

La propriété intellectuelle : nature et portée juridique

Marcel Dubé

Chapitre 1 de l'ouvrage

Propriété intellectuelle et université
Entre la privatisation des idées et la libre circulation des savoirs

publié en 2010 aux Presses de l'Université du Québec

Ce document est disponible dans Aire Libre (TÉLUQ) :
<http://airelibre.telug.ca/117>

Informations sur la version papier, dans le site des PUQ :
<http://puq.ca/catalogue/collections/propriete-intellectuelle-universite-3699.html>

29 octobre 2010

LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE : NATURE ET PORTÉE JURIDIQUE

Bien que l'expression « propriété intellectuelle » soit couramment utilisée, bien peu de personnes en mesurent véritablement la nature et la portée juridique. En effet, pour plusieurs, détenir un droit de propriété intellectuelle leur permet d'affirmer, voire de revendiquer, que leur production intellectuelle et même leurs idées leur appartiennent d'une manière exclusive. Que ces personnes soient inventeur¹, obtenteur d'une variété végétale², créateur de circuits ou de topographies de circuits intégrés³, dessinateur industriel⁴, titulaire d'une marque de commerce⁵ ou encore auteur⁶ ou même diffuseur⁷ d'une œuvre littéraire, scientifique ou artistique, tous un jour ou l'autre ont entendu se proclamer « propriétaires » de leur création.

Pourtant, la légitimité d'un tel statut de propriétaire résiste difficilement à l'analyse juridique. D'une part, la très grande majorité des législations qui qualifient le droit de l'inventeur, de l'auteur ou de tout autre créateur sur sa création, utilisent plutôt les expressions « droit exclusif » ou « droit exclusif d'exploitation⁸ ». D'autre part, le concept de propriété intellectuelle s'accommode assez mal de la notion traditionnelle de propriété applicable aux biens tangibles.

Il faut dire que régime de la propriété intellectuelle a connu des origines assez singulières, comme on le verra au chapitre 5. D'abord concédées sous forme de privilèges octroyés aux diffuseurs selon le bon plaisir royal, les législations de propriété intellectuelle allaient avec le temps consacrer de véritables droits au créateur. Ces législations ont néanmoins toujours présenté la même

1. Au sens de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. 1985, c. P-4.

2. Au sens de la *Loi sur la protection des obtentions végétales*, L.R.C. 1985, c. P-14.6.

3. Au sens de la *Loi sur les topographies de circuits intégrés*, L.R.C. 1985, c. I-14.6.

4. Au sens de la *Loi sur les dessins industriels*, L.R.C. 1985, c. I-9.

5. Au sens de la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. 1985, c. T-13.

6. Au sens de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, c. C-42.

7. Depuis 1997 au Canada, la *Loi sur le droit d'auteur*, *ibid.*, protège aussi le droit de l'artiste interprète sur sa prestation (art. 15 et s.), celui du producteur d'enregistrement sonore sur son enregistrement (art. 18 et s.) et celui du radiodiffuseur sur son signal de télécommunication (art. 21 et s.).

8. Voir, à titre d'exemples :

En droit américain : *Copyright Act* 17 USC (1976), §§ 106, 106A (a); *Patents Act*, 35 USC c. 14, § 154; § 1057; *Trademarks Act* 15 USC c. 22, § 1115; *Plant Variety Protection Act*, 7 USC c. 57, § 2483.

En droit anglais, *Copyright, Designs & Patents Act* 1988 (R.-U) c. 48, art. 2 et 226.

En droit français, *Code de la propriété intellectuelle* (Loi 92-597 du 1^{er} juil. 1992), art. 111-1, 511-1, 611-1.

En droit canadien, *Loi sur le droit d'auteur*, *supra* note 6, paragr. 3(1), 15(1), 18(1) et 21(1); *Loi sur les brevets*, *supra* note 1, art. 42; *Loi sur les dessins industriels*, *supra* note 4, art. 9; *Loi sur les marques de commerce*, *supra* note 5, art. 19; *Loi sur la protection des obtentions végétales*, *supra* note 2, art. 5; *Loi sur les topographies de circuits intégrés*, *supra* note 3, paragr. 3(1) et (2).

caractéristique générale : elles accordent au titulaire un monopole d'exploitation temporaire de sa création, en contrepartie de la diffusion par celui-ci de cette œuvre au bénéfice de la société.

Ainsi, on reconnaît généralement que l'inventeur reçoit un brevet lui permettant d'exploiter seul son invention sur la base d'un contrat social qu'il conclut avec l'État :

A patent represents a quid pro quo. The quid to the patentee is the monopoly; the quo is that he presents to the public the knowledge which they have not got⁹.

Quant à l'auteur, ses droits exclusifs lui sont dévolus selon un principe similaire, ainsi formulé par la Cour suprême du Canada :

La Loi [sur le droit d'auteur] est généralement présentée comme établissant un équilibre entre, d'une part, la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles et, d'autre part, l'obtention d'une juste récompense pour le créateur (ou, plus précisément, l'assurance que personne d'autre que le créateur ne pourra s'approprier les bénéfices qui pourraient être générés)¹⁰.

Ces législations poursuivent donc l'objectif primordial de récompenser le créateur en contrepartie des productions industrielles, scientifiques ou artistiques qu'il réalise et accepte de partager avec la collectivité. L'alinéa 8 du paragraphe 8 de l'article premier de la Constitution américaine¹¹ traduit clairement et en une simple sentence cette vocation économique, lorsqu'il définit ainsi les pouvoirs du Congrès en cette matière :

Section 8. The Congress shall have power [...]

To promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries.

À la lecture de ces citations, on constate d'emblée que la finalité première de la propriété intellectuelle est l'exploitation économique de sa production intellectuelle.

Pour un grand nombre d'États néanmoins, en particulier pour les pays européens de tradition civiliste, cet objectif économique se double, en ce qui a trait au droit d'auteur, d'une reconnaissance juridique du lien étroit qui rattache l'auteur à son œuvre de création¹². On parle alors de droits de la personnalité ou de *droits moraux*.

Droits économiques et droits moraux

Comme nous l'avons évoqué plus haut, le régime de la propriété intellectuelle s'accommode plutôt mal de la notion traditionnelle de propriété applicable aux biens tangibles.

Ainsi, tandis que la faculté d'exploiter un bien tangible par son propriétaire est directement dépendante de son existence matérielle, l'exploitation d'une création de l'esprit demeure toujours possible dès lors que l'œuvre a été diffusée une première fois, même si le support qui lui a servi

9. Propos du vicomte Dunedin du Comité judiciaire du Conseil privé, dans l'affaire *Pope Appliance Corp. v. Spanish River Pulp and Paper Mills*, [1929] A.C. 269.

10. *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336 (355) au paragraphe 30 (j. Binnie), repris dans *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 10 (j. en c. McLachlin).

11. *U.S. Const.* (17 septembre 1787).

12. C'est le cas également de la législation canadienne. Voir *Loi sur le droit d'auteur*, *supra* note 6, art. 14.1 et s.

d'assise a depuis disparu, et cet usage multiple n'en affecte ni la qualité ni la valeur. Thomas Jefferson (1813) le rappelait en employant cette heureuse image :

He who receives an idea from me, receives instruction himself without lessening mine; as he who lights his taper at mine, receives light without darkening me.

De même, malgré certaines similarités indéniables tenant au caractère exclusif des droits conférés, les droits accordés au propriétaire d'un bien matériel consacrent un rapport juridique dit « réel » (de personne à chose), tandis que ceux octroyés au créateur d'une œuvre de l'esprit s'appuient sur un rapport personnel (de personne à personne). En conséquence, si chacun des titulaires concernés peut tirer profit des fruits générés par l'exploitation, selon le cas, de son bien ou de son œuvre, leur situation diffère du fait que dans la première situation les fruits proviennent généralement d'une utilisation réalisée par le propriétaire lui-même, alors que dans la seconde, le créateur devra le plus souvent, pour obtenir ce bénéfice, compter sur une utilisation réalisée par un tiers.

Aussi, le caractère immatériel des objets sur lesquels portent les droits de propriété intellectuelle empêche l'exercice effectif de la faculté d'en disposer à sa guise reconnu au propriétaire d'un bien matériel. Par ailleurs, alors que le droit de propriété matérielle est considéré perpétuel, ayant comme seule limite la durée réelle du bien sur lequel il porte, les droits de propriété intellectuelle sont quant à eux temporaires par essence. C'est par une législation spécifique que sont définis ces droits et que leur durée est déterminée. Celle-ci peut donc varier considérablement selon les époques, les domaines et les juridictions.

En somme, le rapport réel (de personne à chose) qui caractérise essentiellement le régime de la propriété matérielle accorde à son titulaire des droits exclusifs d'exploitation qui ne sont restreints que par les limites matérielles ou juridiques de l'objet sur lequel ils portent. Le Code civil du Québec le rappelle dans cette disposition lapidaire :

Art. 947. La propriété est le droit d'user, de jouir et de disposer librement et complètement d'un bien, sous réserve des limites et des conditions d'exercice fixées par la loi.

Elle est susceptible de modalités et de démembrements.

Par contre, le régime juridique de la propriété intellectuelle accorde au créateur des droits exclusifs d'exploitation qui sont beaucoup plus strictement circonscrits. En effet, parce que les lois de propriété intellectuelle ont pour objet de consacrer les droits du créateur sur sa production et de réglementer ses rapports avec les utilisateurs de celle-ci (rapports personnels), le législateur détermine les zones d'exploitation qui lui sont exclusives – un « domaine privé » ainsi que nous le qualifierons dans la prochaine section – et dont les tiers utilisateurs ne pourront légalement profiter qu'à titre de cessionnaires ou qu'après avoir négocié avec lui un droit d'utilisation (licence d'exploitation).

Droits de l'inventeur

Ainsi en matière d'invention, dès lors que sur demande celle-ci a été reconnue brevetable par l'organisme administratif compétent, un droit exclusif d'exploitation est octroyé au breveté pour « fabriquer, construire, exploiter et vendre à d'autres, pour qu'ils l'exploitent, l'objet de l'invention », tel que l'énonce l'article 42 de la *Loi canadienne sur les brevets d'invention*¹³. La

13. *Supra* note 1. Dans le même sens, voir en droit américain, le *Patents Act*, *supra* note 8, § 154 (1); au même effet, en droit anglais, le *Patents Act 1977* (R.-U), c. 37, art. 60 et s.; en droit français, le *Code de la propriété intellectuelle*, *supra* note 8, art. 613-3 et 613-4.

durée de ce droit « est limitée à vingt ans à compter de la date de dépôt de cette demande », précise par ailleurs l'article 44 de cette même Loi¹⁴.

Ce droit exclusif d'exploitation accordé au breveté est également limité dans l'espace, sa portée étant par essence dépendante de la compétence territoriale de l'organisme administratif qui le lui a conféré¹⁵. En conséquence, l'inventeur devra déposer autant de demandes de brevets qu'il y a de territoires où il entend exercer son monopole.

Droits de l'auteur

De même, la *Loi sur le droit d'auteur* identifie divers droits économiques exclusifs (le plus souvent qualifiés de *droits pécuniaires*) qu'elle reconnaît à l'auteur qui réalise une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique originale¹⁶. Ces droits, selon le premier paragraphe de l'article 3, permettent au titulaire de :

- [de] produire ou [de] reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre, sous une forme matérielle quelconque,
- d'en exécuter ou d'en représenter la totalité ou une partie importante en public et,
- si l'œuvre n'est pas publiée, d'en publier la totalité ou une partie importante [...]

À ceux-ci s'ajoutent divers autres droits que l'on qualifie aussi de droits dérivés¹⁷, du fait que ces derniers explicitent, distinguent ou modélisent les droits principaux identifiés au premier paragraphe. Comme le précise la Loi :

[...] ce droit comporte, en outre, le droit exclusif :

- a) de produire, reproduire, représenter ou publier une traduction de l'œuvre;
- b) s'il s'agit d'une œuvre dramatique, de la transformer en un roman ou en une autre œuvre non dramatique;
- c) s'il s'agit d'un roman ou d'une autre œuvre non dramatique, ou d'une œuvre artistique, de transformer cette œuvre en une œuvre dramatique, par voie de représentation publique ou autrement;
- d) s'il s'agit d'une œuvre littéraire, dramatique ou musicale, d'en faire un enregistrement sonore, film cinématographique ou autre support, à l'aide desquels l'œuvre peut être reproduite, représentée ou exécutée mécaniquement;
- e) s'il s'agit d'une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique, de reproduire, d'adapter et de présenter publiquement l'œuvre en tant qu'œuvre cinématographique;

14. *Supra* note 8. Dans le même sens, voir en droit américain, le *Patents Act*, *supra* note 8, § 154 (2); en droit anglais, le *Patents Act*, *supra* note 13, art. 25.; en droit français, le *Code de la propriété intellectuelle*, *supra* note 8, art. 611-2, 1.

15. On constate d'ailleurs que, contrairement au droit d'auteur dont l'existence est reconnue extra-territorialement du fait de la mise en œuvre de diverses Conventions internationales (voir *infra* note 19), l'invention brevetée n'est protégée que sur le territoire de l'organisme qui a octroyé le brevet, d'où la nécessité de déposer autant de demandes qu'il y a de pays où l'on veut exploiter l'invention. Les Conventions internationales en ce domaine (Convention de Paris de 1883 et Traité de coopération en matière de brevets PCT de 1970) ne visent quant à elles qu'à faciliter le dépôt simultané d'une demande de brevet dans plusieurs pays; ils n'en modifient ni l'examen ni la délivrance territoriale, pas plus qu'ils n'en étendent la portée.

16. Voir l'article 5 de la *Loi canadienne sur le droit d'auteur*, *supra* note 6. Nous préciserons au chapitre 2 ce que recouvrent ces catégories d'œuvres et le sens qu'il convient de donner à l'exigence d'originalité qu'il leur impose.

17. Voir *ibid.*, sous-paragr. 3(1) a) à i).

- f) de communiquer au public, par télécommunication, une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique;
- g) de présenter au public lors d'une exposition, à des fins autres que la vente ou la location, une œuvre artistique – autre qu'une carte géographique ou marine, un plan ou un graphique – créée après le 7 juin 1988;
- h) de louer un programme d'ordinateur qui peut être reproduit dans le cadre normal de son utilisation, sauf la reproduction effectuée pendant son exécution avec un ordinateur ou autre machine ou appareil;
- i) s'il s'agit d'une œuvre musicale, d'en louer tout enregistrement sonore.

En complément à cette nomenclature, mentionnons aussi la reconnaissance du droit exclusif de l'auteur d'autoriser d'autres personnes à exercer à sa place l'un ou l'autre des droits qui lui sont dévolus par la loi. C'est d'ailleurs ce droit d'autoriser qui fonde juridiquement la mise en œuvre du régime des licences d'exploitation des droits d'auteur par des tiers utilisateurs, tel que nous le préciserons au chapitre 4.

Précisons enfin que la durée de principe des droits exclusifs consentis à l'auteur comprend la vie de ce dernier et s'étend, au Canada, jusqu'à la fin de la cinquantième année après son décès¹⁸.

Ce droit d'auteur est également limité territorialement, du moins en principe. Néanmoins par l'effet de l'adhésion du Canada à diverses Conventions internationales, sa portée réelle dans l'espace a été considérablement étendue puisque la protection accordée par la Loi canadienne s'étend par exemple désormais aux « œuvres littéraires, dramatiques, musicales ou artistiques originales [...] dont l'auteur ou le producteur était à la date de leur création, citoyen, sujet ou résident habituel d'un pays signataire¹⁹ » (*i.e.* pays signataire de la Convention de Berne, de la Convention universelle ou pays membre de l'OMC (Organisation mondiale du commerce)).

Outre ces droits économiques, la *Loi sur le droit d'auteur* consacre aussi des droits dits moraux qui ont pour objet de reconnaître l'individualité de l'apport créatif de l'auteur sur son œuvre²⁰. Comme l'écrivait le juge Binnie, de la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Théberge* précitée²¹ :

18. Voir *Loi sur le droit d'auteur*, *supra* note 6, art. 6. Il convient de mentionner que dans plusieurs pays européens, suite à une directive en ce sens de l'Union européenne en 1993, cette durée de principe du droit d'auteur s'étend dorénavant jusqu'à la fin de la soixante-dixième année après la mort de l'auteur. Voir, en droit français, le *Code de la propriété intellectuelle*, *supra* note 8, art. 123-1, tel que modifié par la Directive 93/98/CEE du 29 octobre 1993; en droit anglais, le *Copyright, Designs & Patents Act 1988*, *supra* note 8, tel que modifié par SI No. 3297 (1995), art. 12. Voir aussi, en droit américain, le *Copyright Act*, *supra* note 8, tel que modifié par Pub. L. No. 105-298, 112 Stat. 2827, art. 302, où une règle similaire étend aux œuvres créées après 1977 la durée du droit à 70 ans après la mort de l'auteur.

19. Voir *Loi sur le droit d'auteur*, *supra* note 6, art. 5 et la définition de « pays signataire » formulée à l'article 2. Cet article 5 de la *Loi sur le droit d'auteur* comporte d'ailleurs diverses autres règles régissant la portée territoriale des droits conférés. Il ne nous est pas apparu qu'il convenait d'en faire une analyse détaillée dans un ouvrage à vocation générale comme celui-ci.

20. Le droit moral est reconnu par la plupart des pays ayant adhéré à la Convention de Berne (version de 1928), à l'exception des États-Unis qui, malgré leur adhésion à cette version de la Convention en 1988, n'ont pas cru bon de l'incorporer complètement à leur *Copyright Act*, *supra* note 8, estimant que ces droits sont déjà sanctionnés entre autres par la *common law* des divers États qui prohibent certaines formes particulières de concurrence déloyale (*misappropriation doctrine*). Voir à cet effet Rosenblatt (1998).

21. Voir *supra* note 10, p. 348, paragr. 15.

[...] les droits moraux [...] consacrent une conception plus noble et moins mercantile du lien entre un artiste et son œuvre. Ils traitent l'œuvre de l'artiste comme un prolongement de sa personnalité et lui attribuent une dignité qui mérite d'être protégée. Ils mettent l'accent sur le droit de l'artiste [...] de protéger pendant la durée des droits économiques [...] l'intégrité de l'œuvre et sa paternité (ou l'anonymat de l'artiste si c'est ce qu'il désire).

Au Canada, comme on vient tout juste de le mentionner, deux droits remplissent plus spécifiquement cette fonction²². D'une part, le droit d'attribution, aussi qualifié de *droit de paternité* dans la doctrine plus traditionnelle, lequel vise, comme le souligne le texte législatif, à permettre à l'auteur d'une œuvre d'« en revendiquer [...] la création »²³.

La Loi reconnaît également à l'auteur le droit d'utiliser un pseudonyme ou même de conserver l'anonymat, s'il le désire²⁴. Le texte législatif pose cependant comme tempérament que ce droit d'attribution ne peut être revendiqué que « compte tenu des usages raisonnables ». C'est ainsi que les tribunaux ont refusé à une employée d'un centre de recherche universitaire québécois le droit de signer un rapport scientifique que devait diffuser son supérieur²⁵.

D'autre part, le droit à l'intégrité de l'œuvre vise à empêcher que celle-ci ne soit indûment « déformée, mutilée ou autrement modifiée, ou utilisée en liaison avec un produit, une cause, un service ou une institution ». Ainsi, sera considérée comme illicite toute altération de l'œuvre faite « d'une manière préjudiciable à l'honneur et à la réputation de l'auteur »²⁶.

La durée des droits moraux de l'auteur au Canada est la même que celle qui s'applique à ses droits pécuniaires²⁷.

Une fois cette période terminée, l'exclusivité du droit d'exploitation cesse et à cet égard l'œuvre aussi bien que l'auteur qui l'a réalisée ne sont plus protégés par la Loi. Il en est ainsi pour tous les droits de propriété intellectuelle. On dit alors que la création se retrouve désormais dans le *domaine public*.

Mais quelle est l'étendue de ce « domaine public »? Couvre-t-elle seulement la période qui suit celle de l'exclusivité? Le créateur peut-il verser sa création encore protégée dans le domaine public? C'est ce que nous tenterons de préciser dans la prochaine section, ce qui nous aidera à cerner la nature particulière du régime juridique de la propriété intellectuelle.

Domaine public, bien commun et propriété intellectuelle

La notion de domaine public, parce qu'elle permet d'identifier l'espace dit « de libre accès » ou « de libre parcours » propre aux œuvres de l'esprit, s'avère capitale en matière de propriété intellectuelle. Exprimée autrement, elle permet de circonscrire la zone d'exclusivité du créateur, « domaine privé »

22. D'autres juridictions, dont celle de la France, consacrent à ce chapitre jusqu'à quatre différents droits. Aux droits d'attribution et d'intégrité reconnus par la loi canadienne s'ajoutent les droits de divulgation (ou de première publication) et de repentir (retrait de son œuvre du marché). Voir, en ce sens, le *Code de la propriété intellectuelle*, *supra* note 8, art. 121-2 et s.

23. Voir *supra* note 6, art. 14.1.

24. *Ibid.*

25. *Tat-ha c. Centre hospitalier de l'Université Laval*, [1999] A.Q. n° 181 (C.S.).

26. *Supra* note 6, art. 28.2.

27. *Ibid.*, art. 14.2.

à l'intérieur duquel il peut exercer les droits exclusifs d'exploitation qui lui sont dévolus par une législation de propriété intellectuelle : on dira alors de cette œuvre faisant l'objet de la protection de la loi qu'elle n'est pas encore dans le domaine public.

Si le plus souvent on recourt à ce concept pour marquer la limite temporelle du droit du créateur – *i.e.* une fois le brevet périmé ou le droit d'auteur expiré, on dira que l'œuvre « tombe » dans le domaine public –, on peut aussi y faire appel pour qualifier diverses autres situations où il y a absence de protection. Il en est ainsi par exemple des idées ou des faits, qui ne sont pas considérés susceptibles de protection et font en conséquence partie du domaine public.

Selon cette logique, il devrait en être de même – comme on le constatera un peu plus loin – lorsque le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle choisit volontairement de renoncer en tout ou en partie à son droit exclusif, comme lorsque le titulaire d'un droit d'auteur accorde une licence de type accès libre, telles les licences « *some rights reserved* », sous l'égide des Creative Commons (CC, voir le chapitre 7). Rappelons, dans la même veine, la décision du gouvernement canadien, en 1996, de renoncer à son droit d'auteur en rendant par décret accessibles, gratuitement et sans autorisation préalable, les textes législatifs et réglementaires ainsi que les décisions judiciaires rendues par les tribunaux de constitution fédérale²⁸. Soulignons également la disposition du *Copyright Act* américain²⁹, de portée beaucoup plus large, qui exclut de la protection du droit d'auteur les « œuvres du gouvernement des États-Unis », c'est-à-dire les œuvres réalisées « par un fonctionnaire ou un employé de l'Administration des États-Unis d'Amérique dans le cadre des fonctions officielles de cette personne »³⁰.

Bien que le concept de domaine public semble assez universellement reconnu, c'est sans doute le droit américain qui l'a le plus développé et utilisé, entre autres en raison de la limite inhérente que pose l'alinéa 8 du paragraphe 8 de l'article premier de la Constitution américaine³¹. La Cour suprême des États-Unis a eu en effet l'occasion à diverses reprises d'examiner ce concept, entre autres dans des affaires mettant en cause l'extension de la durée de la protection accordée par le *Copyright Act*³², la protection des idées ou des faits³³, la portée des droits de propriété intellectuelle eu égard à la notion de « *fair use*³⁴ » ou même l'exigence de l'originalité de l'expression, pierre angulaire du droit d'auteur³⁵.

Dans toutes ces circonstances, le plus haut tribunal américain a régulièrement tenu à rappeler le double objectif de ces législations. C'est ainsi que, dans l'affaire *Eldred* précitée³⁶, où il s'agissait de déterminer la légalité de l'extension de 50 à 70 ans de la durée du droit d'auteur dans le *Copyright Act* américain, le juge Stevens (dissident) écrit :

28. Décret sur la reproduction de la législation fédérale et des décisions des tribunaux de constitution fédérale, C.P. 1996-1995, 19 décembre 1996.

29. *Supra* note 8, art. 105.

30. *Ibid.*, § 101. Texte tiré de la version française disponible dans le site de l'OMPI, section *Ressources – Collection de lois accessible en ligne (CLEA)* : <http://www.wipo.int/clea/fr>

31. Voir *supra* note 11.

32. *Eldred et al. v. Attorney General*, 537 U.S. 186 (2003).

33. *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U. S. 340 (1991).

34. *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U. S. 417 (1984).

35. *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U. S. 539 (1985).

36. Voir *supra* note 32, p. 223.

It is well settled that the Clause is “both a grant of power and a limitation” and that Congress “may not overreach the restraints imposed by the stated constitutional purpose.” *Graham v. John Deere Co. of Kansas City*, 383 U. S. 1, 5-6 (1966). *As we have made clear in the patent context, that purpose has two dimensions. Most obviously the grant of exclusive rights to their respective writings and discoveries is intended to encourage the creativity of “Authors and Inventors.” But the requirement that those exclusive grants be for “limited Times” serves the ultimate purpose of promoting the “Progress of Science and useful Arts” by guaranteeing that those innovations will enter the public domain as soon as the period of exclusivity expires.*

Plus loin, il ajoute³⁷ :

But as our cases repeatedly and consistently emphasize, ultimate public access is the overriding purpose of the constitutional provision. See, e.g., Sony Corp., 464 U. S., at 429.

C’est aussi en se fondant sur le postulat du libre accès du public aux œuvres de création que le même tribunal avait auparavant statué que les idées et les faits ne peuvent être l’objet de protection et que le droit d’auteur ne peut protéger que des œuvres originales³⁸. Les productions non originales font dès lors partie du domaine public :

*Article I, § 8, cl. 8, of the Constitution mandates originality as a prerequisite for copyright protection. The constitutional requirement necessitates independent creation plus a modicum of creativity. Since facts do not owe their origin to an act of authorship, they are not original and, thus, are not copyrightable. [...]*³⁹

It is this bedrock principle of copyright that mandates the law’s seemingly disparate treatment of facts and factual compilations. “No one may claim originality as to facts.” *Id.*, § 2.11[A], p. 2-157. *This is because facts do not owe their origin to an act of authorship. The distinction is one between creation and discovery: The first person to find and report a particular fact has not created the fact; he or she has merely discovered its existence. To borrow from Burrow-Giles, one who discovers a fact is not its “maker” or “originator.”* 111 U.S., at 58. *“The discoverer merely finds and records.”* *Nimmer § 2.03[E].* *Census takers, for example, do not “create” the population figures that emerge from their efforts; in a sense, they copy these figures from the world around them. Denicola, Copyright in Collections of Facts: A Theory for the Protection of Nonfiction Literary Works*, 81 Colum. L. Rev. 516, 525 (1981) (hereinafter *Denicola*). *Census data therefore do not trigger copyright because these data are not “original” in the constitutional sense. Nimmer [*348] § 2.03[E]. The same is true of all facts – scientific, historical, biographical, and news of the day. “They may not be copyrighted and are part of the public domain available to every person.”* *Miller, supra*, at 1369.⁴⁰

Toujours selon la Cour suprême américaine⁴¹ :

*No author may copyright facts or ideas. The copyright is limited to those aspects of the work – termed “expression” – that display the stamp of the author’s originality.*⁴²

*[...] copyright does not prevent subsequent users from copying from a prior author’s work those constituent elements that are not original – for example [...] facts, or materials in the public domain – as long as such use does not unfairly appropriate the author’s original contributions.*⁴³

37. *Ibid.*, p. 241.

38. *Supra* note 33, p. 340.

39. *Ibid.*, p. 341.

40. *Ibid.*, p. 347-348.

41. *Supra* note 35.

42. *Ibid.*, p. 547.

43. *Ibid.*, p. 548.

Selon cette même décision⁴⁴, le fait que les idées relèvent du domaine public constitue d'ailleurs un gage de protection du droit fondamental à la liberté d'expression (autre principe constitutionnel enchâssé dans la Constitution américaine⁴⁵) :

[...] *the copyright laws, of course, protect only the form of expression and not the ideas expressed. This limitation of protection to literary form precludes any claim of copyright in facts, including historical narration*⁴⁶.

[...] *This limitation on copyright also ensures consonance with our most important First Amendment values. Cf. Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co., 433 U.S. 562, 577, n. 13 (1977). Our "profound national commitment to the principle that debate on public issues should be uninhibited, robust, and wide-open," New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254, 270 (1964), leaves no room for a statutory monopoly over information and ideas. [...] A broad dissemination of principles, ideas, and factual information is crucial to the robust public debate and informed citizenry that are "the essence of self-government." Garrison v. Louisiana, 379 U.S. 64, 74-75 (1964). And every citizen must be permitted freely to marshal ideas and facts in the advocacy of particular political choices*⁴⁷.

Ainsi perçu, le domaine public s'avère particulièrement englobant. Il servira par exemple à justifier les emprunts non concurrentiels à l'œuvre de l'auteur dont s'autorisent quelquefois certains utilisateurs et que la loi permet par le biais d'exceptions qu'elle consacre. Il en est ainsi de l'exception de *fair use* inscrite au *Copyright Act* américain⁴⁸ ou de son pendant canadien, l'exception d'utilisation équitable ou de *fair dealing* de la *Loi sur le droit d'auteur*⁴⁹. La Cour suprême du Canada le rappelait en 2002 dans l'affaire *Théberge* précitée⁵⁰ :

Un contrôle excessif de la part des titulaires du droit d'auteur et d'autres formes de propriété intellectuelle pourrait restreindre indûment la capacité du domaine public d'intégrer et d'embellir l'innovation créative dans l'intérêt à long terme de l'ensemble de la société, ou créer des obstacles d'ordre pratique à son utilisation légitime. Ce risque fait d'ailleurs l'objet d'une attention particulière par l'inclusion, aux art. 29 à 32.2, d'exceptions à la violation du droit d'auteur. Ces exceptions visent à protéger le domaine public par des moyens traditionnels, comme l'utilisation équitable d'une œuvre aux fins de critique ou de compte rendu, ou à ajouter de nouvelles protections, adaptées aux nouvelles technologies, telles que la reproduction limitée d'un programme d'ordinateur et l'« enregistrement éphémère » de prestations exécutées en direct.

Nous reviendrons sur cette question au chapitre 4. Ces extraits de jugements nous forcent à constater qu'il existe en fait un très vaste domaine de libre accès aux œuvres de l'esprit – domaine aussi qualifié de *commons* par certains auteurs⁵¹ – à l'intérieur duquel le législateur compétent⁵² définit des zones privées destinées à récompenser divers artisans et certains diffuseurs de nouvelles créations en leur accordant un droit exclusif et temporaire d'exploitation de leur création. Tout ce qui se situe en dehors de ces zones privées n'est pas protégé par les législations de propriété

44. *Supra* note 35.

45. *U.S. Const.*, Amend. I, *supra* note 11.

46. *Supra* note 35, p. 581.

47. *Ibid.*, p. 582.

48. *Supra* note 8, art. 107.

49. *Supra* note 6, art. 29 et s.

50. *Supra* note 10 p. 356, paragr. 32.

51. Voir entre autres Litman (1990), p. 975 et note 62.

52. Dans des régimes fédéraux, tels que les connaissent le Canada ou les États-Unis, il faudra d'abord identifier quelle entité étatique détient la compétence législative de concéder les droits de propriété intellectuelle.

intellectuelle, et l'innovation créative peut être utilisée, reproduite et diffusée sans contrainte par quiconque le désire⁵³.

Se pose dès lors la question de savoir si, une fois que les avantages législatifs lui ont été conférés, le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle peut choisir de ne pas en tirer bénéfice. Le caractère privé et temporaire de ces bénéfices nous amène à conclure que le titulaire d'un droit exclusif peut tout à fait légitimement en disposer comme bon lui semble. Tout aussi bien qu'il a la liberté de céder le droit qu'il détient ou d'accorder des licences d'exploitation à quiconque contre rétribution, le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle peut y renoncer totalement ou partiellement sans exiger de contrepartie au bénéfice de la collectivité. On dira alors qu'il a choisi de verser – partiellement ou totalement – son œuvre dans le domaine public. En ce sens, les exemples mentionnés plus haut des licences « *some rights reserved* » ou du décret du gouvernement canadien relatif à l'accès libre et gratuit aux textes législatifs ou réglementaires, ainsi qu'aux décisions judiciaires, en constituent des illustrations manifestes.

Cette distinction entre un domaine d'exploitation privé, réservé en exclusivité au créateur, lequel s'oppose à un autre dit de libre accès ou domaine public, nous aura permis de mieux comprendre la nature particulière du régime juridique de la propriété intellectuelle. Pour permettre au créateur – ou quelquefois au diffuseur de son œuvre – de tirer un juste bénéfice de sa création tout en favorisant la libre diffusion, le législateur leur accorde, à certaines conditions et selon diverses modalités, un droit exclusif d'exploitation essentiellement limité dans l'espace et dans le temps : telle est la nature des droits dits de propriété intellectuelle.

53. L'étendue encore bien peu définie de ce « domaine public » est source de bien des débats et génère encore bien des attentes en droit américain, si bien que Boyle (2003, p. 73) a comparé cette réalité à celle de l'environnement :

[...] what is true for the environment is – to a striking degree, though not completely – true for the public domain and for the commons. The idea of the public domain takes to a higher level of abstraction a set of individual fights – over this chunk of the genome, that aspect of computer programs, this claim about the meaning of parody, or the ownership of facts. Just as the duck hunter finds common cause with the bird-watcher and the salmon geneticist by coming to think about “the environment,” so an emergent concept of the public domain could tie together the interests of groups currently engaged in individual struggles with no sense of the larger context.