

*Vol. 25, n° 1*

## **Le droit moral au Canada : facteur d'idées**

**Pierre-Emmanuel Moyses\***

INTRODUCTION . . . . .	143
1. LA PETITE HISTOIRE DU DROIT MORAL . . . . .	147
1.1 Les droits moraux dans la loi . . . . .	147
1.1.1 Le droit de paternité . . . . .	147
1.1.2 Le droit d'intégrité . . . . .	152
1.2 Les droits moraux dans la jurisprudence . . . . .	155
1.2.1 La décision <i>Snow</i> . . . . .	156
1.2.2 La décision <i>Prise de Parole</i> . . . . .	158
2. LA GRANDE HISTOIRE DU DROIT MORAL . . . . .	160
2.1 Le droit moral : lieu d'expression de la culture civiliste . . . . .	160
2.2 Les utilités du droit moral . . . . .	165

---

© Pierre-Emmanuel Moyses, 2013.

\* Professeur à la Faculté de droit et directeur du Centre des politiques en propriété intellectuelle (CIPP) de l'Université McGill (Canada).

2.2.1	L'utilité du droit d'attribution . . . . .	165
2.2.2	Le droit moral : élément fondateur d'une politique culturelle . . . . .	169
CONCLUSION	. . . . .	171

## INTRODUCTION

L'étude des droits moraux en droit d'auteur canadien pourrait laisser chez le juriste une impression similaire à celle ressentie par le passant qui, sortant de la rue Rivoli, découvre devant lui, perçant le ciel parisien, l'obélisque de la place de la Concorde. Admiration et circonspection. La scène pourrait d'ailleurs s'imaginer à Londres ou à New York, puisque l'Égypte des pharaons leur en a prêté des semblables. Dans tous les cas, l'objet a été déplacé et il renvoie à un lieu et à un patrimoine qui ne sont pas ceux du sol qui les accueille. Le monument devient alors une porte sur une autre dimension, le symbole d'un autre système. De la même manière, le droit moral a été pendant longtemps une construction étrangère au droit canadien. Il a été formellement reconnu au Canada depuis 1931<sup>1</sup>. La loi qui lui a donné droit de séance ne comportait qu'un seul article. C'est toute l'attention qu'on lui a donnée à la naissance. Trop ou pas assez.

Depuis lors, le droit moral est pomme de discorde entre vues qui souvent divergent sur la place de l'auteur dans la loi qui porte son nom dans la version française et qui en est exclu dans la version anglaise. Le paragraphe 12(5) de la loi modifiée de 1921<sup>2</sup>, puisque c'est sous ce chiffre que le droit moral fut introduit dans notre loi, avait repris pour l'essentiel la disposition de l'article 6*bis* de l'Acte de Rome (1928) de la Convention de Berne<sup>3</sup>. Le droit moral y faisait, dans le droit national comme dans le droit international, sa première apparition. L'impression d'ensemble de ces premiers moments canadiens est que le droit moral a été flanqué là, en terrain de common

- 
1. Voir sur ce point Elizabeth ADENEY, *The moral rights of authors and performers, An International and Comparative Analysis*, Oxford, OUP, 2006, p. 291 et s. Voir aussi, Mistrale GOUDREAU, « Le droit moral de l'auteur au Canada », (1994) 25 *Revue générale de droit* 403, 410-412.
  2. *Loi concernant le droit d'auteur*, 11-12 Geo. V, c. 24 (1921), puis S.R.C. 1952, c. 55.
  3. *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, Acte de Rome* (1928). Pour une rétrospective historique et un commentaire de l'affaire *Le Sueur c Morang & Co Ltd.*, 1910 CanLII 11 (C.A. Ont. ; 1910-04-09) ; conf. 1911 CanLII 10 (C.S.C. ; 1911-10-30), moment incontournable du droit moral dans la littérature canadienne, Normand TAMARO, *Le droit d'auteur – Fondements et principes*, Montréal, PUM, 1994, p. 171.

law et *a priori* hostile<sup>4</sup>, sans que l'on ne sache véritablement comment il allait s'y développer. Force est de constater qu'il n'a pas su réellement s'y épanouir<sup>5</sup>. Le droit moral est surtout devenu le terrain d'exercice de la doctrine ; on sait qu'elle se développe dans les milieux les plus arides ! Et c'est là d'ailleurs l'apport le plus important sans doute du droit moral : il a animé les esprits d'une légion de juristes, en majorité francophones. En réalité, cette doctrine est dialectique. Elle s'est tantôt employée à reconstruire la narration interrompue du droit moral, tournant son regard vers le vieux continent, tantôt détournée de ces vieux liens afin de s'en affranchir<sup>6</sup>. De sorte que les droits moraux sont enfermés dans un langage et dans un texte qui cherchent son histoire. En particulier, les ponts théoriques vers la France sont impraticables pour beaucoup et les auteurs qui les empruntent se limitent généralement à comparer notre droit moral au droit moral original et authentique, souvent idéalisé, le droit moral français. Lorsque l'on veut ainsi donner plus de corps à notre droit moral, on rapporte la pensée européenne avec ses vues pleines et téléologiques ; on se compare pour se rapprocher de la source<sup>7</sup>. Au

- 
4. Voir, par exemple, les propos de Harold G. FOX qui, en 1945, écrivait au sujet du paragraphe 12(7) alors de droit nouveau :
- « Has this section added anything material to the law ? In so far as the right to claim authorship is concerned, it would appear that it added something of little extent and value. Apart from statute an author has no claim in libel against another person who announces himself as the author of his work. The right to claim authorship is statutory only. Presumably this right can be established in an action but there apparently the remedy ceases. The author can apparently obtain no damages ; perhaps he can obtain an injunction ; but unless the injunction is directed to restraining the publication of the work without including the true author's name on the work, an injunction will do him little good. That part of the section is to some extent an illustration of the type of legislation that so often emerges from Parliament – conceived in vagueness, poorly drafted, sententious in utterance, and useless in practical application ».
- Harold G. FOX, « Some Points of Interest in the Law of Copyright », (1945-46) 6 *University of Toronto Law Journal* 100, 126.
5. D'où, la position de Sunny Handa qui écrit dans son ouvrage sur le droit d'auteur :
- « The thesis of this book, supported by historical and doctrinal account of the Canadian law, posits that moral rights do not possess proper theoretical support and that, in their present state, their existence as part of the Canadian copyright regime is specious at best. Having the two regimes supported by the same legislation is dangerous in that it confuses the purposes of copyright », Sunny HANDA, *Copyright law in Canada*, Markham, Butterworths, 2002, p. 387. L'auteur récidive puisqu'il écrit plus tôt dans le même ouvrage « Canada's moral rights regime is an orphan, i.e., without strong theoretical support », *ibid.*, p. 129.
6. Harold G. FOX, *The Canadian Law of Copyright*, 1<sup>re</sup> éd., Toronto, The University of Toronto Press, 1944, p. 569.
7. « Nous sommes ici encore d'avis que le Canada peut encore avoir avantage à examiner la codification française », Andrew A. KEYES *et al.*, *Le droit d'auteur au Canada*, Ottawa, Consommation et Corporations Canada, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1977, p. 62 (« rapport Keyes-Brunet »).

contraire, lorsqu'on veut lui tirer la bride, on invoque la common law et le droit statutaire.

Mais ces traditions et les théories que l'on y trouve ne sont pas toutes utiles, ou encore nécessaires ; elles ont plutôt empêché au concept du droit moral d'être *domestiqué*. Il semble que l'on n'a pas su se faire une idée proprement canadienne du droit moral. Concept expatrié, son transport dans notre droit n'a donc jamais été complet. Non que la formule soit obsolète. Au contraire, il lui reste à révéler ses pouvoirs. Il sert de faire-valoir à des visions divergentes qui coexistent dans notre droit et qui lui donne le charme d'un léger strabisme ; celles-là même qui divisent la Cour suprême dans l'arrêt *Théberge*<sup>8</sup>. Cette affaire est riche d'enseignements à plusieurs égards. Elle aborde la fonction et la vocation respectives des droits moraux et des droits économiques. Mais surtout, elle donne tout le relief dont le droit canadien est capable. Derrière la majorité qui forme le premier plan d'analyse, apparaît la dissidence entièrement composée des juges civilistes. Si le droit moral délimite les zones d'influence des traditions civilistes et de common law, il en fait la dialyse. Il trace également les contours du droit civil au Canada. On n'ira pas jusqu'à dire que le droit moral s'exprime mieux dans la langue française – car en réalité les ouvrages les plus importants récemment publiés l'ont été en anglais<sup>9</sup>, mais il faut reconnaître que, si la matière vit encore, c'est grâce aux auteurs québécois et, de ceux-là, nombreux ont une affiliation avec la France et donc, une sensibilité particulière à la question. Il serait pure hypocrisie de nier la géographie du discours et le rôle de l'origine et de l'éducation des auteurs sur ce point.

On a donc bien transposé le droit moral en droit canadien, mais comme l'obélisque de la Place de la Concorde à Paris, il faudra du temps pour qu'on oublie son origine et que l'on puisse finalement se l'approprier. Pour l'un comme pour l'autre de ces monuments, on ne peut pas faire fi des croyances qui ont mené à leur création. Le droit est l'ordonnancement d'un ensemble de valeurs et d'expériences qu'il est difficile de reproduire exactement. Poursuivant la métaphore, on pourra presque se demander s'il existe pour les concepts juridiques comme pour les arts une forme d'usurpation. Le droit moral canadien est un droit que l'on exhibe, un peu comme un

8. *Théberge c. Galerie d'art du Petit Champlain Inc.*, [2002] 2 R.S.C. 336. À ce sujet, lire les commentaires de Daniel GERVAIS, « L'affaire *Théberge* », (2002) 15 *Cahiers de propriété intellectuelle* 217.

9. ADENEY, *op. cit.*, note 1 ; Mira T. Sundara RAJAN, *Moral Rights*, Oxford, OUP, 2011 ; Gillian DAVIES *et al.*, *Moral Rights*, Londres, Sweet & Maxwell, 2011.

trophée, le gain d'une campagne civiliste sur les terres de la common law. Est-il possible qu'un jour il nous soit réclamé comme l'Égypte ou la Grèce revendique ses trésors ?

Dans une large mesure ce texte explique les silences du droit canadien au regard du droit moral, pourquoi il n'a pas su jusqu'à présent lui donner la dimension qu'il possède ailleurs. Silences, car à bien des égards la loi le met en sourdine. La réforme de 2012 n'en modifie pas la substance : elle ne fait qu'en étendre le bénéfice aux artistes-interprètes plus par souci de conformité au traité de l'OMPI de 1996 que par réelle conviction<sup>10</sup>. L'article 14.1 de la *Loi sur le droit d'auteur* (ci-après « LDA ») – et les choses ne seront guère différentes avec le nouvel article 17.1 LDA<sup>11</sup> et ceux concernant les recours qui leur font écho, les articles 28.1 et 28.2, sont rarement mis en mouvement. On avance souvent les mêmes motifs pour expliquer cette aporie ou cette atrophie. On pointe du doigt la faculté de renonciation qui se trouve à la loi et que l'on présente presque comme une prérogative de l'auteur, alors qu'elle équivaut bien plus à un déni de son droit<sup>12</sup>. Ensuite, les conditions d'ouverture des recours en violation sont particulièrement contraignantes. C'est ce que nous verrons. Enfin, et nous y avons déjà fait référence, on fait état des difficultés conceptuelles qui tiennent au déplacement d'une notion qui puise son sens dans une culture qui n'est pas tout à fait la nôtre. De sorte que le sujet n'occupe certainement pas une place centrale dans son enseignement : huit pages dans l'ouvrage de Elizabeth Judge et de Daniel Gervais<sup>13</sup> et douze dans celui de David Vaver. La jurisprudence ne remplit pas plus la matière. On en ferait difficilement une pentalogie<sup>14</sup>. Le droit moral au Canada a du mal à produire sa propre histoire. Et en fait d'histoire ou de narration, nous en distinguerons deux. La petite et la grande. Celle du droit formel et celle du droit

10. *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes* (1996). Les droits moraux sont visés à l'article 5 qui a pour titre « Le droit moral des artistes interprètes ou exécutants ». Il est intéressant de noter que le droit moral est placé symboliquement avant les dispositions traitant des droits patrimoniaux.
11. Projet de loi C-11, *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, L.C. 2012, c. 20, sanctionné le 29 juin 2012 et pour partie en vigueur le 7 novembre 2012.
12. David VAVER, *Intellectual Property Law*, 2<sup>e</sup> éd., Toronto, Irwin law, 2011, p. 212 : « One reason moral rights are more talked about than exercised in Canada is because the Act explicitly allows their waiver ». On sait par ailleurs que les droits moraux sont incessibles : paragraphes 14.1(2) et 17.1(2) LDA.
13. Elizabeth JUDGE *et al.*, *Intellectual Property: The Law in Canada*, 2<sup>e</sup> éd., Toronto, Carswell, p. 190-198 ; VAVER, précité, p. 203-215 : le chapitre sur le droit moral est immédiatement adjacent à celui traitant des droits des utilisateurs intitulé « Users' Rights : Free Use ».
14. Pour un recensement : Hugues G. RICHARD *et al.*, *Robic Canadian Copyright Act Annotated*, Toronto, Carswell, 1992 (sur feuilles mobiles).

théorique ; cette dernière étant souvent l'apanage des occasions manquées, des aspirations et des pétitions de principe.

## 1. LA PETITE HISTOIRE DU DROIT MORAL

Elle est l'histoire conventionnelle. Celle qui se lit d'abord des articles 14.1 et 17.1 LDA et ensuite des quelques jugements qui sont invariablement cités dans les ouvrages généraux.

### 1.1 Les droits moraux dans la loi

Il existe une controverse d'école sur le point de savoir si l'on doit employer le pluriel ou le singulier lorsque vient le temps d'exposer le sujet<sup>15</sup>. Certains voient dans le pluriel, les droits moraux, un droit divorcé de son unité conceptuelle. Le droit moral au contraire rendrait compte du ciment théorique qui en fait un concept à part entière, érigé sur de solides fondements. Il est vrai qu'en réduisant le droit moral aux droits de paternité et d'intégrité, on limite considérablement le paysage intellectuel dans lequel on fait évoluer la discussion. On reste, pour ainsi dire, dans le détail pratique des choses. Et c'est bien ce que fait la loi canadienne. Le droit moral s'expose essentiellement dans les deux composantes de l'article 6*bis* de la Convention de Berne, le droit de paternité et le droit d'intégrité. Ces droits, faut-il le rappeler, sont indépendants des droits économiques, « la cession du droit d'auteur, nous dit l'article 14.1 (3) LDA, n'emporte pas la cession des droits moraux »<sup>16</sup>. Quant aux recours et à leur durée, leur régime est néanmoins calqué sur les droits économiques<sup>17</sup>. Nous n'en dirons pas plus sur ce point, d'autres avant nous ont parfaitement exposé la matière.

#### 1.1.1 Le droit de paternité

Le nom de l'auteur est la marque la plus évidente de l'origine de l'œuvre. Nul besoin ici de longs commentaires. Le texte de la loi

---

15. Christophe CARON, « Droit moral ou droits moraux », [2007-12-06] *Petites affiches*, n° 244, p. 28 ; André FRANÇON, *Le droit d'auteur*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 192 ; André LUCAS *et al.*, *Traité de propriété littéraire et artistique*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, LexisNexis, 2006, p. 344.

16. Le paragraphe 17.1(3) LDA est au même effet.

17. Article 14.2 LDA : « Les droits moraux sur une œuvre ont la même durée que le droit d'auteur sur celle-ci » et, dans un parallélisme parfait « Le paragraphe 17.1(1) s'applique uniquement dans le cas d'une prestation exécutée après son entrée en vigueur. Les droits moraux sur la prestation ont la même durée que le droit d'auteur sur celle-ci ».

actuelle concentre l'ensemble de la matière sur ce point et il reprend d'ailleurs des solutions que l'on avait abritées dans des lois pénales avant de leur donner une forme plus civilisée en droit d'auteur<sup>18</sup>. Le paragraphe 14.1(1) LDA pose le droit de paternité ou d'attribution dans ces termes :

[...] à l'égard de tout acte mentionné à l'article 3, le droit, compte tenu des usages raisonnables, d'en revendiquer, même sous pseudonyme, la création, ainsi que le droit à l'anonymat.

L'existence d'une œuvre à laquelle on attribue une filiation est un préalable évident : la disposition semble ainsi exclure le cas d'une œuvre dont l'auteur ne pourrait se réclamer la paternité ou qui lui est attribué erronément<sup>19</sup>. L'affaire *Robinson c. Cinar*<sup>20</sup> illustre parfaitement ce cas de figure. Le dessinateur Claude Robinson, auteur de l'œuvre *Robinson Curiosité*, avait poursuivi pour contrefaçon de droit d'auteur plusieurs personnes impliquées dans la réalisation d'un dessin animé télévisé pour enfants intitulé *Robinson Sucroë*. L'auteur avait invoqué la violation de son droit moral d'attribution, indiquant que l'œuvre contrefaisante était la sienne puisque reproduisant des parties importantes de l'œuvre initialement créée et qu'elle aurait dû lui être attribuée. Sur ce point, la Cour supérieure débouterait le demandeur au motif, notamment, que

[l]a reconnaissance que le demandeur désire obtenir par cette réclamation n'est pas judicieuse, compte tenu qu'il est en désaccord avec l'œuvre produite et, deuxièmement, qu'il a obtenu une reconnaissance face au public des erreurs et des agissements des défendeurs. Il demeure toujours que Sucroë n'est pas le produit auquel il veut s'associer.<sup>21</sup>

Le texte du paragraphe 17.1(1) LDA est similaire à celui du paragraphe 14.1(1) LDA dans sa physionomie. Le législateur a simplement procédé aux modifications nécessaires en substituant les expressions « à l'égard de tout acte mentionné au paragraphe 15(1.1)

18. VAVER, précité, note 12, p. 204.

19. En ce sens, GOUDREAU, précité, note 1, p. 413. Voir aussi, Daniel GERVAIS *et al.*, *Le droit de la propriété intellectuelle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 191. *Contra* : David VAVER, « Author's Moral Rights in Canada », (1987) 25 *Osgoode Hall Law Journal* 749.

20. *Robinson c. Films Cinar inc.*, [2009] R.J.Q. 2261 (C.S. Qué.), confirmé en appel, [2011] R.J.Q. 1415 (C.A. Qué.), autorisation d'en appeler devant la Cour suprême accordée le 25 mai 2012.

21. Précité, note 20, par. 948 et 949.



ou pour lequel il a droit à une rémunération en vertu de l'article 19 » et « la création de sa prestation » à celles employées dans le texte original de l'article 14.1 LDA. L'auteur ou l'artiste-interprète a donc le choix de faire connaître son œuvre ou sa prestation sous le nom qu'il souhaite, sous le sien ou un nom de plume, voire de demeurer dans l'anonymat.

Malgré la concision des textes susmentionnés, le législateur est tout de même parvenu à faire douter la doctrine quant à leur portée. La doctrine, avons-nous dit, car la jurisprudence reste d'une tranquillité consternante et elle ne s'est pas prononcée sur les points qui vont être soulevés maintenant. Une lecture attentive des textes des articles 14 et 17.1 LDA laisse penser que ce droit que l'on prendrait pour acquis pourrait être soumis à des conditions plus contraignantes qu'il ne paraît de prime abord.

Premièrement, l'application du droit de paternité se veut contextuelle ou conjoncturelle. Il s'applique compte tenu des « usages raisonnables ». La référence aux usages raisonnables renvoie à une mesure d'équité dont les tenants et aboutissants sont bien imprévisibles<sup>22</sup>. On pourrait même soutenir que le droit moral est ici présenté comme subalterne à des règles de pratique sectorielles. La volonté de l'auteur cédera donc devant des ordres de normalisation dont il n'a guère le contrôle. Dès lors que l'on s'affranchit de citer le nom de l'auteur dans un contexte donné, l'infraction initiale peut, de par sa répétition et son acceptation, devenir usage raisonnable. On voit le danger : l'éviction de l'auteur partout où la célérité des échanges, commerciaux ou informationnels, invite à s'économiser la peine de citer l'auteur. Le commerce des utilisations équitables pour les

22. VAVER, précité, note 12, p. 206 et 207, soulevant la difficulté d'interpréter le critère des usages raisonnables dans un contexte contractuel : « The reasonableness qualification is nevertheless unclear about whether it is supposed to reinforce or to undermine respect for contractual provisions that deal explicitly with credit », p. 207. On songera, par exemple, au contexte de l'emploi dans lequel l'œuvre est réalisée. Considérant que l'employeur avait agi selon les usages raisonnables dans des circonstances où la rédaction d'une note par la demanderesse employée avait été faite sur ses instructions. *Tat-ha c. Centre hospitalier de l'Université Laval*, [1999] J.Q., n° 181 (C.S. Qué.). La Cour conclut que « La demanderesse savait que le travail qui lui fut demandé par le Dr Weber devait être utilisé pour que le « Centre » puisse émettre un avis sur la question de l'incidence sur la santé de la consommation des petits fruits provenant des zones traitées aux herbicides de type phénoxyacétique. La Cour admet que le Dr Nantel avait le droit de signer semblable avis, tel que modifié par l'apport d'autres experts du « Centre » ; il s'agit là à mon sens d'une façon d'agir qui constitue un usage raisonnable au sens de cet article 14.1 LDA et constitue probablement une renonciation implicite à ses droits moraux au sens de l'article 14.1(2) de la même Loi, l'article 28.2(1) ne pouvant trouver d'application en l'instance ».

droits économiques invite à la même réflexion. Si effectivement, et dans une logique inverse apparemment respectée, on soumet l'utilisation d'une œuvre ou d'une prestation pour des fins de critique et de compte rendu à la condition que le nom de l'auteur ou de l'artiste-interprète soit mentionné, cette exigence est absente des autres cas d'exception et, notamment, de celle très générale de l'article 29 LDA concernant l'étude privée et la recherche désormais étendue à l'éducation et à la parodie.

Deuxièmement, et c'est un corollaire de ce qui précède, la plasticité des œuvres numériques multiplie les situations dans lesquelles on pourrait estimer opportun de s'affranchir du droit de paternité. Le milieu de l'informatique connaît déjà ce phénomène. Les nouvelles conditions de la création, la pluralité des contributions, leur fonte dans des projets polymorphes et coproduits rend parfois la question de l'attribution anachronique. Même pour les communautés des logiciels libres qui voient dans le droit de paternité le seul droit qui mérite encore ce nom, les mécanismes d'attribution ne permettent pas en pratique de reconnaître une paternité diffuse et multiple. En réalité, l'attribution d'un code à un auteur dans le cadre d'une licence ouverte permet d'éviter que « leurs problèmes ne soient pas attribués de façon erronée aux auteurs des versions précédentes »<sup>23</sup> et elle correspond donc bien plutôt à un mécanisme de garantie.

Troisièmement, les articles 14.1(1) et 17.11 semblent limiter l'exercice du droit de paternité aux actes visés aux paragraphes 3(1), 15(1.1) et à l'article 19 LDA. Chose étonnante donc, car la prérogative personnelle de l'auteur est alors limitée aux situations que le législateur a perçues comme source de revenus et qui, comme on le sait, n'incluent pas forcément l'auteur. Conceptuellement, le domaine d'application du droit de paternité se présente comme un sous-ensemble des activités répréhensibles de droit d'auteur. Faut-il pour autant qu'il y ait nécessairement violation du droit économique pour que puisse subsister le recours en violation du droit de paternité ? Il ne semble pas. D'ailleurs, dans une décision rarement citée, mais pourtant fort instructive, *Dolmage c. Erskine*<sup>24</sup>, la division des

23. Voir la *Licence publique générale* dans sa version de 2007, <<http://org.rodage.com/gpl-3.0.fr.txt>>.

24. *Dolmage c. Erskine*, 23 C.P.R. (4th) 495 (C. Sup. Ont. – Petites créances ; 2003-01-24). Le juge cite abondamment l'affaire *Boudreau*, un cas de plagiat universitaire, un professeur ayant substitué son nom au nom d'un étudiant pour un travail qu'il présenta ensuite comme le sien, *Boudreau c. Lin*, 75 C.P.R. (3d) 1 (C. d'Ont. – Div. Gén. ; 1997-08-10). La cause impliquait l'examen à la fois du droit d'intégrité et du droit de paternité.

petites créances de la ville de London de la Cour supérieure de l'Ontario avait accueilli le recours pour violation du droit de paternité en même temps que débouté l'auteur de son action en contrefaçon au motif que le demandeur avait cédé ses droits d'auteur. Sur le fondement du droit moral, la Cour conclura que le demandeur, alors professeur et auteur d'une étude de cas intégrée à un recueil publié par l'Université de Western, méritait qu'on le désigne comme auteur, et non pas seulement comme « préparateur » :

Section 14.1 entitles the plaintiff to be associated with the work as its «author». The defendants have associated him with the work as something less and without consent and have thereby infringed the plaintiff's moral right of association if it was reasonable in the circumstances for the plaintiff to be associated with the work as its author.

et la Cour termine comme suit après un examen détaillé de la preuve et de la jurisprudence :

In the case at bar the publisher was unmindful of the plaintiff's rights in using "prepared" and was careless in its various listings and especially its 1999 catalogue which failed to define "authors" in the explanatory note and thereby showed all of Dolmage, Erskine and Leenders as co-authors with Erskine listed first. Outside the closed circle of major business school publishers the name first listed is usually taken to be the primary author. Nevertheless there was no malice or targeting of the plaintiff. Until Ivey recently started taking cases from persons outside the faculty all outside writers were described as preparers. Professors Leenders and Erskine had almost no gain or even prospect of gain, financial or career, by what was done. Having regard to the evidence and the law this Court assesses damages at \$ 3,000 for indignation and diminution of reputation.<sup>25</sup>

Par contre, le rattachement du droit moral aux actes économiques pourrait aisément en faire un argument supplémentaire pour montrer la prépondérance des droits économiques, c'est-à-dire une asymétrie réelle dans le dualisme canadien. De plus, le texte des paragraphes 14.1(1) et 17.1(1) LDA renvoyant spécifiquement à certains articles de la loi, la connexion est rompue avec ceux qui en sont exclus. En pratique, on pourrait imaginer qu'une action intro-

25. Précité.

duite principalement sur le visa de l'article 14.1 LDA ne puisse inquiéter la personne qui importe des œuvres d'un auteur sous un nom erroné<sup>26</sup>. L'acte d'importation n'est pas visé au paragraphe 3(1) LDA auquel renvoie l'article 14.1, mais il l'est à l'alinéa 27(2)e) LDA. Le droit moral de l'artiste-interprète en serait d'autant limité en cas d'importation de sa prestation une fois fixée. La référence, au sein des dispositions du droit moral, à certains droits économiques nous semble donc superflue voire confondante.

### 1.1.2 Le droit d'intégrité

Le droit d'intégrité est inscrit au paragraphe 14.1(1) LDA et il est complété par l'article 28.2 LDA qui, bien que placé sous le titre « Violation des droits moraux », en précise la portée en des termes substantifs. Les conditions d'ouverture du recours sont là encore particulièrement onéreuses. On remarque premièrement que seuls certains faits matériels sont visés par le législateur. Il s'agit d'abord des actes de déformation, de mutilation ou de modification. On retrouve la même séquence sous l'article 6*bis* de l'Acte de Rome de la Convention de Berne, puis sous le paragraphe 12(5) de la Loi de 1931 qui en est la transposition. Est exclue de l'énumération la destruction totale de l'œuvre. Rien n'empêche, avec un peu de bonne volonté ou de technique d'interprétation, de voir dans l'abus du propriétaire d'un exemplaire de l'œuvre un acte qui s'inscrirait *a fortiori* à la liste. Le point fait l'objet de quelques lignes dans la doctrine, mais il demeure une hypothèse rarement rencontrée dans les espèces soumises à nos tribunaux.

S'agissant de la question de la destruction de l'œuvre, Mistrale Goudreau écrit que

Les auteurs qui se sont intéressés à la question ont avancé différentes approches. On peut d'abord faire une interprétation semblable à celle valant pour la Convention de Berne. Le droit d'empêcher la destruction de l'œuvre n'étant pas énuméré dans les dispositions conventionnelles ou législatives, il ne fait pas partie des prérogatives de l'auteur. On peut au contraire soutenir que la destruction complète de l'œuvre constitue nécessaire-

26. Dans un ouvrage publié en 1994, Ysolde Gendreau fait une remarque similaire relativement aux conséquences de ces références à certains droits économiques dans les dispositions de droit moral, mais elle prend pour exemple les enregistrements sonores dont le régime a depuis été modifié : Ysolde GENDREAU, « Moral Rights », dans Gordon HENDERSON (dir.), *Copyright and Confidential Information Law of Canada*, Scarborough, Carswell, 1994, p. 175-176. Sur ce point, voir également, GOUDREAU, précité, note 1, p. 413.

ment une atteinte à la réputation, puisque cet acte prive l'auteur d'une « expectative de réputation ». Une dernière possibilité serait de considérer que la faculté de prohiber la destruction d'une œuvre dépend de l'étendue de la réputation de l'auteur et du caractère privé ou public de l'exposition de l'œuvre.<sup>27</sup>

Il s'agit ensuite des actes d'association ou, pour reprendre une formule utilisée par d'autres, du droit d'aval<sup>28</sup>. L'article 28.2 LDA porte sur les situations dans lesquelles l'œuvre est utilisée « en liaison avec un produit, une cause, un service ou une institution » contre le gré et au détriment de l'auteur. Cet aspect du texte de l'article 28.2 LDA ne semble pas avoir beaucoup servi. La jurisprudence en tout cas ne nous éclaire pas. S'ajoute enfin une série de tempéraments qui a pour objet de préciser les actes matériels visés afin d'éviter une application trop généreuse du droit d'intégrité. C'est ainsi qu'il est indiqué au paragraphe 28.2(3) LDA que « le changement de lieu, du cadre de son exposition ou de la structure qui la contient ou toute mesure de restauration ou de conservation prise de bonne foi » ne constitue pas une déformation, mutilation ou autre modification de l'œuvre. On peut ramener ce tempérament aux discussions entamées dans l'affaire *Gnass c. Cité d'Alma*, au regard de la question de la conservation des œuvres. Dans cette affaire, la Cour supérieure, confirmée par la Cour d'appel, refuse de condamner le propriétaire d'une sculpture qui l'avait laissée dans un état de déréliction après l'avoir transportée du lieu initial de l'exposition vers d'autres lieux pour finir dans le dépotoir de la ville :

La Cité d'Alma a reçu la propriété des sculptures. Son obligation est de conserver de façon permanente la propriété des œuvres, mais non de les entretenir et de les préserver à perpétuité. C'eût été changé les termes de l'écrit que d'ajouter à l'obligation de conserver la propriété des œuvres, celle de les entretenir pour les préserver des détériorations et des « outrages ».<sup>29</sup>

La formulation du droit d'intégrité laisse peu de liberté à l'interprète du texte. L'écriture étant serrée, l'étendue du droit ne

27. GOUDREAU, précité, note 1, p. 415. Sur ce point, voir également, HANDA, précité, note 5, p. 387 et 131.

28. Claude BRUNET, « Le droit d'auteur au Canada de 1987 à 1997 – Petit article en forme de prise d'inventaire », (1997) 10:1 *Cahiers de propriété intellectuelle* 79.

29. Les propos de la Cour supérieure sont repris dans le jugement d'appel. *Gnass c. Cité d'Alma*, C.A. Qué., n° 09-000032-745, 30 juin 1977 ; GOUDREAU, précité, note 1, p. 416.

peut être que limitée. On s'aperçoit aussi que le langage de la disposition analysée semble viser principalement les œuvres artistiques ou plastiques ; interprétation qui laisserait les exemplaires autorisés des originaux et les manipulations dont ils pourraient tout autant être victimes hors du champ d'application du texte. Ni la jurisprudence, ni la doctrine ne suggère toutefois une telle lecture. Nous mentionnons la polysémie ou l'imprécision possible du mot œuvre dans ce contexte. Pour finir sur ce thème, il est intéressant de noter que certains auteurs ont relevé l'utilité de la distinction entre exemplaire et œuvre originale relativement à la question de la destruction complète de l'œuvre soulevée plus tôt. Selon Sunny Handa en particulier,

the right of integrity, to remain consistent with the utilitarian philosophy, should properly prevent the destruction of original works by others. Preventing the destruction of copies is not required since the person wishing to destroy the copy will not wish to disseminate it further even without law, the dissemination of copies will not be affected by a law preventing the destruction of copies.<sup>30</sup>

Outre l'effet restrictif de l'énumération des faits matériels ouvrant droit à un recours en contrefaçon, la mise en action du droit d'intégrité est conditionnelle à la démonstration d'une atteinte à l'honneur et à la réputation de l'auteur. Bien que le législateur ait quelque peu allégé les effets de cette exigence en introduisant une présomption de préjudice au bénéfice des auteurs de certaines catégories d'œuvres, elle demeure dans bien des cas rédhitoire. Il est en effet extrêmement difficile de faire la preuve d'une telle atteinte en raison du fait que les notions d'honneur et de réputation sont sujettes à une analyse objective, c'est-à-dire qu'elles ne dépendent

---

30. HANDA, précité, note 5, p. 132. Dans une décision récente, la Cour du Québec accorde des dommages et intérêts à hauteur de 4 500 \$ pour violation du droit à l'intégrité de l'œuvre dans un cas où une sculpture avait fini à la ferraille par la faute d'un préposé de la ville qui en avait acquis la propriété, *Coulombe c. Parc maritime de St-Laurent de l'Île d'Orléans*, 2010 QCCQ 8917 : « Cependant, l'acte de placer l'œuvre d'art endommagée dans un site d'entreposage sans surveillance où un employé municipal peut sans autorisation, en remettre la possession à un ferrailleur constitue une violation du droit à l'intégrité préjudiciable à l'honneur et à la réputation de l'auteur. La municipalité et le Parc maritime ont manifesté une insouciance à l'égard du statut d'œuvre artistique de la pièce donnée par le demandeur constituant ainsi une faute visée tant par la Loi sur le droit d'auteur que par l'article 1457 du Code civil du Québec. La municipalité est responsable des gestes posés par son employé comme l'indique l'article 1463 du *Code civil du Québec* ».

pas seulement du ressenti de l'auteur. Il ne suffit pas que l'auteur convainque le tribunal et qu'il explique en quoi il ou elle estime que sa réputation a été flouée – ce qui est déjà assez difficile puisque cela relève largement d'une impression ou d'un témoignage d'opinion. Il faut encore que l'auteur démontre qu'un créateur placé dans des circonstances similaires pourrait être en droit de réclamer le redressement demandé. Cette objectivisation de la faute est, à notre avis, un obstacle sérieux à l'expansion naturelle du droit moral au Canada et donc, à la place faite à l'auteur dans notre système.

L'obiter récent de la Cour suprême dans l'affaire *Théberge* au sujet des droits moraux nous laisse penser que la tendance ne s'inversera pas et que la volonté de l'auteur quant à la destination de son œuvre ne sera que rarement prise en compte :

Les droits moraux sont circonscrits par la notion de caractère raisonnable. L'évaluation d'une violation potentielle fait grandement appel à l'exercice du jugement, par exemple, un artiste ou un auteur a le droit moral de revendiquer la création de son œuvre « compte tenu des usages raisonnables » (par. 14.1 (1) LDA). [...] *L'artiste ou l'auteur ne doit pas devenir juge de sa propre cause en ces matières.*<sup>31</sup> [Les italiques sont nôtres.]

## 1.2 Les droits moraux dans la jurisprudence

Il y a des causes qui marquent les esprits. Nous discuterons d'abord de l'affaire *Snow*<sup>32</sup> décidée avant la réforme de la LDA de 1988, dont l'auteur Elizabeth Adeney dira qu'elle est « one of the landmark moral rights cases in the copyright world ». Rien de moins. En réalité, la jurisprudence canadienne est si maigre dans son contenu analytique que si la palme de la notoriété est donnée sans grande hésitation à l'affaire *Snow*, l'attribution du meilleur rôle secondaire est chose plus délicate. Dans un second temps, nous avons donc choisi d'y aller d'un paramètre tout à fait subjectif soit la longueur des propos sur le droit moral. À ce chapitre, la décision *Prise de parole* de 1995 se démarque très nettement.

31. *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336, par. 78.

32. *Snow c. The Eaton Centre Ltd.*, 70 C.P.R. (2d) 105 (H.C.J. Ont ; 1982-12-08), j. O'Brien.

### 1.2.1 La décision Snow

Les manuels sur le droit d'auteur font invariablement référence à l'affaire *Snow*, la plus célèbre des affaires rapportées ayant connu un dénouement heureux pour l'auteur. Le droit moral d'intégrité y est accueilli sans détour. La cause constitue, un peu comme les neiges du Kilimandjaro, l'éternelle référence en matière de droit moral. Mais l'attention qu'on lui porte est hautement problématique. Épicentre d'une jurisprudence qui n'existe pas ou peu, la cause démontre plutôt que le recours en droit moral s'assèche ou, comme certains diront, qu'il n'y a jamais eu véritablement sa place en droit canadien<sup>33</sup>. D'abord, si ce jugement est le point culminant de notre jurisprudence en droit moral, bien modeste est son relief ! Le jugement a pour principal attrait son dispositif favorable à l'auteur, le seul avant la réforme de 1988. La cause est emblématique. Citant la décision qui nous occupe, Mira Rajan a récemment écrit :

[a]lthough litigation is but one measure of the effectiveness of moral rights, the paucity of cases on moral rights in Canada is remarkable. In the entire history of Canada's moral rights provisions to 1988, only one successful case was ever brought.<sup>34</sup>

Si la victoire du droit moral y apparaît franche, elle est aussi très courte. C'est que le jugement est particulièrement laconique : deux pages et neuf paragraphes. Voilà pour l'une de nos causes les plus citées.

Toute l'affaire réside dans ces lignes :

The plaintiff is adamant in his belief that his naturalistic composition has been made to look ridiculous by the addition of ribbons and suggests it is not unlike dangling earrings from the Venus de Milo. While the matter is not undisputed, the plaintiff's opinion is shared by a number of other well respected artists and people knowledgeable in his field. The plaintiff does not seek to interfere with the Christmas advertising campaign of the defendants other than to have the ribbons removed from the necks of the geese. I am satisfied the ribbons do distort or modify the plaintiff's work and the plaintiff's concern this will be prejudicial to his honour or reputation is reasonable under the circumstances.<sup>35</sup>

33. HANDA, précité, note 5, p. 374.

34. RAJAN, précité, note 9, p. 130.

35. *Snow*, précité, note 32, p. 106.



L'artiste s'était ému de l'ajout des rubans rouges à ses sculptures représentant des bernaches en vol suspendues dans la galerie d'un centre commercial qui lui en avait fait commande. La Cour ordonnera au défendeur de retirer lesdits rubans. De nature purement injonctive, l'action ne visait aucune autre réparation.

Mais la place de cette décision dans le paysage désolé de la jurisprudence canadienne est également problématique, car elle donne une représentation faussée des conditions d'ouverture du recours en violation du droit moral d'intégrité. Comme nous l'avons vu plus haut, le législateur a soumis le régime de ce droit à des conditions matérielles strictes. Premièrement, en vertu du paragraphe 12(7) de la loi appliquée, et sur ce point l'article 28.2(1) LDA reprend les mêmes termes, l'œuvre devait avoir été « déformée, mutilée ou autrement modifiée ». Si l'on convient avec la Cour que l'ajout de rubans à une sculpture constitue une déformation, c'est moins l'œuvre matérielle en tant que telle que l'esprit de l'œuvre qui est affecté. La chose peut en tout cas être débattue. Le droit français connaît bien cette extension<sup>36</sup> : celle qui porte la prérogative de l'auteur jusqu'à l'image qu'il s'est faite de sa création et dont il peut empêcher la déformation. En revanche, le droit canadien a, dans sa constitution, une vision plus courte, une myopie qui afflige encore notre matière. Le droit à l'intégrité a tout au plus été bonifié avec l'introduction en 1988 du droit d'aval qui couvre le cas où une œuvre est utilisée, de manière préjudiciable, « en liaison avec un produit, une cause, un service ou une institution ».

Pour revenir à l'affaire *Snow*, c'est bien à l'esprit de l'œuvre à laquelle la Cour fait référence lorsqu'elle rapporte que le reproche

36. C'est un droit qui se targue d'avoir de l'esprit : l'esprit des droits, l'esprit des lois, l'esprit de l'œuvre sont des expressions appréciées du droit français et qui manifeste son inclination métaphysique ou téléologique. Respectivement, MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois (1758)*, Paris, Éditions Gallimard, 1995 ; Louis JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité – Théorie dite de l'abus des droits*, Paris, Dalloz, 1927 et en notre matière, reprenant le même thème, un arrêt célèbre de la Cour d'appel de Paris proclame en 1932 que l'œuvre ne doit pas être « ni altérée ni déformée dans sa forme ou dans son esprit », CA Paris, 28 juillet 1932, Chaliapine, *DP* 1934, 2, à la page 139, note Gabriel LEPOINTE. Frédéric POLLAUD-DULIAN écrit ce qui suit dans « L'esprit de l'œuvre et le droit moral de l'auteur », (2008) 215 *Revue internationale du droit d'auteur* 103, 105 :

« On voit ainsi apparaître la notion d'esprit de l'œuvre : l'esprit qui anime l'œuvre, c'est la conception que l'auteur s'en est fait, la compréhension qu'il en a eue, le ton choisi, les idées, les sentiments ou les émotions qu'il a voulu lui faire véhiculer, le caractère (artistique, philosophique, polémique, scientifique, etc.), l'atmosphère et le style qu'il lui a imprimés ».

principal fait à la défenderesse est d'avoir ridiculisé l'œuvre. En ce sens, la décision apparaît presque comme une anomalie ; elle n'est en tout cas pas représentative du reste de la jurisprudence, par ailleurs nettement moins favorable aux auteurs. Généreuse et louable dans ses conclusions, la décision contraste également avec le cadre austère de la loi. Ce qui nous amène à notre deuxième point d'analyse.

L'exigence de la preuve d'atteinte à l'honneur et à la réputation semble en grande partie escamotée dans l'affaire *Snow*. Le juge O'Brien s'était contenté d'attester que le sentiment ou le ressentiment de l'auteur était partagé par de nombreux artistes respectés, ainsi que par des personnes savantes dans le milieu. Bien qu'il soit difficile de spéculer et sur le contenu de la preuve et sur les prédispositions du juge, il semble toutefois que le juge O'Brien ait surtout retenu la parole de l'auteur, ne cherchant dans le reste des dépositions que des éléments de corroboration. Il n'est pas certain que l'on se contente aujourd'hui de motifs aussi succincts, tant dans l'analyse du droit que dans celle, quasiment inexistante, de la preuve. Surtout que le caractère objectif de l'atteinte à l'honneur ou à la réputation sera le plus souvent déterminant. C'est ce que nous apprend l'affaire *Prise de parole* dont le réalisme est plus proche de l'état actuel du droit moral canadien. « Lorsqu'en 1982, écrira Mistrale Goudreau, la Cour suprême de l'Ontario, émet une injonction interlocutoire en faveur d'un sculpteur, sur la base du paragraphe 12(7), la décision est saluée par la doctrine, avec un soupir de soulagement ». Avec le recul, il se peut que ce soupir ait été le dernier d'un corps à l'abandon.

### 1.2.2 La décision *Prise de Parole*

La décision du juge Denault dans la décision de la Cour fédérale *Prise de Parole* rendue en 1995 est sans aucun doute la jurisprudence la plus loquace sur le sujet du droit moral<sup>37</sup>. C'est une raison suffisante, nous semble-t-il, pour lui décerner le prix du meilleur second rôle dans un rôle de soutien. Mais son enseignement tient surtout au réalisme de l'opinion qui est rendue. L'interprétation du droit d'intégrité que l'on y trouve donne l'impression d'une loi inflexible qui se contracte et qui se cabre contre l'idée même du droit moral. L'affaire *Prise de parole* exorcise le droit moral ; elle le rejette hors du

37. Mise à part, peut-être, la décision de la Cour des petites créances de la Cour supérieure de l'Ontario dans *Dolmage c. Erskine*, précité, note 24. *Prise de Parole Inc. c. Guérin, Éditeur Ltée*, 66 C.P.R. (3d) 257 (C.F.P.I. ; 1995-11-27), conf. 73 C.P.R. (3d) 557 (C.A.F. ; 1996-10-29).

droit prétorien canadien. Elle confirme les lacunes pressenties de la décision *Snow* au regard de la preuve de réputation. Nous l'avons dit, la preuve objective du préjudice subi au titre de l'atteinte à l'honneur et à la réputation constitue souvent un lourd fardeau, et ce, même lorsque l'œuvre a été effectivement mutilée ou déformée. Les extraits suivants se passent de commentaires et ils se lisent comme une sentence du droit moral :

[27] Il reste à voir si l'œuvre a été déformée d'une manière préjudiciable à l'honneur et à la réputation de l'auteur. Doric Germain a bien fait part de sa profonde déception de voir son œuvre ainsi déformée au point qu'il aurait préféré que son nom ne fût pas associé au recueil de la défenderesse. Il a aussi indiqué être bien connu dans son milieu, jouir d'une bonne réputation comme auteur, ayant déjà quatre romans à son actif. Boursier du Conseil des arts de l'Ontario, il a été invité par la province de l'Ontario au Salon international du livre de Le Mans en France en 1989, et sa photo a été publiée en page couverture de la revue *Liaison*, principale revue des arts en Ontario. Il a déjà été invité à faire une tournée des écoles du Manitoba et il donnait, à l'occasion, des entrevues à la radio et à la télévision. Souvent invité à prononcer des conférences dans les écoles, il a cependant reconnu, à une question du procureur de la défenderesse qui voulait savoir si le nombre de conférences qu'il était appelé à donner avait diminué après la publication du recueil *Libre expression* : «Je ne pense pas que ça ait nui». Doric Germain a aussi reconnu qu'il n'avait pas été ridiculisé ou fait l'objet de railleries par ses collègues ou par les journaux, et qu'il n'avait personnellement entendu aucune plainte après la publication du recueil *Libre expression*.

[28] En résumé, bien que l'auteur a démontré que son roman a été profondément modifié, à son insu, et qu'il en a été choqué et bouleversé, la preuve n'a pas établi qu'objectivement, comme l'exige le paragraphe 28.2 (1) de la Loi, son œuvre fut modifiée de façon préjudiciable à son honneur ou à sa réputation. À défaut de cette preuve, le demandeur n'a pas droit à des dommages-intérêts moraux.

Dans ce contexte interprétatif, la présomption de préjudice créée à l'article 28.2(2) LDA au bénéfice des auteurs de peintures, sculptures ou gravures en cas de « déformation, mutilation ou autre modification » doit être accueillie avec soulagement. C'est ici sans nul doute que bat encore le cœur du droit à l'intégrité dans les

œuvres plastiques. Et c'est d'ailleurs sur son visa que la plus lourde condamnation pour violation de droit moral a été, à notre connaissance, prononcée<sup>38</sup>.

## 2. LA GRANDE HISTOIRE DU DROIT MORAL

Il se peut que l'intérêt du droit moral réside ailleurs que dans ses applications. La proposition pourrait faire sourire. Elle doit pourtant être prise au sérieux. La place que tient le droit moral dans la littérature canadienne le rend plus imposant que nature. Le droit moral fait écrire. Il est d'ailleurs l'espace privilégié de la cellule civiliste du droit d'auteur canadien, son espace d'expression, ce que nous présenterons dans un premier temps. Ensuite, c'est au niveau des idées que le droit moral a eu et continuera d'avoir son plus grand rôle. L'idée du droit moral pourrait être en réalité d'un apport considérable. Nous présenterons quelques-unes de ses utilités.

### 2.1 Le droit moral : lieu d'expression de la culture civiliste

À bien des égards, la présence du droit moral dans notre loi est le résultat d'une politique d'accommodement. Il ne faut pas oublier que, dans les années où le droit moral fut envisagé au Canada, années de rayonnement du système du droit d'auteur en droit international<sup>39</sup>, le droit canadien voyait dans la mixité de ses sources la marque de son identité et, dans une certaine mesure, le moyen de son indépendance. Le gouvernement canadien s'était justement offusqué de la signature unilatérale de la Convention de Berne par l'Angleterre au nom de ses colonies et il s'était réservé le droit de dénoncer le texte de la Convention<sup>40</sup>. Si, comme l'écrit

38. *Vaillancourt c. Carbone 14*, [1999] R.J.Q. 490 (C.S. Qué ; 1998-12-17), où une somme de 125 000 \$ pour la perte d'une œuvre d'art a été accordée.

39. Retraçant l'évolution du concept dans les années 1920, Elizabeth ADENEY, « Moral Rights in Canada: An Historical and Comparative View », dans Ysolde GENDREAU (dir.), *An Emerging Intellectual Property Paradigm: Perspectives From Canada*, Cheltenham (UK), Edward Elgar, p. 163, p. 168. Voir aussi DAVIES, *op. cit.*, note 9, p. 43 et s.

40. Alors que la métropole avait refusé pendant près d'un siècle la protection des œuvres d'abord publiées au Canada, voilà que par son engagement international la loi impériale mettant en œuvre les principes de Berne offrait aux auteurs étrangers la protection de leurs œuvres au Canada sans même que ce dernier ne soit consulté. Voici comment le *Rapport de la Commission Royale de 1878* décrit la situation : « The authorities of the Home government have heretofore maintained that copyright was a matter belonging to imperial control, and that the British copyright legislation and the British conventions with foreign states were to be held as binding upon all the territories and colonies of the Empire. With this understanding, the representatives of Great Britain at the Convention of Berne

Jean-Arpad Français, on peut voir dans la ratification de la Convention de Berne « une forme d'adhésion à la tradition de droit continental »<sup>41</sup>, elle est surtout un geste d'autodétermination. À cette époque, le droit canadien se construit. La Cour suprême du Canada, créée depuis peu, mène d'ailleurs une véritable entreprise de conciliation, jouant sans retenue sur les gammes d'une juridicité multiple. Ces ambitions teintent fortement la première génération de ses arrêts. David Howes a pu décrire cette période comme une « Babel légale »<sup>42</sup>. La Cour suprême s'employait à dissiper les divergences, à forcer la communication et les associations entre droit civil et common law et ce, parfois, il faut le reconnaître, au détriment de la rigueur scientifique. Les décisions du juge Taschereau, en particulier, montrent cet effort de pacifier la relation entre les deux traditions, d'en permettre l'expression par un langage commun. Il n'hésite pas dans un même élan à citer les auteurs français pour rejoindre des conclusions découlant de la common law. Plus tard, avec les écrits de Mignault notamment, on craindra l'assimilation et les revendications civilistes se feront sur un ton plus nationaliste.

Le droit canadien va alors se polariser en faisant clairement voir les divergences de pensées. Ses racines sont profondes et pénètrent tout le droit. Elles se reflètent dans l'éducation des juristes, dans les méthodes et dans les valeurs à partir desquelles le droit se construit. On en voit encore les conséquences aujourd'hui en droit d'auteur lorsqu'on prend connaissance de la décision *Théberge* : sa

---

accepted the provisions of that Convention for Great Britain and for all the British colonies. The Dominion of Canada has, however, declined to be bound by the action of the Home Government. It is the Canadian view that both copyright and patent-right are matters which belong properly within the control of the Dominion. Acting on this contention, the Dominion government gave but a provisional assent to the Convention of Berne, reserving the right to withdraw after a year's notice, and such notice has since been given », *Report of the Commission of 1878* dans Georges H. PUTNAM, *The Question of Copyright*, 2<sup>e</sup> éd., Londres, G. P. Putnam's Sons, 1896, p. 225, par. 52. Voir sur ces questions, Pierre-Emmanuel MOYSE, « Canadian Colonial Copyright : The Colony Strikes Back » dans Ysolde GENDREAU (dir.), *An Emerging Intellectual Property Paradigm: Perspectives from Canada*, Londres, Edward Elgar, 2008 ; Catherine SEVILLE, *The Internationalisation of Copyright*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

41. Jean-Arpad FRANÇAIS, « Le droit moral comparé : entre problématique classique et moderne », (2000) 12:2 *Cahiers de propriété intellectuelle* 315, 325.
42. David HOWES, From Polyjurality to Monojurality: The Transformation of Québec Law 1875-1929 », (1986-1987) 32:3 *McGill Law Journal* 523 ; H. Patrick GLENN, « Le droit comparé et la Cour suprême du Canada », dans *Mélanges Louis-Philippe Pigeon*, Ernest CAPARROS *et al.* (dir.), Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, p. 205.

dissidence, composée uniquement de juges civilistes, nous rapproche du droit continental<sup>43</sup>. La chose n'a pas échappé à Mira Rajan :

Indeed, the relative surge of interest in moral rights, with two cases reaching the Supreme Court in recent years, raises the troubling prospect of a divide between English and French judges. There is confusion about Canada's moral rights framework, and the flexibility of the Francophone bench is mirrored by the strictness of the Anglophones. The status of the precedent such as *Théberge* is uncertain, and the perspective of a more united Court is to be welcomed.<sup>44</sup>

Ces propos, bien que polémiques, représentent assez bien la perception que les observateurs ont de l'évolution de notre droit.

Et il suffit d'une brève revue de la littérature pour réaliser que le droit moral est véritablement l'espace des civilistes. Le sujet a été brillamment traité dans des articles publiés, dans cette revue même, par des auteurs canadiens francophones, français et belge, tous unis par la langue et la culture civiliste : Jean-Arpad Français<sup>45</sup>, Normand Tamaro<sup>46</sup>, Frédéric Pollaud-Dulian<sup>47</sup>, Frank Gotzen<sup>48</sup>, etc.<sup>49</sup>.

43. Le choix des autorités auxquelles fait référence le juge Gonthier est particulièrement significatif. Il cite en majorité la doctrine québécoise, ce qui naturellement n'est pas neutre. La Cour rapporte également nos propos sur la nature du droit d'auteur précédé de ces réflexions : « D'autre part, il est important de rappeler que les sources du droit d'auteur canadien sont multiples et s'inspirent notamment de la tradition de common law et des notions civilistes continentales », *Théberge*, par. 116 et citant notre texte, Pierre-Emmanuel MOYSE, « La nature du droit d'auteur : droit de propriété ou monopole ? », (1998) 43 *Revue de droit de McGill* 507, 562.

44. RAJAN, précité, note 9, p. 136. Voir également William L. HAYHURST, « Intellectual Property Law in Canada: The British Tradition, the American Influence and the French Factor », (1996) 10:2 *Intellectual Property Journal* 265.

45. Jean-Arpad FRANÇAIS, précité, note 41 : « Le droit moral comparé : entre problématique classique et moderne », (2000) 12:2 *Cahiers de propriété intellectuelle* 315.

46. Normand TAMARO, « Réflexions d'un civiliste autour de *Fabrikant c. Swamy* – L'initiative d'une procédure et le droit moral », (2008) 20:2 *Cahiers de propriété intellectuelle* 597.

47. Frédéric POLLAUD-DULIAN, « Pour le droit moral », (1994) 7:1 *Cahiers de propriété intellectuelle* 8.

48. Franz GOTZEN, « Droit moral des auteurs (théorie générale/attribution/l'avenir) – Quelques réflexions en mémoire de Georges Koumantos », (2010) 22:3 *Cahiers de propriété intellectuelle* 687.

49. Se joignent à cette légion, Ysolde GENDREAU, « Moral Rights in Canada », dans Gordon HENDERSON (dir.), *Copyright and Confidential Information Law of Canada*, Markham, Carswell, p. 161, et du même auteur, « Digital Technology

Le collège des auteurs canadiens anglophones qui se sont exprimés sur le sujet dans des revues scientifiques est moins nombreux<sup>50</sup>. Le droit moral est le porte-voix du droit civil au Canada et le trait d'union avec le droit continental. Il est le faire-valoir, l'autre discours dans la politique fédérale. Il assure ainsi la richesse du débat au sein de nos institutions ; il n'est pas facteur de perte comme l'avait suggéré Sunny Handa<sup>51</sup>.

D'ailleurs, si l'on attribue le progrès réalisé dans notre matière en partie au déploiement des nouvelles dispositions de la loi de 1988, c'est que ladite réforme fait en partie écho aux recommandations du rapport Keyes Brunet de 1977 qui en préconisait déjà le renforcement et qui plébiscitait le modèle français<sup>52</sup>. Lui seul pourra répondre, mais la paternité de ces mots doit probablement être attribuée au second de ses auteurs, Claude Brunet :

Nous sommes d'avis que ces droits moraux sont certes d'une importance égale, sinon plus grande, que les droits pécuniaires. [...] Certes la reconnaissance de l'obligation qu'impose la Convention de Berne en matière de droits moraux est un geste creux si l'on ne prévoit pas de moyens suffisants d'en assurer l'exécution. Il est manifeste que les droits moraux des auteurs doivent être expressément codifiés dans toute nouvelle loi sur le droit d'auteur : [...] Il reste maintenant à examiner dans quelle mesure une codification doit être réalisée<sup>53</sup>. S'ensuit alors la présentation de la loi française et l'éloge à peine camouflé de la « longue expérience de la philosophie du droit moral ».<sup>54</sup>

---

and Copyright: Can Moral Rights Survive the Disappearance of the Hard Copy », (1995) 6 *Entertainment Law Review* 214 ; Mistrale GOUDREAU, « Le droit moral de l'auteur au Canada », (1994) 25 *Revue générale de droit* 403, et Laurent CARRIÈRE, « Le droit moral au Canada », (1989) Robic, disponible en ligne, <<http://www.robic.ca/admin/pdf/24/031-LC.pdf>> et, du même auteur, « Droit d'auteur et droit moral : quelques réflexions préliminaires », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 243.

50. Notamment, David VAVER, « Author's moral rights – Reform proposals in Canada : Charter or barter of rights for creators ? », (1987) 25 *Osgoode Hall Law Journal* 749. Du même auteur, « Author's Moral Rights in Canada », (1983) 14 *International Review of Industrial Property and Copyright Law* 329.

51. HANDA, précité, note 5, p. 129.

52. KEYES-BRUNET, précité, note 7. Au sujet du rapport Keyes Brunet et notant le ton engagé des auteurs au soutien du droit moral, voir ADENEY, précité, note 1, p. 306 à 308.

53. KEYES, précité, p. 60.

54. *Ibid.*, p. 60

L'ensemble des recommandations emprunte, en les adaptant, à l'exemple français. Quant à la mise en application des nouveaux droits proposés, dont le droit d'aval, les rapporteurs insistent : « Nous sommes ici encore d'avis que le Canada peut avoir avantage à examiner la codification du droit français »<sup>55</sup>. Le langage est l'arme du droit ; il transporte avec lui bien plus que des mots<sup>56</sup>. Le concept de droit moral aurait trouvé une réception bien froide s'il n'avait pas été relayé par ces auteurs.

Parlant de la politique en matière de droit d'auteur, Elizabeth Adeney écrit d'ailleurs qu'au Canada « [t]he courts are quoting and relying on the writings of learned commentators many of whom are francophone writers from the civil law tradition. By this means personalists doctrines strongly influence the evolution of moral rights in Canada ». Et l'auteure conclut sur une impression : « It is fair to say that moral rights in Canada are currently interpreted as protective of the author in his personal relationship with the work ».<sup>57</sup>

Cette rétrospective en forme d'hommage, la contemplation des propos d'Elizabeth Adeney, collègue qui nous a visité au cours de la rédaction de son ouvrage – un peu comme on visite un musée –, nous laissent songeur. En effet, les travaux préparatoires qui ont mené aux modifications de 2012 à la LDA, en vigueur depuis peu, n'ont pas fait appel à des comités mixtes ou à la commande de rapports comme par le passé. La parole du droit moral, et là est sa force, risque donc fort bien de se perdre. Il faut la perpétuer. Il n'en va pas seulement du fait québécois et de l'« exotisme » qu'il apporte au droit canadien. Il n'est pas seulement question ici d'esthétisme juridique, les idées du droit moral étant particulièrement belles. Non, son apport est dans l'humanité dont il irradie le droit d'auteur. Encore faut-il que les tenants du droit moral réinventent et qu'ils actualisent la pensée du droit moral. Les concepts doivent être cultivés pour que l'on puisse se les mériter et se les approprier.

---

55. *Ibid.*, p. 62.

56. Sur le sujet, lire Nicholas KASIRER, « L'ambivalence lexicographique du droit d'auteur canadien », dans Marie CORNU (dir.), *Dictionnaire comparé du droit d'auteur et du copyright*, Paris, CNRS, 259.

57. ADENEY, précité, note 1, p. 316.



## 2.2 Les utilités du droit moral

Il faut passer outre les ré citations sur le droit moral pour en saisir la modernité. L'exégèse appliquée de la *Loi sur le droit d'auteur* devient rapidement stérile si elle ne fait qu'amplifier le volume du discours et couvrir le peu de vie que lui donne la jurisprudence. La pérennité du droit moral tient à la littérature qui l'expose mais, paradoxalement, si cette dernière n'est pas renouvelée, elle finira par l'immobiliser. La langue du droit moral deviendra une langue morte. Nous avons choisi de présenter deux courants d'idées qui partent des préceptes du droit moral, mais qui mènent à des thèses innovatrices. Le premier revisite l'idée d'attribution et il lui donne une importance nouvelle. Le second concerne la politique culturelle concernant la conservation des arts et le rôle fondateur que le droit moral peut y avoir.

### 2.2.1 L'utilité du droit d'attribution

Décliner le droit moral en des termes économiques semble *a priori* une hérésie. Il est difficile de trouver même dans les soubassements du droit moral un quelconque appareillage économique. La justification de son principe est dans la personne en tant que créateur. Le droit moral est d'abord un statut avant d'être un régime. Son mécanisme ne dépend pas directement d'un *calcul* quant à l'efficacité de la règle que son principe produit. Évidemment, dans un système ordonné au service du produit, puisque tel est l'objectif du *copyright*, cette rationalité particulière est constamment testée. Elle doit des comptes : À quoi sert-il ? Aux *comment*, le civiliste répond surtout à des *pourquoi*, la traction des principes du droit moral ayant pour lui plus d'attrait que la mécanique de son application. On prononce la formule, et le civiliste prend un air solennel. Il lève les yeux au ciel, y voit la Loi, le grand corps social, alors même qu'on lui présente un état de compte peu reluisant. Sunny Handa avait bien tenté de replacer les solutions du droit moral dans une perspective utilitariste<sup>58</sup>. La démonstration peine à convaincre.

Plus attrayantes sont les idées de Catherine Fisk. Son approche est économique, mais elle emprunte plutôt aux théories de gestion. L'auteur, professeur de droit à l'université Duke, examine la place du droit d'attribution dans le contexte du contrat de travail.

58. HANDA, précité, note 5, p. 128 et s. : « Nevertheless, the placement of moral rights into the Copyright Act may be viewed as consistent with a utilitarian theory of copyright law », p. 130.

Le changement de perspective est paradigmatique : on se prend soudain à concevoir l'auteur non seulement comme créateur, mais également comme employé. Sous cet angle, les règles d'attribution, le droit de paternité, peuvent être plus facilement examinées sous l'angle des sciences économiques. La vue réductrice des théories personnalistes est soudainement élargie. Le droit moral s'oxygénise. Égaré dans son égalitarisme abstrait, le droit civil est pris à sa propre méthode. On savait déjà que la perception romantique de l'auteur ne pouvait survivre à la multitude des formes et des formats de la création<sup>59</sup>. Mais on a continué à regarder au même endroit, à se brûler les yeux. Pourtant, dans une vaste majorité des cas, l'auteur est désormais un employé. Le droit d'auteur n'a pas su l'accueillir sous son nouveau statut. Il a fallu d'ailleurs que le législateur intervienne pour préciser le régime des travailleurs culturels, artistes et professionnels, au regard du droit du travail et du droit des contrats. Mais le lien entre le champ du droit du travail et celui du droit d'auteur, pourtant évident puisque les artistes peuvent cumuler le statut d'auteur et celui de travailleur, n'a jamais été qu'un pointillé. Il faut préciser encore que les lois sur le statut de l'artiste<sup>60</sup> visent essentiellement à préciser et à améliorer les conditions d'engagement des artistes à titre de prestataires de services, et non de salariés au sens du droit du travail. Ces lois, en d'autres termes, ne traitent aucunement des conditions particulières de l'auteur à l'emploi qui devient un travailleur salarié.

C'est ici que le droit d'attribution revêt une nouvelle importance. D'abord, la notion d'emploi, en raison des règles d'attribution de titularité qui favorisent l'employeur, isole la question de la paternité de celle de la propriété. Le paragraphe 13(3) LDA procède au transfert automatique du droit d'auteur au profit de l'employeur<sup>61</sup>. De sorte qu'il est plus facile de concevoir la valeur affectée à la reconnaissance du travail d'un employé à travers le crédit qui lui est dû. Mais il s'agit plus que d'une valeur résiduaire. Dans le contexte de l'entreprise, l'attribution a une fonctionnalité que le droit moral

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

60. *Loi sur le statut professionnel et les conditions d'engagement des artistes de la scène, du disque et du cinéma*, L.R.Q., c. S-32.1 ; *Loi sur le statut de l'artiste*, L.C. 1992, ch. 33.

61. Le paragraphe 13(3) LDA se lit comme suit :  
« Lorsque l'auteur est employé par une autre personne en vertu d'un contrat de louage de service ou d'apprentissage, et que l'œuvre est exécutée dans l'exercice de cet emploi, l'employeur est, à moins de stipulation contraire, le premier titulaire du droit d'auteur ; [...] ».

laisse plus difficilement saisir<sup>62</sup>. On a bien parlé des accommodements nécessaires entre l'objectif social et la protection des intérêts personnels du créateur employé, ce dernier conservant ses droits moraux s'il n'y a pas renoncé, mais les juristes ont généralement abordé la relation entre droit d'exploitation et droit moral dans une logique d'opposition. Cette même logique est sous-entendue dans notre loi : le critère de « l'usage raisonnable » du paragraphe 14.1(1) LDA, par exemple, est un tempérament en même temps qu'une règle de conflit qui permet, comme nous l'avons vu, de s'affranchir du droit de paternité lorsque les conditions dans lesquelles l'œuvre a été créée le justifient. On comprend bien qu'au-delà de l'application des règles, nettement inadéquates dans un contexte d'emploi, l'opportunité pour l'employé de poursuivre son employeur sur ce fondement coïncidera bien souvent avec la résiliation du contrat.

Enfin, la conception que l'on a du droit, partant de l'individu et s'opposant à tous, idée consubstantielle à celle de propriété, limite notre capacité d'imaginer les rapports interpersonnels autrement qu'à partir du caractère belligérant du droit d'auteur. Cette vision a commencé à changer avec les licences libres et l'inversion des principes de la propriété : utiliser le pouvoir du propriétaire pour en freiner la force coercitive et forcer l'échange. Tout comme la propriété privée peut être repensée pour asseoir des mécanismes d'échange et de partage, le droit moral peut également avoir un caractère dynamique et positif. L'analyse de Catherine Fisk brille par la place qu'elle fait au droit moral, mais elle montre aussi comment on peut en moderniser la lecture. Elle constate l'absence, en droit américain, de règle équivalente à celle que l'on trouve au chapitre du droit de paternité, là où il est reconnu, mais elle rappelle son utilité première, celle attribuée au mérite : « Attribution plays important functions in addition to its role in human capital. First, it is one of the principal psychic and economic rewards of innovation »<sup>63</sup>. Mais dans un contexte technologique où la création est souvent le fait de plusieurs dans un contexte d'entreprise, l'attribution devient la marque du capital humain<sup>64</sup>, le

62. Stig STRÖMHOLM, *Le droit moral de l'auteur*, vol II, Stockholm, P.A. Norstedt & Söners Förlag, 1967, p. 295, discutant de la thèse défendue par quelques auteurs au sujet d'un droit moral de créer et de son effet sur le devoir général d'obéissance dû par l'employé à l'employeur. Strömholm notait déjà à l'époque que les rapports entre l'employeur et l'auteur étaient très peu discutés en doctrine.

63. Catherine L. FISK, « Credit Where It's Due : The Law and Norms of Attribution », (2006) 95 *Georgetown Law Journal* 49, 50.

64. « Paradoxically, in the modern information economy where we have moved away from personal rights to intellectual property in favor of corporate rights, we increasingly value attribution because labor mobility and the decline of personal

lieu de l'humanité. Le droit moral d'attribution devient dès lors l'un des termes du rapport avec l'employeur ; il est l'une des contreparties de la subordination, ou plutôt l'indice d'une forme de subordination subtile qui doit être conciliée avec la liberté relative nécessaire du créateur. Catherine Fisk énumère alors les utilités de l'attribution :

As explained below, attribution serves four principal functions. Attribution is, first, is a reward and an incentive for future creativity. Second, it is a form of discipline that punishes unacceptable work. Third, attribution enables consumers to assess quality and sellers to create a brand. Finally, attribution serves a humanizing function, linking the products of work to the reality of human endeavor. Each of these functions requires that the right to attribution be inalienable, at least in some contexts, so that the people who are credited or blamed for a work are in fact the ones behind it. Attribution matters differently in different contexts, however. The functions of attribution can still be served in some contexts when it is alienable vis a vis the public, but it can never be alienable as a measure of human capital. Within every organization attributions are made for purposes of pay, promotion, or blame, for those purposes attribution must be inalienable.<sup>65</sup>

L'aspect du travail de Catherine Fisk qui nous apparaît le plus porteur réside dans l'idée que la question de l'attribution, lorsqu'elle est présentée comme un élément fondamental des négociations de travail, place l'économie du contrat sous un jour nouveau. C'est la mobilité de l'employé qui est en jeu, ainsi que la force des clauses de non-concurrence retenant l'employé créateur. Vu ainsi, le droit moral force la prise de conscience des parties ; il oblige que l'on intègre dans le contrat de travail le paradoxe même de l'idée de l'auteur-employé. Le droit moral ouvre aussi la voie vers une juridicité nouvelle : tout comme on lui avait assigné par le passé une fonction pénale<sup>66</sup>, il est possible de le voir comme le lieu et l'enjeu d'une réglementation du créateur dans l'entreprise<sup>67</sup>. Il suffit d'imaginer,

---

relationships have limited access to other sources of information about employees », *ibid.*, p. 55.

65. *Ibid.*, p. 56.

66. Article 508b du *Code criminel* tel qu'amendé en 1915, 5 George V, c. 12. La disposition punissait d'une peine d'amende l'acte de supprimer ou de modifier un titre ou un nom d'auteur pour les œuvres dramatiques ou musicales. Le Québec adoptera une loi similaire en 1919. Voir ADENEY, précité, note 1, p. 295.

67. *Ibid.*, p. 64.

« In the modern world, in which intellectual property is a corporate asset and its control is almost completely divorced from individual creators, the law must

hors du droit d'auteur mais à partir de ses idées, un cadre juridique qui promeut la reconnaissance des créateurs au-delà de celle des compagnies ou, en tout cas, que leur nom soit associé au succès de la marque autant qu'ils y ont participé. Il est désolant que l'on apprenne le nom des créateurs au moment des litiges sur la portée des clauses de non-concurrence<sup>68</sup>.

### **2.2.2 Le droit moral : élément fondateur d'une politique culturelle**

Nous l'avons dit, le droit moral est une fontaine d'idées. Il faut veiller à ce que jamais elle ne tarisse. Car l'homme, la femme, dans son activité créatrice, qu'elle soit consommée ou dispensée, est l'un des lieux de son humanité. En nous faisant réfléchir sur la place du créateur, sur sa citoyenneté toute particulière, le droit moral nous ramène vers la dimension sociale de l'acte de création. La common law, par choix – car elle avait connu l'embarras également<sup>69</sup>, voit dans l'acte de publication la fin de l'auteur, le début de l'éditeur. Le relais est à la fois naturel et contractuel. Ce dernier prendra soin, pour la société, de sa subsistance. Il sera le collecteur des subsides dus à l'auteur. Mais la publication, le don de l'œuvre au public, est un don de soi. Sans être liturgique, l'œuvre prolonge la vie de l'auteur au-delà de son propre trépas. Et c'est d'ailleurs souvent à ce moment-là que l'auteur ressuscite. Une fois reconnue l'œuvre le fait revivre. Étonnamment, l'attention particulière que le droit prête aux compagnies découle du même principe : faire survivre l'entreprise à la mort de ses fondateurs. Le droit moral reconnaît la permanence de l'œuvre et il en tire les conséquences pour l'auteur comme pour ses ayants-droit. Mais cette permanence signifie encore autre chose. Elle doit être protégée, car elle enrichit notre patrimoine commun. L'existence même de l'œuvre et le souvenir de l'auteur ne sont plus dès lors une question personnelle, mais bien universelle ou, en tout

---

re-imagine the role of the individual vis a vis the power to control information. The four functions that intellectual property ownership once performed – reward, discipline, branding, and humanizing – have increasingly been subsumed by attribution. It is time for law to recognize the extraordinary importance of attribution, and take some modest steps to address the circumstances where the norms governing attribution break down to ensure that these socially valuable functions are performed in a desirable manner. »

68. Révélant le nom de Patrick Désilets comme directeur artistique et créateur chez Ubisoft et illustrant l'usage des clauses de non-concurrence dans les contrats d'emploi dans l'industrie du jeu vidéo : *THQ Montréal inc. c. Ubisoft Divertissements inc.*, 2011 QCCA 2344.

69. Voir RAJAN sur les débuts d'une pensée personnaliste en common law, précité, note 9, p. 94 et s.

cas, sociétale. Le droit moral porte dans sa théorie les marques de ce discours. On a ainsi pu voir dans le droit moral un mode de conservation des arts. Le droit d'intégrité, en particulier, en lui attribuant le commandement de l'œuvre, ferait de l'auteur un officier public. Il devient le gardien de l'œuvre.

L'argument du droit moral, comme instrument d'une politique du patrimoine et de conservation des monuments et des œuvres, apparaît d'ailleurs dans les premières discussions sur la possibilité d'intégrer le droit moral à la Convention de Berne. Le Sous-comité du droit moral en vue de la conférence de Rome fait même une recommandation à l'effet que les législations des plénipotentiaires devraient empêcher qu'une œuvre subisse des mauvais traitements après la mort de son auteur, causant ainsi préjudice à ce dernier, ainsi qu'aux intérêts de la littérature, aux sciences ou aux arts<sup>70</sup>. La proposition ne sera pas entérinée. Par contre, le texte actuel de l'article 6*bis* porte toujours, en son alinéa second, les traces de cette discussion puisque, selon cet article, l'exercice du droit moral peut être dévolu à une institution, c'est-à-dire à l'État, à une fondation, à une association savante ou populaire<sup>71</sup>. Le débat auquel nous avons fait allusion plus haut au regard de la destruction des œuvres prend alors là aussi une autre dimension. Le droit moral révèle encore toute sa puissance. La société ne peut pas, ne doit pas, laisser au propriétaire d'une œuvre unique la possibilité de la retirer du patrimoine commun en la détruisant. Et là encore, l'idée d'une politique culturelle distincte apparaît.

Rien n'empêcherait le gouvernement provincial d'accorder à l'œuvre originale une protection particulière contre les mauvais traitements, un régime particulier quant à sa conservation, etc. Le droit moral aura montré le lieu de l'intervention, libre aux provinces de procéder dans leurs termes. Le gouvernement québécois a été d'ailleurs très actif à ce chapitre et sa législation s'adosse désormais aux lois fédérales en propriété intellectuelle pour les compléter à sa façon. On a mentionné les législations sur le statut de l'artiste, mais on pourra aussi citer celle sur les indications protégées<sup>72</sup> et, peut-être bientôt, celle sur la réglementation du prix des livres.

70. ADENEY, précité, note 1, p. 109.

71. Article 6*bis*, alinéa 2 : « Les droits reconnus à l'auteur en vertu de l'alinéa 1) ci-dessus sont, après sa mort, maintenus au moins jusqu'à l'extinction des droits patrimoniaux et exercés par les personnes ou institutions auxquelles la législation nationale du pays où la protection est réclamée donne qualité. »

72. *Loi sur les appellations réservées et les termes valorisants*, L.R.Q., c. A-20.03.

---

## CONCLUSION

Le droit moral nous immerge dans le monde des idées. C'est là sa force. Il est une constante interrogation sur le processus de création, sur le rôle et la place de l'auteur si discutés par ces temps-ci où l'on tend à en démocratiser le statut et à plébisciter celui de l'utilisateur. Sa place en droit canadien est fondamentale, car elle est le lieu d'expression de la doctrine et d'une doctrine diversifiée. Mais l'auteur n'est pas simplement la matrice de nouvelles théories comme celles que nous avons présentées. Il catalyse aussi, en les fixant dans une formule séduisante, l'histoire de la pensée du droit d'auteur. À travers elle, on perçoit l'influence de Bentham sur la *common law*, ce dernier rejetant l'idée du droit naturel<sup>73</sup>, mais aussi celle de Rousseau qui l'accueillait tout en la politisant. À travers le droit moral, le civiliste voit plus qu'un intérêt personnel, mais bien l'intérêt public codifié. Pour ceux qui ne verraient dans ces propos que logomachie et verbiage, nous rappellerons les avertissements de Hayek, chef de file de la pensée libérale :

It is not surprising that the real scholar or expert and the practical man of affairs often feel contemptuous about the intellectual, are disinclined to recognize his power, and are resentful when they discover it. Individually they find the intellectuals mostly to be people who understand nothing in particular especially well and whose judgement on matters they themselves understand shows little sign of special wisdom. But it would be a fatal mistake to underestimate their power for this reason. Even though their knowledge may often be superficial and

---

73. Harry Hillman CHARTRAND, « Tilting at Windmills: Moral Rights & Benthamism », (2010) *Compiler Press*, <[www.compilerpress.ca](http://www.compilerpress.ca)>. L'auteur conclut que « Thus Common Law with its precedent and path dependency together with Bentham's rejection of Natural Law and Natural Rights inhibit implementation of imprescriptible moral rights for artists/authors/creators in the Anglosphere. This has significant implications for income distribution in the emerging global knowledge-based economy. Such an economy is based on production of intellectual property including copyright. It is also characterized by increasing contract and self-employment. In selling product the knowledge worker through a blanket or « all-rights » license currently assigns, gives up and/or waives all future claims to a work including moral right to claim paternity. [...] Put another way, the emerging income distribution in the knowledge based economy will be determined by the contract bargaining power of the average knowledge worker, a.k.a., the starving artist, who has none ».

their intelligence limited, this does not alter the fact that it is their judgement which mainly determines the views on which society will act in the not too distant future.<sup>74</sup>

---

74. Friedrich A. HAYEK, « The Intellectuals and Socialism », dans George B. de HUSZAR (dir.), *The Intellectuals: A Controversial Portrait*, Glencoe, Illinois, Free Press, 1960, p. 374.