incorporales*, de la servitude personnelle jusqu'à l'enseignement d'un professeur ou la direction d'un orchestre par un chef (ces activités étant prises en elles-mêmes, abstraction faite de la création intellectuelle qui est à leur origine et qui constitue une valeur en soi), sont soumis aux lois du monde corporel [...]» (K. Troller, *Manuel du droit suisse des biens immatériels*, t. 1, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1992 à la p. 19).

⁶⁵ Cette remarque doit être nuancée. Les philosophes grecs, et notamment sous l'égide des pensées aristotéliennes, avaient déjà fait la distinction entre les choses corporelles et les choses incorporelles. Cette distinction fut reprise plus tard en droit romain. Gaius, notamment, écrit dans son titre réservé au droit des choses que «les choses sont ou corporelles ou incorporelles. Sont corporelles celles que l'on peut toucher; exemples: un terrain, un individu, un vêtement, de l'or, de l'argent, [...] ; sont incorporelles les choses qu'on ne peut toucher, telles que les choses qui consistent en un droit, comme une succession, un usufruit [...]» (Gaius, *Institutes*, trad. par J. Reinach, Paris, Les belles lettres, 1950). Voir également Villey, *supra* note 56 à la p. 72. L'élaboration ingénieuse d'une classification bipartite entre les choses corporelles et les choses incorporelles appelle tout de même une réflexion : comment se fait-il que ces savants juristes n'ont placé dans cette seconde catégorie que des droits et non la création intellectuelle elle-même ?

⁶⁶ Les exemples sont nombreux, en droit anglais, voir W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 2, Londres, Apollo Press, 1813, c. 26 aux pp. 375-82. Voir également chez les économistes anglais, J. Bentham, *Lectures on Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 1978 aux pp. 81-83.

⁶⁷ S.P. Ladas, cité par Vukmir, in *Roman Law*, *supra* note 57 à la p. 134. Ladas illustre ses propos avec des exemples explicites : «[i]f Titius has written a poem, a history or an oration, on your paper or parchment, you, and not Titius, are the owner of the written paper».

mettait à celui qui se trouvait dépossédé de sa chose de revendiquer son droit exclusif. Par celle-ci, on réclamait non pas le droit en lui-même, mais directement et corporellement la chose⁶⁸. Le droit de propriété se fonde en quelque sorte dans la chose elle-même⁶⁹. On comprendra alors, peut-être, que les choses incorporelles, loin de toute perception physique, furent exclues de telles actions. Ce n'est plus la chose elle-même que l'on réclame, ni même un droit d'utilité comme il a été reconnu avec les servitudes et l'usufruit notamment, mais un droit exclusif sur une abstraction⁷⁰, sur une chose hors du sensible. En d'autres termes, pour le droit romain, la chose matérielle, soumise totalement au droit réclamé, représente le droit. Par extension, on dit ma maison, mon stylo... *A contrario*, il ne peut y avoir de droit sur une chose incorporelle puisqu'elle ne permet pas d'en donner une représentation concrète. L'empreinte de la possession matérielle empêche toute construction juridique nécessaire à la justification des règles du droit d'auteur. Le niveau d'abstraction n'est pas encore suffisant. En témoignent ces réflexions de Gaïus, qui, dans un des rares passages de son oeuvre,

⁶⁸ Voir Gaïus, *supra* note 65, t. IV, 16.

⁶⁹ Un ensemble de rites et de coutumes accompagnait la revendication d'une propriété devant un tribunal. Notamment, le demandeur qui revendiquait sa propriété apportait la chose, objet du litige, ou un morceau de la chose (par exemple quelques pierres ou une motte de terre) devant le jury et devait clamer la formule célèbre : «je dis que cette terre est mienne en vertu des droits des Quirites». On parlera par la suite du droit quiritaire. Ce droit, très fort, faisait obstacle à toute intervention de l'État. Ainsi que le note M. Villey, «[l']État n'ose pas même lever d'impôts sur les biens des particuliers, ni guère recourir à ce que nous appelons l'expropriation pour cause d'utilité publique» (Villey, *supra* note 56 à la p. 81).

⁷⁰ La production d'exemplaires fut longtemps le fait de copistes. Chaque exemplaire représentait donc une masse considérable de travail. Le livre, fait d'encre et de papier ou de papyrus, était donc une valeur concurrente à l'oeuvre elle-même. Chaque édition pouvait être différente selon la commande du client. Il est donc certain que, dans ce contexte, posséder un livre ne signifiait pas la même chose qu'aujourd'hui. Même dans les premiers temps de l'imprimerie, la plupart des ouvrages ne se prêtaient pas à une large édition. Elizabeth Armstrong, dans son étude sur les privilèges d'imprimerie, relève que de 1505 à 1526 les presses parisiennes imprimèrent 7 719 éditions, dont à peine six pourcent étaient couvertes par un privilège. Le reste appartenait donc au domaine public. Voir Armstrong, *supra* note 18 à la p. 78. Notons à titre d'exemple le cas du premier ouvrage de droit anglais, *Littleton's Tenures*, qui fut imprimé pour la première fois en 1481 ou 1482, en quelques exemplaires seulement. Comme le remarque Martin, «*Littleton's Tenures* began as a teacher's book, written, in fact, for Littleton's son who was preparing a career in law. It was not intended for wide dissemination. [...] Littleton's book was not designed to fit into an extensive print system» (P.W. Martin, «Pre-Digital Law: How Prior Information Technologies Have Shaped Access to and the Nature of Law» dans les actes du colloque *Le droit d'auteur de la couronne à l'heure de l'autoroute de l'information*, Montréal, Centre de recherche en droit public, 12 mai 1995, 1 aux pp. 5-6). La propriété d'un tel exemplaire, devant la rareté des productions, devait avoir un tout autre sens que la possession d'un ouvrage publié à cent mille exemplaires. Il fallut attendre la science et la magie de l'imprimerie pour que vienne à l'esprit la dichotomie oeuvre/support, le clonage de l'oeuvre étant rendu mécaniquement plus aisé. On s'est alors tourné vers la distinction entre l'original et les copies, puis vers celle, ultime, entre la chose incorporelle et le support. Bien que Stephen Ladas écrivait que «the Roman booksellers did a flourishing business, and slave labor was employed to furnish copies promptly, cheaply, and on a large scale» (cité par Vukmir, *supra* note 57 à la p. 133, n. 25), on ne peut certainement pas voir une quelconque analogie avec l'industrie de l'édition telle qu'elle est apparue au XVIII^e siècle.

s'attarde à fixer les règles de la possession mobilière lorsque le meuble est une oeuvre :

[p]our même raison, il faut approuver la solution suivante: si on trace, fût-ce en lettres dorées, des caractères sur un rouleau de papyrus ou une feuille de parchemin t'appartenant, ils t'appartiennent également, car les caractères suivent le rouleau ou la feuille. [...] Mais si sur une planche t'appartenant, on peint par exemple un tableau, il faut adopter la solution inverse : il faut mieux dire, en effet, que le panneau suit la peinture⁷¹.

Gaius règle la question de la propriété en faisant appel à l'adage *accessorium sequitur principali* : le propriétaire de la chose principale devient le propriétaire du tout. Gaius considère que l'écriture a une valeur moindre que son support. La solution est inverse s'il s'agit du tableau du peintre. Ainsi, les conflits de propriété sont réglés sur un plan strictement matériel. Reste néanmoins que le raisonnement qui sous-tend la distinction entre le parchemin et le tableau n'est pas exposé. Cette étape laissée pour compte par Gaius aurait certainement conduit à départir la création de son empreinte matérielle⁷², mais c'est une hypothèse purement académique.

Le droit romain ne distinguait donc pas le droit sur la création et le droit sur la chose⁷³. L'esprit romain ne concevait que trois types de droits : le *jus personarum*, le *jus rerum*, et le *jus actionum*⁷⁴. Aucun d'eux ne permettait de faire place, à l'époque de leur élaboration, à un droit sur une création intellectuelle. Nous reprendrons donc les mots de Pouillet qui, s'interrogeant sur la place des auteurs dans la Rome Antique, conclut que «[l]e droit des auteurs a existé de tout temps mais n'est pas rentré dès l'origine dans la législation positive»⁷⁵. Nous préciserons que c'est plus particulièrement la nécessité de protéger les créateurs qui a toujours existé. L'apparition progres-

⁷¹ Gaius, *supra* note 65, II, 77-78.

⁷² Justinien n'apporte pas de réflexions supplémentaires sur ce point. Il remarque seulement que le tableau doit rester propriété du peintre «car il seroit laide chose que la peinture a [acheté] très bon pointeur suist le seigneur d'une povre table» (Justinien, *Institutes*, II, 34, traduction dans F. Olivier-Martin, *Les Institutes de Justinien en français*, Paris, Sirey, 1935 à la p. 67).

⁷³ À défaut de règles spécifiques, le droit romain apportait d'autres remèdes aux maux dont pouvait souffrir l'exploitation d'une oeuvre. Il serait illusoire de ne faire remonter l'origine du droit d'auteur qu'aux premières lois du XVIII^e siècle. Ce serait bien méconnaître les profondeurs des civilisations romaines dont les enseignements arrivent jusqu'à nous. Ce témoignage de Sénèque ne manquera pas d'étonner : «[n]ous disons que les livres appartiennent à Cicéron ; le libraire Dorus appelle les mêmes livres siens, et la vérité est des deux côtés. L'un les revendique comme auteur, l'autre comme acheteur ; et c'est à bon droit qu'ils appartiennent à tous les deux, mais non de la même manière» (Extrait de *De Beneficiis*, VII.6. cité par Dock, «Genèse et évolution de la notion de propriété intellectuelle», *supra* note 58 à la p. 135).

⁷⁴ Gaius écrit : «[o]mne autem ius quo utimur uel ad personas pertinet, uel ad res, uel ad actiones», *supra* note 65, I, 8. L'expression est traduite par Julien Reinach : «[l]es droits dont nous faisons usage se rapportent tous, soit aux personnes, soit aux choses, soit aux actions» (*ibid.* à la p. 2). Sur l'étude de ces trois catégories de droit, voir R. Foignot, *Manuel élémentaire de droit romain*, t. 1, 13^e éd., Paris, Rousseau, 1947 à la p. 43 et s.

⁷⁵ E. Pouillet, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, 2^e éd., Paris, Marchal et Billard, 1894 au n° 1, cité par Dock, «Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire», *supra* note 58 à la p. 155.

sive d'un droit positif reconnaissant le droit d'auteur est, quant à elle, concomitante à l'inadaptation des règles régissant la propriété ordinaire à la création intellectuelle, inadaptation qui s'est accentuée avec le perfectionnement des techniques de reproduction. L'oeuvre du législateur romain n'a pas facilité le développement du droit d'auteur mais on ne peut évidemment pas lui reprocher. Il n'y avait, comme nous venons de le voir, guère de place pour un droit sur une chose incorporelle. Afin d'échapper à la catégorisation trop rigide du droit romain ainsi qu'à l'analogie délicate entre la propriété corporelle et la propriété incorporelle, certains juristes ont eu l'audace de créer une classe distincte de droits patrimoniaux.

2. Le recours à une classe distincte de droits patrimoniaux

Nous étudierons brièvement la théorie du «droit d'invention» de Picard qui nous semble la plus originale (a). Nous présenterons ensuite succinctement la théorie de l'*Immaterialgüterrecht* (droits sur les biens immatériels) de Kohler (b) puis celle du «droit de clientèle» de Roubier (c).

a. Le droit d'invention

Nous ne reviendrons pas sur le concept de propriété tel qu'il était compris à l'époque de l'Empire Romain. Un saut de quelques centaines d'années en avant nous amène aux controverses sur l'assimilation d'un droit de propriété intellectuel à la propriété ordinaire. Picard résolut de faire du droit d'auteur un droit nouveau, un droit d'invention. Son analyse se référait aux classifications juridiques romaines pour critiquer l'opiniâtreté avec laquelle les jurisconsultes de son époque voulurent faire rentrer le droit d'auteur dans une quelconque catégorie préexistante. Il proposa donc une quatrième catégorie : celle des droits intellectuels⁷⁶. Puisque le droit d'auteur est le parent pauvre des gloses dont nos juristes ont hérité, pourquoi ne pas lui donner une existence propre⁷⁷ ?

En cherchant la nature du droit d'auteur, et surtout sa place dans l'ordre juridique, on trouva naturel, dès le XVIII^e siècle, de placer ce droit parmi les droits réels, à défaut de pouvoir trouver une analogie avec le droit des obligations ou avec le droit des personnes. Le conservatisme des juristes d'alors emporta les conséquences que l'on a décrites plus haut : une multitude d'idées et de théories reposant sur des préceptes va-

⁷⁶ Pour Picard, les droits intellectuels viennent s'ajouter à la classification romaine tripartite : droits de la personnalité, réels, et obligationnels. Voir E. Picard, *Le droit pur*, Paris, Flammarion, 1910 au n° 53.

⁷⁷ Picard écrivit :

[L]es romains n'avaient dégagé que les trois premiers groupes et leur terminologie présentait quelques nuances avec celle que je propose. Dans les *Institutes*, on trouve *Personae, Res, Actiones* comme en-tête des parties principales de l'oeuvre. [...] [L]es Romains ne se rendirent pas compte qu'une chose purement intellectuelle pouvait être l'objet d'un droit. Cela répugnait à leur judiciaire éminemment positive et matérialiste. Et durant des siècles, l'École, influencée par l'autorité du Droit de Justinien, ne put se libérer de la conviction que la Division ne pouvait être que tripartite (*ibid.* au n° 54).

cillants. L'analyse de Picard a ceci d'intéressant qu'elle contourne la controverse pour placer l'étude du droit d'auteur hors des cadres classiques et rigides, hérités des gloses puis de la codification. Il ne se contenta pas d'élaborer une simple théorie juridique, il l'affina au point de faire des propositions de modifications législatives⁷⁸.

Picard proposa de traiter les droits selon leur vraie nature, c'est-à-dire séparément des autres droits. Il fallait, selon lui, renoncer à faire entrer, «à coups de marteau», les droits intellectuels dans les droits réels. C'était là une solution ingénieuse pour mettre fin aux controverses et à toutes les joutes doctrinales. Plus avant dans le développement de sa théorie, Picard écrit :

[a]ussi s'accoutuma-t-on à dire Propriété artistique, Propriété littéraire, Propriété industrielle, comme on disait propriété d'un immeuble ou d'un meuble matériel. [...] Les résultats irrationnels de cette assimilation ne se firent pas attendre. De chose matérielle à chose intellectuelle, les différences de nature et d'origine sont trop grandes pour que le même régime juridique puisse convenir⁷⁹.

En fondant son étude sur les rapports entre le sujet et l'objet du droit, Picard conclut qu'en présence d'objets de natures différentes, le régime de droit alors applicable devait également être différent. La pensée de Picard brisait, du tranchant de son raisonnement, les liens qui emprisonnaient l'oeuvre dans la matière⁸⁰. Les choses immatérielles prenaient ainsi définitivement place à côté des choses matérielles⁸¹. Le produit intellectuel, imprimé, incorporé dans les différents matériaux qui le supportent — qu'il s'agisse de plans, de livres, d'enseignes ou autres — a désormais son existence propre⁸². Dans sa proposition d'un nouveau schéma de classification des droits,

⁷⁸ Picard proposa même pour le centenaire du code civil d'introduire un «Livres des droits intellectuels». Il publia sa doctrine pour la première fois le 7 janvier 1874 à l'occasion d'une conférence. L'intitulé en était «Les droits intellectuels à ajouter en quatrième terme à la division classique des droits». Entre autres, Picard proposa l'emploi du terme «monopole» pour qualifier la catégorie des droits intellectuels, ou *jura in inventione*. Voir *ibid.*

⁷⁹ *Ibid.* Picard notera également dans un autre de ses ouvrages : «[o]n s'efforçait d'appliquer aux droits intellectuels les règles des droits réels ordinaires, de la propriété sur les choses matérielles ; de là, des malentendus constants, des bévues : les droits intellectuels exigent, en effet, un régime distinct» (E. Picard, *Les constantes du droit*, Paris, Flammarion, 1921 à la p. 67). Voir également Recht qui critique le bien-fondé de la théorie de Picard : *supra* note 24 à la p. 72 et s.

⁸⁰ La dédicace du livre de Picard, *Les constantes du droit*, *ibid.*, se lit comme suit : «[a]u Dr Gustave Le Bon, au Penseur illustre qui découvrit la Dématérialisation de la Matière et l'Universalité de la Radio-activité». À l'heure où l'on parle de dématérialisation du support et des tentatives de repenser le droit d'auteur, il est bon de rappeler la sagesse d'un précurseur comme Picard, que les ans et le progressisme nous font malheureusement oublier. Qu'au début de notre siècle un homme ait pu se représenter clairement un droit sur les productions de l'esprit nous rend enclin à une profonde admiration.

⁸¹ «Ainsi s'est affirmée une fois de plus cette vérité que c'est une erreur d'imaginer le Droit composé exclusivement d'éléments doués de matérialisations visibles et tangibles en eux-mêmes, mais qu'au contraire la part de l'invisible réel y est considérable. Nous ne sommes pas encore au bout de semblables constatations, vraiment nécessaires et salutaires pour mettre au point la Science Juridique» (Picard, *Le droit pur*, *supra* note 76 au n° 45).

⁸² Certains commentateurs attribuent à Kohler la distinction entre la propriété matérielle ou ordinaire et un droit immatériel. Kohler énonce que le droit de propriété et le droit d'auteur sont de même na-

Picard plaça donc à côté des *jura rei materiali* qui relevaient du régime classique de la propriété, les *jura in inventione*, qui relevaient de ce qu'il appela les monopoles. La distinction entre monopole et propriété est difficile à percevoir. Picard lui-même ne justifia pas l'emploi du terme de «monopole». Il faut sans doute reconnaître ici la nécessité de sortir du carcan de la terminologie classique qui renvoie à une structuration non adéquate du droit. Cette préoccupation sera à la base de la théorie de l'*Immateriellegüterrechte* exposée par Kohler.

b. Die Immateriellegüterrechte

Kohler substitue la notion de droits sur les biens immatériels à celle de propriété incorporelle. Il reconnaît l'utilité historique du concept de propriété. C'est à travers lui notamment que le droit nouveau a pu trouver une légitimité suffisante face aux régimes des corporations et aux privilèges. La notion de propriété est une notion tuteur qui perd sa signification en même temps que sa fonction. Nous disons fonction car, dans la théorie de Kohler, la qualification de propriété est inexacte sur le plan juridique : son rôle se réduit à accompagner les débuts de l'évolution des droits sur des biens incorporels. Une fois cette mission accomplie, il faut définir une nouvelle catégorie de droits.

Pour Kohler, le droit de l'auteur, qu'il soit artiste ou inventeur, repose sur l'utilité sociale. Sa justification réside dans l'intérêt que représente le monde des idées pour le développement de la civilisation. Le droit de l'artiste est alors conçu comme une récompense qui, en même temps, stimule la création. L'ambition de l'artiste est évidemment d'exposer, de communiquer son oeuvre au public, de le séduire. Le droit lui en donne les moyens puisqu'il lui permet de vivre de son art et, au bout du compte, de continuer ses efforts de création.

Ainsi, Kohler note que c'est seulement lorsque l'idée est exprimée qu'apparaît l'utilité des droits que nous cherchons à définir. En d'autres termes, une fois créée, l'oeuvre devient un bien juridique. La seule finalité des droits sur ces biens immatériels est d'assurer une utilisation économique de la création. Et, tant que l'oeuvre n'est pas rendue public, il n'y a pas lieu de mettre ces droits en vigueur. La création ne doit pas être produite pour le particulier : elle a une fonction sociale importante. La règle juridique, parce qu'elle est garante de cette fonction sociale, prend tout son sens à la publication de l'oeuvre. Les droits apparaissent uniquement lorsque l'oeuvre rencontre, par l'intermédiaire de l'éditeur, le marché. Les *Immateriellegüterrechte* tendent donc essentiellement à une utilisation économique de la création. On comprend éga-

ture mais que leur objet est différent. Voir A. Le Tarnec, *Manuel de la propriété littéraire et artistique*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1966 à la p. 11. Le Tarnec rapporte les propos d'éminents juristes qui ont repris après lui la théorie des droits intellectuels de Picard : «[i]l existe une troisième variété de droits auxquels on peut donner l'appellation générale de "droits intellectuels" susceptible d'*appropriation* et non de propriété intellectuelle, le terme de propriété prêtant à équivoque». Le Tarnec dénonce l'inutilité d'une telle catégorisation des droits. Il écrit : «[d]ire que les droits intellectuels sont "susceptibles" d'*appropriation* et non de propriété intellectuelle [...] c'est écarter d'une façon à la fois imprécise et hésitante la notion de propriété.» *Ibid.*

lement l'effet temporaire de ces droits. L'expression d'une idée, une invention ne sont pas susceptibles d'appropriation durable : le but ultime de la création est de renouveler le patrimoine commun de l'humanité, de faire progresser le savoir et la connaissance des civilisations.

À la différence de la propriété corporelle, les droits qui permettent l'exploitation de l'oeuvre ne portent pas sur l'objet corporel qui enveloppe la création, mais bien sur une forme d'expression particulière⁸³, ce qui explique que Kohler emploie l'expression de «droits sur les biens immatériels» pour exposer sa théorie.

Kohler est de ces penseurs du XIX^e siècle à qui, aujourd'hui, le droit d'auteur doit beaucoup. D'abord, il a soutenu la distinction, désormais acquise, entre la propriété de l'objet qui contient l'oeuvre et le droit sur la création. Ainsi précise-t-il que l'inventeur a, contre le tiers qui produit l'invention, non une action en revendication mais une action en contrefaçon. Ensuite, et bien qu'il ait peu défini le contenu des nouveaux droits qu'il décrit, il a mis en lumière l'aspect économique de ces droits, qui sont des droits d'exploitation. Cette conception fonde alors le caractère temporaire du droit, puisque l'on ne saurait envisager un droit durable sur les créations humaines destinées à enrichir le fond commun de l'humanité.

La théorie de Kohler a été une étape doctrinale importante pour la reconnaissance du droit d'auteur. La grande majorité des ouvrages traitant de la nature du droit d'auteur s'y réfèrent désormais systématiquement. Elle est devenue incontournable. En France, c'est Roubier qui lui donna la réplique, au début du XX^e siècle, en proposant sa théorie du droit de clientèle.

c. *Le droit de clientèle*

Roubier adresse une critique intransigeante envers la théorie de Kohler. Il lui reproche notamment de concevoir le droit sur ces biens immatériels avant tout comme un droit de propriété, quand bien même il emploie l'idiome de «droit sur les biens immatériels»⁸⁴. Pour Roubier, ceci est inacceptable. Si, en matière de propriété ordinaire, le droit se confond avec son objet, cela tient à la nature des choses. Un même raisonnement ne peut être transposé *per se* aux choses incorporelles. Roubier écrit :

[o]n comprend sans peine que, vis-à-vis d'une chose matérielle, le droit de propriété, qui est le droit le plus plein sur une chose, se confond avec cette chose; on ne dit pas: mon droit de propriété sur cette maison, sur ce cheval; on dit simplement: ma maison, mon cheval. Kohler raisonne comme si l'on pouvait s'exprimer de même pour les biens immatériels; mais c'est un non-sens, parce

⁸³ Kohler a examiné le processus créateur pour délimiter l'objet du droit d'auteur. La notion de forme est très importante dans sa théorie. Il distingue la forme interne qui est l'ossature de l'oeuvre de son étape seconde, la forme externe qui est l'achèvement de l'oeuvre. Kohler étend très loin la protection du droit d'auteur puisque dès l'aboutissement à la forme interne, l'oeuvre est susceptible d'être protégée. Voir I. Cherpillod, *L'objet du droit d'auteur*, Lausanne, Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne, 1985 aux pp. 24-32.

⁸⁴ Voir P. Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, vol. 1, Paris, Sirey, 1952 à la p. 102.

que les droits patrimoniaux ne se tiennent pas dans les nuages, et que leur contenu est toujours un contenu matériel⁸⁵.

Selon Roubier, l'objet du droit est bien la création ; mais sa véritable nature est celle d'un monopole d'exploitation. Plus précisément, Roubier dira qu'il sert à la conquête de la clientèle, d'où l'invention de l'expression «droit de clientèle». Ce droit ainsi entendu est alors tendu vers la régularisation du marché à travers la nécessité de créer des monopoles. Lorsque Roubier emploie le terme de clientèle, c'est dans une acception très large. Il donne cette définition du droit de clientèle : «[n]ous appelons droit de clientèle un droit qui assure à son titulaire, vis à vis de tous, l'exclusivité de la reproduction soit d'une création nouvelle, soit d'un signe distinctif»⁸⁶.

L'approche de Roubier est toutefois originale en ce qu'il outrepassé l'analyse du rapport de droit objet/sujet, pour en découvrir son utilité, sa raison d'être. Il justifie ainsi l'existence d'un droit sur les créations de l'esprit par le seul fait de sa fonction économique. Cela suffit pour justifier la nature particulière de ces droits. La recherche du profit maximum finalise l'élaboration de ces droits. Leur objet est de fixer, d'assurer la clientèle afin que le processus économique puisse se développer d'une façon non anarchique. Les titulaires de tels droits pourront rentabiliser leurs investissements. Cette analyse, selon nous, est plus pertinente concernant ce que l'on appelle aujourd'hui le droit des marques et le droit des brevets. Elle perd de sa rectitude scientifique lorsque l'on cherche à la transposer dans le domaine du droit d'auteur, notamment parce que ce droit prend en compte des intérêts extra-patrimoniaux. Également, la notion même de clientèle n'est pas synonyme de celle de public. Lorsque Roubier parle d'un droit de clientèle, il semble sous-entendre qu'il existe une relation déterminée ou déterminable entre une partie du public et celui qui cherche à la fidéliser (on pensera à la clientèle d'un médecin par exemple). Or, cette relation est plus aléatoire entre l'auteur ou l'éditeur et le public. D'autres paramètres plus complexes entrent en jeu, d'autant que l'oeuvre elle-même peut faire l'objet d'utilisations très différentes. Le rapport avec le public est ainsi beaucoup plus flou, plus volatile.

Selon Roubier, si «le manteau de la propriété habilla si mal nos droits privatifs», c'est que la propriété et la créance se classent dans la statique juridique, alors que les droits intellectuels se meuvent dans le dynamisme juridique. L'aspect patrimonial de ces droit fluctue au gré d'une valeur, fonction de la quantité de clientèle. Et Roubier conclut :

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

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ P. Roubier, «Droits intellectuels ou droits de clientèle», *supra* note 48 à la p. 304. Desbois critiqua Roubier. Selon Desbois les droits de clientèle ne permettent pas de rendre compte de l'aspect personnel du droit d'auteur, et notamment, ne pouvaient pas inclure les droits moraux : voir Desbois, *supra* note 30 au n° 259.

leur contenu. [...] [C]es droits forment une troisième classe de droits patrimoniaux⁸⁷.

Comme nous venons de le retracer, les théories de Picard, Kohler et Roubier, pour ne citer qu'eux, aussi différentes fussent-elles, avaient ceci en commun qu'elles manifestaient toutes la volonté de voir consacrer le droit d'auteur. L'idée d'une classe distincte de droit fit donc fortune. Elle fut très largement accueillie dans les doctrines belge, allemande et française. La construction du droit d'auteur résulte ainsi de l'apparition d'un nouvel objet juridique qui est de nature immatérielle. Mais les droits qui portent sur de tels objets ne sont ni des droits réels ni des droits de créances, ni encore des droits extra-patrimoniaux⁸⁸. Ce sont «autant de droits spéciaux, *sui generis*, objet chacun d'un régime légal particulier, et dont le seul trait commun est qu'ils rentrent tous dans la catégorie des droits *patrimoniaux*, c'est-à-dire présentant une valeur pécuniaire»⁸⁹. Voilà ce que l'on pouvait lire dans les cours élémentaires de droit civil français au milieu de notre siècle. Le législateur et la jurisprudence furent plus lents à répondre que la doctrine. De ce fait, il n'y a pas eu au XIX^e siècle, sur le continent comme en Angleterre, de grandes réformes législatives⁹⁰.

II. La réception de ces théories par la jurisprudence et le droit positif : une première approche de droit comparé

La jurisprudence va très vite emboîter le pas à la doctrine. Un travail important d'interprétation restait à faire puisqu'en regardant la propriété intellectuelle comme un droit autonome, le juge ne pouvait plus faire appel aux règles bien établies gouvernant la propriété ordinaire. Puisque nous avons axé la première partie de notre étude sur la France, nous analyserons d'abord les développements de la jurisprudence de ce pays (A). Nous étudierons ensuite la jurisprudence anglaise et ses effets sur les systèmes qui s'en sont inspirés (B). Nous voudrions préciser que, s'il est juste d'affirmer que

⁸⁷ *Ibid.* à la p. 107.

⁸⁸ Recht écrit : «[i]l faut faire un effort pour comprendre un aspect du droit de propriété que le droit civil ordinaire ne connaît pas et qui est propre à notre secteur (le droit d'auteur, nous précisons) : l'existence de deux propriétés parallèles et leur collision permanente» (P. Recht, «Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété» (1969) 82 D.A. 94 à la p. 96).

⁸⁹ A. Colin et H. Capitant, *Traité de droit civil*, t. 1, 11^e éd. par L. Julliot de la Morandière, Paris, Dalloz, 1947 au n° 127. Les auteurs poursuivent, en parlant des catégories classiques de droits :

[I]e droit moderne connaît certains droits qui ne rentrent pas dans ses cadres. Ce sont les droits que l'on appelle souvent des *droits intellectuels* ; droits de *propriété littéraire et artistique* ; [...]. Ces droits se rapprochent des droits réels : ils ont été conçus à l'image du droit de propriété ; comme lui, ils consistent en un *monopole* d'exploitation, *opposable à tous*. Toutefois, ils s'en distinguent nettement en ce que leur objet n'est pas une chose matérielle, mais une conception de l'esprit, une oeuvre littéraire, une forme imaginée, une invention faite, un vocable [...] Et cela suffit pour imposer une réglementation, originale pour chaque espèce de droit intellectuel, en tous cas très différente de celle des droits réels (*ibid.* au n° 91).

⁹⁰ On notera d'ailleurs que les juristes anglais ne s'étaient pas véritablement penchés sur la nature des droits intellectuels. Ce fut donc principalement la jurisprudence anglaise qui participa à l'évolution du copyright.

chaque système a sa coloration propre, les pensées et les idées — qui, selon une maxime chère au droit d'auteur, sont de libre parcours — traversent allègrement les mers. Ainsi n'est-il pas étonnant de déceler des interactions dans la dynamique de création des règles de droit et *a priori* dans les décisions judiciaires des deux systèmes qui retiennent notre attention.

A. La jurisprudence et le droit positif français

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

[I]la jurisprudence du XIX^e siècle, [...] conjugait le destin de l'oeuvre d'art et du droit de reproduction corrélatif : l'acquéreur de l'une devenait le cessionnaire de l'autre. L'argument prédominant était emprunté aux règles de la vente ; l'article 1615 dispose : «l'obligation de délivrer la chose comprend ses accessoires et tout ce qui a été destiné à son usage perpétuel»⁹¹.

Le sort de l'oeuvre était dramatiquement lié à celui du support. Le droit d'auteur s'échouait sur les règles du transfert de propriété matérielle. Nous avons vu que les théories personnalistes avaient dégagé et repris dans leurs argumentations la nature toute particulière du droit de l'auteur⁹². C'est l'aspect extra-patrimonial du lien entre l'auteur et sa création qui, selon les tenants de cette doctrine, fait échapper le droit d'auteur aux règles du code civil. De leur côté, les tenants de la propriété ordinaire n'avaient pas été dupes au point d'ignorer totalement les particularismes des droits réclamés par les éditeurs et par les auteurs. Ainsi chacun s'accordait, à travers ses propres théories, à reconnaître une nouvelle forme d'appropriation. Nous préciserons également que la notion de propriété avait été présentée comme étant la condition fondamentale de l'accession à une société moderne qui respecterait les droits de l'homme⁹³. Elle était ainsi entendue de manière très large et pouvait aisément embrasser les droits de la personnalité : pouvait ainsi être qualifié de propriété ce qui était propre, comme par exemple le nom patronymique.

⁹¹ Desbois, *supra* note 30 au n° 334.

⁹² Saleilles ne manque pas de citer les théories de Kohler et celle de Gierke. Dans une note, il écrit :

cette propriété ne ressemble en rien à celle qu'on peut avoir sur un bien corporel. Ce serait tout au moins, [...] la propriété sur un bien immatériel ; et, comme ce bien immatériel n'est au fond que la manifestation de la pensée ou du génie individuel, il faut en arriver à reconnaître, comme on tend à le faire de plus en plus, comme c'est le cas par exemple, de Kohler, de Gierke surtout, et de bien d'autres, qu'il y a ici, avant tout, un droit qui incarne une prérogative de la personnalité elle-même, comme le droit à l'honneur, le droit à la liberté, ou le droit au nom.

Note de Saleilles, Paris, 1^{er} février, 1990, S. 1900.2.121 à la p. 121. Ces propos avaient pour but de nier la qualification de propriété au droit de l'auteur sur son oeuvre.

⁹³ Depuis les premiers discours révolutionnaires en effet, le terme même de propriété n'a cessé de guider le langage politique des hommes de droit. Cela s'explique par la volonté de rompre, au moins en parole, avec le système des privilèges de l'Ancien régime. Le mot propriété est donc chargé d'une signification philosophique particulière, voir A. et H.-J. Lucas, *supra* note 16 à la p. 13.

Quoi qu'il en soit, jusqu'au début du XIX^e siècle, l'oeuvre était encore considérée, dans la jurisprudence, comme un bien matériel. Dans le meilleur des cas, les juges relevaient sa nature toute particulière, mais en restaient le plus souvent à cette constatation, ne voulant pas outrepasser leur rôle, ni empiéter — tout du moins en France — sur le domaine de la loi.

Jusqu'alors, la jurisprudence, pour éviter au droit intellectuel les conséquences de l'application des règles inadaptées du code civil — et ainsi éluder la foudre des théoriciens du droit —, employait les termes plus ou moins neutres de «droits spéciaux, temporaires»⁹⁴, de «droit d'exploiter exclusivement»⁹⁵, ou encore de «privileges exclusifs»⁹⁶. Cette tendance jurisprudentielle révéla la nature particulière du droit d'auteur⁹⁷. Mais plutôt que de la préciser, elle en compliqua davantage les syllogismes juridiques. Sur quel visa, en effet, fallait-il résoudre les problèmes relatifs au droit d'auteur⁹⁸ ? Les lois de 1791 et de 1793 ne comportaient chacune pas plus de sept articles et n'étaient pas assez précises pour appréhender les développements de l'industrie du livre⁹⁹. À l'époque de leur adoption en effet, le droit de l'auteur s'arrêtait au choix de l'éditeur et à la vente du manuscrit. En particulier, aucune disposition ne prévoyait comment se ferait la cession partielle ou totale des droits ou s'il pouvait disposer seulement de l'un d'entre eux. Le régime des droits patrimoniaux était réglé de manière très sommaire par l'article premier du décret-loi de 1791 qui conférait à l'auteur «le droit exclusif de vendre, faire vendre, distribuer leurs ouvrages dans le territoire de la République».

Depuis les lois révolutionnaires, de nombreux projets d'amendement furent proposés pour réformer le droit d'auteur. La plupart ayant été avortée, les premières lois

⁹⁴ Note de Saleilles, *supra* note 92. Il écrit que «une oeuvre musicale éditée ou représentée ne constituait pas, d'après les lois des 13-19 janvier 1791 et 19-24 juillet 1793, un bien susceptible d'un droit de propriété, [...] mais donnait seulement à son auteur des droits spéciaux, temporaires et différents du droit absolu de propriété perpétuelle» (*ibid.*).

⁹⁵ Cass civ., 25 juin 1902, DP 1903.I.5 (conclusions de Baudoin et la note de Colin).

⁹⁶ Cass., 25 juillet 1887, *supra* note 32 à la p. 9.

⁹⁷ Dans le même ordre d'idées et se référant à la même époque, Madame Seignette relève qu'en Allemagne et aux Pays-Bas, l'incompatibilité de la création intellectuelle avec l'idée d'une propriété absolue avait fait disparaître le terme de «propriété littéraire» du corps de la loi. Par exemple, la loi allemande parle depuis l'adoption de la Constitution du *Reich* allemand de 1871 d'un *Urheberrecht*. Voir Seignette, *supra* note 6 à la p. 25.

⁹⁸ Comme nous l'avons déjà mentionné, certains jugements faisaient entrer les biens intellectuels dans la catégorie des biens meubles incorporels. Ce qui avait pour conséquence, notamment, de faire tomber, en vertu notamment des articles 1401 et 1402 du code civil, l'oeuvre de l'auteur dans l'actif de la communauté légale du régime matrimonial. L'article 25 de la loi du 11 mars 1957, *supra* note 33, est venu préciser le sort des oeuvres à la dissolution du mariage. Voir notamment Cass. civ. 3^e, 31 janvier 1984, D. 1984.JP.396 (note J. Ghestin) ; Paris 4^e Ch, 22 avril 1982, J.C.P. 1993.II.19948 (note A. Gobin). Les produits des oeuvres protégées reviennent désormais à l'époux auteur. On rapprochera de cette solution, la règle de l'article 458 du *Code civil du Québec*.

⁹⁹ Colombet note que malgré les quelques compléments apportés aux lois révolutionnaires, «l'insuffisance des textes demeurait flagrante», *supra* note 12 à la p. 6.

sont restées quasiment inchangées pendant plus d'un siècle¹⁰⁰. Dès 1825, une commission extra-parlementaire, présidée par La Rochefoucault, avait été chargée par Charles X d'élaborer un texte nouveau. Ce projet n'aboutit pas. La question fut reprise par la suite sous Louis-Philippe, et en 1839 un projet fut présenté à la Chambre des pairs. Ce projet comportait un article qui fit grand bruit dans le milieu artistique de l'époque. On criait de toute part à la spoliation. L'article qui par la suite fut amendé puis, en fin de procédure législative, repoussé, se présentait sous cette forme :

[I]es auteurs d'ouvrages d'art [...] pourront céder le droit exclusif de les reproduire ou d'en autoriser la reproduction, en conservant néanmoins eux-même la propriété de l'ouvrage original. Mais en cas de vente dudit ouvrage, le droit exclusif de le reproduire ou d'en autoriser la reproduction par l'impression, la gravure, le moulage ou toute autre manière est transmis à l'acquéreur, à moins d'une stipulation contraire¹⁰¹.

Cet article formulait une présomption défavorable : dès la vente de l'ouvrage, l'acheteur aurait pu détenir le droit d'auteur sur l'oeuvre si ce dernier ne stipulait pas une réserve sur son droit de reproduction. Il est particulièrement intéressant de voir que les rédacteurs de ce projet avaient tenté d'articuler les prérogatives de l'auteur autour de l'original de l'oeuvre. En laissant à l'auteur cet original, il semble que les rédacteurs de ce texte aient voulu réaliser un compromis. Ce faisant, l'auteur n'était pas complètement dépossédé : l'essence de sa production, l'étalon-copie, restait entre ses mains. C'était là un signe de la difficulté, encore existante, de disjoindre la création de l'encre et du papier qui la composaient.

La Cour de cassation rendit le 27 mai 1842¹⁰² une décision hautement critiquée par la doctrine¹⁰³. S'agissant d'une affaire de cession de tableau, elle décida que le droit de

¹⁰⁰ Les textes adoptés en 1791 et 1793 ont été par la suite précisés par l'intervention épisodique du législateur français sans toutefois que l'on puisse parler de réformes majeures du droit d'auteur. Pour un aperçu historique de ces différentes modifications législatives, voir A. et H.-J. Lucas, *supra* note 16 aux pp. 16-21. Les textes de loi correspondants sont en annexe de la première édition du traité de Desbois, *supra* note 30 à la p. 736 et s.

¹⁰¹ D. 1911.IV.32, voir en commentaire le rapport de T. Reinach.

¹⁰² Cette affaire célèbre concernait un tableau de Gros qui représentait Bonaparte au moment de la bataille des Pyramides. Le droit de gravure sur ce tableau fut cédé à un dénommé Vallot. Par la suite le tableau avait été acquis par le musée de Versailles. Un graveur le publia dans sa collection de tableaux historiques. La veuve de Gros ainsi que Vallot intentèrent une action en contrefaçon. Le tribunal de la Seine, puis la Cour de Paris donnèrent raison au défendeur. La Cour de cassation cassa l'arrêt de la cour d'appel en se fondant sur la loi de 1793 qui, dit-elle, «établit en principe que la vente d'un tableau n'emporte le droit de le reproduire par un art distinct, celui de la gravure, qu'autant que le peintre a cédé ce droit par une stipulation particulière». Par un second pourvoi, l'affaire revint devant l'Assemblée plénière de la Cour de cassation. La cause des artistes succomba : la vente de l'oeuvre d'art emporta l'aliénation du droit de reproduction. La Cour décida que «le peintre qui vend son tableau sans aucune espèce de réserve se dessaisit non seulement de la propriété du tableau, mais encore du droit de le reproduire soit par la gravure, soit par tout autre procédé». Journal du Palais, 1843, t. 1, n° 40, 215. Dans une autre affaire, la Cour de Paris a décidé, en 1843, qu'un éditeur qui avait obtenu le droit de publier deux éditions d'un ouvrage, chaque édition comprenant 10 000 exemplaires, mais qui avait fabriqué clandestinement 15 000 copies de la seconde édition, ne pouvait être considéré comme contrefacteur puisque, «ayant traité avec l'auteur de la propriété de son oeuvre [il]

reproduction était aliéné par le fait même de la vente de l'oeuvre d'art. Ce fut un tollé au sein du milieu artistique. Par la suite, les tribunaux français eurent à intervenir, cette fois dans le cadre du régime de communauté en matière matrimoniale, pour décider si les droits d'auteur, en tant que monopole — on ne parlait plus alors de propriété —, de nature mobilière, s'incorporaient à la masse commune des biens¹⁰⁴. Il fallut, pour résoudre les conflits, se plonger dans l'étude de la nature du droit d'auteur. Un arrêt de la Chambre des requêtes du 16 août 1880 reprit l'argumentation des juges du fond et statua qu'«une production de l'esprit, dès qu'elle est manifestée par une forme extérieure, constitue un bien susceptible de propriété et soumis dès lors à l'application des règles du droit». La Chambre des requêtes conclua ensuite par les attendus suivants :

[a]ttendu que, d'après les principes généraux du droit, la propriété littéraire ou artistique, essentiellement mobilière, a les mêmes caractères et doit avoir le même sort que tout autre genre de propriété, moins la limitation que l'intérêt public a fait apporter à sa durée ; — Attendu qu'une composition littéraire, matérialisée par la publication, constitue un bien susceptible de propriété ; que ce bien est meuble dans sa valeur principale comme dans ses produits, et doit, comme tel, accroître l'actif de la communauté¹⁰⁵.

Dans ses arrêts postérieurs, la Cour de cassation resta fidèle à cette analyse. Elle utilisa seulement les termes de «droit exclusif» et de «monopole» à la place de celui de «propriété».

Durant la même période, les artistes ne cessèrent de réclamer de nouvelles dispositions législatives. Les revendications fondées sur des considérations de droit pur, d'équité, ainsi que des questions d'intérêt social étaient exposées et défendues aux congrès internationaux sur le droit d'auteur de Bruxelles en 1858, d'Anvers en 1861 puis en 1877. Ces réclamations furent réitérées avec fracas au congrès de Paris durant l'exposition universelle en 1878. Cette croisade incessante aboutit à la création, sous les auspices de Victor Hugo, de l'Association Littéraire et Artistique Internationale (ci-après «A.L.A.I.»). Cette campagne menée de front par les hommes et femmes de lettres, ainsi que par une horde d'amis, aboutit à la dite loi du 9 avril 1910 qui, en fait, est une réplique exacte d'une proposition déposée par l'A.L.A.I. au Parlement. Cette loi, qui comporte un article unique, mit fin aux hésitations de la jurisprudence. Elle énonçait que «l'aliénation d'une oeuvre d'art n'entraîne pas, à moins de convention contraire, l'aliénation du droit de reproduction»¹⁰⁶. Cela signifiait qu'à défaut

en est devenu lui-même propriétaire» (Paris, 18 octobre 1843). Dans le même sens, voir également Trib. civ. Lyon, 26 juin 1901, D.P. 1904.II.198. Dans le sens contraire, voir Trib. mixte Caire, 16 mai 1896, D.P. 1904.II.198.

¹⁰³ Voir le commentaire sous la loi de 1911, D. 1911.IV.33.

¹⁰⁴ Voir Desbois, *supra* note 30 aux n° 228-31.

¹⁰⁵ D. 1881.I.25 à la p. 27.

¹⁰⁶ D. 1911.IV.32. Voir également les explications de Roubier, «Droits intellectuels ou droits de clientèle», *supra* note 48 à la p. 270. La loi du 11 mars 1957 avait repris cette disposition dans son article 29 : «[l]a propriété incorporelle définie par l'article 1^{er} est indépendante de la propriété de l'objet matériel». Désormais, l'article L. 111-3 du *Code de la propriété intellectuelle* précise que «la propriété incorporelle définie à l'article L. 111-2 est indépendante de la propriété de l'objet matériel», *Loi*

d'accord, le droit sur la production intellectuelle était réservé à son auteur et était indépendant du transfert du support de l'oeuvre.

Malgré l'apport incontestable de la loi du 9 avril 1910, le débat sur la nature du droit d'auteur continua. Roubier, qui commente la loi, écrit:

[l]a notion moderne du droit de propriété, (en reprenant les propos de M. Josserand) est suffisamment compréhensive et nuancée pour abriter des formes de tenures très différentes; en réalité *le monopole d'exploitation de l'auteur offre une analogie frappante avec le droit du propriétaire d'une chose*; il représente seulement une forme nouvelle d'appropriation¹⁰⁷.

Cette réflexion de l'éminent civiliste nous permet de dégager, à côté du droit de propriété, une notion plus économique, celle de monopole. La question se résume à savoir si le droit d'auteur est un monopole ou un droit de propriété? Alors que le droit de propriété repose classiquement sur l'idée d'un droit naturel¹⁰⁸, ce qui, par là-même, lui confère son caractère absolu et perpétuel, le monopole fait référence à des considérations de politique législative. En common law on parle alors d'un *statutory right*. La notion de monopole semble plus synthétique: du fait de son orientation économique elle paraît neutre, précise, et plus teintée d'un pragmatisme moderne. C'est, en d'autres termes, la version désacralisée de la propriété¹⁰⁹. Nous ne voyons en fait entre ces deux termes qu'une différence de degrés. Cette notion de monopole a été taillée par l'évolution des technologies, à la mesure des sociétés capitalistes. Ce n'est donc

n° 92-597 du 1^{er} juillet 1992, J.O., 3 juillet 1992, 8801, Gaz. Pal. 1992.I.Lég.479 modifiée par la Loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992, J.O., 23 décembre 1992, 17568.

¹⁰⁷ Roubier, «Droits intellectuels ou droits de clientèle», *supra* note 48 aux pp. 279-80.

¹⁰⁸ L'idée du droit naturel rend le droit dépendant de principes supérieurs auxquels il est subordonné. Le droit naturel s'oppose classiquement au droit positif qui est création d'une norme par le peuple et les institutions. Grotius (1583-1645) a, pour la première fois, développé l'idée du droit naturel comme étant l'élément moteur de la science juridique: le droit positif applique le droit qui est nécessaire à la vie sociale. Par conséquent, il faut, selon lui, admettre un droit antérieur et supérieur à la loi positive. Ce droit est gravé dans la nature humaine. Voir au sujet du développement du droit naturel, J. Leclercq, *Leçons de droit naturel*, t. 1, 3^e éd., Namur, Wesmael-Charlier, 1947 aux pp. 15-72. Leclercq écrit: «[i]l est naturel à l'homme de s'annexer des choses et de prétendre en disposer d'une manière exclusive» [italiques dans l'original] (J. Leclercq, *Leçons de droit naturel*, t. 4, vol. 2, 3^e éd., Namur, Wesmael-Charlier, 1955 à la p. 85). Il ajoute: «[p]ar le fait de l'annexion, ces choses lui deviennent "propres"» (*ibid.*). L'homme, en fait, a un sentiment très fort de droit absolu. Cette conception, consacrée par les Romains, servira à asseoir les conceptions individualistes et capitalistes alors naissantes au XVIII^e siècle (voir *ibid.* aux pp. 82-124). Il est intéressant de noter que Leclercq voit le droit d'auteur comme le droit naturel de l'homme au fruit de son travail (*ibid.* à la p. 121). Voir également, Yen, «Restoring the Natural Law: Copyright as Labor and Possession», *supra* note 63.

¹⁰⁹ Le professeur Alain Strowel fait remarquer que les juristes de la Révolution étaient profondément imprégnés d'abstractions philosophiques. Il faut, comme le laisse percevoir l'idée d'une propriété démythifiée, dégager deux acceptions du mot de propriété. La première est large, et correspond au domaine philosophique: est propriété ce que l'on détient en propre, ce dont on peut user exclusivement comme maître. Selon les mots de Borghgrave, c'est le «*dominium* des latins». La seconde est la notion civiliste que nous ont laissée les Romains. Celle-ci est dénuée de toute idée extra-patrimoniale. Voir Strowel, *supra* note 13 aux pp. 94-95.

pas un hasard si c'est en Angleterre, première de toutes les nations industrialisées, que la notion de monopole fit ses premières armes.

B. La jurisprudence et le droit positif anglais

Avant d'entreprendre l'étude de la jurisprudence anglaise (2), il est nécessaire de replacer l'étude du droit d'auteur dans le contexte philosophique du XVIII^e siècle (1)¹¹⁰. La Révolution industrielle alors naissante a, selon nous, fait passer la notion de propriété d'une nécessité structurelle — un droit naturel pour justifier la mise en place d'un ordre nouveau dans lequel la propriété allait jouer un rôle fondamental — à une contingence — selon laquelle l'étendue des attributs attachés à ce droits s'ajuste à des considérations de politique économique.

1. Le particularisme de la notion de propriété en droit anglais

L'Angleterre du XVIII^e siècle pouvait s'enorgueillir d'une avance industrielle considérable sur le reste des pays européens¹¹¹. Quelque temps avant l'adoption de la loi d'Anne, le *Statute of Monopolies*¹¹² fut arraché au roi Jacques I^{er} d'Angleterre en 1623. Il s'agit là de la première réglementation relative aux brevets d'invention¹¹³. L'adoption de ces normes est très révélatrice de l'état de la société anglaise, à l'aube de la révolution industrielle. Il est incontestable qu'à un ordre économique naissant, de style capitaliste, doit répondre une régularisation juridique adéquate. L'histoire des idées politiques et économiques nous peint le climat juridique dans lequel les droits, et notamment les droits intellectuels, vont prendre naissance. Les différentes phases de l'évolution du copyright stigmatisent bien, à notre avis, les périodes charnières du capitalisme et de son influence sur l'orientation du droit.

Le contexte économique de l'époque qui nous intéresse est empreint d'individualisme et parfois d'humanisme. L'homme est au centre de toutes les préoccupations. Suivant les premiers jalons de la philosophie lockéenne, Adam Smith, Stuart Mill, Jeremy Bentham, pour ne mentionner qu'eux, bâtirent les premières théories économiques libérales. La voie pavée par les travaux de Locke était prometteuse et pouvait supporter les doctrines les plus optimistes. Pour Locke, l'homme est par nature apte à la vie sociale. Les lois civiles n'ont qu'un rôle restreint, celui d'assurer la protection de la vie, de la liberté et des biens. En d'autres termes, toute intervention du législateur doit s'inscrire dans la mesure du strict nécessaire. Transposée aux théo-

¹¹⁰ Si nous n'avons pas développé cette partie plus avant, et en parallèle avec l'étude de la propriété en France, c'est que nous voulons présenter la théorie du monopole comme étant l'antithèse de celle de la propriété. Les choses ne sont naturellement pas aussi triviales et la distinction monopole/propriété, pas si aisée à présenter.

¹¹¹ Voir M. Rose, *Authors and Owners*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1993 à la p. 4.

¹¹² (R.-U.), 21 James I, c. 3.

¹¹³ Voir l'historique éclairé de Roubier, «Droits intellectuels ou droits de clientèle», *supra* note 84 à la p. 63 et s. Roubier rappelle qu'il s'agissait en fait d'une concession se faisant par lettres ouvertes ou *litterea patentes*, d'où l'expression «patente».

ries économiques, cette conception invite naturellement au retrait de l'État de toute matière commerciale. Derathé commente ainsi la pensée de Locke :

[n]on seulement l'autorité souveraine ne doit rien prescrire qui soit contraire aux préceptes de la loi naturelle, mais les hommes n'ont accepté de se soumettre à cette autorité qu'à seule fin de mieux s'assurer la jouissance paisible de leurs droits individuels. L'État ne doit donc pas disposer de plus de pouvoir qu'il n'en faut pour cette fin, et les droits naturels de l'homme constituent une limite à la souveraineté de l'État. Dans cette conception, les droits individuels ou le droit privé sont antérieurs au droit public qui doit les respecter et en assurer à chacun le libre exercice sous la garantie des lois¹⁴.

Les doctrines économiques de cette époque découlent de ce courant d'idées. Elles ont pour épicerie l'homme et comme dynamique, l'atténuation des tourments humains. Cet individualisme débridé va sceller les liens entre les théories capitalistes et la propriété privée. La propriété représente dans ce cadre la sphère protégée de la liberté de chacun. Elle est l'instrument moteur du développement économique.

La loi d'Anne fut votée quelques années seulement après la parution de la théorie politique de Locke, exposée dans les *Two Treatises of Government*. Cette théorie fut publiée pour la première fois en 1690. Il ne fait donc pas de doute que son schéma de pensée ait influencé les rédacteurs de la loi. Selon Locke, c'est par le travail qu'est justifiée la propriété. C'est ici l'idée centrale de sa théorie sur l'appropriation des choses. Elle est une extrapolation du postulat de base selon lequel l'homme est propriétaire de lui-même. Laissons l'auteur s'exprimer :

every Man has a *Property* in his own *Person*. This no Body has any Right to but himself. The *Labour* of his Body, and the *Work* of his Hands, we may say, are properly his. Whatsoever then he removes out of the State that Nature hath provided, and left it in, he hath mixed his *Labour* with, and joyned to it something that is his own, and thereby makes it his *Property*. It being by him removed from the common state Nature placed it in, it hath by this *labour* something annexed to it, that excludes the common right of other Men. For this *Labour* being the unquestionable Property of the Labourer, no Man but he can

¹⁴ R. Derathé, *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1970 à la p. 169. Hobbes part d'une prémisse plus réaliste, voire plus sombre, que celle retenue chez Locke. Antérieurement à la constitution de sociétés, l'homme vit dans un état de guerre perpétuel. Afin de le préserver de sa propre destruction, il doit renoncer à ses droits naturels au profit de l'État. Rousseau n'adhérera à aucune de ces deux théories bien qu'il reprenne, en partie, la théorie de Hobbes. Pour Rousseau, en effet, le mal vient du fait que les hommes sont amenés à vivre ensemble sans pour cela être naturellement apte à la vie sociale. Ce sont les premières relations sociales qui sont source de guerres. Auparavant, à l'état de nature, l'homme est indépendant et isolé. Ainsi que le fait remarquer Derathé, pour Rousseau «il a fallu que les hommes sortent de leur isolement primitif pour que les sociétés politiques et les lois deviennent nécessaires. Ce sont les premières relations sociales qui sont à l'origine de l'état de guerre, [...]» (Derathé, *ibid.* à la p. 177). Voir également J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, Paris, Hachette, 1972 à la p. 213.

have a right to what is once joyned to, at least where there is enough, and as good left in common for others¹¹⁵.

La pensée de Locke influença jusqu'à l'individualisme philosophique français de la Révolution¹¹⁶. On retrouve dans l'opinion des juges anglais, comme dans certaines décisions de la jurisprudence française¹¹⁷ cette idée de l'appropriation par le travail. Dans l'affaire *Jefferys c. Boosey*, par exemple, le juge Erle rappelait que :

[t]he origin of property is in production. As to works of imagination and reasonings, if not of memory, the author may be said to create, and in all departments of mind, new books are the product of labour, skill and capital of the author. The subject of property is the order of words in the author's composition¹¹⁸.

C'était bien au droit naturel que le juge Erle faisait référence. Le droit naturel permettait, en fait, de consommer la fracture soudaine du système de patronage, dans lequel l'auteur n'avait qu'un statut d'ouvrier. L'auteur revendiquera désormais un droit et non seulement une contrepartie pécuniaire sous forme de salaire. Ce lien entre l'histoire du droit d'auteur et la philosophie scella les fondations du droit d'auteur. Droit de propriété comme modèle historico-philosophique de droit subjectif et théorie de Locke : voilà le socle sur lequel fut érigé, à cette époque, le droit d'auteur. Bientôt, on développa une autre théorie qui plaçait le droit d'auteur dans la nécessité, non plus de consacrer un droit senti, naturel, mais dans celle de régulariser le marché du livre et de l'imprimerie. C'est dans cette conception que s'est très vite inscrit le copyright. Fox, citant certaines autorités, le présente comme un droit artificiel¹¹⁹. Comment concilier ces deux orientations ? Il faut seulement, à notre avis, distinguer deux types de monopole, soit celui de l'auteur et celui de l'exploitant.

Si effectivement la loi consacrait un droit subjectif au profit de l'auteur, il fallait que ce dernier fut assez flexible pour favoriser la croissance de l'économie. L'auteur

¹¹⁵ J. Locke, *Two Treatises of Government*, 2^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 1967 aux pp. 305-06. Voir également, Seignette, *supra* note 6 aux pp. 20-24.

¹¹⁶ Dans ce sens, voir Y. Gendreau, « Genèse du droit moral dans les droits d'auteur français et anglais » (1981) 1 *Rev. de la Recherche Juridique : droit Prospectif* 41 à la p. 47.

¹¹⁷ À titre de comparaison, voir l'opinion du rapporteur Almeras Latour dans l'affaire *Masson* qui cite Locré : « [p]ar la nature des choses, rien assurément ne nous appartient mieux que notre esprit et les connaissances dont nous l'avons enrichi, à force de travail et d'étude [...]. Ce sont nos véritables, nos plus solides richesses » (Note sous *Masson*, *supra* note 27 à la p. 25).

¹¹⁸ *Jefferys c. Boosey* (1855), 24 L.J. Ex. 81 aux pp. 84-85. Nous noterons également les références fréquentes que Blackstone fait à Locke. Il écrit notamment :

[t]here is still another species of property, which (if it subsists by the common law) being grounded on labour and invention, is more properly reducible to the head of occupancy than any other; since the right of occupancy itself is supposed by Mr Locke, and many others, to be founded on the personal labour of occupant. And this is the right, which an author may be supposed to have in his own original literary compositions: so that no other person without his leave may publish or make profit of the copies (Blackstone, *supra* note 66 à la p. 380).

¹¹⁹ Voir H.G. Fox, *The Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 2^e éd., Scarborough (Ont.), Carswell, 1967 à la p. 2.

de la loi d'Anne avait donc créé une fiction juridique qui empêchait l'auteur de venir contrarier l'exercice des droits des éditeurs. La seule liberté de fait qui lui était laissée était celle de choisir son éditeur. Derrière les mots, c'était finalement un droit résiduel qui était ainsi consacré. Une fois la propriété de son manuscrit transférée, il cédait tout pouvoir sur son oeuvre. À ce propos, le professeur Patterson suggère que la consécration d'un droit pour l'auteur ne fut qu'un instrument pour casser le contrôle de la *Stationers' Company* :

[t]he monopolies at which the statute was aimed were too long established to be attacked without some basis for change. The most logical and natural basis for the changes was the author. Although the author had never held copyright, his interest was always promoted by the stationers as a means to their end. Their arguments had been, essentially, that without order in the trade provided by copyright, publishers would not publish books, and therefore would not pay authors for their manuscripts. The draftmen of the Statute of Anne put these arguments to use, and the author was used primarily as a weapon against monopoly¹²⁰.

Contrairement à la notion de propriété, que l'on prête aux rapports entre l'auteur et son oeuvre, les contours du monopole dont parle le professeur Patterson ne sont pas dessinés par des principes de droit naturel, mais uniquement par les contingences du marché. Il ne faut pas oublier que le XVIII^e siècle voit naître les sciences économiques, justement parce que c'est à cette époque qu'apparaît la matière de cette science. L'essor de l'imprimerie et le commerce du livre sont très représentatifs de cette fracture dans l'histoire qu'est l'arrivée brutale de l'expansion matérielle. Avant l'adoption de la loi d'Anne, l'industrie n'était pas assez développée pour que l'on envisage une régulation autre que celle qui est instituée par le régime des corporations. Le nombre des pirates et des actes de contrefaçon étaient minimes¹²¹.

Les économistes du XVIII^e siècle jusqu'au début du XIX^e pressentirent le devenir de ce qu'on appelle communément la révolution industrielle¹²². Désormais, il devint

¹²⁰ Patterson, *supra* note 2 à la p. 147. Voir dans le même sens, G. Kauffman, «Exposing the Suspicious Foundation of Society's Primacy in Copyright Law: Five Accidents» (1986) 10 Columbia-VLA Journal of Law and the Arts 381 aux pp. 396-97.

¹²¹ La plaidoirie du juge Erle dans l'affaire *Jefferys c. Boosey* est un excellent témoignage :

[...] before the time of Anne, the actions were only actions for penalties under the Licensing Act. The number of pirates was very small; proprietors of copyright were registered and came under the regulation of the Stationers' Company. The opportunities for piracy were therefore rare. Furthermore, if there were pirates, the remedies in the Star Chamber and for penalties under statutes were probably more convenient than actions for damages. [...] Indeed, [...] in the time of Anne, the poverty of those who practised piracy was such as to make an action for damages against them futile [...] (*supra* note 118 à la p. 87).

¹²² Adam Smith notera que :

C'est dans l'état progressif de la société, lorsqu'elle est en train d'acquiescer successivement plus d'opulence, et non pas lorsqu'elle est parvenue à la mesure complète de richesse dont elle est susceptible, que véritablement la condition de l'ouvrier pauvre, celle de la grande masse du peuple, est plus heureuse et plus douce; elle est dure dans

clair que la notion de profit ne pouvait cadrer que dans la perspective de cette expansion matérielle. On brisa alors les structures corporatistes, par exemple la *Stationers' Company*¹²³, pour permettre au commerce de débiter librement ses produits. Le cri de guerre devint «Laissez faire ! Laissez passer !» Dans la logique de ce système, la liberté devient une condition essentielle au progrès¹²⁴. Les entraves inutiles au développement du commerce devaient logiquement être supprimées. Le copyright, monopole accordé par la loi, fut alors justifié seulement dans la mesure où il permettait aux éditeurs de compenser et les coûts de production et les investissements nécessaires¹²⁵. Plus qu'un objet sacré compilant un savoir divin, le livre devient alors un produit. En tant que produit, il serait soumis aux lois du marché. C'est en traitant de la place des privilèges et des monopoles dans une économie capitaliste que Smith, père de l'économie libérale, parlera de la propriété intellectuelle, et notamment de la loi d'Anne :

[s]ome [exclusive privileges] indeed are harmless enough. Thus the inventor of a new machine or any other invention has the exclusive priviledge of making and vending that invention for the space of 14 years by the law [Statute of Monopolies, 21 James I, c.3, 1623] of this country, as a reward for his ingenuity, and it is probable that this is as equall an one as could be fallen upon. [...] For here, if the invention be good and such as is profitable to mankind, he will probably make a fortune by it; but if it be of no value he also will reap no benefit. In the same manner the author of a new book has an exclusive priviledge of publishing and selling his book for 14 years [8 Anne, c.19, 1709]. [...] These two priviledges therefore, as they can do not harm and may do some good, are not to be altogether condemned. But there are few so harmless. All monopolies in particular are extremely detrimental¹²⁶.

l'état stationnaire; elle est misérable dans l'état de déclin. L'état progressif est, pour tous les différents ordres de la société, l'état de vigueur et de la santé parfaite (A. Smith, *The Wealth of Nations*, Oxford, Clarendon, 1976 au liv. 1, c. 8 [publié initialement : Londres, W. Straham, T. Cadell, 1776]).

Mill complétera la pensée de Smith en posant deux conditions essentielles au progrès économique : l'accumulation du capital et la liberté. Voir F. Trevous, *Stuart Mill*, Paris, Dalloz, 1953 aux pp. 43-45.

¹²³ Mark Rose écrit très justement :

[w]hat I want to suggest is that in the seventeenth century a gap was beginning to develop between the institution of Stationers' copyright, which was based upon a traditional conception of society as a community bound by ties of fidelity and service, and the emergent ideology of possessive individualism. The regime in which stationers' copyright was born was what we might call a regime of regulation rather than a regime of property (Rose, *supra* note 14).

¹²⁴ Stuart Mill écrira : «[L]'unique source infaillible et permanente du progrès est la liberté puisque, grâce à elle, il peut y avoir autant de centres indépendants de progrès qu'il y a d'individus» (S. Mill, *La Liberté*, cité dans Trevous, *ibid.* à la p. 45, n. 1).

¹²⁵ Voir l'étude de G.K. Hadfield, «The Economics of Copyright: An Historical Perspective» (1988) 38 A.S.C.A.P. Copyright Law Symposium 1.

¹²⁶ A. Smith, *Lectures on Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1978 à la p. 83. C'est du bout de la plume qu'il accepte, pour son utilité particulière et sa justesse, le monopole relatif aux créations intellectuelles : «[a] temporary monopoly of this kind may be vindicated upon the same principles

Témoin des mutations que vécut la société anglaise dès la fin de ce siècle, l'année 1641 voit l'abolition de la *Star Chamber* par le Parlement. Le pouvoir de la Couronne cesse dès lors d'exercer son autorité sur l'industrie de l'édition. Ainsi que le note Arber, «[t]his [...] was the utter shattering and breaking up of the old order of things and the commencement of an increasing liberty of printing which has ever since augmented»¹²⁷. La théorie de Locke, que nous avons succinctement présentée, influencera ses successeurs économistes qui y apporteront une nuance essentielle, celle de la valeur. Le travail est la mesure réelle de la valeur en échange de toute marchandise¹²⁸. Le prix réel de chaque chose, ce que chaque chose coûte réellement à qui veut se la procurer, est fonction du travail et de la peine qui ont été nécessaires pour sa confection¹²⁹.

Éventuellement, dans ces théories, les économistes distingueront la valeur d'échange de la valeur d'usage. La valeur d'usage se confond à peu près avec l'utilité ; elle est subjective et exprime le rapport qui existe entre les objets et nos désirs. La valeur d'échange tend à s'incarner dans le prix qui l'objective socialement. Or, c'est à propos de ces notions que Salleron note les disparités fondamentales entre les visions économiques anglaise et française :

[l]'école française, toujours métaphysicienne et rationaliste, inclinera, de manière d'ailleurs très variée, à réduire les deux valeurs à l'unité. Si on échange c'est évidemment pour l'usage. [...] L'école anglaise, moins hantée de philosophie, abandonnera pratiquement la valeur d'usage comme extérieure au domaine de l'économie politique. Elle étudiera pour elle-même la valeur d'échange, dans l'idée, plus ou moins consciente, de savoir ce qui détermine le prix [...] L'école anglaise, orientée par le produit industriel naissant, trouvera dans le travail et le coût de production le fondement de la valeur d'échange¹³⁰.

Toutes ces précisions économiques tendent à montrer que très tôt les penseurs anglais se sont rendus sans détours à l'évidence que le talent de l'artiste fait tourner les rouages de l'imprimerie. Le système du copyright permet la rémunération des artistes dans le respect du principe supérieur de l'amortissement des coûts de production des copies de son oeuvre. En définitive, l'histoire du copyright nous révèle deux choses qui pouvaient sembler contradictoires *a priori*. D'abord, l'auteur a un droit de propriété, mais seulement en ce qu'il est inféré des principes philosophiques de l'époque. Le rattachement au droit naturel est moins pressant qu'en droit français. Il justifie seulement, et dans un premier temps, l'existence du droit d'auteur ; il n'influence que très peu le régime du droit. C'est d'ailleurs pour cela que l'on parle de copyright. Il aurait été de toute manière délicat de concéder ce droit à l'éditeur, qui n'est pas le gé-

upon which a like monopoly of a new machine is granted to its inventor, and that of a new book to its author» (Smith, *The Wealth of Nations*, cité dans Hadfield, *ibid.* à la p. 21).

¹²⁷ Cité dans Fox, *supra* note 119 à la p. 15.

¹²⁸ Voir Smith, *supra* note 122 au liv. 5, c. 1, 3^e partie. Ces théories économistes porteront le flanc aux critiques des théories sociales. Plus que le travail cette fois, c'est la division du travail dans un système capitaliste qui sera remise en cause.

¹²⁹ Voir Smith, *ibid.* au liv. 1, c. 5.

¹³⁰ L. Salleron, *L'économie libérale*, Paris, Arthème Fayard, 1949 à la p. 119.

niteur de l'oeuvre¹³¹. Ensuite, la seconde nature de ce droit résulte, selon les propos Gary Kauffman, d'un accident historique. C'est pour mettre fin au monopole sur le commerce du livre que, déjà en 1694, la Chambre des communes refusa de renouveler le *Licensing Act*¹³². La loi de 1709 apparaît donc comme un instrument de démantèlement qui confond les deux types de monopole dont nous avons parlé, celui incontesté de l'auteur sur son oeuvre et celui des éditeurs sur le commerce. Gary Kauffman écrit :

[t]his confusion between copyright and entreprise monopolies caused the accident. To be sure, the primary purpose of antitrust laws is to benefit the public. Since Parliament viewed the copyright as a sanctioned monopoly, it was crucial to characterize it as serving some vital public interest. Thus when Parliament declared the Statute of Anne to be "An Act for the Encouragement of Learning" it was emphasizing the public benefit over the private one. In avoiding the alternative emphasis, they avoided an endorsement of the Stationers' Company¹³³.

Cet accident — qui n'est en fait que l'expression de la complexité inhérente à la matière du droit d'auteur en général — crée une distorsion qui suivra l'histoire du copyright. L'objet des débats du XVIII^e porte sur un plan strictement économique, alors que les arguments employés à ces fins sont empruntés à la justification de l'existence même du droit d'auteur. Le droit de l'auteur sur son oeuvre n'a jamais été sérieusement contesté, mais, en jouant sur la nature de ce droit et en confondant les deux plans, création et exploitation, on arrive à des solutions fortement contrastées. Si l'on justifie le droit de l'auteur par le droit naturel, on peut justifier la perpétuité de ce droit. Si, au lieu de cela, on le rattache au droit positif, le législateur, à l'instar des autres droits, peut l'assortir d'un certain nombre de restrictions et, notamment, lui fixer un terme. Voilà ce qui fut, à l'époque, l'enjeu principal. Force est de constater que les rouages de l'économie l'emportèrent sur l'orientation de la loi qu'on aurait voulu plus respectueuse de la noblesse de cette matière.

En France, la Révolution française a donné aux artistes l'opportunité d'exprimer leur voix à travers des personnages politiques célèbres, souvent membres de cercles littéraires ou de salons connus. Pour cette raison, peut-être, il n'y a pas dans les textes de 1791 et 1793 l'écho d'une moindre tentative de régulation économique. Elles sont avant tout le résultat de débats passionnés, animés par des idéalistes, non des analystes. Le copyright n'a pas connu cette fracture historique si soudaine. Son développement est plus pragmatique. Sa coloration économique se cristallise par exemple dans

¹³¹ A. Birrell écrit très justement : «there would be resentment were there now living [...] a capitalist who could say, "Hamlet is mine", "Sancho Panza is mine", "The Inferno belongs to me." Who would not feel that this disreputable bourgeois was the enemy, not the friend, of the world-wide genius of Shakespeare, of Cervantes, of Dante ?» (A. Birrell, cité dans G. Kauffman, *supra* note 120 à la p. 391. On rapprochera également de ces propos la célèbre phrase de Flaubert : «Madame Bovary, c'est moi !»).

¹³² (R.-U.), 13 & 14 C. 2, c. 33. Fox fait remarquer que c'est à cause des arguments de Locke en faveur de la liberté de la presse que le parlement refusa de reconduire la loi. Voir Fox, *supra* note 119 à la p. 17.

¹³³ Kauffman, *supra* note 120 à la p. 395.

des notions telle que *sweat of the brow*¹³⁴, *works made for hire*¹³⁵ ou même l'ambiguïté comprise dans le mot *work*, qui signifie à la fois travail et oeuvre. Cette conception orientée vers l'utilité du droit se retrouvera en France un peu plus tard, au XIX^e siècle. En témoigne la théorie très utilitariste de Roubier que nous avons exposée plus haut¹³⁶.

Alain Strowel, qui souligne les divergences entre le système de droit d'auteur et celui de copyright, note que la démarche anglo-saxonne est «moins préoccupée de fixer la nature, l'essence des droits que de montrer leur justification, leur fonction.»¹³⁷ Les juristes anglais ne se sont donc réellement intéressés à la distinction entre la propriété de l'auteur et le monopole de l'éditeur que lorsque d'importants enjeux économiques apparurent.

¹³⁴ Cette notion a récemment été l'objet d'une littérature abondante après une décision de la Cour suprême des États-Unis concernant la protection des bases de données factuelles. La question était de savoir si à défaut d'une originalité suffisante — la robotisation et l'automatisation remplaçant de plus en plus la main humaine — l'oeuvre créée «à la sueur du front» peut bénéficier de la protection de la loi sur le droit d'auteur. Voir *Feist Publications, Inc. c. Rural Telephone Service Co*, 499 U.S. 340 (1991). Parmi l'abondante littérature commentant cet arrêt, voir notamment A.C. Yen, «The Legacy of Feist: Consequences of the Weak Connection Between Copyright and the Economics of Public Goods» (1991) 52 Ohio St. L.J. 1343 ; W.S. Strong, «Database Protection after *Feist v. Rural Telephone Co.*» (1994) 42 Journal of the Copyright Society of the USA 39 ; N. Siebrasse, «Copyright in Facts and Information: Feist Publication Is Not, and Should Not Be the Law in Canada» (1994) 11 C.I.P.R. 191.

¹³⁵ Voir Seignette, *supra* note 6 aux pp. 36-45.

¹³⁶ En développant sa théorie sur le droit de clientèle, Roubier s'inspirait directement des doctrines utilitaristes anglaises :

[i]ls [les droits intellectuels] n'ont pu trouver leur reconnaissance qu'avec l'apparition d'une forme de société comme la nôtre, à base d'économie commerciale et industrielle. Le but de cette forme d'économie est de chercher à obtenir la satisfaction des besoins du plus grand nombre, conformément aux doctrines utilitaires anglo-saxonnes, par la multiplication des richesses: la recherche, par les producteurs, de débouchés auprès de la clientèle des consommateurs va constituer l'un des buts principaux de l'activité humaine [...] (Roubier, *supra* note 84 à la p. 104).

¹³⁷ Strowel, *supra* note 13 à la p. 105. Également, Yen écrit en conclusion de son manifeste pour la reconnaissance d'un droit naturel à travers la théorie du copyright : «we should use the natural law because it is already imbedded in our copyright concepts and because it is capable of justifying an initial assignment of rights through copyright law» (Yen, «Restoring the Natural Law: Copyright as Labor and Possession», *supra* note 63 à la p. 552). Desbois, commentant la loi française de 1957, mentionnait que le Parlement n'avait pas retenu la conception utilitariste de protection du droit d'auteur pour stimuler les activités littéraire et artistique. Voir H. Desbois, *Le droit d'auteur*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1978 à la p. 569 et s. Mme Ginsburg résume également la différence entre les systèmes de copyright américain et le droit d'auteur français ainsi :

a leading French copyright scholar states that one of the fundamental ideas of the revolutionary copyright laws is the principle that an exclusive right is conferred on authors because their property is the most justified since it flows from their intellectual creation. By contrast, the U.S Constitution's copyright clause, echoing the English Statute of Anne, makes the public's interest equal, if not superior, to the author's (Ginsburg, *supra* note 11, Tulane L. Rev. 991 à la p. 992).

2. Droit de propriété ou monopole : l'enjeu de la distinction

La nature du droit d'auteur a fait l'objet d'une attention toute particulière à l'occasion de deux arrêts anglais de 1769 et 1774. Il s'agit respectivement des affaires *Millar c. Taylor* et *Donaldson c. Becket*¹³⁸ (a). Cette dernière décision donna, au moins aux États-Unis, une orientation définitive au copyright. En effet, soixante ans après l'affaire *Donaldson*, la Cour suprême américaine, dans une affaire *Wheaton c. Peters*¹³⁹, réitéra les solutions de la Cour anglaise (b). Pourtant fortement inspiré de la législation anglaise en cette matière, le droit d'auteur canadien suivit une voie plus nuancée (c).

a. Le common law copyright : les affaires *Millar* et *Donaldson*

Certains commentateurs mettent en doute l'utilité du débat théorique sur la nature du droit d'auteur. Ils n'y voient que des cas d'école¹⁴⁰. Nous ne sommes pas de cet avis. L'enseignement que l'on retire de ces débats aide le juge devant des litiges complexes qui lui sont présentés. Il peut ainsi prendre une décision juste parce qu'il connaît l'histoire et l'économie de la règle. Ce n'est pas un hasard non plus si ces questions prennent plus d'ampleur à la veille d'une réforme législative¹⁴¹.

¹³⁸ *Supra* note 11.

¹³⁹ 8 Pet. 591 (U.S. 1834) [ci-après *Wheaton*].

¹⁴⁰ Pour Keyes et Brunet, qui se sont penchés sur la question à la veille de la réforme de la législation canadienne sur le droit d'auteur de 1988, «[w]hether or not one considers those rights [copyright] a property right or another kind of right is of no material consequence, if the results are the same. Concern with the underlying social philosophy of copyright law is unwarranted unless different theories lead to different conclusions» (A.A. Keyes et C. Brunet, *Copyright in Canada: Proposals for a Revision of the Law*, Ottawa, Ministère de la Consommation et des Corporations, 1977 à la p. 5). Le professeur André Lucas qui reprend les mots de Monsieur le professeur Malaurie (voir P. Malaurie et L. Aynès, *Droit civil : les biens*, Paris, Cujas, 1990 à la n. 206), écrit que «la querelle peut sembler passablement académique. Il est certain que la qualification de propriété, à la supposer fondée, n'aurait que de faibles incidences sur le régime juridique des droits de propriété intellectuelle qui ne peut de toute façon être entièrement calqué sur celui de la propriété ordinaire» (A. et H.-J. Lucas, *supra* note 16 à la p. 31).

¹⁴¹ À la veille de l'adoption du *Copyright Act* de 1956, Skone James soulignait déjà la nécessité de modifier les lois en fonction des mutations technologiques. C'est dans ce contexte qu'il rappelle l'intérêt du débat sur la nature du droit d'auteur :

[t]he underlying question of principle involved in every discussion of the term of copyright is whether copyright should be regarded as a right of property in an author's material of identical character with the right of property in land or chattels, or whether it should be regarded as a right conferred by the state to the author not so much for his benefit as to secure his services to the public by offering a reward for labour (F.E. Skone James, «Some Proposed Changes in the Copyright Law of the United Kingdom» (1955) 33 Can. Bar Rev. 877 à la p. 878).

De même, au cours des débats qui précédèrent la réforme de la loi canadienne sur le droit d'auteur de 1988, R.J. Roberts notait : «[t]his question of principle — natural property or mere statutory right — arises so often when copyright revision is in the wind because it does affect the conclusions reached

C'est à l'occasion des deux affaires célèbres, *Millar c. Taylor*¹⁴² et *Donaldson c. Becker*¹⁴³, que la jurisprudence anglaise a échafaudé les principes fondamentaux du copyright. Pour bien comprendre l'articulation de ces décisions, il faut distinguer trois catégories de copyright : le *Stationer's copyright*, c'est-à-dire celui des corporations d'éditeurs et d'imprimeurs, le *common law copyright*¹⁴⁴, c'est-à-dire les règles dérivées de la loi des juges, et le *statutory copyright*, ou, en d'autres mots, celui défini par la loi d'Anne. La question était alors de savoir s'il existait un copyright de droit commun (*common law copyright*) indépendamment de celui précisé par la loi d'Anne (*statutory copyright*). Dans les deux affaires qui nous intéressent, les parties n'étaient pas des auteurs, mais des éditeurs. Il faut rappeler, en effet, que ce sont les *stationers* et non les auteurs qui ont invoqué l'existence d'un copyright de droit commun afin de pouvoir arguer de la perpétuité du droit sur l'oeuvre. Les éditeurs mettaient ainsi en avant le droit naturel de l'auteur sur sa création pour en récupérer ensuite les attributs, une fois le manuscrit acquis. Ils pensaient ainsi conserver les monopoles que les privilèges d'autrefois (*Stationers' copyrights*) leur conféraient et qui résultaient du transfert de propriété du manuscrit par l'auteur. Ces derniers étaient réputés céder automatiquement leurs oeuvres à l'éditeur. De la même manière qu'en France le droit sur la chose immatérielle n'était pas clairement identifié, la loi d'Anne ne distinguait pas la propriété du livre du droit sur la création¹⁴⁵.

Dans l'affaire *Millar c. Taylor*, Andrew Millar, un libraire, était détenteur du copyright sur une oeuvre de James Thomson, intitulée *The Seasons*¹⁴⁶. La durée de protection de quatorze ans prévue par la loi d'Anne était venue à expiration. Taylor déci-

by the drafters» (R.J. Roberts, «Canadian Copyright: Natural Property or mere Monopoly» (1979) 40 C.P.R. (2) 33 à la p. 34).

¹⁴² *Supra* note 11.

¹⁴³ *Supra* note 11.

¹⁴⁴ Le mécanisme de gestion du *Stationer's copyright* était fort simple. Une fois le privilège d'édition concédé à l'un des membres de la corporation par la couronne, chaque copie était inscrite sur un registre. L'inscription, si elle ne conférait pas le droit en lui-même, constituait une présomption de propriété sur la copie (copyright). John Feather rapporte un exemple concernant la traduction de l'oeuvre allemande Faust intitulée *The Book of Dr. Faustus*. La propriété d'une copie était disputée entre deux éditeurs qui réclamaient chacun le copyright. Le 18 décembre 1592, la cour, chargée d'élucider le litige, décida que la copie devait appartenir à celui qui pouvait présenter une inscription à son nom sur le registre. Voir J. Feather, *supra* note 55 aux pp. 462, 465. Voir également Patterson, *supra* note 2 aux pp. 4-11.

¹⁴⁵ Benjamin Kaplan notait que : «[t]he draftsman of the statute was thinking as a printer would — of a book as a physical entity; of rights in it and offenses against it as related to "printing and reprinting" the thing itself», cité dans Rose, *supra* note 111 à la p. 65. Il faudra attendre l'arrêt *Pope c. Curl* (1741), 26 E.R. 608, et l'opinion éclairée du Lord Chancellor Hardwicke pour que la distinction entre l'oeuvre et le droit sur sa manifestation matérielle apparaisse. Un conflit s'était noué entre Pope et un éditeur à propos de la publication de sa correspondance avec Swift : «I am of opinion that it is only a special property in the receiver, possibly the property of the paper may belong to him; but this does not give a licence to any person whatsoever to publish them to the world, for at most the receiver has only a joint property with the writer» (*Pope c. Curl*, *ibid.* à la p. 608). Voir également M. Rose, «The Author in Court: Pope v. Curl (1741)» (1992) 10 Cardozo Arts and Ent. L. Rev. 475. Sur le même sujet, voir Strowel, *supra* note 13 à la p. 114.

¹⁴⁶ Pour un exposé plus détaillé de cette jurisprudence, voir Patterson, *supra* note 2 aux pp. 168-79.

da alors de publier la même oeuvre. Millar fit valoir le droit de l'auteur sur le fruit de son travail, se rangeant ainsi derrière la conception dégagée par Locke relativement à l'appropriation des choses par le travail. La finalité de la rhétorique était d'obtenir la consécration d'un droit d'auteur ius naturaliste afin d'en invoquer la perpétuité¹⁴⁷. La seule façon d'y parvenir était d'invoquer un droit de propriété de common law, c'est à dire issu de la loi naturelle. Pour que cette construction soit défendable la loi de 1709 devait passer à un second plan. Elle était alors vu comme un simple instrument, un simple accessoire à la loi naturelle facilitant l'application de sanctions aux actes de piratages. Ce fut en tout état de cause l'interprétation qui fut retenue dans l'affaire Millar. Voici l'explication que donna le juge Willis :

[t]his Act was brought in at the solicitation of authors, booksellers and printers, but principally of the two latter; not from any doubt or distrust of a just and legal property in the works or copy-right, [...] but upon the common-law remedy being inadequate, and the proof difficult, to ascertain the damage really suffered by the injurious multiplication of the copies of those books which they had bought and published. [...] All the sanction they could obtain, was a protection of their right, by inflicting penalties on the wrong-doer. The statute extends to no case where the title to the copy is not entered in the register of the Stationers Company; which entry is necessary to ascertain the commencement of the term, during which this protection by penalties is granted. [...] For, if a statute gives remedy in the affirmative, (without a negative, expressed or implied) for a matter which was actionable before by common law; the party may sue at common law, and waive his remedy by statute, if he pleases.¹⁴⁸

Des quatre juges de la Cour, seul le juge Yates s'opposa à l'existence d'un droit de propriété sur l'oeuvre. Certes, il convient que l'auteur puisse être récompensé pour le travail et le génie qu'il a manifestés mais en aucun cas il ne peut l'être pas l'octroi d'un droit sans fin¹⁴⁹. De plus est, si il existe un droit de propriété, son objet ne peut être autre chose que le manuscrit unique. En effet, une fois publié, la pensée de l'auteur ainsi que ses sentiments appartiennent à tous et non plus à lui seul. Selon Yates :

when an author prints and publishes his work, he lays it entirely open to the public, as such as when an owner of a piece of land lays it open into the high-

¹⁴⁷ Gary Kauffman fait, à ce sujet, une réflexion intéressante : «[i]n 1774, since all property was perceived as necessarily perpetual, most jurists concluded that copyright could not be property» (G. Kauffman, *supra* note 120 à la p. 402).

¹⁴⁸ Millar, *supra* note 11 à la p. 227. Le principe de la protection était acquis, seul restait à en déterminer le fondement théorique. «It is certainly not arguable to natural justice, that a stranger should reap the beneficial pecuniary produce of another man work» (Millar, *ibid.* à la p. 218). Dans le même sens, lire l'opinion du juge Aston. En conclusion de la décision, on peut lire :

[b]ecause it is just, that an author should reap the pecuniary profits of his own ingenuity and labour. It is just, that another should not use his name, without his consent. [...] It is fit he should not only choose the time, but the manner of publication ; how many ; what volume ; what print. It is fit, he should choose to whose care he will trust the accuracy and correctness of the impression; in whose honesty he will confide, not to foist in addition (Millar, *ibid.* à la p. 252).

¹⁴⁹ «The labours of an author have certainly a right to a reward: but it does not from thence follow, that his reward is to be definite, and never to have an end» (Millar, *ibid.* à la p. 232).

way. Neither the book, nor the sentiments it contains, can be afterwards recalled by the author. Every purchaser of a book is the owner of it: and, as such, he has the right to make what use of it he pleases¹⁵⁰.

Sa position est intéressante car elle rappelle la difficulté du raisonnement qui mène à deux dichotomies essentielles du droit d'auteur : l'oeuvre et son support, l'idée et l'oeuvre. Ces distinctions sont absentes du discours de Yates. De ce fait, que l'oeuvre soit publiée ou non n'a finalement guère d'importance. De la même manière que les idées ne peuvent pas faire l'objet d'occupation mentale¹⁵¹, la publication volontaire du livre s'oppose à ce que l'auteur réclame un droit de propriété sur chaque édition. L'auteur n'est donc propriétaire qu'à l'égard de son manuscrit¹⁵². Pour Yates, l'auteur ne peut avoir de droit ni sur ses idées, ni sur les mots qui les expriment, qu'ils aient fait l'objet d'une publication ou non. Dans ce système, la distinction création-support n'est d'aucune utilité. Dès la publication, le raisonnement devient plus délicat. Il rappelle que les choses doivent être appropriables, dans le sens d'une possession physique¹⁵³.

L'arrêt *Millar* consacra, selon une majorité de commentateurs, le droit de propriété de l'auteur sur son oeuvre et insiste sur le fait que la loi d'Anne, en limitant la durée du copyright, n'a pas eu pour objectif de supprimer ce droit qui est fondé sur l'ordre naturel des choses. Cette observation est inférée des liens intimes qui lient l'auteur à sa création. Cinq années plus tard, la Chambre des Lords revint sur sa position et enleva toute consistance au droit de common law consacré dans l'arrêt *Millar*. L'affaire *Donaldson*¹⁵⁴ lui donna cette occasion. Sept des onze juges présents ont affirmé que «the [common law] right is impeached restrained and then taken away by the Statute of 8th Ann»¹⁵⁵. Le *common law copyright* disparaissait ainsi dès la publi-

¹⁵⁰ *Millar, ibid.* à la p. 234.

¹⁵¹ «The light, the air, the sun, are of value inestimable: but who can claim a property in them?» *Millar, ibid.* à la p. 230, M. le juge Yates.

¹⁵² «[T]he manuscript is, in every sense, his peculiar property; and no man can take it from him, or make any use of it which he has not authorized, without being guilty of a violation of his property. And as every author or proprietor of a manuscript has a right to determine whether he will publish it or not, he has a right to the first publication [...]» (*Millar, ibid.* à la p. 242). Cet objet unique enferme également les pensées de l'auteur, c'est dans ce sens qu'il écrit : «[i]deas are free. But while the author confines them to his study, they are like birds in a cage, which none but he can have a right to let fly» (*Millar, ibid.* à la p. 242). Il conclut en soulignant «the dangerous snares which this ideal property will lay, as it carries no property marks in itself» (*ibid.*).

¹⁵³ Il poursuivra un peu plus loin :

[t]he author's unpublished manuscript will indeed very properly fall under this class of property; because, that is corporeal. But after publication of it, the mere intellectual ideas are totally incorporeal; and therefore incapable of any distinct separate possession: they can neither be seized, or forfeited, or possessed. If they could be matter of property, they must be subject to the same several changes of possession, as property is subject to; the same charges, seizures and forfeitures; the same circumstances to which all other chattels are liable (*Millar, ibid.* à la p. 245).

¹⁵⁴ *Supra* note 11.

¹⁵⁵ Les juges devaient se prononcer sur une série de cinq questions que nous nous contenterons de mentionner :

cation. En d'autres mots, le *statutory copyright* chassait le *common law copyright* dès la publication de l'oeuvre¹⁵⁶. À ce moment, c'est la loi qui circonscrit l'étendue des droits. À ce titre, *Donaldson* peut être lu comme mettant un terme à la prégnance du droit naturel dans la théorie du copyright¹⁵⁷. Comme le soutenait alors le juge Yates dans *Millar*¹⁵⁸, la durée légale de protection suffit à récompenser l'auteur de ses efforts, c'est là l'unique objectif de la loi¹⁵⁹. Après la vente de son manuscrit, et une fois le délai de protection expiré, l'auteur ne doit pas pouvoir réclamer de rémunération pour un travail dont il a déjà reçu paiement.

Si la publication est l'événement qui, selon l'arrêt *Donaldson*, permet de passer d'un droit de propriété iusnaturaliste à un monopole, c'est parce qu'elle marque la limite entre le domaine de l'auteur et celui de l'exploitation commerciale. En refusant de consacrer un droit perpétuel de propriété, les juges ont ainsi démantelé le mono-

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

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

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

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

5) Whether this right is any way impeached restrained or taken away by the Statute 8th Ann.? (sept oui contre quatre non). *Donaldson*, *supra* note 11 aux pp. 2408-09.

¹⁵⁶ Jacqueline Seignette précise qu'au préalable des juges de différentes juridictions avaient été consultés. Les avis étaient partagés, ce qui n'avait pas facilité la tâche de la Chambre des Lords :

[a]lthough the reports on this advisory opinion are anything but unanimous, a small majority of judges is said to have acknowledged that a perpetual right existed in common law, but also that the Statute of Anne, with its limited term of protection, superseded this protection once the work was published (Seignette, *supra* note 6 à la p. 16).

¹⁵⁷ Voir Yen, «Restoring the Natural Law : Copyright as Labor and Possession», *supra* note 63 à la p. 522.

¹⁵⁸ *Supra* note 11.

¹⁵⁹ Comme le dira plus tard Macaulay, «[the copyright is] a tax on readers for the purpose of giving a bounty to writers» cité dans S. Breyer, «The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs» (1970) 84 Harv. L. Rev. 281 à la p. 281. Le juge Yates écrivit également :

[i]t is of use, certainly, that learning and science, and valuable improvements should be encouraged, and every man's labour properly rewarded. But every reward has its proper bounds: and an entire monopoly for fourteen, or if the author remains alive, for twenty-eight years, seems encouragement enough for his labours» (*Millar*, *ibid.* à la p. 249).

pole de certains éditeurs. Bien plus, le recours systématique au droit naturel se limite à reconnaître le lien qui unit l'auteur à son oeuvre, mais n'a plus aucun effet au-delà de la publication. Cette solution adoptée par les juges anglais sera reprise quelques années plus tard par les juges américains.

b. L'affaire Wheaton : la Cour suprême des États-Unis sur les traces de la décision Donaldson

Dans la décision *Wheaton c. Peters*¹⁶⁰ de 1834, la Cour suprême des États-Unis a repris le raisonnement suivi par les juges anglais, quelque soixante-cinq ans auparavant, dans la décision *Donaldson*. Le *distinguo common law copyright* et *statutory copyright* y est également consacré par la Cour suprême qui décide en substance que :

the Constitution of the United States it is declared by the Congress shall have the power "to promote the progress of science and the useful arts, by securing, for a limited time, to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and invention." The word "secure" as used in the Constitution, could not mean the protection of an acknowledged legal right [...]. [...] Congress, by the Act of 1790, instead of sanctioning an existing perpetual right in an author in his works, created the right secured for a limited time by the provision of that law¹⁶¹.

Cette affaire rompt avec la vision ius naturaliste du copyright, très présente en Amérique jusqu'à la fin du XVIII^e siècle. En effet, à la veille de l'adoption de la Constitution en 1787, de nombreux États fédérés avaient déjà leur loi sur le copyright. À l'image de la loi d'Anne et des courants philosophiques que nous avons brièvement retracés, ces lois reposaient sur deux idées principales, celle d'encourager le savoir ainsi que celle de consacrer le droit naturel de l'auteur sur son travail¹⁶². Ce courant

¹⁶⁰ *Supra* note 139. Peters avait décidé de publier des décisions de jurisprudence antérieurement imprimées par Wheaton. Ce dernier reprit les arguments avancés quelques années auparavant par Donaldson. Sur l'historique détaillé de cette affaire voir C. Joyce, «The Rise of the Supreme Court Reporter: An Institutional Perspective on Marshall Court Ascendancy» (1985) 83 Mich. L. Rev. 1291 aux pp. 1369-75. J. Whicher fait également remarquer que l'aspect monopolistique et positiviste du droit d'auteur vient des enseignements de la guerre des brevets sur les bateaux à vapeur. En faisant l'analogie avec les brevets, les juges de l'arrêt *Wheaton* auraient perçu le danger de conférer un monopole sur les idées. C'est à ce titre qu'il refusèrent de consacrer un copyright de droit commun. Whicher ajoute : «[t]his confusion between patents and copyrights was further encouraged by their "marriage" in the Constitution» (J. Whicher, «The Ghost of *Donaldson v. Beckett*: An Inquiry Into the Constitutional Distribution of Powers Over the Law of Literary Property in the United States Part II» (1962) 9 Bull. of the Copyright Society of U.S.A. 102 à la p. 197).

¹⁶¹ 33 U.S. 591 (1834) à la p. 592. Le *Copyright Act 1790*, 1 Stat. 1790, fut adopté en vertu du pouvoir conféré au Congrès dans U.S. Const. art. I, §8, cl. 8, dont la partie pertinente est reproduite dans la citation.

¹⁶² Voir par exemple les extraits et préambules de ces lois dans F. Crawford, «Pre-constitutional Copyright Statutes» (1975) 23 Copyright Society of the U.S.A. 11 aux pp. 12-16. Pour un aperçu historique des projets qui ont précédé l'adoption de la constitution américaine, voir D.W. Banner, «La célébration du bicentenaire de la promulgation des lois sur les brevets et sur le droit d'auteur des États-Unis» (1990) 103 D.A. 360.

d'idées, corroboré par les conclusions de l'affaire *Millar* ainsi que par les travaux de Blackstone¹⁶³, influença la rédaction de la Constitution. James Madison, qui fut étroitement associé à la rédaction de la clause concernant le copyright et les brevets d'invention, adhérerait aussi à la vision du copyright dans *Millar* :

[t]he utility of this power will scarcely be questioned. The copyright of authors has been solemnly adjudged, in Great Britain, to be a right of common law. The right to useful inventions seems with equal reason to belong to the inventors. The public good fully coincides in both cases with the claims of individuals¹⁶⁴.

C'était sans compter le changement irrémédiable que va préfigurer, quelques dizaines d'années plus tard, la cause entendue dans *Wheaton*. La Constitution américaine sera interprétée comme étant la seule source du copyright pour les oeuvres publiées. Le *statutory copyright* était ainsi consacré. Dans un arrêt plus récent, la cour du neuvième circuit résume l'aboutissement de toute ces mouvances conceptuelles en énonçant que :

[b]y the common law, the author of a writing possesses the sole and exclusive right to publish it, but upon and after the first publication the writing may be published by anyone including the author, since the writing has gone into the public domain [...].[...] The copyright statute extends the author's sole and exclusive right in accordance with its terms and provisions [...].[...] In other words, it reserves the writing from the public domain for the effective period of the copyright. What we have just said is what is meant by courts when they say: When the copyright comes in, the common law right goes out¹⁶⁵.

La position adoptée par les États-Unis d'Amérique est donc tranchée. Loin d'être attiré par le modèle continental, le système de copyright américain va même dans le sens d'une aggravation des principes posés par les juges britanniques. Une très large place est faite au droit en tant que système de régulation économique. Le monopole des éditeurs apparaît ainsi très tôt dans le processus d'exploitation des oeuvres. Il apparaît dès l'entrée de l'oeuvre dans le processus de publication. C'est à partir de ce moment que le *statutory copyright* se substitue au *common law right*. Les sujets de droit sont intervertis ; les droits intellectuels passent du patrimoine de l'auteur à celui de l'éditeur.

Le droit canadien, par sa filiation avec la législation anglaise, s'apparente au système de copyright. Pourtant, pour des raisons principalement historiques — la présence du Québec — il reste très influencé par le droit continental et, plus précisément,

¹⁶³ La quatrième édition du traité de Blackstone fut publiée après la décision *Millar*, mais avant la décision *Donaldson*. Il est clair que Blackstone était un partisan de la théorie du droit naturel qui justifie la propriété de l'auteur sur son oeuvre. Dans cette quatrième édition, il expose sa théorie selon laquelle le droit de propriété de l'auteur est fondé, par analogie, au droit de propriété sur la terre et les cheptels, ainsi que sur l'occupation. Voir M. Sokol, «Bentham and Blackstone on Incorporeal Hereditaments» (1994) 15 *Legal History* 287 à la p. 295.

¹⁶⁴ Cité dans Whicher, *supra* note 160 à la p. 115.

¹⁶⁵ *Warner Bros. Pictures c. Columbia Broadcasting System*, 216 F.2d 945 à la p. 948 (9th Cir. 1954).

par le droit français. Sa nature particulière est donc le fruit d'un compromis entre deux traditions souvent opposées. Il en résulte un droit tout en nuances.

c. Les nuances du droit canadien

Possession française puis *Dominion du Commonwealth*, le Canada a une législation résultant en majeure partie des lois coloniales. Cependant, et il s'agit là d'une convention constitutionnelle, le Parlement de Londres s'est progressivement retiré du domaine législatif, laissant au Parlement fédéral canadien de plus amples prérogatives. Le processus législatif en matière de droit d'auteur au XIX^e et au début du XX^e siècle montre d'avantage l'évolution des rapports constitutionnels que la détermination d'un régime de droit d'auteur de type canadien. On n'en attendrait pas moins d'un pays encore jeune. D'une certaine façon cependant, l'histoire du droit (i) révèle l'importance des courants de pensée qui ont permis de fléchir un droit purement statutaire afin de lui donner une coloration proprement canadienne (ii). C'est ainsi que l'on peut découvrir qu'à une société donnée correspond un droit de nature particulière.

i. Quelques éléments d'histoire législative

Le Parlement canadien adopte en 1835 une loi intitulée *Acte pour protéger la propriété littéraire*. La version anglaise reprend quant à elle les termes de *Copy Rights*¹⁶⁶. Le Canada est alors une jeune colonie anglaise dont la concession par la France remonte à 1763 lors de la signature du *Traité de Paris*¹⁶⁷. On est loin des débats juridiques sur la terminologie. En vertu de cette loi le droit de l'auteur est garanti pour 28 ans¹⁶⁸ tel que le prévoyait la loi anglaise de 1777¹⁶⁹. Cependant, l'enregistrement du livre est un préalable obligatoire pour bénéficier de cette protection. La loi est à cet effet très claire : «[...] aucune personne n'aura droit au bénéfice de cette Acte, à moins qu'elle n'ait déposée avant la publication un exemplaire du titre de tel livre ou livres, carte, plan, oeuvre de musique, estampe, figure en taille douce ou gravure dans le Bureau du Greffier de la Cour Supérieure»¹⁷⁰. Les ouvrages visés doivent au surplus porter une mention spécifiquement prévue par loi et certifiant l'accomplissement des procédures. Une fois l'ouvrage enregistré le droit de l'auteur ne peut être justifié par une quelconque référence au *common law copyright*. Bien au contraire, c'est ici

¹⁶⁶ *An Act for the protection of Copy Rights*, 1832, 2 Guillaume IV, c. 53. Le Parlement de Grande-Bretagne avait en effet facilité l'administration de la Province du Bas-Canada en édictant une loi donnant un pouvoir assez étendu au Conseil Législatif et à l'Assemblée de cette province.

¹⁶⁷ (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3.

¹⁶⁸ Voir *Acte pour protéger la propriété littéraire*, *supra* note 166, art. 1.

¹⁶⁹ Voir *Prints Copyright Act*, 1777, 7 Geo. III, c. 38, art. 7. Cette période passera en Angleterre à la vie de l'auteur et sept ans ou quarante-deux ans après la première publication. Voir *An Act to Amend the Law of Copyright*, 1842 (R.-U.), 5 & 6 Vict., c. 45, art. 3.

¹⁷⁰ *Acte pour protéger la propriété littéraire*, *supra* note 166, art. 4.

l'Acte qui définit strictement les contours du droit. La loi de 1832 fut abrogée par la une loi de 1841¹⁷¹ qui en reprend presque mot pour mot le contenu.

La *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁷² va donner au Parlement fédéral une compétence législative exclusive à l'endroit du droit d'auteur¹⁷³. Un an après cette dévolution constitutionnelle, le Parlement fédéral adopte l'*Acte de la propriété littéraire et artistique de 1868* et soumet l'administration du droit d'auteur au Ministère de l'Agriculture du Canada¹⁷⁴. Outre cette singularité, la loi de 1868 n'apporte que peu de changements au régime mis en place en 1832. On y répète encore une fois que «nul n'aura droit au privilège accordé par le présent acte, à moins qu'il ne dépose au bureau du Ministre de l'Agriculture deux exemplaires du dit livre[...]»¹⁷⁵. Les amendements les plus notables sont ceux qui confèrent aux auteurs de Grande-Bretagne et d'Irlande le bénéfice de la même protection dont jouissent les nationaux¹⁷⁶. Ensuite, ce fût la loi fédérale de 1875 qui devint, par sanction royale, la législation du Canada¹⁷⁷. Mais encore à cette époque, l'indépendance législative était très relative de telle sorte qu'une loi impériale de la même année, *The Canada Copyright Act 1875*¹⁷⁸, donne à Sa Majesté le droit d'approuver la loi canadienne. Il faut attendre 1911 pour que le Parlement de Londres soumette l'application de la loi impériale sur le droit d'auteur à

¹⁷¹ *Acte pour protéger les Droits d'Auteurs dans cette Province*, 1841, 4 & 5 Vict., c. 61. Deux lois viendront compléter la loi de 1841 : *An Act to amend the law relating to the protection in the colonies of works entitled to copyright in the United Kingdom*, 22 juillet 1947 (R.-U.), l'*Acte pour étendre l'Acte Provincial des Droits d'Auteur aux personnes résidant dans le Royaume Uni*, à certaines conditions du 28 juillet 1847, 10 & 11 Vict., c. 95 et l'*Acte pour amender l'acte qui impose des droits de douanes* du 10 août 1850, 13 & 14 Vict., c. 6.

¹⁷² (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3.

¹⁷³ Voir la *Loi Constitutionnelle de 1867*, *ibid.*, art. 91(23). L'autonomie législative du Parlement fédéral était toute relative car en autant que la *Loi constitutionnelle de 1867* était une loi impériale, les lois adoptées en vertu de celle-ci devaient toujours passer en dernier lieu par le Parlement de Londres. À ce titre les lois sur la propriété littéraire adoptées par le Parlement du Canada pouvaient toujours être modifiées voir abrogées par une loi impériale. Techniquement les lois britanniques sur le droit d'auteur étaient en principe applicables au Canada de la même manière, et à *fortiori*, que l'étaient les lois adoptées par le Parlement du Canada. Les deux Parlements étaient assujettis au pouvoir royal. Voir à ce propos la décision *Hubert c. Mary* (1906), 15 B.R. 381, 29 C.S. 334. «The Imperial Parliament is supreme. The expression "exclusive", in the British North America Act, in the section referring to copyright does not deprive the Imperial Parliament of the right of legislating on the same subject in so far as Canada is concerned». *Ibid.* à la p. 383, juge Lavergne.

¹⁷⁴ 22 mai 1868, 31 Vict., c. 54.

¹⁷⁵ *Ibid.*, art. 3.

¹⁷⁶ Évidemment à cette époque la préoccupation principale était d'empêcher toute contrefaçon de livre d'écrivains anglais. De ce fait, une loi impériale de 1842 (*An Act to Amend the Law of Copyright*, *supra* note 171, art. 15-17) avait prévu de nombreuses causes d'action afin de permettre au propriétaire du copyright (*proprietor of copyright*) de défendre efficacement son droit dans les *dominions*.

¹⁷⁷ 38 Vict., c. 88.

¹⁷⁸ *An Act to give effect to an Act of the Parliament of the Dominion of Canada respecting Copyright*, 1875 (R.-U.), 38 & 39 Vict., c. 53, art. 3.

la volonté expresse du législateur canadien. Dix ans plus tard, en 1921, le Canada se dote d'une loi moderne sur le droit d'auteur copié sur la loi anglaise de 1911¹⁷⁹.

Il faut retenir de ce bref passage dans l'histoire du XIX^e siècle que le droit d'auteur canadien est, au moins jusqu'à l'adoption de la loi de 1921, incontestablement voué aux intérêts de Londres et des auteurs anglais. C'est ainsi que l'avocat québécois Mignault a pu écrire :

si une personne obtenait en Angleterre la propriété d'un ouvrage et faisait enregistrer ses droits au Stationer's Hall, elle pouvait en poursuivre la contrefaçon à Londres comme à Calcutta, à Québec comme dans les profondeurs de l'Australie. Nous avions, il est vrai des statuts particuliers qui permettaient à nos littérateurs de s'assurer la propriété de leurs oeuvres dans les limites de la Province; mais tandis qu'il était parfaitement permis aux publicistes de la métropole de nous faire concurrence en Angleterre, le moindre écrivain anglais était protégé dans tous les coins de l'Empire¹⁸⁰.

C'est une plume bien railleuse qui s'insurge contre les conséquences d'une subordination étatique ! Mais plus encore, le droit canadien s'est développé sans aucune attache doctrinale particulière. L'Angleterre d'alors ne se gargarisait pas de discussions philosophiques sur la nature du droit. L'aspect pragmatique du droit issu de la common law et sa flexibilité permettent alors une adaptation certainement plus aisée qu'ailleurs aux progrès des sciences. Il en résulte que la législation canadienne est une législation rapportée, principalement régulatrice et au caractère autoritaire. Aucune philosophie particulière ne vient asseoir pleinement ces droits si ce n'est que la volonté de la couronne de protéger les écrivains anglais et irlandais. La culture canadienne était alors à l'adolescence. C'est autour de ce tronc sec pourtant que fleurira pourtant un droit d'auteur original.

ii. La nature du droit d'auteur canadien

La distinction entre oeuvres publiées — *statutory copyright* — et oeuvres non publiées — *common law copyright* — durera quelques années. Seule l'application du droit anglais permet d'arriver à cette conclusion puisqu'aucune jurisprudence canadienne ne peut à notre connaissance faire foi de l'existence de cette dichotomie. Le *common law copyright* sur les oeuvres non publiées resta donc en vigueur jusqu'à l'adoption du *Copyright Act*¹⁸¹ de 1911 en Angleterre et au Canada jusqu'au premier janvier 1924¹⁸². Nous rapprocherons les conclusions de l'arrêt *Donaldson* de l'actuel

¹⁷⁹ Voir la *Loi de 1921 concernant le droit d'auteur*, 11-12 Geo. V, c. 24, modifiée par 13-14 Geo. V, c. 10 entrera en vigueur le 1^{er} janvier 1924, 27 Gaz. C. n° 26,2157. L'article 5 de la loi de 1923 fixe au 1^{er} janvier 1924, l'entrée en vigueur du texte de 1921.

¹⁸⁰ P.B. Miguault, «La propriété littéraire» 2^e article, (1880) 2 La Thémis 367 à la p. 367.

¹⁸¹ (R.-U.), 1-2 Geo. V, c. 24.

¹⁸² Date de l'entrée en vigueur de la loi de 1921 adoptée par le Parlement canadien. Voir Fox, *supra* note 119 à la p. 26.

article 89 de la *Loi canadienne sur le droit d'auteur* telle que modifiée par la *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*¹⁸³ qui énonce que :

[n]ul ne peut revendiquer un droit d'auteur autrement qu'en application de la présente loi ou de toute autre loi fédérale ; [...]

Selon cette disposition, il est donc impossible d'invoquer un droit d'auteur hors des cas où la loi le prévoit. M. Tamaro relève, à ce propos, que le juriste anglo-saxon dirait du droit d'auteur canadien que c'est «un droit statutaire»¹⁸⁴.

Pourtant si l'on regarde jusqu'à nous, le droit d'auteur canadien a ceci de particulier qu'il se situe à la croisée des systèmes de droit de type continental et ceux de common law. Tout au long du XX^e siècle et jusqu'en 1982, date du rapatriement de la constitution canadienne, le Canada acquiert une autonomie politique de plus en plus grande. Ce qui signifie également que les ressorts civilistes de la province du Québec vont imprimer aux réformes législatives un dynamisme nouveau.

Ces remarques seraient incomplètes si l'on omettait de parler du rôle du juge dans le processus de formation du droit. Certes le principe général d'interprétation des textes législatifs en droit d'auteur est celui de la *literal rule* ou de l'interprétation littérale¹⁸⁵. Cela semble logique puisque ce droit est avant tout de nature statutaire. Cette conception qui soutend la rédaction des textes va également paver le chemin que suivra le juge. Il respectera l'intention du législateur que manifestent les termes de la loi. Le juge n'est pourtant pas entièrement ligoté. Certains concepts fondamentaux du droit d'auteur sont en effet à contenu variable ou requièrent une appréciation subjective. La tâche lui revient alors de leur donner un sens. Si le législateur s'inspire principalement des textes anglais¹⁸⁶, c'est le juge qui va découvrir, le cas échéant, les aspects

¹⁸³ L.C. 1997, c. 24. L'ancienne version de cet article se trouvait à l'art. 63, *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, c. C-42. L'art. 63 se lisait ainsi : «[p]ersonne ne peut revendiquer un droit d'auteur ou un droit similaire quelconque sur une oeuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique, autrement qu'en conformité avec la présente loi ou toute autre loi en vigueur à l'époque et en vertu de celles-ci ; [...]». On notera toutefois que l'art. 63 de la loi canadienne sur le droit d'auteur avait été édicté pour éviter un éventuel recours à la *Convention de Berne*.

¹⁸⁴ N. Tamaro, «La dissociation de la propriété du Code civil des droits d'auteur: l'exemple de la saisie» dans *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, Montréal, Yvon Blais, 1991 à la p. 153. Voir également les affaires *Compo Co. c. Blue Crest Inc.* (1979), [1980] 1 R.C.S. 357 à la p. 373, 105 D.L.R. (3^e) 249. Dans cette affaire le juge Estey rappelle que le droit d'auteur a pour seule source la législation qui «crée simplement des droits et obligations selon certaines conditions et circonstances établies dans le texte législatif». Lire également la décision *Télé-Métropole Inc. c. Michael Bishop*, [1990] 2 R.C.S. 467, 72 D.L.R. (4^e) 97.

¹⁸⁵ Voir P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, 2^e éd., Montréal, Yvon Blais, 1990 à la p. 239 et s.

¹⁸⁶ Voir W.L. Hayhurst, Q.C., «Intellectual Property Laws in Canada: The British Tradition, the American Influence and the French Factor» (1996) 10 I.P.J. 265 aux pp. 279-87. Voir également C. Brunet, «Copyright: The Economic Rights» dans G.F. Henderson, dir., *Copyright and Confidential Information Law of Canada*, Scarborough (Ont.), Carswell, 1994, 129. M. Brunet, soulignant la dualité des influences sur le droit d'auteur canadien, précise que :

[j]urists from the common law system will analyze copyright from a traditional common law (U.K.) point of view. [...] Conversely, jurists from the civil law system will analyze copyright from the continental European civilist concept of "droit d'auteur",

personnalistes ou matérialistes de notre droit. À cet égard la récente affaire *TeleDirect (Publications) Inc. c. American Business Information, Inc.*¹⁸⁷ est intéressante. En appel le juge Decary approuve la décision de première instance de la cour fédérale¹⁸⁸ et refuse d'accorder la protection du droit d'auteur à une compilation au motif que le requérant n'a pas manifesté un effort de créativité suffisant¹⁸⁹. L'originalité dont il est question ici n'est donc plus tout à fait celle qui résulte du *sweat of the brow* mais bien d'un effort créatif minimal. Le retour à une orientation plus personnaliste de la jurisprudence canadienne est ici justifié par la situation particulière des oeuvres factuelles à forte composante mécanique et ne vaut à notre avis que pour ces dernières.

On rappellera également que le Canada est le premier pays de tradition de copyright à avoir adopté une disposition consacrant le droit moral dans sa législation¹⁹⁰. Mais, encore une fois, il ne faut pas se méprendre ; il n'y a pas, au Canada, de véritable tradition de droit moral¹⁹¹. L'insertion d'une telle disposition au sein d'un système

one that protects the act of creation itself, including the expression of the personality of the author, as that personality is expressed in the work of the mind of the author (*ibid.* à la p. 132).

¹⁸⁷ (1998), 76 C.P.R. (3^e) 296 (C.F.A.).

¹⁸⁸ *TeleDirect (Publications) Inc. c. American Business Information, Inc.* (1997), 74 C.P.R. (3^e) 72.

¹⁸⁹ En première instance le juge McGillis avait relevé que le demandeur «exercised only a minimal degree of skill, judgement or labour in its overall arrangement which is insufficient to support a claim of originality» (à la p. 97).

¹⁹⁰ Le droit d'auteur canadien comprend un droit moral seulement depuis 1931, date de son adhésion à la *Convention de Berne*, *supra* note 32. Il s'agissait en effet de mettre la loi canadienne en conformité avec l'article 6 du traité. Le droit moral resta inchangé jusqu'à la révision de la loi de 1988. Le législateur a ajouté à l'occasion de cette réforme de nombreuses références au droit moral, ce qui a permis d'en préciser sa portée. La loi modifiant la loi sur le droit d'auteur de 1997 reprend pour l'essentiel les dispositions de 1988. Les articles pertinents sont situés sous la partie III de la loi actuelle. Voir Y. Gendreau, «Moral Rights» dans Henderson, *supra* note 187 ; Y. Gendreau, «Digital Technology and Copyright: Can Moral Rights Survive the Disappearance of the Hard Copy?» (1995) 6 Ent. L. Rev. 214. Les décisions de jurisprudence qui portent sur le droit moral sont très rares. Voir la décision *Gnass c. Cité d'Alma* (30 juin 1973), Roberval (C.S.), (30 juin 1977), Québec 09-0000032-745 (C.A.). Récemment, le juge canadien a eu l'occasion de préciser l'étendue des droits moraux. La société Camerica avait mis sur le marché un logiciel permettant de modifier les paramètres des jeux vidéos de la société Nintendo. Notamment, la vitesse d'exécution des actions pouvait être modifiée, ainsi que les couleurs. Le concepteur du jeu s'est joint à l'action intentée par Nintendo pour invoquer ses droits moraux. La Cour rejette l'action, mais rappelle de manière lapidaire que l'auteur qui invoque ses droits moraux doit prouver l'atteinte à sa réputation et/ou à son honneur. Voir *Nintendo of America Inc. c. Camerica Corp* (1991), 42 F.T.R. 12, 34 C.P.R. (3^e) 173 (C.F. (1^{re} inst.)).

¹⁹¹ Immédiatement après avoir consacré le droit de paternité et le droit d'intégrité, la loi prévoit la possibilité de renoncer au droit moral. Comme le relève Madame la professeure Gendreau :

[...] but that provision was fraught with difficulties for anyone who wanted to rely on it. While they helped to solve most of the problems that were associated with it, the changes that were introduced with Phase I of the copyright revision process continue to reflect the same attitude towards moral rights. In particular, the existence of a waiver provision [...] undermines the raison d'être of the moral right system (Gendreau, «Digital Technology and Copyright: Can Moral Rights Survive the Disappearance of the Hard Copy?», *ibid.* à la p. 217).

de copyright est très ésotérique et ne se comprend que si on tient compte de la double influence des systèmes de copyright et du droit continental.

Le juriste canadien est sans nul doute influencé par les solutions françaises dont, de toute évidence, il connaît l'existence. Les mots de Mignault écrits à la fin du XX^e siècle sont à cet égard riche d'enseignement :

[j]e ne puis cependant m'empêcher d'exprimer le regret que nous n'ayons pas une loi aussi claire en même temps que courte que celle du 19 juillet 1793 qui régit encore la propriété littéraire en France¹⁹².

Mais plus généralement, la connaissance d'autres systèmes et l'étude des particularismes régionaux vont progressivement enrichir le droit canadien et même, osons le dire, vont devenir une technique législative. Le droit canadien devient de ce fait un droit au régime autonome.

La nature particulière du droit canadien apparaît également lorsque l'on compare les textes de doctrine de Mignault¹⁹³ et Perrault¹⁹⁴, tout deux auteurs canadiens. Les écrits de doctrine sont assez rares pour peu que l'on s'y attarde un moment. Pour Mignault, qui écrivit à la fin du XIX^e siècle, le droit d'auteur ne constitue pas une propriété au sens du *Code civil du Bas-Canada* de 1866. Puisqu'il ne rattache pas le droit d'auteur à la propriété ordinaire il semble adhérer aux conclusions dégagées par la Cour anglaise dans l'affaire *Donaldson*. Il écrit : «[l]a plupart des légistes en effet, tout en reconnaissant la justice de la propriété littéraire en théorie, sont cependant d'avis qu'elle a besoin d'être sanctionnée par une loi spéciale»¹⁹⁵. Se prononçant ensuite sur le point de savoir si à côté de la législation il peut coexister une propriété littéraire de droit commun, Mignault s'exprime en ces termes : «[q]uant à nous cette question n'a pas une grande importance car depuis longtemps nous avons eu des statuts spéciaux qui seuls peuvent faire autorité sur cette matière»¹⁹⁶.

On se souvient que la question du *common law copyright* se posait notamment à propos des oeuvres non publiées, et ce dans les mêmes termes au Canada qu'en Angleterre puisque les législations coloniales et impériales présentaient d'importantes similitudes à l'époque. Dès 1875, le législateur canadien met fin à tout débat à cet endroit puisque l'article 3 de la loi de 1875¹⁹⁷ énonce déjà que l'autorisation de l'auteur est nécessaire pour l'impression et la publication des oeuvres non encore en circulation. Le caractère régulateur de la loi prend donc le pas sur les fictions ou les justifications théoriques principalement liées à l'existence d'un droit naturel ou d'un droit au fruit de son travail. Si la loi devient plus précise, la jurisprudence elle s'enlise dans

¹⁹² Voir P.B. Mignault, «La propriété littéraire» (1880) 2 La Thémis 367 à la p. 370.

¹⁹³ P.B. Mignault, «La propriété littéraire» (1880) 2 La Thémis 289 ; (1880) 2 La Thémis 367 ; (1881) 3 La Thémis 12. Voir également, l'étude de Tamaro, *supra* note 184 aux pp. 180-90.

¹⁹⁴ Voir A. Perrault, «La propriété des oeuvres intellectuelles (suite à fin)» (1924) 3-2 Revue du droit 49 ; (1924) 3 Revue du droit 107.

¹⁹⁵ P.B. Mignault, «La propriété littéraire» (1880) 2 La Thémis 289.

¹⁹⁶ *Ibid.* à la p. 295. Mignault reconnaît cependant à l'instar de nombreux auteurs européens que la propriété littéraire est de droit naturel.

¹⁹⁷ Voir *supra* note 178.

les difficultés conceptuelles. En 1874, la cour supérieure du Québec rend jugement à propos d'un litige sur la propriété d'un livre de catéchisme. À cette occasion le juge Stuart décide que :

[s]o long as writings and works are within the possession of the author he has the same right to the exclusive enjoyment of them as of any other species of property. But when they are circulated abroad and published with the author's consent they become common property, subject to free use of the community — such is the common law on the subject¹⁹⁸.

Bien entendu on relèvera dans cet extrait la référence à des termes fréquemment utilisés par les spécialistes en droit des biens. L'idée de possession (idée proche de celle d'*occupatio*), de jouissance (*usus*) réfèrent justement aux «autres types» de propriété et en particulier à la propriété ordinaire. La conclusion du juge ne manque pas non plus de nous laisser perplexe : une fois l'autorisation de publication accordée, l'oeuvre devient libre de tout droit pour le public !

La conception de Perrault cette fois s'apparente beaucoup plus à ce que l'on retrouve à la même époque — début du XX^e siècle — dans la doctrine française. Le droit d'auteur repose sur l'idée d'un droit de propriété. Il s'agit, selon Perrault, d'un type de propriété moderne. C'est pour cela, dit-il, que nombreux commentateurs éprouvent de la difficulté à accepter cette nouvelle espèce de propriété qui se distingue des autres par son caractère propre. Pour lui, «la loi civile ne crée ni la propriété industrielle ni la propriété littéraire ou artistique; elle ne fait qu'indiquer les conditions et les limites de leur exercice»¹⁹⁹. Témoin de l'évolution des sciences sociales et des idées, Perrault insiste davantage sur les rapports entre l'intérêt public et la contrepartie juste et nécessaire des efforts et du génie de l'auteur. Ce dernier a droit à une récompense, «à une rémunération nommée droit d'auteur; d'où privilège concédé par l'autorité publique ou monopole exclusif de tirer avantages pécuniaires de la publication de son oeuvre»²⁰⁰. Et, averti des théories économistes de la valeur et des mécanismes micro-économiques, Perrault parle des biens intangibles en tant que valeur il les rapproche même des «services de toute sorte», services qui eux aussi sont de nature «immatérielle»²⁰¹.

Ainsi, s'appuyant sur les écrits et la jurisprudence française les auteurs canadiens, et parmi eux les civilistes, ont su accommoder leur héritage anglais aux analyses cartésiennes françaises. On voit poindre de ces études une originalité propre du système canadien qui s'emploie à générer intelligemment ses propres normes à la lumière des expériences étrangères.

¹⁹⁸ *Joseph A. Langlois c. Elzéar Vincent* (1874) 18 L.C. Jurist 160 à la p. 161.

¹⁹⁹ A. Perrault, «La propriété des oeuvres intellectuelles (I)» (1924) 3 - 2 *Revue du droit* 49 à la p. 57.

²⁰⁰ *Ibid.* à la p. 61.

²⁰¹ *Ibid.* à la p. 62.

Conclusion : monopole ou propriété

Renouard faisait remarquer que l'expression «droit de copie» employée par les Anglais et les Allemands est bien plus juste que celle de «propriété intellectuelle». Cette dernière locution, rapporte l'auteur,

ne confond, ni l'émission première de la pensée avec sa reproduction, ni la propriété matérielle de chacun des exemplaires d'un ouvrage avec la possession intellectuelle de leur contenu. Elle ne fait nul obstacle à l'établissement plus ou moins étendu des droits que les lois peuvent garantir à l'auteur. L'expression *propriété littéraire* confond toutes ces idées²⁰².

Ce que révèle très certainement le terme de «copy-right», c'est la fonction même du droit d'auteur. Il s'agit d'un droit exclusif et, pour ce qui est de la partie relative à l'exploitation commerciale de l'oeuvre, d'un véritable monopole de reproduction. C'est certainement pour mettre en valeur ce trait que le terme de «propriété» — droit exclusif par excellence — est souvent utilisé ou, comme nous l'avons vu, débattu ! Ce monopole de reproduction est un droit temporaire et ce, pour des raisons d'intérêt général. Les systèmes de copyright mettent en valeur ce que l'on pourrait appeler le contrat social entre l'auteur et la société. Cet aspect transparait nettement à la lecture de la Constitution américaine. Elle place, parmi les attributions du Congrès, celui «de favoriser le développement de la science et des arts utiles, en garantissant pour une période de temps déterminée aux auteurs et inventeurs le droit exclusif à leurs livres et à leurs inventions»²⁰³. Une telle orientation avait déjà été relevée dans la rédaction de la loi d'Anne. Ne doutons pas que la réaction du législateur anglais en 1710 contre le monopole des éditeurs, loin de recentrer le copyright sur son objet, a souligné son rôle économique. Le droit canadien a hérité de ce trait tout en restant, du fait notamment de l'influence du Québec, réceptif aux doctrines françaises. C'est ici tout à l'honneur de notre droit puisque le législateur canadien est porté plus que tout autre à rester attentif aux développements extérieurs afin de modeler ses propres règles.

Si il est vrai que l'histoire du droit d'auteur au Canada n'est pas aussi étoffé qu'elle ne l'est sur les vieux continents on peut en revanche gager sur le dynamisme et la place de plus en plus importante de notre droit dans les consensus internationaux. Le Canada se trouve de fait un laboratoire idéal pour l'élaboration de règles respectant les différentes grandes tendances en matière de droit d'auteur. Les développements théoriques sont certes souvent plus conséquents à l'extérieur mais nous pouvons nous enorgueillir d'un pragmatisme intelligent, pragmatisme que l'on ne prendra pas pour de l'indifférence à l'égard de la doctrine mais plutôt comme une savante récupération des meilleures théories. On trouve ainsi dans les lois canadiennes la volonté de consacrer un droit centré autour de la personne de l'auteur — ce qui reste une émanation des structures civilistes du droit de propriété — et un droit définitivement dynamique, orienté vers sa fonction économique — ce qui reprend les théories soutenant le concept de monopole.

²⁰² Renouard, *Traité des droits d'auteurs*, vol. 1, *supra* note 9 à la p. 456.

²⁰³ U.S. Const. art. I, §8, cl. 8 [traduction de l'auteur].

On répétera que si l'histoire du droit d'auteur a connu un développement similaire de chaque côté de la Manche, le système français focalise davantage sur la nature du droit d'auteur, créant le droit en plaçant l'auteur à l'épicentre des normes. C'est sans doute l'«accident» de la Révolution française qui lui donna cette inclination.

Les économistes ont récemment porté une attention toute particulière à la dimension économique des droits de propriété intellectuelle²⁰⁴. Si l'on suit les analyses micro-économiques du droit d'auteur notamment, les vocables «monopole» et «propriété» répondent aux définitions de la science économique. Ils n'ont plus alors tout à fait le même sens. Ainsi, au début des années soixante est apparue une théorie dite des *property rights*. Cette théorie a pour but d'analyser l'effet et le rôle du concept juridique de propriété dans le jeu des paramètres micro-économiques²⁰⁵.

²⁰⁴ Sur l'analyse économique des droits de propriété intellectuelle, voir notamment R. Posner, *Economic Analysis of Law*, 3^e éd., Boston, Little, Brown & Company, 1986 ; E. Mackaay, «Legal hybrids: Beyond Property and Monopoly?» (1994) 94 Colum. L. Rev. 2630 ; Également, E. Mackaay, «An Economic View of Information Law» dans W.F. Korthals Altes *et al.*, dir., *Information Law Towards the 21st Century*, Deventer, Kluwer, 1992, 43.

²⁰⁵ Le professeur Strowel précise en effet que le droit de propriété renvoie à la notion anglaise de *ownership*, alors que le *property* «comprend non seulement le droit de propriété (*ownership*), la propriété immobilière (*estate*) et divers intérêts (*interests*) à l'égard des choses matérielles, mais aussi des droits comme les marques, les copyrights, les brevets et même des droits *in personam* susceptibles d'être cédés ou transmis» (Strowel, *supra* note 13 aux pp. 123-24).