



LES PRATIQUES ENTOURANT LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

SYNTHÈSE PARTIELLE DE LA JURISPRUDENCE SUR LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE DES ŒUVRES ET DES INVENTIONS PRODUITES EN COURS D'EMPLOI

Marie-Josée Legault, professeure titulaire de relations industrielles, TÉLUQ¹

RÉSUMÉ	3
LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE.....	3
LE DROIT D'AUTEUR SUR LES ŒUVRES.....	3
Définition.....	3
<i>Le droit économique.....</i>	<i>4</i>
<i>Le droit moral.....</i>	<i>5</i>
Les conditions de protection de l'œuvre selon la LDA.....	5
La portée.....	6
<i>Du droit économique.....</i>	<i>6</i>
<i>Du droit moral.....</i>	<i>7</i>
L'œuvre non protégée.....	8
Qui détient le droit d'auteur?.....	8
QUE PROTÈGE LE DROIT ÉCONOMIQUE?.....	9
La transmission par télécommunication.....	10
Les représentations doivent se faire « en public ».....	11
La fabrication de copies multiples.....	13
La reproduction non littérale d'une œuvre et le plagiat.....	14
UNE EXCEPTION IMPORTANTE : LE CONTEXTE D'EMPLOI	17
QUELLE EST LA PORTÉE DU DROIT MORAL DU SALARIÉ-AUTEUR?	18

1. Je tiens à remercier Marc Couture, auteur de plusieurs textes cités ici, pour de très judicieux commentaires fournis à la lecture de ce texte et une contribution considérable à sa précision. Toutefois, je suis entièrement responsable des erreurs que peuvent contenir cette version.

La reconnaissance de la paternité	18
Le droit moral est attaché à la personne de l'auteur	18
Peut-on renoncer à son droit moral?.....	19
Quelles interventions l'employeur peut-il faire lorsque l'employé a renoncé à son droit moral?	20
Le droit moral et l'intégrité de l'œuvre.....	21
Le comportement des tribunaux.....	22
LE JEU VIDÉO ET LA LDA	23
Un premier ancrage : l'industrie du logiciel	23
Le jeu comme œuvre audiovisuelle au sens de la LDA	24
Le jeu comme œuvre cinématographique au sens de la LDA	24
<i>Le code source</i>	25
<i>La musique et la bande sonore</i>	26
D'autres composantes du jeu.....	29
<i>Les personnages</i>	29
<i>Les modifications ou nouvelles versions</i>	30
LE BREVET D'INVENTION	31
Définition de l'invention	31
Les conditions d'octroi de la protection de l'invention selon la Loi sur les brevets.....	32
L'inventeur n'a pas de droit moral sur l'invention	33
La reconnaissance de la paternité	33
Le brevet et la protection des droits économiques.....	34
En résumé.....	34
Le contexte d'emploi	35
Comment jouir de la protection que procure un brevet?	36
Pendant combien de temps?	36
RÉFÉRENCES	36

RÉSUMÉ

Pour obtenir un résumé du contenu de cette synthèse, lisez tout simplement la table des matières; elle est conçue de façon à en résumer le contenu.

Quand vous aurez lu cette synthèse en entier, faites un test : relisez la table des matières, prenez quelques notes énonçant ce que vous retenir au sujet de chaque intertitre, puis vérifiez ce que vous avez écrit en relisant la synthèse. En effet, aux fins d'étude, une seule lecture ne suffit pas... Vous verrez alors ce qui vous a échappé. Tentez une deuxième fois de résumer le contenu de chaque intertitre.

LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

La notion de propriété, généralement rattachée aux objets matériels, peut être étendue à des objets intangibles, qui résultent de nos activités intellectuelles. Il peut s'agir d'une **œuvre**, d'une **invention** mais aussi d'une marque de commerce, de dessins industriels (la forme caractéristique d'un produit), d'espèces végétales créées par croisement ou autres techniques et de topographies de circuits intégrés. C'est pourquoi le **droit d'auteur (concernant les œuvres)** et le **brevet (concernant les inventions)** sont des cas particuliers de la propriété intellectuelle.

La **propriété intellectuelle** confère un ensemble de droits et de recours à une personne qui a créé une œuvre ou une invention.

La notion de propriété intellectuelle est expliquée dans le texte suivant auquel je vous renvoie :

<http://benhur.telug.ca/ST/sciences/sci1013/textes/D1.htm>

LE DROIT D'AUTEUR SUR LES ŒUVRES

Définition

Le droit d'auteur s'applique aux œuvres. C'est une notion **composite**. La Loi sur le droit d'auteur (LRC [1985], ch. C-42) reconnaît aux auteurs des **droits moraux** et des **droits économiques** (lire à ce sujet Couture, NDb, partie 2).



Dans le texte qui suit, nous désignons la Loi sur le droit d'auteur par le sigle LDA.



Vous pouvez consulter des lois canadiennes et québécoises gratuitement dans Internet. Chaque fois qu'une loi est citée, cherchez-la avec votre fureteur de recherche informatique; conservez un signet, enregistrez-en une copie dans votre ordinateur ou copiez

le lien dans un document conçu à cette fin. C'est la meilleure façon d'avoir une version à jour, car les lois sont régulièrement modifiées. Assurez-vous d'obtenir la version intégrale et officielle. Il s'agit toujours d'une liste d'articles numérotés et non d'un texte ou d'articles de loi assortis de commentaires. Par exemple, les lois du Québec portent la mention « © Éditeur officiel du Québec », ainsi que les suivantes : « Ce document a valeur officielle » et « À jour au... ». Les lois du Canada portent la mention « Dernière modification le... » et « Publié par le ministre... ».

Le terme *droit d'auteur* est souvent mal utilisé. Dans le langage courant, on le confond, entre autres, avec l'une ou l'autre de ses composantes. Il comprend deux droits de l'auteur sur son œuvre, souvent confondus :

- le droit économique,
- le droit moral.

Le droit économique

Une première composante du droit d'auteur est **économique** ou pécuniaire. Le droit économique est le droit, la capacité légale de contrôler les utilisations d'une œuvre, l'exploitation d'une œuvre, commerciale ou autre, ainsi que tous les actes qu'on peut accomplir et qui comprennent l'œuvre, décrits à l'article 3(1) LDA.

Cette capacité légale permet de conclure des ententes qui donnent lieu au paiement de sommes à un auteur dans certains contextes prédéfinis d'utilisation de son œuvre. On parle alors de *redevances*. On le verra dans le domaine artistique, où le droit économique de l'auteur se matérialise souvent par le versement de redevances au titulaire chaque fois que l'œuvre est vendue. Si l'auteur a cédé son droit d'auteur (art. 13(3)(4)(5) LDA), un titulaire autre que l'auteur retire ces redevances et les partage quelquefois avec l'auteur.

Ces ententes sont, en général, scellées par des contrats :

- des **contrats individuels de cession de droits** qui prévoient une somme à verser dans l'avenir pour toute copie vendue, ou utilisation de l'œuvre, ou une somme forfaitaire versée en échange de la cession, à la signature du contrat, ou une combinaison des deux (par exemple, entre un créateur, d'une part, et un éditeur ou une maison de production, d'autre part);
- des **contrats collectifs convenus avec des sociétés de gestion** qui représentent les intérêts des créateurs, pour le versement de redevances prévues en vertu d'une disposition particulière de la LDA (artistes-interprètes et producteurs, art. 19, vente de supports audio vierges, art. 81 et suivants; par exemple, la SOCAN au Québec, citée dans l'arrêt *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique* [2012] (CSC) que vous allez lire. On peut aussi

penser aux conventions collectives convenues entre des auteurs salariés et leur employeur, notamment les professeurs d'université).



Lisez à ce sujet l'arrêt *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique* [2012] (CSC). Il est fourni dans le site du cours, sous « Trousses », dans la trousse « Propriété intellectuelle ». Non seulement il illustre ce que vous venez de lire, mais il a inspiré l'étude de cas qui fait l'objet d'un de vos travaux notés.

Le droit moral

L'autre composante du droit d'auteur est le **droit moral** de l'auteur sur son œuvre (art. 14.1 LDA), soit le droit :

- d'en revendiquer la création et d'empêcher qu'elle soit faussement attribuée à un autre (et le droit à l'anonymat qui est corollaire);
- d'exiger que son nom y figure et qu'on le crédite de sa paternité;
- d'en préserver l'intégrité, soit de s'opposer à ce qu'elle soit déformée, mutilée ou modifiée d'une manière préjudiciable à l'honneur ou à la réputation de l'auteur,
- ou de s'opposer à ce qu'elle soit associée à un produit, une cause, un service ou une institution pour laquelle elle n'a pas été créée et qui puisse être préjudiciable à l'honneur ou à la réputation de l'auteur (Bich, 1999, p. 329 et 333).

Ce droit moral (art. 14.1 LDA) est bien différent du droit économique (ou encore patrimonial, ou pécuniaire); il est exempt de tout avantage matériel. Il s'agit plutôt d'un droit rattaché à la personne de l'auteur et qui vise à protéger son honneur et sa réputation, au cas où, par exemple, l'œuvre serait présentée dans un contexte autre que son contexte d'origine.

La notion de droit d'auteur est expliquée dans le texte suivant auquel je vous renvoie :

<http://benhur.telug.ca/ST/sciences/sci1013/textes/D2.htm>

Les conditions de protection de l'œuvre selon la LDA

L'œuvre doit satisfaire à certaines conditions pour être protégée. Elle doit être **originale**. Comment définit-on l'œuvre originale? Elle se distingue par une combinaison :

- de **créativité** : elle est le fruit d'un exercice de jugement et de talent et non le fruit d'un exercice mécanique ou une copie; la jurisprudence n'est pas toujours tout à fait transparente sur ce qui constitue l'originalité; le seuil minimal de jugement et de travail de la part du créateur s'apprécie en contexte et
- **d'appartenance** : l'œuvre est clairement attribuable à un auteur ou à un artiste (lire à ce sujet Couture, NDb, partie 1).

L'œuvre doit aussi être **fixée sur un support, un médium ou une forme matérielle**, identifiable et plus ou moins permanente (enregistrements, écrits, etc.) Il n'est pas essentiel que cela soit accompli par l'auteur en personne. Dès qu'on fixe une idée originale (voir la section « Les conditions de protection de l'œuvre selon la LDA », plus haut) sur un support tangible, le droit d'auteur naît automatiquement et ne nécessite aucune formalité additionnelle pour être invoqué en vertu de la LDA. Cependant, l'enregistrement du droit d'auteur auprès des bureaux compétents (l'Office de la propriété intellectuelle du Canada [OPIC] au Canada) présente plusieurs avantages, notamment la présomption juridique relative à la propriété du droit d'auteur (Gravelle et Journault, 2012, p. 153). L'œuvre doit être **exprimée**; on ne peut réclamer de droits de propriété intellectuelle quant à des « faits ou des idées, mais seulement quant à la forme sous laquelle ceux-ci sont exprimés ou incarnés » (Couture, NDa), quant à une œuvre en particulier qui peut contenir des faits ou des idées.

Les **idées** ne sont pas protégées par le droit d'auteur. Ce qui est protégé, c'est l'**expression** ou la **représentation** d'une idée, c'est-à-dire la façon (mots, images) utilisée pour la communiquer [...] Les **faits**, incluant les **données** brutes, ne sont pas protégés non plus par le droit d'auteur. Ce qui peut être protégé, c'est leur **organisation** ou leur **représentation**. (Couture, NDb, partie 1)

Le droit d'auteur protège la matérialisation d'une idée et non l'idée en soi (Gravelle et Journault, 2012, p. 157-158), c'est-à-dire que la Loi confère un droit à un auteur qui a exprimé l'idée sur un support X ou dans un contexte Y, mais elle ne confère pas un droit sur l'idée à proprement parler, qui n'appartient pas à la personne qui l'a utilisée dans une œuvre donnée.

La portée

Du droit économique

Le droit d'auteur s'étend à toute œuvre littéraire, dramatique, musicale et artistique, ainsi qu'aux compilations de ces œuvres :

Le droit d'auteur vise à protéger une œuvre présentée sous une forme littéraire, dramatique, musicale ou artistique, ainsi que les programmes d'ordinateur et les compilations. (art. 2 et 5 LDA, cités dans Gravelle et Journault, 2012, p. 153)

En général, ce droit économique concerne l'**exclusivité de faire ou d'autoriser** la production ou la reproduction de l'œuvre, sa représentation, sa publication, sa traduction, son adaptation, et ainsi de suite (lisez, entre autres, les art. 3.1-15-18-21 LDA).

La protection accordée par le droit d'auteur s'attache automatiquement à toutes les œuvres qui remplissent ces critères, que ce droit d'auteur soit **enregistré ou non**, et la présence du **symbole © n'est pas obligatoire**. La présence d'une telle mention rappelle toutefois aux tierces parties que le droit d'auteur existe et aide à repérer le propriétaire et la date associée

au droit d'auteur :

... le droit d'auteur naît automatiquement au moment de la fixation d'une idée sur un support tangible et ne nécessite aucune formalité additionnelle afin de produire ses effets. L'enregistrement du droit d'auteur auprès des bureaux compétents (l'Office de la propriété intellectuelle du Canada (OPIC) pour ce qui est du Canada) offre cependant plusieurs avantages, tels que la présomption juridique relative à la propriété du droit d'auteur. (Gravelle et Journault, 2012, p. 153)

Sauf exception, l'auteur (ou sa succession) peut exiger les **droits économiques ou pécuniaires** pendant toute sa vie et 50 ans après sa mort (art. 6 LDA). Lorsque les droits économiques sont échus ou périmés, l'œuvre appartient au domaine public.

Il y a des exceptions :

1. Le droit économique (art. 3.1-15-18-21 LDA) peut aussi être **cédé en tout ou en partie** par contrat entre auteur et éditeur ou autre acheteur de droits, par contrat d'emploi, etc. Lorsque le droit économique est cédé en partie, on parle en général d'une **licence d'utilisation qui pose certaines limites aux droits cédés**. Une autre personne que l'auteur devient ainsi le **titulaire du droit d'auteur économique**.



Ainsi, lorsque la LDA mentionne à l'article 3(1) que : « Le droit d'auteur sur l'œuvre comporte le droit exclusif de produire... », il importe de bien comprendre que **ce n'est pas automatiquement l'auteur** qui détient ce droit exclusif, mais bien le **titulaire du droit d'auteur**, qui **peut être l'auteur** ou une autre entité à qui l'auteur a cédé son droit.

2. Le titulaire du droit d'auteur peut ne pas se prévaloir du contrôle que lui procure la LDA et, au contraire, favoriser une large utilisation de son œuvre en accès libre (lire à ce sujet Couture, NDb, partie 6).



Lisez attentivement ce texte, car l'accès libre n'est pas synonyme d'accès gratuit. L'accès libre est en effet gratuit, mais on peut poser de nombreuses conditions par licence dans les cas de diffusion en accès libre.

En revanche, il faut préciser que le fait que la représentation d'une œuvre soit exécutée gratuitement ne change rien aux droits d'un titulaire de droits, lorsque l'auteur a cédé ses droits à un tiers. Même si l'auteur interprète son œuvre gratuitement, il contrevient à la LDA s'il a cédé ses droits d'auteur économiques.

Du droit moral

En revanche, l'auteur **retient un droit moral** sur son œuvre (art. 14.1(1) LDA), même s'il a cédé ses droits économiques. Ce droit moral a la même durée que le droit économique. Il s'éteint donc lorsque les droits économiques sont périmés.

Ce droit moral lui permet :

- d'exiger certaines modifications quant à la forme d'expression de son œuvre s'il juge que les critères de l'article 14.1 LDA l'exigent, par exemple pour :
 - empêcher qu'elle soit faussement attribuée à un autre;
 - exiger que son nom y figure et qu'on le crédite de son rôle d'auteur;
 - en préserver l'intégrité, s'opposer à ce qu'elle soit déformée, mutilée ou modifiée d'une manière préjudiciable (voir plus haut);
- empêcher des modifications à l'œuvre qui sont susceptibles de porter atteinte à la dignité, à l'honneur ou à la réputation de l'auteur, et ce, malgré la cession des droits économiques.

L'œuvre non protégée

Une œuvre non protégée par le droit d'auteur et dont, par conséquent, l'utilisation est exempte de contraintes et de redevances est dite du **domaine public** (comme un texte de loi). Les lois et les textes gouvernementaux sont explicitement reconnus comme du domaine public aux États-Unis, mais plutôt implicitement au Canada.

Cependant, lorsqu'elle est **transformée**, par exemple sous la forme d'une adaptation, d'une traduction ou d'une version annotée, elle peut **acquérir la protection** en vertu du droit d'auteur. Par exemple, une version personnelle annotée du *Code criminel* du Canada peut être protégée par le droit d'auteur, à condition de satisfaire aux conditions d'originalité qui définissent une œuvre : créativité et appartenance (voir plus haut).

Qui détient le droit d'auteur?

Attention : l'auteur ne détient pas toujours le droit d'auteur à tous les points de vue. Il **conserve toujours son droit moral, mais peut céder son droit économique**.

Lorsque l'auteur a cédé son droit d'auteur, il n'en est plus le titulaire. Il a cédé ce titre. Il importe de conserver à l'esprit que le **titulaire des droits n'est pas forcément l'auteur**. Ce sera souvent le cas **en contexte d'emploi**, notamment. Il peut :

- céder entièrement ses droits,
- ou conserver sa titularité, tout en autorisant quelqu'un à utiliser l'œuvre à des fins précises, en accordant une **licence qui circonscrit les droits que cède l'auteur et ceux qu'il conserve** (Couture, NDb, parties 4 et 5).

Par exemple, un artiste qui crée une œuvre reprise à titre de bande sonore pour un film peut en céder entièrement les droits économiques, mais il **peut aussi accorder une licence partielle**. Cette licence peut conférer à un producteur les seuls droits de l'utiliser comme bande sonore et d'en exploiter l'enregistrement sonore, alors que l'artiste conserve le droit d'en faire une prestation en direct. La licence peut aussi indiquer que le producteur d'une œuvre cinématographique ne peut utiliser la prestation fixée sur la trame sonore d'un film

pour produire un autre enregistrement sonore, à moins de demander à l'artiste une nouvelle autorisation. Toutes les **combinaisons de droits conférés et conservés** sont en principe possibles, mais en définitive les termes de la cession de droits sont le fruit de la négociation; le succès dépend du pouvoir de négociation de chaque partie.

Il peut exister plusieurs détenteurs de droits d'auteur pour une même œuvre. Par exemple, un enregistrement musical comporte probablement des droits séparés pour la musique, les paroles et pour l'œuvre dans son ensemble. Chacun de ces droits peut appartenir à des personnes différentes et expirer à des moments différents.

QUE PROTÈGE LE DROIT ÉCONOMIQUE?

La LDA confère aux artistes-interprètes et aux producteurs d'enregistrements sonores le droit à une rémunération pour l'exécution ou la représentation en public ou la communication au public par télécommunication de leurs enregistrements sonores publiés (lire à ce sujet Couture, NDb, partie 2). Cependant, il importe de se rappeler que **le titulaire des droits est celui qui peut les exercer, et qu'il n'est pas toujours l'auteur** (lire à ce sujet Couture, NDb, parties 4 et 5).

Par exemple, l'article 3 LDA reconnaît aux auteurs le droit exclusif « d'en exécuter ou d'en représenter la totalité ou une partie importante en public » et l'article 2 LDA définit **l'exécution ou la représentation** comme « toute exécution sonore ou toute représentation visuelle d'une œuvre, d'une prestation, d'un enregistrement sonore ou d'un signal de communication, selon le cas, y compris l'exécution ou la représentation à l'aide d'un instrument mécanique, d'un appareil récepteur de radio ou d'un appareil récepteur de télévision ».

La LDA définit des droits économiques et une série de violations de droit d'auteur. La première violation est précisément « l'accomplissement, sans le consentement du titulaire de ce droit, d'un acte qu'en vertu de la présente loi seul ce titulaire a la faculté d'accomplir » (art. 27(1) LDA). La LDA prévoit d'autres violations (art. 27(2) LDA), des interdictions et des recours pour le détenteur du droit (Goudreau, 2014, p. 124).

Mais les juges de la Cour suprême sont plus explicites pour définir les droits économiques :

La Cour suprême dans l'affaire *Entertainment*, mettant l'accent sur le paragraphe introductif de l'article 3, propose une structure : elle identifie « le droit exclusif de produire ou reproduire une œuvre sous une forme matérielle quelconque, d'exécuter l'œuvre ou de la représenter en public et de publier une œuvre non publiée » comme « l'assise fondamentale du droit d'auteur ». (Arrêt *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique* [2012] CSC, parag. 42)



Rappel : l'arrêt *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique* [2012] (CSC) (cité dans Gravelle et Journault, 2012, p. 154) est fourni dans le site du cours, sous « Trousses », dans la trousse « Propriété intellectuelle ».

Cette large définition de la notion de **représentation** n'est pas sans présenter un défi :

Donc, écouter ou regarder une œuvre, exécutée en direct (par des musiciens ou des acteurs devant une personne), ou présentée à l'aide d'un lecteur audio ou vidéo, ou à partir d'une télévision ou d'un ordinateur, c'est une représentation. La notion de représentation a donc une vocation d'application large, ce qui soulève certaines difficultés.

D'abord, la notion de représentation est suffisamment étendue pour englober toute communication ou mise à la disposition de l'œuvre au public, y compris les actes de transmission par télécommunication.

En deuxième lieu, les représentations doivent être « en public », ce qui demande de définir ce caractère public d'une présentation d'une œuvre.

Enfin, de nos jours, l'adoption de nouvelles technologies pour la distribution et la présentation des œuvres impose en général la fabrication de multiples copies de l'œuvre, copies éphémères ou accessoires, ce qui relève normalement du droit de reproduction de l'œuvre. (Goudreau, 2014, p. 127)

Traisons ces défis un à un.

La transmission par télécommunication

En vertu de l'article 3(1)*f*), le **titulaire du droit d'auteur** détient le droit *exclusif* de produire ou de reproduire son œuvre :

3. (1) [...] le droit exclusif 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; ce droit comporte, en outre, le droit exclusif...

f) de communiquer au public, par télécommunication, une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique; (LDA), LRC, 1985, ch. C-42)

La LDA définit l'exécution ou la représentation comme :

Toute exécution sonore ou toute représentation visuelle d'une œuvre, d'une prestation, d'un *enregistrement sonore* ou d'un signal de communication, selon le cas, y compris l'exécution ou la représentation à l'aide d'un instrument mécanique, d'un appareil récepteur de radio ou d'un appareil récepteur de télévision. ([Mes italiques]; art. 2 LDA)

Il importe de rappeler qu'il est ici question du **droit économique** (art. 3(1)-15-18-21 LDA) qui garantit au **titulaire (qui n'est pas toujours l'auteur** et qui, lorsque l'œuvre est produite en contexte d'emploi, n'est pas souvent l'auteur, mais bien son employeur) un droit exclusif de produire ou de reproduire l'œuvre au sens de l'article 3(1) LDA. **L'auteur qui a cédé ses droits** est ici remplacé par le titulaire du droit d'auteur économique dans le droit exclusif

prévu à l'article 3(1) LDA.

À la lecture de cet extrait, on comprend qu'en vertu de la LDA :

Écouter ou regarder une œuvre, exécutée en direct (par des musiciens ou des acteurs devant une personne), ou *présentée à l'aide d'un lecteur* audio ou vidéo, ou à partir d'une télévision ou d'un ordinateur, c'est une *représentation*. La notion de représentation a donc une vocation d'application large, ce qui soulève certaines difficultés. D'abord, la notion de *représentation* est suffisamment étendue pour englober toute communication ou *mise à la disposition* de l'œuvre au public, y compris les actes de transmission par télécommunication. En deuxième lieu, les représentations doivent être « en public », ce qui demande de *définir ce caractère public d'une présentation d'une œuvre*. Enfin, de nos jours, l'adoption de nouvelles technologies pour la distribution et la présentation des œuvres impose en général la fabrication de *multiples copies* de l'œuvre, copies éphémères ou accessoires, ce qui relève normalement du droit de reproduction de l'œuvre. ([Mes italiques]; Goudreau, 2014, p. 126)

En d'autres termes, la notion de **représentation** inclut la **mise à la disposition** de l'œuvre au public par le truchement d'un enregistrement. Elle ne se limite pas à la situation dans laquelle le prestataire est présent pour offrir une performance.

Cependant, les moyens technologiques de représentation évoluent. Pour interpréter la LDA, que faut-il conclure des représentations vues par les membres du public à la maison, par le truchement de la télévision sur demande acheminée par Internet, à un moment choisi par les individus? Par exemple, par des fournisseurs de services de musique en ligne, permettant l'offre des œuvres en continu « point à point, par télécommunication, de la copie individuelle d'une œuvre musicale »? (Goudreau, 2014, p. 128)

Les représentations doivent se faire « en public »

Le droit *exclusif* du titulaire du droit d'auteur de produire ou de reproduire son œuvre (art. 3(1)*f*) LDA) inclut la reproduction inhérente au fait de mettre une œuvre à la disposition du public, y compris par **télécommunication**, notamment par le **truchement du réseau Internet** (Goudreau, 2014, p. 128).

Selon une interprétation qualifiée de stricte par la Cour d'appel fédérale, on pourrait être tenté d'affirmer, au contraire, qu'il y a communication en public d'une œuvre seulement en l'absence de toute *interaction* entre le prestataire de la performance et l'auditeur ou le spectateur :

Une transmission en continu est souvent effectuée à la demande du destinataire. La télévision sur demande permet au téléspectateur de commander puis de regarder l'émission de son choix au moment qui lui convient. Par définition, la communication sur demande – qui entre dans la catégorie de ce qu'on appelle l'« extraction personnalisée » – a lieu à l'initiative de l'utilisateur, indépendamment de tout autre utilisateur, et chacune des transmissions individuelles a lieu d'un point à un autre. [Selon une interprétation stricte, aucune de ces télécommunications ne pourrait être considérée comme une télécommunication « au public » pour le seul motif que la transmission concrète intervient à *l'initiative et à la discrétion de l'utilisateur*, qui répond à l'invitation lancée au

public d'accéder au contenu en cause...

Le libellé de l'alinéa 3(1)f) de la Loi ne justifie aucunement une interprétation aussi stricte. (Goudreau, 2014, p. 129)

En effet, la Cour d'appel fédérale et la Cour suprême ne retiennent pas cette interprétation stricte. Les deux tribunaux ont conclu que la **transmission sur demande** constitue une communication au public de la même manière que la diffusion à tous au même moment, comme la radiophonie (Goudreau, 2014, p. 127-128, cite à ce sujet deux décisions : *Association canadienne des télécommunications sans fil c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique* [2008] (CAF); *Rogers Communications Inc. c. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada* [2012] (CSC).

Pour cette raison, le législateur a tenu à préciser la Loi de façon à refléter la tendance manifestée dans ces deux arrêts, dans la version révisée en 2012 de la LDA :

2.4 [...] (1.1) Pour l'application de la présente loi, constitue notamment une communication au public par télécommunication le fait de mettre à la disposition du public par télécommunication une œuvre ou un autre objet du droit d'auteur de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement.

Même s'il y a interaction entre l'auditeur et le moyen technologique, à l'initiative et à la discrétion de l'utilisateur concernant l'endroit et le moment qu'il choisit individuellement pour son écoute, il y a communication au public. C'est là une nouvelle **forme** de communication au public permise par l'évolution technologique, mais qui ne doit pas faire perdre de vue le **fond**, c'est-à-dire retirer à l'auteur le bénéfice de la LDA, soit la protection de son droit d'auteur en cas de communication au public (Goudreau, 2014, p. 128).

La Cour suprême conclut ainsi au nom du **principe de la neutralité technologique**, selon lequel la Loi s'applique uniformément aux supports traditionnels et aux supports plus récents sur le plan technologique (Goudreau, 2014, p. 128).

Selon ce même principe, il n'y a pas lieu d'imposer un coût additionnel à la transmission d'une copie du jeu par Internet (en vertu de l'art. 19 LDA), par rapport à l'achat d'un exemplaire en magasin ou par la poste, car cela créerait un fardeau additionnel non justifié, simplement parce qu'on utilise la technologie Internet comme mode d'acheminement d'une copie du jeu :

Une coalition d'éditeurs et de distributeurs de jeux vidéo, ayant acquitté les droits de *reproduction des œuvres musicales* contenues dans le jeu [auprès de la SOCAN], avait développé plusieurs stratégies de commercialisation des jeux : vente en magasin, commande et livraison par la poste, vente par téléchargement sur Internet. Or, pour ce dernier moyen de distribution, la société de gestion des droits d'auteur [SOCAN] sur les œuvres musicales réclamait des redevances, arguant que le téléchargement par Internet relevait du *droit de télécommunication*, dont les redevances n'avaient pas été payées par les éditeurs et distributeurs de jeux [...] La Cour suprême [rappelle] au contraire [...] le principe de neutralité technologique, « voulant que la Loi s'applique uniformément malgré la diversité technologique des supports ». Selon la Cour, « il n'y a aucune

différence d'ordre pratique entre acheter un exemplaire durable de l'œuvre en magasin, recevoir un exemplaire par la poste ou télécharger une copie identique sur le Web. Internet ne représente qu'un taxi technologique assurant la livraison d'une copie durable de la même œuvre à l'utilisateur ». (Goudreau, 2014, p. 132, citant l'arrêt *Entertainment*, parag. 2-5)

La société de gestion des droits d'auteur SOCAN, chargée ici de représenter les intérêts des compositeurs et de recueillir en leur nom les redevances qui leur sont dues, prétendait que les éditeurs de jeux accomplissaient dans le cas des ventes par téléchargement par le truchement d'Internet deux actes pour lesquels le titulaire du droit d'auteur détient un droit exclusif (art. 15(1) LDA) : la reproduction (b) et la communication au public (a)).

On peut résumer la position de la SOCAN comme celle de la **fragmentation des droits d'auteur économiques en vertu de la LDA**, qui a déjà été soutenue en droit (Gervais, 2003, 2004). Les experts qui la soutiennent considèrent que chacun des droits économiques est distinct et que l'exercice de chaque droit doit mener à une rémunération ou à un tarif distinct homologué par la Commission du droit d'auteur (CDA) (Goudreau, 2014, p. 133).

L'arrêt *Entertainment* rompt avec la fragmentation des droits d'auteur économiques et constitue une victoire pour l'industrie des jeux téléchargeables en ligne et pour les consommateurs utilisant ce canal de distribution (Gravelle et Journault, 2012, p. 154).



Rappel : l'arrêt *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique* [2012] (CSC) (cité dans Gravelle et Journault, 2012, p. 154) est fourni dans le site du cours, sous « Trousses », dans la trousse « Propriété intellectuelle ». Certains juges dissidents de la Cour suprême se dissocient de la décision majoritaire, en vertu de la thèse de la fragmentation. Non seulement l'arrêt illustre ce que vous venez de lire, mais il a inspiré l'étude de cas qui fait l'objet d'un de vos travaux notés.

La fabrication de copies multiples

Nous avons vu qu'en vertu de l'article 3(1)f), l'auteur (ou le titulaire du droit d'auteur) détient le droit exclusif de produire ou de **reproduire** la totalité ou une partie importante de l'œuvre, par télécommunication. L'artiste-interprète a aussi ce droit en vertu de l'article 15.1 a) LDA.

En principe, la LDA prévoit qu'à la fois la reproduction (acte exclusif de l'auteur en toutes circonstances, sauf en cas d'exception légale) et la représentation-communication « au public » donnent lieu à l'application du droit d'auteur, séparément (art. 15-19(1) LDA). En d'autres termes, dans les deux cas, et sous réserve des contrats convenus, il faut verser à l'auteur des redevances conformes aux contrats. Lorsqu'une opération commerciale comprend la reproduction et la représentation-communication au public, il faut alors verser deux séries de redevances.

Par exemple, voici le cas qui s'est présenté dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Entertainment*.

Un jeu vidéo est vendu en plusieurs formats, dont les uns impliquent la transmission par télécommunication :

Une coalition d'éditeurs et de distributeurs de jeux vidéo, ayant acquitté les droits de reproduction des œuvres musicales contenues dans le jeu, avait développé plusieurs stratégies de commercialisation des jeux : vente en magasin, commande et livraison par la poste, vente par téléchargement sur Internet. Or, pour ce dernier moyen de distribution, la société de gestion des droits d'auteur sur les œuvres musicales (note de l'auteur : la SOCAN) réclamait des redevances, arguant que le téléchargement par Internet relevait du droit de télécommunication, dont les redevances n'avaient pas été payées par les éditeurs et distributeurs de jeux. (Goudreau, 2014, p. 131)

Selon la Cour suprême, les redevances aux auteurs sont incluses dans le prix payé pour télécharger le jeu (arrêt *Entertainment*, parag. 2) et le fait de télécharger par Internet un jeu plutôt que d'en acheter une copie matérielle au magasin est une opération de même nature aux fins de la LDA :

Il n'y a aucune différence d'ordre pratique entre acheter un exemplaire durable de l'œuvre en magasin, recevoir un exemplaire par la poste ou télécharger une copie identique sur le Web. Internet ne représente qu'un taxi technologique assurant la livraison d'une copie durable de la même œuvre à l'utilisateur. (arrêt *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique* [2012] (CSC), parag. 5)



Rappel : Cet arrêt est fourni dans le site du cours, sous « Trousses », dans la trousse « Propriété intellectuelle ».

En d'autres termes, il serait inapproprié d'accorder des redevances supplémentaires lorsque le jeu est téléchargé par Internet, comme le demande la SOCAN, qui représente les intérêts des auteurs et qui gère la collecte de redevances pour le compte des artistes-interprètes et des producteurs (selon l'art. 19(1) LDA). Le tribunal conclut ainsi au nom du **principe de la neutralité technologique**, selon lequel la Loi s'applique uniformément aux supports traditionnels et aux supports plus récents sur le plan technologique.

La reproduction non littérale d'une œuvre et le plagiat

La technologie de reproduction numérique permet facilement de faire des copies modifiées des objets; si l'on a reproduit une partie *importante* de l'œuvre, si l'on copie sans copier intégralement ou littéralement, y a-t-il toujours violation du droit de reproduction et, donc, du droit d'auteur? Qu'est-ce qu'une partie importante?

En général, on renvoie à la reproduction d'une partie importante de l'œuvre par le terme plagiat, qui désigne l'usurpation du rôle d'auteur d'une œuvre.

Lorsqu'une œuvre appartient au domaine public, on n'enfreint pas le droit d'auteur

économique en ne citant pas son auteur, mais on enfreint plusieurs règles éthiques, notamment en usant de fausse représentation, et on lèse le droit moral de l'auteur à la reconnaissance de la paternité de l'œuvre.

Encore une fois, ce sont les décisions des tribunaux et leur analyse par les experts qui nous permettent d'interpréter la Loi. Ce qui constitue une **partie importante** d'une œuvre originale est une question de qualité des parties plagiées sur l'original plutôt que de quantité. La Cour fédérale a énuméré certains des facteurs dont on doit tenir compte pour déterminer si les parties d'une œuvre qui a été plagiée sont *importantes* :

- a) la qualité des parties plagiées et la quantité de celles-ci;
- b) la gravité de l'atteinte que l'utilisation du présumé *plagieur* a portée aux activités du titulaire du droit d'auteur et la mesure dans laquelle la valeur du droit d'auteur s'en trouve diminuée;
- c) la question de savoir si le document plagié est protégé à bon droit par un droit d'auteur;
- d) la question de savoir si le présumé *plagieur* s'est intentionnellement emparé de l'œuvre de l'auteur pour épargner du temps et des efforts;
- e) la question de savoir si le présumé *plagieur* utilise le document plagié d'une façon identique ou similaire au titulaire des droits d'auteur (décision *U & R Tax Services Ltd. v. H&R Block Canada Inc.* [1995] (CF), citée dans Goudreau, 2014, p. 142-143).

Comme vous le constatez, l'estimation de ce que représente une partie *importante* d'une œuvre incombe au juge qui interprète la Loi dans le contexte précis de l'affaire qu'on lui soumet. La jurisprudence est rare en ce domaine, et la dernière version de la LDA date de 2012. Il existe cependant des indications :

Mais il faut préciser ici que la notion de partie importante, non définie dans la Loi, doit être interprétée de manière très restrictive : les tribunaux ont statué que tout ce qui excède un tout petit extrait (tels ceux que l'on cite entre guillemets) pourrait être considéré comme une partie importante. (Couture, NDb, partie 1)

À ce sujet, le très important arrêt *Cinar Corporation c. Robinson* [2013] (CSC) présente un exemple riche en cette matière. Résumons-le :

Dans cette affaire, l'auteur Claude Robinson a créé un projet de série télévisée éducative pour enfants, *Les aventures de Robinson Curiosité*, inspiré du roman *Robinson Crusoé* de Daniel Defoe, ainsi que de son propre vécu. Or une nouvelle série pour enfants est télédiffusée, intitulée *Robinson Sucroë*, qui comporte des personnages et un environnement très semblables à ceux de son œuvre, bien que des différences notables existent, notamment au niveau des personnages secondaires, animaux dans l'œuvre originale, remplacés par des humains dans l'œuvre contrefaisante. (Goudreau, 2014, p. 143)



Si vous le souhaitez et pour satisfaire votre curiosité seulement, lisez à ce sujet l'arrêt *Cinar Corporation c. Robinson* [2013] (CSC). Il est fourni dans le site du cours, sous « Trousses », dans la trousse « Propriété intellectuelle ».

Dans cette affaire, le juge qui doit se prononcer sur l'existence du plagiat doit comparer deux œuvres « en tenant compte des ressemblances et des différences pertinentes » (Goudreau, 2014, p. 144). Par exemple, dans ce cas, pour conclure au plagiat, il ne s'est pas appuyé sur certaines ressemblances auxquelles il a accordé peu de poids :

- le lieu – une île – où se déroule l'histoire dans les deux œuvres, une plage, une végétation abondante et des bananes;
- le personnage féminin.

Il a même trouvé des différences entre les deux séries; il a reconnu « que la curiosité était un trait de personnalité du protagoniste moins important dans *Sucroë* qu'il ne l'était dans *Curiosité* » (Goudreau, 2014, p. 144).

En revanche, il a conclu que « malgré les différences entre les œuvres, il était toujours possible de relever dans *Sucroë* des caractéristiques tirées de *Curiosité* et que ces caractéristiques constituaient une *partie importante* de l'œuvre de M. Robinson » (Goudreau, 2014, p. 144).

Selon le texte de l'arrêt *Cinar Corporation c. Robinson*, on retrouve dans la série diffusée « la structure de base du projet de série télévisée de M. Robinson », la présentation graphique et plusieurs traits de personnalité du personnage principal de *Curiosité*, la personnalité des personnages secondaires qui gravitent autour du protagoniste et la présentation graphique du village où habitent ces personnages. « Ces conclusions ne se limitent pas à la reproduction d'une idée abstraite; elles mettent l'accent sur l'expression détaillée des idées de M. Robinson » (Goudreau, 2014, p. 144).

En conclusion, *Curiosité* était une œuvre originale au sens de la LDA, c'est-à-dire un exercice de talent et de jugement : non pas en vertu de la nature générique des personnages, mais de leur présentation visuelle singulière et de leur personnalité particulière, des éléments visuels précis de l'île, de l'élaboration de plusieurs personnages ayant des traits de personnalité particuliers et dont les interactions dépendent de ces traits de personnalité (Goudreau, 2014, p. 145).

Tout cela requiert un exercice de talent et de jugement suffisant pour remplir le critère d'originalité de la LDA selon le juge :

On déduit de ces remarques de la Cour qu'à son avis, la protection des personnages dépend essentiellement du degré de précision avec lequel ils sont élaborés : ont-ils des personnalités bien définies et des traits distincts? (Goudreau, 2014, p. 145)

UNE EXCEPTION IMPORTANTE : LE CONTEXTE D'EMPLOI

Dans un système de droit libéral typique des régimes capitalistes, le produit du travail physique ou intellectuel du salarié appartient à l'employeur (Bich, 1999, p. 328). Lorsqu'il met sa force de travail à la disposition de l'entreprise d'autrui, l'être humain cesse d'être propriétaire du produit de son travail, temporairement, en fonction des termes de l'échange.

En contexte d'emploi, un salarié ou même un travailleur autonome renonce-t-il à son droit d'auteur sur le plan économique, c'est-à-dire à sa capacité de revendiquer des redevances payables au moment de l'utilisation de sa création?

Le contrat d'emploi ou de services, dans le cas du travailleur autonome, exige souvent de l'auteur qu'il cède son droit d'auteur, afin que l'employeur en devienne le titulaire. Il peut céder **entièrement** ses droits ou accorder une **licence** (lire à ce sujet Couture, NDb, partie 5).

En matière de propriété intellectuelle, selon le droit canadien, américain et britannique, l'œuvre – au sens large – créée ou réalisée par le salarié dans le cadre de son contrat, en exécution de la prestation convenue au contrat, appartient à l'employeur qui devient le premier titulaire du droit d'auteur ou du droit au brevet afférent à l'œuvre (Bich, 1999, p. 328 et 330-331). Il en va ainsi **lorsque la prestation de travail comprend implicitement ou explicitement**, de façon principale ou accessoire, le fait de concevoir ou de réaliser l'œuvre (Bich, 1999, p. 334).

Les employés salariés **peuvent conclure de dispositions différentes**, par exemple par une disposition expresse d'un contrat de travail individuel ou d'une convention collective, mais s'ils ne l'ont pas fait, le droit dispose ainsi de leur propriété intellectuelle.

Possession du droit d'auteur

13. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, l'auteur d'une œuvre est le premier titulaire du droit d'auteur sur cette œuvre.

[...]

Œuvre exécutée dans l'exercice d'un emploi

(3) Lorsque l'auteur est employé par une autre personne en vertu d'un contrat de louage de service ou d'apprentissage, et que l'œuvre est exécutée dans l'exercice de cet emploi, l'employeur est, à moins de stipulation contraire, le premier titulaire du droit d'auteur; mais lorsque l'œuvre est un article ou une autre contribution, à un journal, à une revue ou à un périodique du même genre, l'auteur, en l'absence de convention contraire, est réputé posséder le droit d'interdire la publication de cette œuvre ailleurs que dans un journal, une revue ou un périodique semblable. (Loi sur le droit d'auteur (LDA), LRC, 1985, ch. C-42)

Il importe de rappeler qu'il est ici question du **droit économique** (art. 3.1-15-18-21 LDA) qui garantit au **titulaire** (qui n'est pas toujours l'auteur et qui, lorsque l'œuvre est produite en

contexte d'emploi, n'est pas souvent l'auteur, mais bien son employeur) l'**exclusivité de faire ou d'autoriser** la production ou la reproduction de l'œuvre, sa représentation, sa publication, sa traduction, son adaptation, etc. (Bich, 1999, p. 334).

QUELLE EST LA PORTÉE DU DROIT MORAL DU SALARIÉ-AUTEUR?

Que peut-on revendiquer au nom du droit moral? (Lire à ce sujet Couture, NDb, partie 3)

La reconnaissance de la paternité

L'employé, même lorsqu'il est privé de son droit économique sur son œuvre, peut souhaiter **se voir attribuer la création** de l'œuvre, car, bien souvent, il s'agit de son principal **atout** en matière d'employabilité et de valeur sur le marché de l'emploi de l'économie du savoir : plus qu'un atout symbolique, la signature lie l'œuvre à son auteur aux yeux du public qui s'intéresse à son produit, témoigne de sa créativité et de sa compétence, assoit sa réputation, augmente son rayonnement et constitue un actif au moment de négocier son embauche, sa classification et sa rémunération.

L'auteur-employé peut donc réclamer qu'on lui attribue l'autorat d'une œuvre, soit de signer un document, d'avoir son nom dans le générique d'un film ou sur la pochette d'un disque ou d'un DVD, etc.

Le droit moral est attaché à la personne de l'auteur

L'auteur qui a cédé ses droits économiques ou les a perdus du fait de son statut d'employé conserve-t-il son droit moral sur son œuvre, tel qu'il est défini plus haut (voir « Définition »)?

Les droits moraux de l'auteur subsistent même quand il n'est **pas ou n'est plus titulaire du droit d'auteur** sur son œuvre. Retenons que l'employeur qui est ou est devenu titulaire du droit d'auteur **n'est pas pour autant l'auteur** et n'a **pas de droit moral** sur l'œuvre, qui n'appartient qu'à la personne physique de l'auteur. Du fait de s'engager par contrat envers un employeur et de renoncer à son **droit d'auteur**, le salarié créateur d'œuvres ne renonce pas implicitement à son **droit moral** sur l'œuvre, et la LDA distingue nettement les deux droits (Bich, 1999, p. 340-341).

Cependant, lorsqu'on observe la réalité du travail, on dirait bien qu'il en va autrement, car l'ignorance est grande en matière de propriété intellectuelle. Les œuvres produites en contexte d'emploi sont souvent anonymes. Or, s'il arrive que la désignation de l'auteur soit matière à interprétation, il est parfois clair qu'un employé en est l'auteur (Bich, 1999, p. 336).

Le droit moral et la reconnaissance de la paternité de l'œuvre vont de soi en vertu de la

LDA. Lisez à ce sujet les articles 14.1, 17.1, 28.1 et 28.2 LDA.

Certaines conventions collectives balisent précisément les usages en matière d'attribution (Bich, 1999, p. 347-349) en plus; cela clarifie la situation, contribue à éviter les malentendus et fournit un recours en cas de conflit.

Peut-on renoncer à son droit moral?

Nous avons vu que l'auteur ou le titulaire du droit d'auteur peut céder ses droits économiques. Peut-il *céder* ses droits moraux? L'employeur peut-il, au moment de conclure un contrat d'embauche, exiger la renonciation du salarié à ses droits moraux sur les œuvres produites dans le cadre de son emploi?

La jurisprudence et la doctrine ne permettent pas encore une grande précision en cette matière. **Selon la Loi, les droits moraux ne peuvent être cédés** (art. 14.1(2) LDA). Néanmoins, l'auteur **peut y renoncer** (art. 14.1(2)(3)(4) LDA). Mais la renonciation à un droit requiert deux éléments :

- l'expression d'une **volonté libre et éclairée** (art. 1399 CcQ; Bich, 1999, p. 340);
- **l'existence de l'œuvre** en cause, qui doit avoir été créée, car on ne peut renoncer à l'avance; il faut acquérir un droit avant d'y renoncer (Bich, 1999, p. 341-342).

Il n'existe aucune renonciation implicite de l'employé à son droit moral qu'on peut déduire du seul fait de conclure un contrat de travail (Bich, 1999, p. 343). Au contraire, il faut tenir compte du **contexte de la relation d'emploi**, où le rapport de forces avantage l'employeur au moment de la conclusion du contrat d'emploi, et de la nécessité de **protéger le contractant le plus faible** (Bich, 1999, p. 342).

L'employé n'est souvent pas en mesure de résister à la demande de l'employeur ni de la négocier, à moins de compromettre son emploi. En contexte de grande concurrence pour un emploi donné, cette pression ne fait qu'augmenter (Bich, 1999, p. 343). Or, si le salarié est placé devant le choix mutuellement exclusif de faire respecter son droit moral ou d'obtenir ou de conserver un emploi, il ne peut négocier librement, car il craint le refus d'embauche ou le congédiement. Selon Bich (1999, p. 345), la renonciation n'est alors pas libre et donc pas valide. Mais il s'agit d'un avis d'expert qui relève de la doctrine, et aucune décision de tribunal ne permet d'observer la tendance jurisprudentielle à cet égard.

Cela **ne signifie pas que l'employeur ne peut pas demander à un employé de renoncer à son droit moral**, car cela n'est pas illégal. Cela signifie qu'il doit en persuader un employé libre d'y consentir ou pas, par exemple en proposant une contrepartie matérielle, plutôt que de l'imposer (Bich, 1999, p. 346).

L'employeur peut prévoir, dans une entente de non divulgation ou de confidentialité, une

clause relative à la propriété intellectuelle afin de s'octroyer la propriété de toutes les œuvres et de tous les documents ou travaux créés par l'employé dans le cadre de son emploi. La clause peut prévoir que l'employé s'engage à céder tous ses droits de propriété intellectuelle à l'employeur et à **renoncer à tous les droits moraux** qu'il pourrait détenir sur les œuvres, documents ou travaux réalisés pendant la durée de son emploi (O'Reilly et St-Pierre-Plamondon, 2014, p. 157).

Selon certaines sources, la pratique évolue vers l'imposition, par certains employeurs, de clauses contractuelles selon lesquelles l'employé **renonce à son droit moral sur son œuvre en plus de céder son droit d'auteur** :

Il est maintenant monnaie courante de voir des employeurs imposer une renonciation du droit moral à ses employés, surtout dans les domaines de la création intellectuelle. (Charbonneau, 2009)

Il n'existe pas de source officielle qui documente ce phénomène, car le contenu des contrats d'embauche n'est pas recensé. On ne peut non plus s'appuyer sur des décisions de tribunaux, faute de recours exercés à ce sujet.

Quelles interventions l'employeur peut-il faire lorsque l'employé a renoncé à son droit moral?

Selon les ouvrages de doctrine, le législateur ne vise pas, par cette précision, à limiter la divulgation des noms des auteurs. Le législateur vise plutôt à limiter les revendications abusives ou excessives, sur le plan pratique (Bich, 1999, p. 349-50, citant Vaver, 1993). Par exemple, Vaver (1997, p. 89, cité dans Bich, 1999, p. 350) cite en exemple la très longue liste des contributeurs qui pourrait suivre un message de campagne publicitaire ou une vidéo musicale, et la difficulté d'établir la responsabilité de chacun dans le produit final.

Pourtant, dans le domaine du jeu vidéo et de la conception de sites Internet, la liste des contributeurs est exhaustive, et cette pratique n'est pas contestée; au contraire, les concepteurs de jeux ont fait reconnaître leur droit moral, entre autres, par ce moyen. Dans ces univers, la participation à la création d'une œuvre est une source importante de la réputation d'un concepteur comme créateur et de sa valeur sur le marché de l'emploi (Bich, 1999, p. 350).

Il existe aussi des limites qui ont trait à la responsabilité inhérente à la signature; en effet, signer un texte, dans certains contextes, correspond en vertu de l'usage à assumer l'entière responsabilité professionnelle des conséquences plutôt qu'à en assumer la paternité : par exemple, les lettres que rédigent les secrétaires et qui sont envoyées par leur patron, ou encore les avis juridiques ou les résumés de décisions qu'écrivent des stagiaires ou des techniciens en droit pour les remettre ensuite aux avocats qui plaident des causes en particulier (Bich, 1999, p. 350-351). Il serait alors peu commode de faire signer les

secrétaires à titre d'auteurs des œuvres.

Mais Bich (1999) est d'un autre avis et se fonde sur la définition juridique de l'usage :

Un usage [...] est une pratique qui est, dans un milieu donné (lequel n'est pas nécessairement géographique), **suffisamment ancienne, fréquente et uniforme pour qu'on puisse raisonnablement penser que les personnes évoluant dans ce milieu en ont connaissance et qu'elle résulte d'un assentiment général...**

Lorsqu'une **pratique est suffisamment ancienne, fréquente et uniforme dans un milieu** donné pour être qualifiée d'usage, elle **devient partie intégrante du contrat conclu** par les parties, à moins que celles-ci n'aient prévu le contraire. (Pineau, Burman et Gaudet, 1996, p. 341)

En vertu de cette définition de l'usage, la pratique doit **aussi faire l'objet d'un consensus** (assentiment général) **incluant les salariés**, et non seulement les employeurs (Bich, 1999, p. 353, citant Pineau, Burman et Gaudet, 1996).

En effet, un usage ancien ou répandu peut acquérir un caractère *raisonnable* du seul fait d'exister depuis longtemps ou d'être répandu. Or, en milieu de travail, les usages se répandent dans le cadre d'un rapport de forces asymétrique, où l'employeur peut imposer unilatéralement des pratiques à son avantage (Bich, 1999, p. 351). Dans un tel cadre, **des pratiques déraisonnables peuvent se répandre et s'installer sans être légitimes**. En d'autres termes, ce n'est pas parce qu'on entretient une pratique depuis longtemps et qu'elle est acceptée qu'elle est pour autant légitime et incontestable. Certaines pratiques ont acquis une grande stabilité à une époque où les dispositions de la loi étaient bien différentes, et l'auteur-salarié n'avait aucun droit moral sur son œuvre (Bich, 1999, p. 353).

Dans un contexte de **relation d'emploi**, il faut en effet tenir compte de **l'asymétrie des rapports** entre employeurs et employés. Le contrat d'embauche est rarement librement négocié entre deux parties d'égal pouvoir. Cela peut donner lieu à l'établissement de pratiques unilatérales, c'est-à-dire favorisant l'une des parties au détriment de l'autre. De telles pratiques persistent néanmoins du fait du rapport de forces au moment de la conclusion du contrat.

Dans ce cadre, on peut penser que le législateur canadien a voulu tenir compte de cette asymétrie pour subordonner le droit moral aux usages *raisonnables* (Bich, 1999, p. 353-354).

Le droit moral et l'intégrité de l'œuvre

La portée du droit moral est bien **limitée** par deux éléments :

- Avant toute chose, il importe de comprendre qu'on ne peut s'opposer à toute atteinte ou modification de son œuvre. Il faut que **l'honneur de l'auteur ou sa réputation souffre d'une modification, ou d'un usage** en rapport avec un produit, une cause, un service

ou une institution qui souvent n'était pas prévu au moment où l'œuvre a été conçue (Bich, 1999, p. 346-347).

- En outre, certaines œuvres produites en contexte d'emploi salarié sont par essence destinées à être modifiées : textes de conférence, messages publicitaires, dessins d'emballage, conception de logiciels, modes d'emploi, contrats types, etc. Les différentes œuvres n'engagent pas toutes au même niveau la personne de l'auteur : le mode d'emploi d'un appareil électroménager, par exemple, se compare difficilement avec un poème à ce chapitre. Les œuvres scientifiques, techniques ou pratiques sont appelées à évoluer (Bich, 1999, p. 354-355).

Ce ne sont donc pas toutes les modifications que la Loi interdit; un salarié ne peut simplement invoquer qu'il n'aime pas la modification apportée à son œuvre, car le critère est **bien plus exigeant que cela**.

Par exemple, l'auteur ne peut pas s'opposer à la traduction de son texte, mais il peut s'opposer à la diffusion d'une **mauvaise traduction** de son texte, s'il invoque qu'elle en dénature le sens **de manière à nuire à son honneur ou à sa réputation** (Bich, 1999, p. 357). Le simple sentiment que l'œuvre initiale est dénaturée ne suffit pas; il faut que la modification puisse nuire à son honneur.

On peut penser aussi à une graphiste qui produit une illustration dont le **droit d'auteur** appartient à son employeur; elle ne renonce pas à **son droit moral** et signe l'affiche. Son employeur, finalement, ne l'utilise pas et la cède à un tiers, cédant aussi le droit d'auteur ou octroyant une licence d'utilisation. Le tiers l'utilise pour une campagne d'opinion contraire aux valeurs de la graphiste ou dans un site Internet pornographique. Dans un tel cas, le titulaire du **droit moral** peut exercer un **recours** en vertu de son droit (Bich, 1999, p. 356).

Le titulaire du droit moral a le **fardeau de la preuve**; il doit démontrer que l'usage non autorisé fait de son œuvre est susceptible de porter atteinte à son honneur ou à sa réputation (Bich, 1999, p. 354). S'il en convainc le tribunal, la décision rendue aura pour effet de restreindre l'usage et l'exploitation de l'œuvre que peut faire le titulaire du droit d'auteur (Bich, 1999, p. 357).

Le comportement des tribunaux

Par exemple, dans le domaine de la recherche, un expert salarié peut très bien comprendre qu'en tant que salarié il n'est pas titulaire de son droit d'auteur et qu'il a cédé ce droit à son employeur, tout en souhaitant signer un rapport de recherche dont la paternité sera pour lui un atout en matière d'employabilité. Devant un refus, il pourra intenter un recours en dommages et intérêts pour violation de son droit moral (art. 14.1 LDA), invoquant qu'on le prive d'une occasion de faire valoir sa participation à l'œuvre, de son droit d'en revendiquer

la création (Bich, 1999, p. 352, citant la décision *Tat-Ha c. Centre hospitalier de l'Université Laval (CHUL)* [1999] (CS).

Dans ces cas, les tribunaux doivent concilier **deux droits divergents** : l'équité envers l'auteur et le respect, l'effectivité de son droit moral, d'une part, et les contraintes qu'impose la reconnaissance de la paternité au titulaire du droit d'auteur (le plus souvent, l'employeur), d'autre part. Il faut prendre garde de **ne pas confondre l'usage raisonnable en matière de reconnaissance de la paternité et l'usage répandu**, car trop souvent l'usage répandu s'impose du seul fait de sa fréquence.

Devant un tel cas, le tribunal a étudié les usages en cours; il a tranché que l'employé connaissait l'usage en cours en matière de signature par l'autorité du centre de recherche; la pratique a été considérée comme conforme à la fois aux articles 14.1 et 28 LDA sur la violation des droits moraux. La connaissance de la pratique par l'expert peut permettre de présumer une renonciation implicite à son droit moral, selon le tribunal (Bich, 1999, p. 352, citant la décision *Tat-Ha c. Centre hospitalier de l'Université Laval (CHUL)* [1999] (CS).

Selon M^e Bich (1999, p. 352-353), il n'est pas clair dans ce cas que **l'usage local bien installé** respecte le droit moral des auteurs, ni même certains usages répandus en science. En outre, on ne peut pas considérer que la **contrainte imposée à l'employeur** serait bien grande.

Enfin, on ne peut pas affirmer qu'un usage correspondant à la définition fournie plus haut, c'est-à-dire qui est une **pratique suffisamment ancienne, fréquente et uniforme dans un milieu donné**, devient, de ce fait, **partie intégrante du contrat conclu** par les parties (Pineau, Burman et Gaudet, 1996, p. 341). Cela revient à consacrer une norme informelle et sociale du milieu et à en faire une disposition contractuelle. Dans ce cas, l'anonymat de l'auteur véritable est bien consacré dans ce milieu. Cela mènerait à présumer la **renonciation** au droit moral du simple fait que l'usage est ancien ou répandu.

LE JEU VIDÉO ET LA LDA

Un premier ancrage : l'industrie du logiciel

La popularité du jeu vidéo évolue plus vite que la LDA. Les plateformes pour y jouer sont diverses : console de jeux, ordinateur personnel, tablette, appareil mobile, etc. Les jeux sont aussi variés : aventure et action, jeux de rôle, sport, stratégie, aptitude cognitive et casse-tête, jeu musical, etc. En 2015, plus de la moitié des Canadiens (54 %) a affirmé avoir joué à un jeu vidéo au cours des quatre dernières semaines. Chaque année, l'industrie génère des revenus de trois milliards de dollars, et ces revenus ont augmenté de 31 %

depuis 2013 seulement. Elle emploie directement 36 500 personnes au Canada (ESAC, 2015).

La taille du marché en fait cependant une cible de choix pour les contrefacteurs, et les studios cherchent à protéger leur propriété intellectuelle, qui constitue le cœur de leurs actifs. Les créateurs réalisent l'importance d'une protection adéquate contre la contrefaçon, pour empêcher, par exemple, la distribution et la vente de copies. Le jeu vidéo n'a pas échappé à cette règle, malgré un certain scepticisme au début :

Compte tenu de l'évolution rapide et du caractère résolument artistique de nombreux éléments, plusieurs étaient portés à croire que seule la créativité constante pouvait permettre de devancer la compétition et éviter la copie (Gravelle et Journault, 2012, p. 152).

L'industrie du jeu vidéo est régie à plusieurs points de vue par les mêmes lois, la même doctrine que l'industrie du logiciel et subordonnée à la même jurisprudence. Par exemple, la relation entre un employeur et un contractant traitant de la propriété du droit d'auteur sur le logiciel conçu en lien avec un jeu vidéo, les normes et les communautés de brevets qui font grand bruit dans l'industrie des télécommunications sont autant d'objets régis de la même façon. Nous allons donc ici nous concentrer sur les aspects propres aux jeux vidéo à l'intérieur de l'industrie globale des logiciels (Gravelle et Journault, 2012, p. 152).

Le jeu comme œuvre audiovisuelle au sens de la LDA

Même si la LDA ne mentionne pas les jeux vidéo dans sa dernière version de 2012, les tribunaux ont été appelés à se prononcer sur divers litiges en matière de propriété intellectuelle concernant les jeux. Ils reconnaissent que le jeu vidéo est protégé par la LDA à titre d'*œuvre audiovisuelle* définie comme une *série d'images liées*, soit une séquence d'images enregistrée sur un support et pouvant être affichée comme une image animée, à plusieurs égards similaires à celle d'un film (Gravelle et Journault, 2012, p. 156, citant Sookman, 2011, p. 104-105).

Le jeu comme œuvre cinématographique au sens de la LDA

Un jeu vidéo inclut une grande diversité d'éléments et d'outils qui peuvent représenter des œuvres au sens de la LDA : le scénario, les personnages, le code source, la bande sonore, etc. À l'exception du code source, ce sont autant de **composantes audiovisuelles** d'un jeu.

Une fois organisées et assemblées, les composantes audiovisuelles d'un jeu pourraient être, selon les experts, assimilables à une *œuvre cinématographique* au Canada protégées par le droit d'auteur (Gravelle et Journault, 2012, p. 156, citant Sookman, 2011, p. 104-105). Puisque la séquence d'images et la trame sonore constituant la représentation audiovisuelle de la grande majorité des jeux vidéo sont, à plusieurs égards, semblables à celles d'un film, il est hautement plausible que les composantes audiovisuelles d'un jeu seraient assimilables

à celles d'une *œuvre cinématographique* au Canada. Les tribunaux américains l'ont reconnu (Gravelle et Journault, 2012, p. 156). Aucune décision n'ayant été rendue à ce jour par les tribunaux canadiens, il nous est impossible de fournir quelque certitude à cet égard, mais on peut dire que c'est l'opinion éclairée d'un expert.

Néanmoins, s'il en était ainsi, les droits d'auteur économiques seraient sans doute fragmentés en multiples cas d'espèce donnant lieu à divers systèmes de redevances en matière de droits d'auteur : le scénario, les personnages, le code source, la bande sonore, etc.

En outre, il faut prendre garde : le jeu évolue rapidement et s'éloigne du concept traditionnel où les actions d'un joueur sont limitées par la mécanique de jeu préétablie par le concepteur. Par exemple, les jeux en ligne massivement multijoueurs (*massive multiplayer online game* [MMOG]), où les actions des joueurs sont très peu circonscrites par la mécanique de jeu, seraient plus difficilement conciliables avec la définition d'œuvre cinématographique (Gravelle et Journault, 2012, p. 157).

Pour citer un exemple extrême, l'utilisation d'un dispositif matériel permettant de changer certaines caractéristiques d'un jeu lorsqu'il est branché entre la console et la cartouche de jeu va-t-elle à l'encontre du droit **moral** du créateur? Pour cela, il faut supposer que lorsque les joueurs peuvent modifier le déroulement prévu du jeu, certaines séquences créées par un ou des joueurs pourraient compromettre l'honneur ou la réputation du concepteur du jeu. La jurisprudence ne permet pas encore de trancher cette question.

Le code source

Les *effets audiovisuels*, c'est-à-dire les actions et les mouvements organisés en suite logique *action-réaction* à l'écran, sont le produit de la programmation informatique, et donc du code source qui leur donne naissance. Qu'en est-il du **code source** rédigé pour la programmation d'un jeu? La LDA inclut les programmes d'ordinateur à titre d'œuvre littéraire protégée :

« œuvre littéraire » : Y sont assimilés les tableaux, les programmes d'ordinateur et les compilations d'œuvres littéraires (art. 2 LDA).

À ce titre, toute série d'instructions permettant à un joueur d'utiliser une console, un ordinateur, un téléphone portable ou un autre appareil afin, par exemple, de jouer une partie de hockey virtuelle, est protégée par la LDA pourvu qu'elle soit **originale** (Gravelle et Journault, 2012, p. 155). Ainsi, toute personne qui copie le code source d'un jeu vidéo formant cette série d'instructions commet une violation de droit d'auteur.

À première vue, il semble que le **droit moral** serait aussi applicable aux programmes informatiques qu'aux œuvres ayant un caractère plus artistique. Un tel argument est

conforme aux principes de la LDA, qui ne restreint pas le type d'œuvres qui confèrent un droit moral (Gravelle et Journault, 2012, p. 154). Il est simplement plus difficile d'imaginer comment l'honneur ou la réputation de l'auteur peuvent être compromis dans l'usage d'un programme informatique.

La LDA empêche donc une tierce partie de reproduire les éléments visuels et sonores d'un jeu, ainsi que le code source. Or, le code source génère aussi les *effets audiovisuels*, c'est-à-dire les actions et les mouvements organisés en suite logique *action-réaction* à l'écran.

Est-ce que la protection du code source suffit à protéger les *effets audiovisuels* générés par un code source? Non, parce qu'on peut créer un même *effet audiovisuel* en écrivant un code source différent qui produit le même résultat, en d'autres termes sans copier le code source du jeu original (on désigne parfois cette opération comme de la *rétro-ingénierie*).

Les créateurs souhaitent donc une source supplémentaire de protection qui interdirait la reproduction du résultat (Gravelle et Journault, 2012, p. 155-156).

La musique et la bande sonore

Les œuvres qu'on peut présenter en direct, en d'autres termes qui peuvent faire l'objet d'une **prestation**, présentent des caractéristiques différentes d'autres œuvres, qui doivent d'abord être fixées sur un support pour se qualifier comme *œuvre* au sens de l'article 3(1) LDA. On définit ainsi la *prestation* :

Selon le cas, que l'œuvre soit encore protégée ou non et qu'elle soit déjà fixée sous une forme matérielle quelconque ou non :

- a) l'exécution ou la représentation d'une œuvre artistique, dramatique ou musicale par un artiste-interprète;
- b) la récitation ou la lecture d'une œuvre littéraire par celui-ci;
- c) une improvisation dramatique, musicale ou littéraire par celui-ci, inspirée ou non d'une œuvre préexistante (art. 2 LDA).

La **prestation** peut être musicale, mais aussi d'une autre nature : le monologue d'un humoriste, le récit du poète, l'interprétation d'une chanson ou d'une chorégraphie, la lecture d'une pièce de théâtre, etc.

La prestation est à l'artiste-interprète ce que l'œuvre est à l'auteur. L'**exécution** est utilisée dans le cadre d'une **communication sonore** d'une œuvre, par exemple, l'exécution d'une œuvre musicale, alors que la **représentation** s'attache à la **communication visuelle ou audiovisuelle** de l'œuvre, telle la représentation d'une œuvre dramatique (ex.: pièce de théâtre, opéra, œuvre chorégraphique). Nous constatons que la définition de prestation couvre le jeu des **artistes-interprètes** qui fait appel tant au sens auditif que visuel (Lefebvre, 1998, non paginé).

L'exécution ne vise pas seulement la prestation en direct, mais aussi l'exécution d'un enregistrement sonore :

Le terme exécution ne vise pas seulement la prestation en direct de l'artiste-interprète, comme elle ne vise pas seulement l'exécution en direct de l'œuvre. À partir de l'instant où l'œuvre et la prestation sont fixées sur un enregistrement sonore, il est possible d'exécuter l'enregistrement, incluant la prestation de l'œuvre et l'œuvre qui y sont intégrées, par le biais d'un appareil électronique audio (ex.: système de sonorisation dans un endroit public). En indiquant clairement que la prestation peut être exécutée, le législateur précise que les droits qui sont dévolus aux artistes-interprètes sont susceptibles d'être protégés au même titre que les droits des auteurs (Lefebvre, 1998, non paginé).

Prenons l'exemple d'une œuvre musicale :

- Si elle est fixée par un enregistrement sonore, elle est déjà protégée par un droit d'auteur (art. 3(1) LDA); le compositeur peut ensuite conserver ou céder ses droits à un autre titulaire (généralement un éditeur), comme nous l'avons vu plus haut.
- Elle peut aussi être interprétée, exécutée en direct devant un auditoire (c'est-à-dire faire l'objet d'une *prestation* musicale) par son compositeur ou par un interprète. À titre de prestation, elle est alors protégée par l'article 15(1)a) LDA, **même si elle n'est pas encore fixée** au moyen d'un enregistrement sonore; seul **l'artiste interprète** peut autoriser la fixation de la **prestation** (art. 15(1)a)iii) LDA).

Il faut alors distinguer la prestation musicale et l'enregistrement sonore, qui fixe sur un support la prestation musicale. Lorsque la prestation fait l'objet d'un enregistrement sonore sur un support fixe :

- Un **producteur** (défini à l'art. 2 LDA comme : « La personne qui effectue les opérations nécessaires à la confection d'une œuvre cinématographique, ou à la première fixation de sons dans le cas d'un enregistrement sonore. ») exécute cette opération, avec l'autorisation de l'artiste-interprète, octroyée au moyen d'une licence **accordée au producteur**. Le producteur devient ainsi **titulaire d'un droit sur l'enregistrement sonore**. Cette licence peut être plus ou moins restrictive quant au territoire, au support matériel, au secteur du marché, aux usages, aux formats, etc. (art. 13(4) LDA). Formellement, selon la LDA, le compositeur (auteur) n'intervient pas à cette étape. Cependant, en vertu de ce qui suit, l'enregistrement non autorisé par le compositeur ne pourrait faire l'objet d'une exploitation *commerciale*.
- Cet **enregistrement sonore** peut être reproduit ou communiqué au public, avec l'autorisation du **producteur** qui est **titulaire d'un droit plus ou moins restreint** (art. 18 LDA), ainsi que du **titulaire de l'œuvre** (le compositeur ou celui à qui il a cédé ses droits, en général un éditeur).

Le choix de la bande sonore par le concepteur d'un jeu peut se faire selon deux scénarios :

- On sollicite le compositeur pour composer de la **musique** originale et on enregistre une prestation de celle-ci; c'est le scénario le plus simple.

- Le concepteur choisit une prestation musicale **préexistante**, déjà enregistrée, et on l'insère dans un jeu vidéo.

Dans le premier cas, le compositeur peut se trouver dans deux situations :

- Il a conclu à l'avance une **entente contractuelle de cession de droits ou licence** avec l'éditeur du jeu, par exemple en contexte d'emploi. Cette entente sera souvent générale, comprenant toute œuvre composée dans le contexte de l'emploi.
- Il conclut une telle **entente de cession après la remise ou la sélection** de sa composition pour le jeu. En général, l'entente prévoit que le compositeur recevra une somme forfaitaire pour l'utilisation d'une œuvre musicale en particulier dans le jeu.

Dans le deuxième cas, pour inclure une œuvre musicale dans un jeu, il faut obtenir le consentement du **producteur** (art. 18 LDA), ainsi que du **titulaire de l'œuvre** (le compositeur ou celui à qui il a cédé ses droits, en général un éditeur). Tout usage non autorisé est une violation de la LDA, à l'exception de certaines utilisations permises en vertu d'une exception à la Loi, par exemple celle de l'utilisation équitable (art. 29 LDA).

Lorsqu'une prestation musicale est insérée dans un jeu, elle entre alors dans la catégorie « bande sonore », parce que le jeu est assimilable à une œuvre cinématographique. Or, la « bande sonore » est exclue de la catégorie des « enregistrements sonores » protégés par l'article 3(1)d) LDA. En effet, l'article 2 LDA prévoit cette exclusion :

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

[...]

« enregistrement sonore » : Enregistrement constitué de sons provenant ou non de l'exécution d'une œuvre et fixés sur un support matériel quelconque; *est exclue de la présente définition la bande sonore d'une œuvre cinématographique lorsqu'elle accompagne celle-ci.* ([Mes italiques]; LDA)

Ainsi, lorsqu'une prestation musicale fait partie d'un jeu vidéo comme d'un film (et donc de la catégorie « bande sonore »), l'interprète n'a pas le droit, **dans le contexte de son utilisation dans le jeu**, de percevoir une redevance indépendante pour l'exécution en public ou la communication au public par télécommunication de cette dernière, comme le lui garantit, dans d'autres contextes, l'article 19 LDA (Gravelle et Journault, 2012, p. 156-157).

En effet, souvenez-vous de la discussion de la question de la **fragmentation des droits d'auteur économiques** (voir la section « Les représentations doivent se tenir "en public" », plus haut) qui est cruciale à cet égard, car :

[...] si lors du téléchargement d'un jeu vidéo sur Internet, la transmission d'une copie permanente d'un jeu vidéo renfermant une œuvre musicale équivalait à « communiquer » cette œuvre au public [en vertu de la LDA, cela justifierait] le paiement de redevances supplémentaires. (Gravelle et Journault, 2012, p. 154)

En d'autres termes, si la thèse de la fragmentation était retenue (ce qui n'est pas le cas), l'éditeur d'un jeu devrait acquitter, en sus des redevances dues en vertu de la reproduction de l'œuvre musicale, d'autres redevances pour la communication au public. Or, la Cour suprême rappelle qu'on doit appliquer uniformément la Loi, quel que soit le support, traditionnel ou plus avancé sur le plan technologique, en vertu du **principe de la neutralité technologique**.

La prestation musicale insérée dans un jeu vidéo constitue néanmoins une œuvre, et l'enregistrement sonore de la prestation est assimilable à une œuvre. Tous deux sont protégés par la LDA à titre d'œuvre, **à l'exception du contexte où ils sont insérés dans le jeu vidéo à titre de bande sonore**.

La LDA confère cette protection :

- dans le cas d'une prestation, à l'artiste interprète qui peut, dans certains cas, être le compositeur (art. 15(1) LDA);
- dans le cas d'un enregistrement sonore, au producteur (art. 18 LDA), à l'artiste interprète (art. 15(1) LDA) et au compositeur (art. 3(1)d) LDA) (ou à l'éditeur, si le compositeur a cédé ses droits).

Ces titulaires de droits auront droit, **hors du contexte du jeu**, à la protection des droits économiques prévue dans la LDA pour la prestation et l'utilisation de l'enregistrement sonore de cette prestation musicale (art. 19 LDA), sous réserve des licences propres à chaque entente convenue :

Dès lors qu'un enregistrement sonore préexistant est extrait de la bande sonore qui accompagne une œuvre cinématographique, la protection qui vise les enregistrements sonores s'applique de nouveau à lui. (arrêt *Re : Sonne c. Fédération des associations de propriétaires de cinémas du Canada* [2012] (CSC), parag. 50).



Lisez à ce sujet l'arrêt *Re : Sonne c. Fédération des associations de propriétaires de cinémas du Canada* [2012] (CSC). Cet arrêt vous est fourni dans le site du cours, sous « Trousses », dans la trousse « Propriété intellectuelle ». Non seulement il illustre ce que vous venez de lire, mais il a inspiré l'étude de cas qui fait l'objet d'un de vos travaux notés.

D'autres composantes du jeu

Les personnages

Plus un personnage est **original** et singulier, tant dans son apparence que dans son caractère, plus un jeu vidéo concurrent incluant un personnage semblable pourrait permettre de conclure à une violation du droit d'auteur (Gravelle et Journault, 2012, p. 157). Rappelez-vous à ce sujet le cas *Robinson* (voir la section « La reproduction non littérale d'une œuvre

et le plagiat » plus haut).

Nous avons vu plus haut que la Loi confère un droit à un auteur qui a **exprimé une idée** dans une œuvre donnée et protège l'expression de l'idée (l'œuvre) plutôt que l'idée à proprement parler.

Voici deux exemples illustrant ce principe, provenant de décisions touchant le jeu Pac-Man de la société ATARI :

- le jeu Jawbreaker consistait en un personnage principal *avaleur* qui parcourait un labyrinthe afin d'avaler des objets, tout en étant pourchassé par des ennemis, les rôles étant inversés lorsqu'un objet spécial est avalé. La cour américaine a jugé que cette idée générale n'était pas protégée en vertu du droit d'auteur et ne violait pas le droit de l'auteur du jeu Pac-Man. Malgré les ressemblances, la forme des ennemis ainsi que la couleur de l'avaleur et des ennemis étaient différentes. L'idée pouvait être semblable, mais **l'expression de l'idée était différente**.
- le jeu K.C. Munchkin consistait aussi en un labyrinthe où un personnage se déplace afin d'avaler des objets. La Cour américaine a constaté des différences avec la dynamique du jeu Pac-Man : une portion du jeu se termine en cul-de-sac, et plusieurs modes différents ajoutent à la complexité. Malgré ces différences, le fait d'utiliser un *avaleur* et des ennemis en forme de fantômes semblables à ceux du jeu Pac-Man capte l'essence de l'original et va bien au-delà de la simple appropriation du concept général d'un jeu (Gravelle et Journault, 2012, p. 158). Ici, **non seulement l'idée, mais l'expression de l'idée sont semblables**.

La différence entre deux décisions montre bien qu'il est difficile de distinguer l'idée et son expression. Il est encore plus difficile de prévoir l'issue d'une affaire portant sur cet objet et portée devant les tribunaux.

Les modifications ou nouvelles versions

L'arrêt *Cinar Corporation c. Robinson* cité plus haut est une affaire dans laquelle un auteur invoque qu'on a utilisé une partie suffisamment importante de son œuvre pour violer son « droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre, sous une forme matérielle quelconque... » (art. 3 (1) LDA; voir, par exemple, à ce sujet le parag. 25 de l'arrêt).



Rappel : l'arrêt *Cinar Corporation c. Robinson* [2013] (CSC) est fourni dans le site du cours, sous « Trousses », dans la trousse « Propriété intellectuelle ». Nous vous le recommandons de le consulter pour satisfaire votre curiosité personnelle.

La doctrine concernant les modifications ou les nouvelles versions s'inspire des tribunaux américains, dont les décisions reposent sur le concept d'*œuvre dérivée* dont la portée est plus grande dans la loi américaine. On la définit comme : « toute autre forme dans laquelle une œuvre peut être refaçonée, transformée ou adaptée » (Gravelle et Journault, 2012, p. 160) :

A "derivative work" is a work based upon one or more preexisting works, such as a translation, musical arrangement, dramatization, fictionalization, motion picture version, sound recording, art reproduction, abridgment, condensation, or any other form in which a work may be recast, transformed, or adapted. A work consisting of editorial revisions, annotations, elaborations, or other modifications, which, as a whole, represent an original work of authorship, is a "derivative work". (Copyright Act, USC, Title 17, § 101)

Les tribunaux canadiens ou québécois n'ont pas rendu de décisions à ce jour concernant les *œuvres dérivées* à proprement parler. La notion d'*œuvre dérivée* décrit une œuvre *originale* (voir la section plus haut « Les conditions de protection de l'œuvre selon la LDA ») qui inclut, et donc reproduit, une *partie importante* d'une autre œuvre.

La LDA confère, en effet, aux titulaires du droit d'auteur le droit exclusif de permettre ou d'empêcher la préparation des *œuvres dérivées* : lire à ce sujet l'article 3 (1)a) à f) LDA. Le titulaire du droit d'auteur peut utiliser ces droits pour empêcher, par exemple, la reproduction des personnages ou de l'essence du récit, parties importantes d'une œuvre.

L'arrêt *Cinar Corporation c. Robinson* a permis à la Cour suprême du Canada de clarifier ces notions. Le titulaire du droit d'auteur sur un jeu original pourrait empêcher la création de versions modifiées d'un jeu original ou la création d'une version améliorée d'un ancien jeu populaire. Par exemple, le titulaire pourrait empêcher la création d'une version d'un ancien jeu comportant des images en haute définition, alors que le jeu original offrait des graphiques plus rustiques, ou encore une extension ou une suite d'un jeu, si l'éditeur du **nouveau** jeu n'a pas obtenu le consentement du titulaire du droit d'auteur (Bastian, 2012; Gravelle et Journault, 2012, p. 159-160).

LE BREVET D'INVENTION

Définition de l'invention

Les inventeurs et les titulaires de brevet ne sont pas régis par la LDA mais par la Loi sur les brevets (LRC (1985), ch. P-4).



Dans le texte qui suit, nous désignons la Loi sur les brevets par le sigle LB.



Vous pouvez consulter gratuitement les textes des lois canadiennes et québécoises dans Internet; vous trouverez facilement la version la plus récente au moyen de votre

fureteur (voir les conseils plus haut). Il est important de lire attentivement les articles des lois cités dans cette synthèse. Lorsqu'un article est cité dans une décision de tribunal, lisez-le aussi. Cela est essentiel à votre bonne compréhension du raisonnement juridique.

Une invention est définie comme un art, un procédé, une machine, une manufacture, un arrangement de matière etc., pour autant que cet objet soit nouveau et utile (art. 2 LB). Il n'est pas nécessaire que cette invention soit un produit physique. Il peut s'agir d'une méthode de fabrication, d'un mécanisme qui fait mieux fonctionner un produit ou même d'un composé chimique. Par conséquent, plusieurs brevets peuvent être enregistrés par rapport à un seul objet.

De plus, il est non seulement possible mais fréquent de breveter une amélioration apportée à une invention déjà existante, que cette dernière soit brevetée ou non. L'amélioration doit alors satisfaire aux mêmes conditions d'octroi que l'invention originale (section suivante).

Le brevet est défini dans le texte suivant auquel je vous renvoie :

<http://benhur.telug.ca/ST/sciences/sci1013/textes/D3.htm>

Le brevet confère un droit exclusif de fabriquer, de construire, de vendre ou d'exploiter l'innovation et de prévenir la contrefaçon (Bich, 1999, p. 357-358).

Les conditions d'octroi de la protection de l'invention selon la Loi sur les brevets

Qu'est-ce qu'une invention admissible à un brevet? Il existe trois critères de base pour qu'une invention soit admissible au brevet. Celle-ci doit être :

- **nouvelle** : elle doit être la **première de son type** dans le monde. On ne peut obtenir un brevet si l'inventeur ou une personne ayant connaissance de l'invention en divulgue le contenu plus d'un an avant la demande de brevet (art. 28.2(1) LB). En d'autres mots, une fois le contenu divulgué, le demandeur dispose de 12 mois pour demander le brevet sans quoi l'invention n'est plus admissible au brevet au Canada. Attention : ce délai de grâce n'existe pas dans tous les pays.
- **utile** : si elle ne fonctionne pas, elle ne peut être brevetée (art. 2 LB). Cela ne signifie pas pour autant qu'elle doit être sûre, rentable commercialement ou qu'elle puisse être produite à un coût raisonnable. Le Bureau des brevets peut toutefois exiger un prototype.
- **non évidente** : elle est brevetable si le jour même où la demande de brevet est déposée, cette invention n'aurait pas paru évidente à une personne qualifiée dans le domaine propre à ladite invention (art. 28.3 LB). Cette évaluation prend en compte toutes les informations divulguées plus d'un an avant la demande de brevet. Ainsi, une invention ne peut être brevetée si elle s'avère évidente pour un lecteur avisé (qualifié

dans le domaine) qui en aurait lu une description dans un article publié par l'inventeur ou une autre personne en ayant connaissance. Par exemple, une modification mineure et évidente que toute personne dans le domaine de compétence de l'invention pourrait lui-même apporter ne peut jouir de la protection d'un brevet.

Toute amélioration apportée à une invention constitue elle-même une invention qui peut à son tour être brevetée. Cependant, le fait de breveter une telle amélioration ne donne pas au détenteur du brevet le droit d'utiliser l'invention originale pour exploiter son brevet (art. 32 LB). **L'inventeur qui souhaite exploiter son amélioration d'une invention doit obtenir l'autorisation du titulaire du brevet sur l'invention originale** (s'il est valide à ce moment et dans le pays où il veut l'exploiter), **par exemple sous forme de licence.**

L'inventeur n'a pas de droit moral sur l'invention

La Loi sur les brevets (LB) ne mentionne pas le droit moral de l'inventeur sur son invention. La LDA cherche à protéger les titulaires du droit d'auteur de la *modification* de l'œuvre, car protéger son intégrité est l'un des buts recherchés par les titulaires.

En revanche, en matière d'innovation et d'invention, la *modification* est inhérente à la démarche d'obtention d'un brevet. Comme nous l'avons vu plus haut, il est non seulement possible mais fréquent de breveter une amélioration apportée à une invention déjà existante, que cette dernière soit brevetée ou non.

Si l'inventeur cédait son brevet tout en conservant le droit à l'intégrité de son invention, il en réduirait de beaucoup l'intérêt.

La reconnaissance de la paternité

Même s'il n'a pas de droit moral sur son invention, l'inventeur a, en revanche, un intérêt évident à la reconnaissance de sa responsabilité en tant qu'inventeur, car cela représente un atout indéniable pour sa réputation et sa crédibilité et, donc, pour son employabilité.

Il peut aussi souhaiter l'anonymat (droit corollaire au droit de paternité) si, pour des motifs de morale ou de sécurité, il ne veut plus que son nom soit associé à une invention en particulier (Bich, 1999, p. 358). Toutefois, le respect du droit à l'anonymat est impossible (Bich, 1999, p. 358 et 361).

La LB ne reconnaît pas explicitement le droit à la paternité et à l'anonymat, mais permet de faire valoir le droit à la paternité par le processus même d'obtention du brevet. En effet, la demande d'octroi d'un brevet exige de mentionner le nom de l'inventeur, même si la demande est acheminée par un tiers qui n'est pas l'inventeur. Faute d'inclure cette information, la demande est abandonnée. Si le demandeur donne une fausse information ou une information incomplète, en omettant des noms ou en s'attribuant à tort la paternité d'une

invention, cela peut invalider la demande (Bich, 1999, p. 359-360).

Le brevet et la protection des droits économiques

Nous avons vu plus haut que l'inventeur n'a pas de droit moral sur l'invention. Le brevet ne confère, en effet, à l'inventeur ou au titulaire du brevet que des droits économiques.

Alors que l'œuvre est protégée par le droit d'auteur dès qu'elle est créée et fixée sur un support, la protection d'une invention exige l'obtention d'un brevet et le paiement régulier des taxes réglementaires pour maintenir la protection pendant toute la période prévue.

Quel que soit son mérite, **l'inventeur n'est pas *a priori* le propriétaire de son invention**. Il n'est « propriétaire » - on dira *titulaire* - que du seul droit de demander et d'obtenir un brevet. **S'il obtient le brevet demandé, il est alors *titulaire* du brevet**. L'inventeur peut être titulaire d'un brevet, jamais « titulaire d'une invention ».

L'inventeur qui n'est pas en contexte d'emploi a le droit de demander et d'obtenir éventuellement un brevet. Alors que *l'œuvre* est protégée dès sa création, **l'invention ne l'est pas**. L'inventeur doit obtenir un brevet pour qu'elle soit protégée de toute utilisation par un tiers.

L'inventeur peut céder son droit de demander et d'obtenir éventuellement un brevet. Il le fait alors par un *contrat de cession* qui doit être enregistré au Bureau des brevets (art. 21.04 LB). Il peut céder ce droit avant ou après la demande de brevet, et après l'octroi du brevet.

Le brevet s'obtient pour un seul pays à la fois; l'inventeur ou le titulaire du droit de demander un brevet doit le demander pour chaque pays où l'on désire exploiter l'invention.

En résumé

Il y a trois formes de reconnaissance relatives à une invention, qui confèrent des privilèges présentés ici dans l'ordre croissant d'importance :

- la reconnaissance de la paternité de l'invention, du statut d'inventeur; la plupart des employés n'ont que ce privilège;
- le droit de demander un brevet, qui repose sur la reconnaissance de paternité, mais ne garantit pas l'octroi du brevet; en pratique, la plupart des employés en sont privés par entente contractuelle;
- le statut de titulaire du brevet sur une invention, qui procure des droits économiques sur l'exploitation de l'invention.

Le contexte d'emploi

La Loi sur les brevets précise que le brevet peut être demandé que par l'inventeur original et n'être décerné qu'à lui; c'est le principe général.

En contexte d'emploi, ce principe général n'existe pratiquement plus :

Si l'on s'en tient aux droits canadien, américain ou britannique, fortement marqués par l'esprit du capitalisme : l'œuvre (au sens le plus large) créée ou réalisée par le salarié dans l'exécution de la *prestation convenue au contrat* de travail appartient à l'employeur qui sera ainsi le [...] titulaire du [...] droit au brevet afférent à l'œuvre en question. ([Mes italiques]; Bich, 1999, p. 328)

Même si la Loi sur les brevets est muette à ce sujet, la jurisprudence est bien claire quant au fait que l'employé qui met au point une invention dans le contexte de son emploi ne détient plus le **droit de demander un brevet**. L'employeur détient dorénavant ce droit.

Ce transfert de droit au bénéfice de l'employeur est automatique à une condition cependant : l'invention doit être réalisée par un salarié dans l'exercice de **fonctions dont la mission est inventive**, de façon explicite ou implicite, générale ou ponctuelle (Bich, 1999, p. 360). En d'autres termes, pour que le droit de l'employeur de demander le brevet soit automatique, l'employé doit être embauché dans un emploi précisant la mission de créer et d'inventer.

Si un employé dont la fonction est de créer et d'inventer a inventé quoi que ce soit hors de son temps de travail ou des fonctions que lui attribue son emploi, son employeur ne détient pas de droit sur son invention.

En revanche, dès que les fonctions de l'employé **n'ont pas une mission nettement inventive**, l'employeur qui veut devenir titulaire d'un brevet sur une invention réalisée par un employé doit obtenir de ce dernier le consentement à une *cession du droit de demander un brevet*. Plusieurs employeurs le font dès l'embauche, et certains le demandent *ad hoc* pendant la durée de l'emploi. Ces contrats de *cession du droit de demander un brevet* peuvent inclure le versement de sommes pour indemniser l'employé dans le cas où l'une de ses inventions est brevetée.

Pour s'assurer du respect de ce droit, le commissaire aux brevets demande d'ailleurs à tout employeur de joindre à une demande de brevet une *cession du droit de demander un brevet*, signée par le salarié inventeur. De cette façon, ce dernier sera informé de la demande et peut, s'il n'a pas réalisé l'invention en contexte d'emploi, faire valoir son point de vue (Bich, 1999, p. 361).

Les tribunaux confirment cette interprétation :

Employers who rely on the existence of an employer-employee relationship run the risk that the presumption that the invention belongs to the actual inventor, namely the employee, will be used against them. *In the absence of a contract*, it is only when

employees are *employed to invent* and are *employed because of their relevant skills* that the employer can reasonably assume that he or she will be the owner of the invention. Employers should seek to obtain *assignment of rights to inventions in advance* from their employees using *valid and enforceable contracts*. For inventions already invented, the same rule applies. Likewise, employees should be aware of the clauses in employment contracts that discuss rights to and licensing of inventions. It may be appropriate for an employer to agree in the contract to share some of the revenues generated by the invention with the employee/inventor. ([Mes italiques]; Gervais et Fudge, 2011, p. 762)

Précisons aussi que, **d'aucune manière, le contrat d'emploi ne peut comporter une renonciation de l'employé à son titre, à sa qualité d'inventeur (la paternité des inventions)**. L'employeur qui demande un brevet pour une invention réalisée par un salarié doit donc mentionner le nom du véritable inventeur dans sa demande. S'il ne le fait pas, l'employeur ne peut demander un brevet à la place d'un de ses employés.

Comment jouir de la protection que procure un brevet?

Il faut obtenir l'octroi d'un brevet afin de jouir de sa protection. Le processus de demande de brevet est conçu afin de forcer une divulgation complète de la nature de l'invention en contrepartie d'une protection qui équivaut à un monopole sur l'exploitation de l'invention. La demande requiert donc une description exhaustive du produit et de son utilité (art. 27(3) LB), ainsi que de la revendication de brevet (*patent claim*) qui fixe les limites de la protection.

La revendication doit être rédigée de manière assez vague pour offrir une protection large mais assez précise permettant de distinguer l'invention visée par le brevet des inventions qui la précèdent. La plupart du temps, les demandes de brevet doivent être accompagnées de dessins techniques détaillés de l'invention.

Pendant combien de temps?

Les brevets octroyés à la suite des demandes effectuées après le premier octobre 1989 durent 20 ans à partir de la date de demande (art. 44 LB). Aucun renouvellement de brevet n'est possible.

RÉFÉRENCES

- Bastian, Zack (2012) "Your Nostalgia, While Charming, Is Illegal: The Problem with Fan Remakes", *Law of the game*, (<http://lawofthegame.blogspot.ca/2012/04/your-nostalgia-while-charming-is.html>), consulté le 8 août 2012
- Bich, Marie-France (1999) « Emploi et propriété intellectuelle - méditations sur les droits moraux du salarié », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, vol. 195, Cowansville, éd. Yvon Blais, p. 195-257; dans *Revue du Barreau canadien*, p. 326-362
- Charbonneau, Olivier (2009) « Tension entre droit moral et droit d'auteur », billet déposé

- dans le bloque *CultureLibre.ca*, Carnet droit d'auteur internet bibliothèques vie numérique, page consultée le 12 janvier 2016, (<http://www.culturelibre.ca/2009/10/28/tension-entre-droit-moral-et-droit-dauteur>)
- Couture, Marc (NDa) *La propriété intellectuelle : définitions et principes*, Introduction aux méthodes de recherche, SCI 1013, texte D1, page consultée le 9 janvier 2016, (<http://benhur.telug.ca/ST/sciences/sci1013/textes/D1.htm>)
- Couture, Marc (NDb) *Le droit d'auteur*, Introduction aux méthodes de recherche, SCI 1013, page consultée le 9 janvier 2016, texte D2, (<http://benhur.telug.ca/ST/sciences/sci1013/textes/D2.htm>)
- Couture, Marc (NDc). *Les brevets*, Introduction aux méthodes de recherche, SCI 1013, texte D3, page consultée le 9 janvier 2016, (<http://benhur.telug.ca/ST/sciences/sci1013/textes/D3.htm>)
- Entertainment software association of Canada (ESAC) (2015). *Essential facts about the Canadian Video Game industry*, (http://theesa.ca/wp-content/uploads/2015/11/ESAC_2015_Booklet_Version02_14_Digital.pdf)
- Gervais, Daniel J. et Elizabeth F. Fudge (2011) « Intellectual Property; The Law in Canada », 2^e éd., Toronto, Carswell
- Gervais, Daniel J. (2003) « Essai sur la fragmentation du droit d'auteur : Première partie », Cahiers de propriété intellectuelle, vol. 15, n^o 2, p. 501
- Gervais, Daniel J. (2004) « Essai sur la fragmentation du droit d'auteur : Deuxième partie », Cahiers de propriété intellectuelle, vol. 16, n^o 2, p. 363
- Goudreau, Mistrale (2014) « Les droits patrimoniaux des créateurs d'œuvres – de certains développements récents », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle (2014)*, vol. 389, Cowansville, éd. Yvon Blais, p. 123-151
- Gravelle, Louis-Pierre et Jean-François Journault (2012) « Protection des jeux vidéo : la propriété intellectuelle en mode multijoueur », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, vol. 357, Cowansville, éd. Yvon Blais, p. 151-179
- Lefebvre, Éric (1998) « Les droits des artistes-interprètes sur leurs prestations : de la convention de Rome au projet de loi C-32 », *Cahiers de la propriété intellectuelle*, vol. 11, no 1 (non paginé, en ligne) (<http://cpi.robic.ca/Cahiers/11-1/03Lefebvre.html#fnB1>)
- O'Reilly, Alex et Marianne St-Pierre-Plamondon (2014) « L'obligation de loyauté s'effrite : quelles protections reste-t-il à l'employeur? », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail*, vol. 383, Cowansville, éd. Yvon Blais, p. 99-161
- Pineau, J., D. Burman et S. Gaudet (1996) *Théorie des obligations*, 3^e éd, Montréal, Thémis
- Sookman, Barry B (2011). *Computer, Internet and Electronic Commerce Law*, vol. 2, Toronto, Carswell

Vaver, David (1993) « Report on Moral Rights », dans Association littéraire et artistique internationale, *Le droit moral de l'auteur*, congrès d'Anvers 1993, Paris, ALAI, p. 207 (cité dans Bich, 1999)

Vaver, David (1997) *Intellectual property law: Copyright, Patents, Trade-Marks*, Concord, Irwin Law