

LE CRITERE DE FIXATION EN DROIT D'AUTEUR**Ysolde GENDREAU**

Docteur en droit (Paris II)

Professeur à la Faculté de droit de

l'Université de Montréal

C'est un lieu commun de dire que le droit d'auteur vit une époque charnière. Nouveaux modes de communication des œuvres, estompage des frontières, rapprochements idéologiques, tous ces phénomènes ne sont pas sans impliquer des conséquences sur le droit qui a trait à la protection des œuvres et de leurs auteurs. Le foisonnement des activités normatives en témoigne : l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle prépare un protocole relatif à la Convention de Berne (1) ; la Communauté Européenne poursuit un programme d'harmonisation du droit d'auteur (2) ; les négociateurs d'une Amérique du Nord tripartite n'ont pas oublié d'inclure le droit d'auteur dans leurs discussions (3) ; plusieurs pays modifient leurs législations, à défaut de les remplacer intégralement (4). Ces développements législatifs sont propices à la réflexion sur les principes fondamentaux du droit d'auteur, car ceux-ci ne cessent d'être remis en question. Ainsi en est-il du concept d'originalité qui est si essentiel à la compréhension du droit d'auteur et qui défraie constamment la chronique. Un consensus sur le sens à donner à la notion d'originalité n'est pas encore établi, mais tous se servent de ce critère pour distinguer les œuvres protégées de celles qui ne bénéficient pas

de la protection par le droit d'auteur. Il est un autre critère, cependant, qui est appelé à remplir les mêmes fonctions, mais autour duquel une telle unanimité ne se fait pas : le critère de fixation, critère qui sert à garantir l'existence matérielle de cette œuvre.

Alors que la Convention de Berne ne précise pas que l'originalité d'une œuvre est essentielle à sa protection, une disposition particulière y est consacrée à l'exigence de la fixation. Le deuxième alinéa de l'article 2 de l'Acte de Paris porte, en effet, que :

"est toutefois réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de prescrire que les œuvres littéraires et artistiques ou bien l'une ou plusieurs catégories d'entre elles ne sont pas protégées tant qu'elles n'ont pas été fixées sur un support matériel".

Ce texte est bel et bien le résultat d'un compromis entre pays qui exigent qu'une œuvre soit fixée pour être protégée et ceux qui font preuve d'une attitude moins formaliste à cet égard (5). En ne prenant aucun parti, les rédacteurs de la Convention de Berne ont donc démontré qu'ils voulaient laisser aux législateurs nationaux pleine et entière liberté quant à cette question.

Rien d'étonnant, alors, à ce que cette latitude ait donné lieu à des résultats des plus divers. On ne saurait simplement départager les pays selon que leurs lois exigent ou non la fixation. De même, une distinction en fonction de l'appartenance soit à la famille du droit d'auteur, soit à celle du copyright rend mal la réalité : la situation est beaucoup plus complexe. De la lecture de l'article 2, alinéa 2 de la Convention de Berne, l'on retient que des *idées directrices* sont

énoncées (I), mais que des *cas d'exceptions* ne sont pas exclus (II). Pour les fins de ce propos, on ne saurait prétendre à une analyse exhaustive du sujet; mais avec l'aide d'exemples représentatifs, un certain bilan de l'évolution du critère de fixation devrait permettre d'en apprécier la portée.

I - LES IDEES DIRECTRICES

La neutralité des rédacteurs de la Convention de Berne en ce qui a trait à la fixation se traduit par une simple indication des *principes généraux* qui guident les législateurs nationaux dans leur politique sur la fixation (A). L'adoption de l'un ou l'autre de ces principes est le fruit d'une décision qui est prise en fonction des conséquences qu'entraînent les *modalités d'application* de ces principes (B).

A. Les principes généraux

L'alternative qui s'offre aux législateurs nationaux est simple : *exiger* la fixation des œuvres pour que celles-ci soient protégées (1) ou *se dispenser* d'une telle contrainte comme critère de protection (2).

1. L'exigence de la fixation

Le principe de base d'un certain nombre de législations est bien qu'une œuvre doit être fixée sur un support matériel pour bénéficier de la protection du droit d'auteur. Cependant, cette nécessité n'est pas toujours exprimée de la même manière. Alors que certains textes exigent sans ambages une fixation de l'œuvre, d'autres législateurs semblent avoir laissé à la jurisprudence le soin d'interpréter la loi de façon à parvenir à ce même résultat.

La loi américaine de 1976 est sans conteste celle qui exprime le plus clairement le critère de fixation. L'alinéa a) de l'article 102 du *Copyright Act of 1976* porte, en effet, que :

"la protection du droit d'auteur existe, conformément au présent titre, pour des œuvres de l'esprit originales d'auteur fixées sous une forme tangible d'expression, connue actuellement ou mise au point ultérieurement, et qui permet de les percevoir, de les reproduire ou de les communiquer de toute autre manière, soit directement soit à l'aide d'une machine ou d'un dispositif".

A l'article 101 de la loi figure une définition (6) de ce qui constitue une œuvre fixée qui précise la portée de l'article 102, alinéa a) :

"L'œuvre est fixée sous une forme tangible d'expression lorsque son incorporation dans un exemplaire ou un phonogramme, par l'auteur ou avec son autorisation, donne un résultat suffisamment stable ou permanent pour lui permettre d'être perçue, reproduite ou communiquée de toute autre manière pendant un laps de temps plus que provisoire".

Ces deux dispositions abordent trois thèmes qui reviennent plus ou moins souvent lorsque l'on évoque la fixation d'une œuvre : les moyens par lesquels la fixation s'effectue, la question de la permanence de la fixation, et le consentement de l'auteur.

Le texte de l'article 102, alinéa a) démontre bien une volonté de ne pas limiter les modes de fixation à ce que la technologie avait mis au point en 1976 : on y parle de "forme tangible d'expression, connue actuellement ou mise au point ultérieurement" et de mode qui permet de prendre connaissance de l'œuvre "soit directement soit à l'aide d'une machine ou d'un dispositif". La mention des

phonogrammes à l'article 101 n'est pas anodine et constitue un exemple de cette définition : avant la loi de 1976, l'enregistrement d'une œuvre sur un phonogramme n'en constituait pas une fixation (7).

Qui dit fixation laisse entendre matérialisation permanente de l'œuvre. Or, la loi américaine n'est pas aussi sévère. La fixation doit seulement durer assez longtemps pour permettre un accès à l'œuvre pour un moment plus que bref. Ici encore, les rédacteurs de la loi de 1976 se sont avérés d'avant-garde, car les supports des œuvres deviennent de moins en moins permanents.

Quant à la question du consentement de l'auteur, la position américaine, qui exige cet accord, mérite d'être soulignée, car elle pourra être opposée à celle qui est préconisée dans d'autres lois (8).

La clairvoyance du législateur américain en ce qui concerne l'évolution des modes de fixation des œuvres n'est pas la seule caractéristique de ces dispositions. La Constitution américaine leur confère une dimension dont sont dénués les textes équivalents dans d'autres pays : le critère de fixation joue un rôle primordial dans l'équilibre des pouvoirs en matière de droit d'auteur entre gouvernement fédéral et gouvernements des États. En effet, une œuvre qui n'est pas fixée selon la définition du *Copyright Act of 1976* ne peut bénéficier du régime de protection qui est prévu par cette loi; l'auteur d'une œuvre qui n'est pas fixée doit alors recourir à la protection qu'accorde le common law copyright des États pour sauvegarder ses intérêts. Lorsque, cependant, il décidera de se conformer aux exigences de la loi fédérale, celle-ci sera seule à régir l'œuvre fixée et ce, par le jeu de la doctrine de

préemption. Ainsi, une œuvre orale qui n'est pas fixée, ou dont une fixation est effectuée sans le consentement de son auteur, est protégée par le droit des États jusqu'à ce que sa fixation légitime fasse intervenir automatiquement la protection du seul droit statutaire fédéral. Cette situation découle de l'interprétation que les tribunaux ont donnée à l'article 1, paragraphe 8, alinéa 8 de la Constitution qui porte que

Le Congrès aura le pouvoir ... de promouvoir le progrès de la science et des arts utiles en accordant pour un temps limité aux auteurs et aux inventeurs un droit exclusif sur leurs *écrits* et découvertes respectifs (9). (c'est nous qui soulignons)

En délimitant les objets protégés, le critère de fixation garantit également le respect de la Constitution.

Cette fonction constitutionnelle du critère de fixation ne semble pas exister dans les pays du Commonwealth. D'ailleurs, ceux-ci n'imposent pas la fixation des œuvres de la même manière que le droit d'auteur américain. A défaut de disposition expresse, c'est la jurisprudence et la doctrine qui ont déduit des textes législatifs la nécessité d'une fixation de l'œuvre.

Ainsi, malgré une définition de "toute œuvre littéraire, dramatique, musicale et artistique originale" qui comprend "toutes les productions originales du domaine littéraire, scientifique et artistique, *quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression*" (10), les tribunaux canadiens ont exigé qu'une œuvre soit fixée pour être protégée (11). La loi canadienne date de 1921, mais il semblerait que l'exigence de fixation se précise au fur et à mesure que les lois sont mises à jour. Au Royaume-Uni, le

fondement de la nécessité d'une fixation dans le *Copyright Act, 1956* se trouvait à l'article 2, alinéa 1, à l'article 3, alinéa 2, et à l'article 49, alinéa 4 où il était question du moment où l'œuvre était faite, c'est-à-dire lorsque l'œuvre "a revêtu pour la première fois une forme écrite ou quelque autre forme matérielle" (12). La loi néo-zélandaise de 1962 reprend les mêmes formules (13), lesquelles ont été en outre modernisées par le législateur australien en 1968. Celui-ci prévoit, en effet, une définition de la forme matérielle qui a sans doute été influencée par l'existence des ordinateurs (14).

Des pays du Commonwealth, il semble que ce soit le *Copyright, Designs and Patents Act 1988* du Royaume-Uni qui comporte les énoncés les plus généraux, tout en demeurant suffisamment explicites, pour répondre à des questions importantes que soulève la fixation. Le deuxième alinéa de l'article 3 indique que "pour être protégée par le droit d'auteur, une œuvre littéraire, dramatique ou musicale doit être consignée par écrit ou d'une autre manière...". Ce texte est immédiatement suivi d'un autre alinéa qui précise qu'aux fins de l'alinéa 2), il est indifférent que l'œuvre soit consignée par l'auteur ou avec son autorisation et, lorsqu'elle n'est pas consignée par l'auteur, aucune disposition de cet alinéa n'a d'incidence sur la question de la protection de l'enregistrement en tant qu'élément distinct de l'œuvre enregistrée (15).

Le droit britannique actuel est donc celui qui, en cette matière, présente le plus d'affinités avec le droit américain : il aborde spécifiquement la question de la fixation ; ses dispositions ont vocation à s'appliquer à la presque totalité des œuvres (16) et ne sont fonction d'aucune technologie particulière. De plus, il

énonce une règle quant au consentement de l'auteur à la fixation de l'œuvre par un tiers, règle qui est susceptible de faciliter la tâche des titulaires de droit d'auteur qui poursuivent en contrefaçon. En admettant que la fixation puisse être réalisée sans le consentement de l'auteur - ce qui est à l'opposé de la solution américaine -, la loi fait en sorte que la première fixation d'une œuvre par un tiers qui désire se l'approprier contribue dans certains cas à prouver la protection par le droit d'auteur de l'œuvre qu'il contrefait. Ainsi, de par sa simultanéité, l'enregistrement sonore d'une œuvre par un tiers fait en sorte que la fixation s'effectue en même temps que le public prend connaissance de l'œuvre et que le tiers cherche à se l'approprier. Cette situation se distingue de celle où un tiers écrit l'œuvre orale d'un auteur, car le mot pourra difficilement être rédigé en entier au même moment où il est prononcé. Ce régime constitue un net avantage par rapport au droit américain.

A n'en pas douter, la fixation est un élément important des législations des pays de copyright (17). Il ne faudrait pas croire, cependant, que seuls ces pays l'exigent. Ainsi, la loi mexicaine précise que :

"la protection des droits établie par la ... loi produira des effets légaux lorsque les œuvres seront fixées par écrit, enregistrées ou matérialisées sous toute autre forme durable susceptible d'être reproduite ou portée à la connaissance du public par un moyen quelconque" (18).

Contrairement aux lois des pays de common law, ce texte mentionne expressément la durabilité de la fixation, exigence qui peut s'avérer onéreuse si

elle n'est pas interprétée avec souplesse. A lui seul, cet exemple démontre bien à quel point il est impossible de se limiter à l'étude du système de copyright pour comprendre et apprécier les multiples facettes du critère de fixation.

Il ne faudrait pas s'étonner, d'ailleurs, que la fixation fasse partie intégrante du droit et des pays de copyright et des pays de droit d'auteur. L'imprimerie a joué un rôle considérable dans l'économie du droit d'auteur (19) : et qui dit imprimerie dit support matériel. Il est alors d'autant plus difficile de faire abstraction de la fixation que son mécanisme n'a cessé d'être à la base du fonctionnement du droit d'auteur. Certains législateurs se sont toutefois libérés du poids de la tradition pour ne plus soumettre la protection du droit d'auteur à la condition d'une fixation de l'œuvre.

2. L'absence de fixation

A une vision plus moderne du droit d'auteur semble en effet correspondre l'abandon du critère de fixation. Les pays où le principe directeur actuel est de ne pas exiger la fixation de l'œuvre pour qu'elle soit protégée n'ont d'ailleurs pas toujours connu cette position. Comme le soulignait François Hepp, le décret-loi du 19-24 juillet 1793 "exigeait donc, tout au moins à l'origine, l'existence d'une fixation matérielle subsistante pour accorder à l'œuvre le bénéfice de la protection" (20). C'est la jurisprudence et la doctrine qui ont peu à peu fait progresser le droit pour que la fixation de l'œuvre ne soit plus une condition préalable à la protection (21). On trouve donc maintenant plusieurs lois qui ne requièrent pas que l'œuvre revête une forme matérielle.

Les tournures sont multiples pour exprimer que le législateur ne veut pas que la fixation soit prise en considération. Ainsi, le Code de la propriété intellectuelle français déclare que “[ses] dispositions ... protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l’esprit, quels qu’en soient ... la forme d’expression ...” (22). La loi espagnole précise que “l’objet de la propriété intellectuelle est formé par toutes les créations originales littéraires, artistiques ou scientifiques exprimées à l’aide de tout moyen ou support, tangible ou *intangibile*, actuellement connu ou qui sera inventé à l’avenir...” (23). La nouvelle loi suisse sur le droit d’auteur énonce que “l’œuvre, qu’elle soit fixée sur un support matériel ou non, est protégée par le droit d’auteur dès sa création” (24). Parfois, même, aucune allusion n’est faite à ce sujet (25). Quelle que soit la formule employée, cependant, tous les commentateurs reconnaissent que le principe est le même : la fixation de l’œuvre n’est pas une condition de protection par le droit d’auteur (26).

Il va sans dire que le fait de ne pas exiger la fixation permet à un plus grand nombre d’œuvres de bénéficier de la protection par le droit d’auteur. Cependant, l’imposition ou l’absence de ce critère ne semble pas modifier la nécessité et l’étendue des discussions sur la distinction entre l’idée et la forme et sur l’originalité des œuvres. Ces analyses suscitent autant de controverses dans une école que dans l’autre, alors que l’on aurait pu croire, à première vue, que l’adoption du critère de fixation résolvait certaines difficultés. Il ne faudrait pas penser, toutefois, que la présence ou l’absence d’une exigence de fixation de l’œuvre n’entraîne aucune discussion lorsque vient le temps d’appliquer le principe qui a été retenu par le législateur.

B. Les modalités d'application

Les prérogatives que le droit d'auteur sur une œuvre permet d'exercer peuvent être regroupées en deux grandes familles : il y a celles qui relèvent de la notion de représentation et celles qui ont trait au concept de reproduction. L'application du critère de fixation à des œuvres pour lesquelles l'exercice du droit d'auteur relève principalement du droit de reproduction devrait conduire à des résultats semblables, quelle que soit la politique qui a été adoptée par le législateur. On pourrait supposer, en effet, que la fixation ne jouera aucun rôle dans la caractérisation des *œuvres littéraires* (1) et des *œuvres artistiques* (2). Or, même dans ces cas où la fixation semblerait de peu d'importance, des difficultés surgissent (27).

1. Les œuvres littéraires

Les problèmes qui sont liés à l'application du critère de fixation aux œuvres littéraires ne proviennent pas des œuvres classiques de ce genre, telles les romans, les poésies ou les écrits scientifiques. Ils apparaissent plutôt à propos des œuvres qui sont venues se greffer à elles au fil des ans. Seront abordés tour à tour les *œuvres orales* (a) et les *logiciels* (b).

a) Les œuvres orales

Les œuvres orales ont toujours existé aux côtés des œuvres imprimées. Qui plus est, la Convention de Berne inclut spécifiquement "les conférences, allocutions, sermons et autres œuvres de même nature" dans la liste des œuvres protégées depuis l'Acte de Rome de 1928 (28). Leur aptitude à être protégées ne fait pas de doute dans les pays où la fixation n'est pas requise. On y trouve tout naturellement des espèces jurisprudentielles où la contrefaçon de l'œuvre orale est

analysée avec les nuances que la nature de l'œuvre impose (29). Il est par ailleurs frappant de constater que la doctrine remarque toujours, mais brièvement, les difficultés que cause l'absence de fixation de ces œuvres, difficultés qui sont néanmoins aisément surmontées (30). Dans les pays qui exigent la fixation, en revanche, la protection des œuvres orales s'avère plus problématique et varie d'une loi à l'autre.

Comme il a été mentionné plus haut, la définition de "toute œuvre littéraire, dramatique, musicale et artistique originale" en droit canadien comprend les œuvres "quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression". Entre les livres, brochures et autres écrits et les œuvres dramatiques figurent, dans l'énumération des œuvres protégées, les conférences. La définition des conférences indique que leur sont assimilés les allocutions, les discours et les sermons (31). Les conférences n'étant pas assimilées à des œuvres littéraires selon la définition de celles-ci (32), on comprend alors pourquoi le législateur a précisé que le droit d'auteur sur les conférences s'exerçait notamment par leur débit (33). Tout ceci rend inéluctable la conclusion selon laquelle l'œuvre orale est protégée en droit canadien malgré une jurisprudence constante qui exige la fixation des œuvres (34).

Or, la teneur du droit d'auteur sur ces œuvres demeure ambiguë. Même s'il est acquis que le titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre orale (35) pourra exercer toutes les prérogatives qui lui sont reconnues par la loi (36), il est exprimé moins clairement qu'il pourra contrôler la diffusion de l'œuvre par enregistrement sonore ou audiovisuel. Puisque les conférences ne sont pas incluses parmi les œuvres

littéraires, le droit d'en faire un tel enregistrement ne ferait pas partie du droit d'auteur qui leur est afférent (37). Selon le législateur, cependant, le débit... "s'entend notamment du débit à l'aide d'un instrument quelconque" (38). Il semble donc que ce mode d'exploitation soit compris parmi les prérogatives du titulaire du droit, mais la rédaction des textes rend la législation inutilement complexe.

Contrairement à la loi canadienne, le *Copyright, Designs and Patents Act 1988* du Royaume-Uni inclut les œuvres orales parmi les œuvres littéraires (39). Cette situation permet d'éviter les maladroites de la loi canadienne et fait en sorte qu'aucun genre d'œuvre n'échappe à la division des œuvres selon les quatre grandes catégories (40). Cependant, le fait d'appartenir à une des familles d'œuvres protégées signifie que les règles d'application générales s'étendent également aux œuvres orales. Parmi ces règles figure l'exigence de fixation qui est prévue à l'article 3, alinéas 2 et 3 de la loi. L'œuvre orale ne pourra donc être protégée par le droit d'auteur que si elle est fixée. Certes, cette fixation peut être réalisée par tout moyen, mais une telle exigence exclut forcément certaines œuvres orales du bénéfice de la protection. La fixation de l'œuvre par un tiers après le décès ou la fin du contrat de travail de l'auteur soulève, en outre, des problèmes de titularité de l'œuvre (41). Malgré la diversité des moyens de fixation, il devient évident que la nécessité d'une forme matérielle va à l'encontre d'une volonté de protéger les œuvres orales. Il faut reconnaître, cependant, que l'on est arrivé à un tel résultat tout en demeurant conforme à la Convention de Berne.

Le droit américain est celui dont les exigences législatives en matière de

fixation sont les plus tentaculaires; c'est aussi celui qui offre le plus de souplesse dans ce domaine. En effet, il est toujours nécessaire que l'œuvre orale soit fixée - peu importe les moyens - pour bénéficier du régime de protection du *Copyright Act of 1976*. On pourrait donc s'attendre à une situation semblable à celle qui a cours au Royaume-Uni. Toutefois, l'existence d'une protection par le droit des États - le fameux "common law copyright" - fait en sorte que l'œuvre qui ne satisfait pas aux critères de la loi fédérale sera protégée par les principes de ce "common law copyright" (42). Il est assez paradoxal que la protection des œuvres orales soit mieux garantie dans le pays qui n'a cessé de demeurer le plus attaché au formalisme du droit d'auteur que dans les pays qui sont membres de l'Union de Berne depuis plus longtemps.

Somme toute, cependant, les œuvres orales créent moins de difficultés que ce à quoi l'on aurait pu s'attendre. Elles existent depuis tant de siècles qu'il n'est pas surprenant que les législateurs qui exigent la fixation aient réussi à trouver des accommodements pour les faire bénéficier d'une protection la plus complète possible dans le respect du génie de chaque droit. Cela ne signifie pas pour autant que la situation est idéale. De par leur nature, les œuvres orales ne sauraient être protégées aussi efficacement que les œuvres littéraires imprimées lorsque la fixation est requise : on demeure donc en deçà d'une protection pleine et entière. Et qu'advient-il lorsque l'œuvre littéraire est exprimée par un langage qui n'est ni graphique ni verbal, mais gestuel ? (43) A n'en pas douter, l'application du critère de fixation aux œuvres littéraires qui se présentent sous des formes autres que l'imprimerie continue de nécessiter la réflexion. Les cas qui ont été envisagés jusqu'à maintenant relèvent toutefois de modes d'expression qui sont connus

depuis longtemps. Ces derniers temps, cependant, l'on a décidé de protéger les logiciels par le droit d'auteur et, à cette fin, de les assimiler aux œuvres littéraires. Cette classification pose un défi peut-être plus grand encore à la notion de fixation et cette problématique sera maintenant étudiée.

b) Les logiciels

Le débat sur l'originalité des logiciels est bien connu de tous et dans les pays qui exigent la fixation de l'œuvre et, voire surtout, dans les pays où ce critère n'est pas déterminant. Celui sur la fixation des logiciels s'adresse sans doute à un public moins large, mais il est tout aussi important. En même temps que s'est peu à peu établi le consensus que les programmes d'ordinateurs étaient soumis à la protection du droit d'auteur en tant qu'œuvres littéraires, il fallait aussi s'assurer que le critère fondamental de la fixation était respecté.

Nul doute que si la conclusion s'était avérée défavorable, le régime de protection des logiciels aujourd'hui serait tout autre.

Cela ne signifie pas pour autant que la question n'a jamais été évoquée dans les pays moins formalistes. On trouve dans la jurisprudence française - et même dans l'un des célèbres arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation qui ont été rendus en 1986 - des passages qui démontrent que les juristes de ce pays se sont attardés à ce problème (44). La doctrine fait également état du problème, même si c'est pour en venir à la conclusion que ces préoccupations ne concernent pas vraiment le droit français (45). On peut donc supposer que cette opinion vaut

également dans les autres pays où le droit d'auteur existe du seul fait de la création sans égard à la forme qu'elle revêt.

C'est donc sans conteste dans les pays où la fixation de l'œuvre est requise que l'analyse est la plus fouillée. On y constate deux phénomènes : l'inclusion formelle des programmes d'ordinateurs dans la liste des œuvres protégées par le droit d'auteur n'a pas fait taire les discussions tant jurisprudentielles que doctrinales sur leur fixation. Cette observation est probablement liée à la seconde : la notion de fixation évolue au même rythme que celle de reproduction. Les recherches sur la portée du droit de reproduction ont des conséquences directes sur les modalités de fixation des œuvres (46) et l'avènement de la technologie informatique a fait progresser très rapidement ce que l'on doit comprendre par une fixation de l'œuvre.

A vrai dire, l'étape cruciale du raisonnement qui permet d'admettre qu'un logiciel satisfait au critère de fixation avait déjà été franchie au moment où l'on a reconnu que l'enregistrement d'une œuvre sur un phonogramme pouvait en constituer la fixation (47). L'importance de cet événement vient du fait qu'il ne devenait plus nécessaire d'être en mesure de percevoir visuellement le texte de l'œuvre pour considérer que celle-ci était fixée. La phase suivante était donc la reconnaissance que la version en langage machine d'un programme d'ordinateur était une forme qui donnait prise au droit d'auteur. C'est la conclusion à laquelle en sont venus les tribunaux (48). Une décision récente de la Cour d'appel du neuvième circuit des États-Unis admet même qu'il y a fixation du programme d'ordinateur lorsque celui-ci est emmagasiné dans la

mémoire vive, c'est-à-dire dans une mémoire qui disparaît lorsque l'ordinateur est éteint (49).

Cette dernière subtilité dans l'analyse de la fixation est quelque peu troublante. Une telle réduction de la durée minimale pendant laquelle l'œuvre doit revêtir sa forme matérielle semble vider de sens la notion de fixation dans le pays même où ce principe a une valeur constitutionnelle. La définition de la fixation que donne la loi permet bel et bien, pourtant, d'en venir à cette conclusion, puisque la présence du programme d'ordinateur dans la mémoire vive "donne un résultat suffisamment stable ou permanent pour lui permettre d'être perçu, reproduit ou communiqué de toute autre manière pendant un laps de temps plus que provisoire" (50). Cela ne signifie pas pour autant que tout ce qui gravite autour d'un programme d'ordinateur répond au critère de fixation : il a été jugé qu'un dispositif qui est ajouté à une cassette de jeu vidéo pour en modifier les paramètres n'est pas une œuvre dérivée autonome et fixée qui contrefait le programme du jeu vidéo original (51).

Ainsi, l'inclusion du logiciel parmi les œuvres protégées par le droit d'auteur aura eu pour conséquence une analyse encore plus fine du concept de fixation. Ces développements ne sont pas limités au seul droit américain. Dès 1985, le législateur britannique avait précisé, lorsqu'il avait voté la loi qui déclarait les programmes d'ordinateur protégés par le *Copyright Act, 1956*, que "la mention, dans la loi de 1956 sur le droit d'auteur, de la transformation d'une œuvre sous une forme matérielle, ou de la reproduction d'une œuvre sous une forme matérielle, vise aussi

la mise en mémoire de cette œuvre dans un ordinateur" (52). Le *Copyright, Designs and Patents Act 1988* reconnaît également cette forme de reproduction lorsqu'il déclare que la reproduction s'entend "notamment [du] stockage de l'œuvre sur un support quelconque à l'aide de moyens électroniques" et que "par rapport à une œuvre de quelque catégorie que ce soit, la copie ou reproduction comprend notamment la réalisation de copies ou d'exemplaires *éphémères* ou accessoires par rapport à une autre utilisation de l'œuvre" (53). Enfin, l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle a donné son aval à cette interprétation (54).

Les répercussions de cette évolution de la notion de fixation dépassent le strict domaine du droit d'auteur sur les programmes d'ordinateur. En plus d'entraîner des conséquences sur la protection des œuvres créées à l'aide d'ordinateurs (55), cette conception minimaliste de la fixation vient à point en cette époque de banques de données électroniques et de numérisation des œuvres (56). Il devient de plus en plus inéluctable que l'insertion d'une œuvre dans une base de données électronique répond au critère de fixation (57). La banque de données elle-même est créée au fur et à mesure que les œuvres y sont ajoutées. La réglementation propre aux bases de données n'est d'ailleurs pas insensible aux exigences que crée le critère de fixation. A preuve, la proposition de directive européenne sur les bases de données porte que les "modifications non substantielles au choix ou à la disposition du contenu d'une base de données ne font pas courir un nouveau délai de protection de la base" (58). Comment interpréter la raison d'être de cette disposition, si ce n'est que par un souci de prévoir qu'une nouvelle version de la base de données ne constitue pas la fixation d'une nouvelle œuvre qui servirait à perpétuer de

façon abusive le droit d'auteur sur la base de données ?

Alors que l'on pouvait penser qu'elle serait d'un intérêt purement historique, l'application du critère de fixation aux œuvres littéraires s'avère, au contraire, essentielle à la compréhension du droit d'auteur de demain. Il serait surprenant que l'application du critère de fixation aux œuvres artistiques soit aussi riche d'enseignements pour l'avenir du droit d'auteur. C'est ce que nous examinerons maintenant.

2. Les œuvres artistiques

On serait porté à croire que, de toutes les œuvres protégées par le droit d'auteur, les œuvres artistiques sont celles pour lesquelles le critère de fixation serait superflu, car par œuvres artistiques, en effet, on comprend les créations du domaine des arts plastiques, c'est-à-dire relatives "à l'art dont le but est l'élaboration de formes visibles" (59). La fixation des œuvres artistiques est même si évidente aux yeux de certains que l'on n'y fait aucune allusion dans des pays où cette condition est jugée essentielle (60). Pourtant, les œuvres artistiques doivent elles aussi respecter cette exigence, ce qui a donné lieu à quelques controverses.

En effet, dans les pays où la fixation est une condition préalable à la protection par le droit d'auteur, quelques décisions ont été rendues où la question de la fixation de l'œuvre artistique déterminait si elle était protégée et, de ce fait, s'il y avait eu contrefaçon. C'est ainsi que l'on a décidé que les photographies (61) et des statuettes qui étaient des bases de lampes (62) étaient des "écrits" selon la Constitution américaine, malgré le fait que l'on ne pouvait s'en servir comme un écrit traditionnel. L'exigence de fixation de la Constitution était satisfaite parce que les œuvres constituaient "l'expression visible" des idées de leurs auteurs (63). Des résultats contraires auraient paru surprenants, car il s'agit, somme toute, d'œuvres

artistiques plutôt traditionnelles. Le refus de protéger certaines manifestations plus modernes de l'art plastique risque cependant de paraître sévère, si l'on a à l'esprit la souplesse qui a été déployée pour admettre la fixation électronique des œuvres. Ainsi, le maquillage stylisé d'une vedette de groupe rock ne saurait constituer une œuvre artistique parce que les traits de couleur ne sont pas appliqués sur une surface analogue à celle d'une peinture (64). De même, un boîtier transparent, contenant différentes qualités de sable, un liquide, et une substance moussante, qui est placé sur un pivot pour produire des formes changeantes n'est pas une œuvre d'art due à un artisan (65). Une exigence de fixation pour les œuvres artistiques impose donc certaines contraintes et ne donne sans doute pas la liberté de protéger une coupe de coiffure... (66)

Même lorsqu'elle fait partie de la nomenclature des œuvres artistiques, une catégorie d'œuvres artistiques peut être de nouveau confrontée à l'exigence de la fixation. C'est le cas actuellement des photographies. Des images photographiques peuvent de plus en plus être réalisées à l'aide de techniques (électromagnétiques ou numériques) qui ne font plus appel au support traditionnel des œuvres photographiques (67). Ces images, qui ressemblent à s'y méprendre aux photographies traditionnelles, correspondent-elles toujours aux photographies dont la définition garantissait jusqu'à maintenant l'existence d'un support matériel, le négatif ? (68) En fait, la réponse à cette question constitue une application particulière du problème qui a déjà été évoqué à propos des œuvres créées à l'aide d'ordinateur et il semblerait que l'on se dirige vers une solution d'ouverture aux nouvelles technologies (69). Que les photographies soient parmi les premières

catégories d'œuvres à être confrontées à ce problème n'a rien de surprenant, étant donné qu'elles sont réalisées à l'aide d'un appareil, et ne saurait être un motif pour leur nier la protection du droit d'auteur.

Les œuvres artistiques et les œuvres littéraires continuent ainsi de servir de paradigmes pour l'analyse de l'application du critère de fixation aux œuvres protégées, malgré le fait que, de prime abord, on serait porté à croire qu'une telle analyse ne démontrerait aucune divergence entre le droit des pays où la fixation de l'œuvre est exigée et celui des pays où l'on se passe de cette condition. L'on constate, au contraire, que le critère de fixation demeure pertinent et permet d'exclure du champ de protection du droit d'auteur des créations qui seraient susceptibles de bénéficier du droit d'auteur dans les pays qui font preuve d'une conception moins formaliste de ce droit. La notion de fixation est donc tout aussi éliminatoire que celle d'originalité.

Quelle que soit la ligne de conduite qui a été adoptée, il demeure que les divergences entre les deux systèmes sont relativement mineures lorsqu'il est question d'appliquer le critère de fixation à des œuvres qui sont les piliers du droit de reproduction. Il est des législateurs qui ont cependant décidé d'exercer la faculté que leur accorde la Convention de Berne d'exiger la fixation pour certaines œuvres seulement. Ces œuvres sont celles dont le public prend essentiellement connaissance par voie de représentations. Voyons maintenant ces cas particuliers.

II - LES CAS PARTICULIERS

L'adoption d'une ligne de conduite générale n'empêche pas un législateur de

prévoir des exceptions. Il existe ainsi des lois qui, malgré l'absence d'une exigence générale de fixation des œuvres, font de la fixation une condition de protection pour certaines œuvres. Tel est le cas de la France et de l'Italie. On peut rapprocher de cette situation celle du Canada où la fixation est stipulée pour certaines œuvres, quoique l'énoncé de principe indique une protection des œuvres "quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression" (70). La présence de ces exigences particulières est d'ailleurs ce qui a permis aux tribunaux canadiens de déduire que la fixation était un critère général de protection, puisqu'ils ont considéré qu'il aurait été superflu de le mentionner à propos des œuvres littéraires et artistiques (71). Quoiqu'il en soit, la décision de singulariser certaines œuvres entraîne, tout comme on l'a constaté pour les œuvres littéraires et artistiques, des conséquences sur *l'existence* du droit d'auteur sur ces œuvres (A). Qui plus est, un mode particulier de fixation pour une catégorie d'œuvre peut même entraver *l'exercice* du droit d'auteur (B).

A. L'existence du droit d'auteur

L'application du critère de fixation à deux catégories d'œuvres en particulier résulte d'une attention spéciale de la part des législateurs aux difficultés que suscitent les *œuvres dramatiques* (1) et les *œuvres musicales* (2). Cependant, il ne faudra pas s'étonner si les propos qui suivent font aussi référence au droit des pays dont la politique est d'exiger la fixation de toutes les œuvres, car si certains législateurs se sont sentis obligés de déroger à leur principe de protection des œuvres sans fixation, c'est bel et bien parce qu'ils entretenaient les mêmes inquiétudes à l'égard de ces œuvres que les tenants de la fixation à l'égard de toutes les œuvres.

1. Les œuvres dramatiques

Deux types d'œuvres retiendront principalement l'attention: les *œuvres chorégraphiques* (a) et les *œuvres audiovisuelles* (b).

a) Les œuvres chorégraphiques

Les législateurs nationaux ne sont pas seuls à se préoccuper de la fixation des œuvres chorégraphiques : les instances internationales ont également été saisies du problème. Lors de la Conférence de révision de la Convention de Berne à Stockholm en 1967, il a été décidé de supprimer l'exigence de fixation "par écrit ou autrement" qui s'attachait aux œuvres chorégraphiques et aux pantomimes depuis leur inclusion en 1908 dans l'énumération des œuvres protégées (72). Cette décision avait pour corollaire celle de créer une disposition, l'actuel article 2, alinéa 2, qui permet aux membres de l'Union d'exiger la fixation pour toute œuvre. Que la nécessité de fixer ces œuvres ait été maintenue jusqu'à l'Acte de Paris de la Convention démontre l'importance que l'on accordait à cette condition.

La longue histoire de cette disposition explique la présence de formules telles "les œuvres chorégraphiques et les pantomimes dont la mise en scène est fixée par écrit ou autrement" dans les lois de pays qui cherchaient, par la rédaction de leur texte de base, à se conformer à la Convention de Berne. Le texte canadien a été rédigé en 1921 et calquait la loi britannique de 1911, qui avait été votée pour rendre le droit britannique conforme à l'Acte de Berlin de la Convention de Berne; la loi du 11 mars 1957 constituait la première refonte du droit français depuis l'époque des décrets révolutionnaires (73). Les modifications qui ont été apportées à ces législations depuis lors ont laissé

intacte l'exigence de fixation des œuvres chorégraphiques. Au Canada, une nouvelle définition de l'œuvre chorégraphique ne demande plus que l'œuvre ait un sujet (74), et en France le législateur a ajouté les numéros et tours de cirques aux œuvres qui doivent être fixées (75). Quant au législateur américain, il a longtemps hésité à inclure les chorégraphies dans la liste des œuvres protégées: ce n'est qu'en 1976 que ce fut chose faite (76). Il n'était cependant pas nécessaire de prévoir expressément la fixation de ces œuvres, puisque c'est l'énoncé général de cette exigence qui s'applique automatiquement. La même soumission au droit commun caractérise le droit britannique (77).

Outre les difficultés à déterminer la forme matérielle que doit prendre la fixation d'une œuvre composée de mouvements (78), la complexité de la protection des chorégraphies qui conduit à en exiger la fixation provient de l'étroitesse des rapports entre la chorégraphie et son interprétation. C'est pour dissocier l'une de l'autre que l'on impose la fixation de l'œuvre chorégraphique. La lecture de la jurisprudence donne cependant peu d'information concluante sur cette problématique. Un jugement américain fait mention du dépôt d'un enregistrement vidéo d'une chorégraphie auprès du Copyright Office (79), mais un tribunal canadien n'hésite pas à résoudre un conflit entre un chorégraphe et une troupe de ballet en l'absence d'une fixation de l'œuvre (80). En France, un jugement rendu à propos d'un litige antérieur à la loi du 11 mars 1957 laisse supposer que la fixation de l'œuvre aurait été nécessaire, mais considère néanmoins l'œuvre protégée par le droit d'auteur (81).

Même dans un pays comme la France, qui n'exige pas la fixation, la reconnaissance de qualité d'œuvre protégée aux chorégraphies est empreinte d'hésitation (82), d'où le recours à la fixation pour assurer que l'on est bien en présence d'une œuvre véritable. Habités à considérer la fixation comme un critère inapplicable dans leur droit, les commentateurs sont portés à n'envisager la fixation de ces œuvres que comme moyen de preuve de leur existence (83). Pourtant, le texte de l'article 2, al. 2 de la Convention de Berne ne laisse subsister aucun doute : le critère de fixation sert de condition préalable à l'existence du droit d'auteur (84). L'anachronisme de cette position saute aux yeux quand on constate que, dans le même pays, une protection qui est subordonnée à la fixation, comme celle des œuvres chorégraphiques, des numéros et tours de cirque (85), et des pantomimes, côtoie une protection sans entraves pour les spectacles "son et lumière" (86), voire pour les feux d'artifice (87). Les autorités internationales ne sont pas insensibles à ces divergences qui nuisent à la crédibilité du droit d'auteur : un comité d'experts de l'O.M.P.I. n'a pas manqué de souligner dans son rapport que l'exigence de fixation des œuvres dramatiques et chorégraphiques ne paraissait pas "être approprié[e] aux fins de la protection" (88).

Si la difficulté principale de la fixation des œuvres chorégraphiques tient à l'adéquation du mode de fixation (quand il est véritablement exigé...), celle des œuvres audiovisuelles est, au contraire, intimement liée à la question de leur support matériel.

b) Les œuvres audiovisuelles

A l'origine, la fixation des œuvres cinématographiques ne posait pas de véritables problèmes puisque ces œuvres pouvaient être considérées comme une

suite de photographies (89). Avec l'apparition de la télévision et de la vidéo, cette analyse devait s'avérer désuète, car elle était confinée à une technologie particulière et pouvait difficilement s'étendre à ces nouveaux procédés. Ces préoccupations ne sont pas étrangères à la modification de l'énoncé de la protection des œuvres cinématographiques dans le premier alinéa de l'article 2 de la Convention de Berne lors de la Conférence de Stockholm: des "œuvres cinématographiques et celles obtenues par un procédé analogue à la cinématographie", le texte est passé aux "œuvres cinématographiques, auxquelles sont assimilées les œuvres *exprimées* par un procédé analogue à la cinématographie" (90).

Plusieurs législateurs nationaux semblent attachés à l'idée selon laquelle une œuvre audiovisuelle doit revêtir une forme matérielle. Les lois australienne et néo-zélandaise parlent, l'une, "de l'ensemble des images visuelles incorporées dans un objet quelconque et susceptible, grâce à ce dernier, d'être projeté comme film" (91) et, l'autre, "de toute séquence d'images visuelles enregistrées sur un support matériel quelconque (transparent ou non) et capables, grâce à ce moyen matériel, d'être projetées comme film" (92). La loi japonaise porte que "l'expression *œuvre cinématographique* comprend une œuvre exprimée par un procédé produisant des effets visuels ou audio-visuels analogues à ceux de la cinématographie et fixée sur un support matériel" (93), tandis que le texte polonais exige des œuvres cinématographiques d'être "fixées sous forme de scénarios, de dessins ou de photographies" (94). Même en droit français on trouve une allusion aux procédés de fixation et à la nature du support des œuvres ou documents audiovisuels (95).

Le fait de prévoir la fixation des œuvres télévisuelles ne vide cependant pas la question des émissions de télévision. Les émissions qui sont diffusées en direct ne seraient pas dotées du support matériel nécessaire pour être considérées fixées (96). Pour éviter de les priver de la protection par le droit d'auteur, le législateur américain a dû prévoir une définition sur mesure de la fixation des œuvres télévisuelles et radiophoniques:

Une œuvre composée de sons ou d'images, ou des deux, lorsqu'ils sont transmis, est "fixée", au sens du présent titre, si la fixation de ladite œuvre intervient simultanément avec sa transmission (97).

L'artifice du procédé a conduit un commentateur à qualifier ce critère de "pseudo-fixation" (98). On retrouve la même règle, dans des termes différents, dans la loi canadienne (99). Ici encore, on peut s'interroger sur la pertinence de ces définitions quand on les compare aux raffinements de la notion classique de fixation que les logiciels ont entraînés.

La télévision a également donné de l'importance à la question de la fixation des canevas ou des intrigues d'émissions, c'est-à-dire le problème des "formats". Lorsque les indications pour la réalisation d'une émission, radiophonique (100) ou audiovisuelle, laissent une certaine autonomie aux interprètes, plus les interprètes auront de marge de manœuvre, moins l'œuvre sera susceptible d'être considérée fixée (101). On se trouve alors dans une situation semblable à celle du théâtre improvisé (102).

Un autre progrès technique qui a des répercussions sur la protection des œuvres audiovisuelles est celui de la technologie vidéographique, dont les enjeux

faisaient déjà l'objet de réflexions en 1955 (103). Une conception étroite de la fixation des œuvres cinématographiques comme celle qui a cours au Canada laisse planer des doutes sur la possibilité de fixer une œuvre par ce procédé, quoique les tribunaux aient toujours résolu la question en faveur de cette solution (104). Ces difficultés devraient disparaître lors de l'entrée en vigueur de la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain* qui modifie la définition actuelle des œuvres cinématographiques pour la rendre conforme à celle de la version actuelle de la Convention de Berne (105).

L'exigence de fixation pour les œuvres audiovisuelles suscite ainsi principalement un examen des supports matériels de ces œuvres, lesquels sont appelés à jouer un rôle de moins en moins déterminant. Le passage du terme "œuvre cinématographique" à "œuvre audiovisuelle" est d'ailleurs révélateur. Pour les œuvres chorégraphiques, cependant, cet examen consiste plutôt en une confrontation entre la matérialité du support et la fugacité de l'œuvre. C'est, en fait, le même conflit que dans le cas des œuvres musicales.

2. Les œuvres musicales

L'étude de la fixation des œuvres musicales devrait, en principe, procéder de la même manière que celle des œuvres orales ou des œuvres chorégraphiques et mener à la conclusion qu'une telle œuvre, dont aucune trace matérielle n'a existé, n'est pas protégée par le droit d'auteur lorsque la fixation par tout procédé est une condition préalable à la protection. Cette situation a cours en Grande-Bretagne (106) et empêche un artiste-interprète qui improvise une œuvre de bénéficier en plus d'un droit sur son interprétation, le cas échéant, d'un droit d'auteur sur son

œuvre, alors qu'il détiendrait ces deux droits en France (107). Cependant, la fixation des œuvres musicales a fait l'objet d'une attention particulière de la part des législateurs de deux pays, laquelle se traduit par une protection encore plus réduite des œuvres musicales. Il s'agit de la condition de fixation qui est posée par la loi américaine et de celle qui était en vigueur au Canada jusqu'à tout récemment.

En effet, le critère de "pseudo-fixation" de la loi américaine (108) ne s'applique pas seulement aux œuvres audiovisuelles: de par sa rédaction, les œuvres musicales sont aussi visées. Or, dans cette définition, une condition préalable à la fixation est la transmission de l'œuvre, la transmission étant la communication "par tout dispositif ou procédé grâce auquel des images ou des sons sont reçus au-delà de leur lieu d'émission (109). L'existence de cette condition conduit d'éminents commentateurs à en déduire que les improvisations qui ne sont pas transmises au moment où elles sont fixées ne sauraient bénéficier de la protection de la loi fédérale, car une solution contraire rendrait inutile cette partie de la définition de la fixation (110). Cette interprétation semble toutefois quelque peu sévère. Une telle condition pourrait être interprétée en ce sens que la transmission de l'œuvre ne prive pas cette dernière de la protection par le droit d'auteur fédéral lorsqu'une fixation est réalisée en même temps. Évidemment, l'absence de fixation ne laisse pas l'auteur sans recours puisqu'il peut toujours compter sur la protection selon le droit des États (111).

Le droit canadien a été encore plus restrictif que le droit américain à cause de la définition de l'œuvre musicale. Celle-ci consistait en "toute combinaison de mélodie et d'harmonie, ou l'une ou l'autre, imprimée, manuscrite, ou d'autre façon

produite ou reproduite graphiquement” (112). Bien entendu, l'exigence d'une forme graphique nuisait considérablement à la protection des musiques actuelles, en plus de rendre impossible la protection des improvisations (113). L'incorporation d'une œuvre musicale dans un phonogramme en est certes la reproduction (114), mais la définition de la loi empêchait qu'il y ait ici concordance entre fixation et reproduction. Le propriétaire de la matrice de l'enregistrement détiendra alors un droit sur l'enregistrement sonore, tandis que l'auteur de l'œuvre sera sans droit.

Cette situation a été à juste titre décriée (115) et, malgré des études gouvernementales qui recommandaient le maintien du critère de fixation, quoique selon une formule plus souple (116), une loi qui est entrée en vigueur le 31 août 1993 a remplacé l'ancienne définition par la suivante : “toute œuvre ou composition musicale avec ou sans paroles” (117). De prime abord, la modification semble signifier que l'œuvre musicale n'a plus besoin d'être fixée pour être protégée. Cependant, l'exigence de fixation relevant d'une interprétation jurisprudentielle au Canada, celle-ci est toujours susceptible de s'appliquer aux œuvres musicales, quelle que soit leur définition.

Est-ce bien certain ? Le même raisonnement, qui permettait d'exiger la fixation malgré la déclaration d'une protection quel que soit le mode ou la forme d'expression, pourrait maintenant conduire à une conclusion contraire. En effet, pour en venir à sa décision, la Cour, dans l'affaire *Canadian Admiral*, avait constaté que si la fixation était requise pour les œuvres dramatiques et les œuvres musicales, mais pas pour les œuvres littéraires et artistiques, c'est parce qu'il allait

de soi que ces dernières étaient fixées. Ainsi, toutes les œuvres, sauf les œuvres orales, doivent être fixées. Or, ce raisonnement n'est plus possible maintenant: au contraire, il tend à une interprétation opposée. Seules certaines œuvres dramatiques, à savoir les œuvres chorégraphiques et les pantomimes, comportent l'élément de fixation dans leur définition. Qui plus est, alors qu'aucune allusion n'est faite à la fixation dans la définition des œuvres littéraires, la définition des programmes d'ordinateur, qui sont assimilés aux œuvres littéraires, mentionne leur fixation (118). Si la fixation était si intrinsèque à la notion d'œuvre littéraire, pourquoi cette précision aurait-elle été donnée ? L'exigence de fixation d'une œuvre est bel et bien une exception au principe de protection sans fixation et non la preuve de sa généralité. Son abolition, en ce qui concerne les œuvres musicales, devrait ainsi étendre le champ de protection non seulement des œuvres musicales, mais également de l'ensemble des œuvres qui sont susceptibles d'être protégées par le droit d'auteur canadien.

Une telle interprétation va d'ailleurs dans le sens de l'évolution actuelle de ce critère : ou les nouveaux moyens de fixation des œuvres font estomper progressivement l'importance d'un support matériel particulier, ou la fixation est requise pour un nombre d'œuvres de plus en plus restreint (119). Le caractère exceptionnel de l'exigence fait en sorte que sa mention n'indique pas qu'il s'agit d'un simple moyen de preuve de l'existence de l'œuvre, mais bien d'une véritable condition préalable à la protection.

Jusqu'à maintenant, le critère de fixation n'a été conçu que comme moyen de déterminer l'existence des œuvres à protéger par le droit d'auteur. Il s'est avéré, cependant, que la fixation pouvait aussi être un frein à l'exercice

des prérogatives dont est assorti ce droit.

B. L'exercice du droit d'auteur

Il peut sembler extrême de dire que l'exigence de fixation des œuvres est susceptible de nuire à l'exercice du droit d'auteur sur elles. Une fois l'œuvre protégée, comment peut-elle ne pas être appelée à connaître le même sort que les autres ? Ce phénomène s'est pourtant produit en droit canadien, mais il a été corrigé dernièrement. Voyons d'abord les *données du problème* (1), avant d'examiner les *solutions qui peuvent être envisagées* (2).

1. Les données du problème

Datant de 1921 et calquée sur la loi britannique de 1911, la loi canadienne sur le droit d'auteur n'avait pas été conçue en fonction des technologies contemporaines. L'avènement de la retransmission par câble nécessitait donc une interprétation de la loi, si l'on voulait que cette activité soit régie par le texte alors en vigueur. L'affaire *Canadian Admiral*, qui est le fondement du caractère jurisprudentiel de la notion de fixation des œuvres en droit canadien, est un jugement clef dans le développement du droit de retransmission par câble, car il y était décidé que la retransmission au public d'une œuvre artistique entraînait la responsabilité du retransmetteur (120).

Une dizaine d'années plus tard, la Cour suprême était appelée à trancher un litige entre une société d'auteurs et un organisme de télédiffusion qui refusait de verser des droits pour la retransmission des œuvres musicales. La Cour a décidé en faveur de l'organisme de télédiffusion : ses activités consistaient en la

retransmission de *représentations* d'œuvres musicales et non des œuvres musicales elles-mêmes (121). Ce raisonnement reposait sur la définition de l'œuvre musicale qui devait être "imprimée, manuscrite, ou d'autre façon produite ou reproduite graphiquement" (122). Puisque ce n'était pas cette œuvre graphique, mais plutôt sa reproduction sonore (123), qui était diffusée par l'organisme de télédiffusion, le droit "de transmettre [une] œuvre au moyen de la radiophonie" n'était pas violé (124). Vraisemblablement, la Cour confondait l'œuvre et sa matérialisation.

Il devenait évident que seul un amendement législatif remédierait à la situation. La conclusion de l'Accord de libre-échange canado-américain en fournira l'occasion et, en 1988, la loi de mise en œuvre de cet Accord modifiait le droit de retransmission : il ne s'agirait plus du droit de transmettre une œuvre au moyen de la radiophonie, mais du droit "de communiquer au public, par télécommunication, une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique" (125). Des précisions étaient également apportées à cette définition, ainsi que des modalités d'application particulières.

Fortes d'une nouvelle rédaction législative, les sociétés d'auteurs canadiennes ont soumis à la Commission du droit d'auteur des projets de tarifs pour la retransmission des œuvres, projets qui ont été contestés par le même organisme de télédiffusion que celui qui était impliqué dans l'affaire *CAPAC* précitée et par l'Association canadienne de télévision par câble. Dans les deux instances, la Cour d'appel fédérale s'est déclarée liée par le précédent qu'avait créé la Cour suprême et a refusé d'admettre que la modification de la loi remettait en cause cet aspect de sa décision (126).

La teneur particulière de la définition de l'œuvre musicale a donc été au cœur du débat jurisprudentiel sur la retransmission de ces œuvres. Une interprétation littérale de l'exigence de fixation d'une œuvre conduisait à un déséquilibre dans la portée de la loi: le droit de transmettre l'œuvre par radiophonie devait s'appliquer à l'ensemble des œuvres protégées, mais, du fait d'une condition stricte quant à la fixation d'une catégorie d'œuvres, voyait son champ d'application réduit aux seules œuvres littéraires, dramatiques, et artistiques. Pour mettre fin à cette situation, deux solutions peuvent être envisagées : un amendement par le Parlement ou un reniement de la décision *CAPAC* par la Cour suprême.

2. Les solutions envisagées

En fait, une seule solution s'impose : ne plus exiger la fixation graphique des œuvres musicales. La résolution de ce conflit peut toutefois se réaliser de deux manières. L'amendement législatif est sans équivoque, mais le revirement jurisprudentiel comporte aussi certains avantages.

L'amendement législatif est chose faite. Fortement contrariée par la tournure des événements, semble-t-il, la SOCAN, la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, a demandé au législateur fédéral d'intervenir et a obtenu le vote de la *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur* de 1993 (127). La mise en œuvre de cette loi est prospective.

Fonder ses espoirs sur un revirement jurisprudentiel est susceptible d'offrir moins de certitude. La Cour suprême, qui ne s'est pas encore prononcée, peut utiliser un argument que l'on rencontre souvent à propos de cette question et

décider que l'ancienne définition de l'œuvre musicale n'exigeait la fixation graphique que comme moyen de preuve de l'existence de l'œuvre et n'avait ainsi aucune incidence sur l'exercice du droit d'auteur.

Cette solution est toujours possible, mais plutôt improbable. L'intervention du Parlement n'est-elle pas la preuve que cette interprétation serait fautive et donc à nouveau contestée ? On pourrait toutefois dire que le législateur ne s'est immiscé dans le débat que pour lever le doute qui planait sur un texte susceptible d'être interprété de deux façons, l'une étant tout aussi valable que l'autre. Ce faisant, la Cour suprême permettrait aux sociétés d'auteur de percevoir des redevances pour les retransmissions d'œuvres musicales qui ont eu lieu depuis le début des procédures, ne les pénalisant pas de la modification législative survenue avant sa décision, et fraierait ainsi la voie d'une conception plus souple et plus moderne de la fixation.

En effet, que l'exigence de fixation des œuvres soit susceptible d'entraver l'exercice du droit d'auteur sur une œuvre qui satisfait à ce critère excède les fonctions qu'elle est appelée à remplir. Depuis son origine, la condition de fixation avait pour but d'assurer l'identification de l'œuvre sur laquelle serait exercé le droit d'auteur. Lorsqu'elle n'est exigée que pour certaines œuvres, cependant, la légitimité de cette fonction est remise en cause : pourquoi vouloir s'assurer de l'existence d'une œuvre plutôt que de celle d'une autre ? En ne requérant la fixation - ou en n'en soulevant la question - que pour certaines œuvres, la raison d'être de ce critère est sapée par celui qui veut au contraire lui faire jouer un rôle important.

* * *

Il est grand temps de repenser le rôle que l'on veut faire jouer au critère de fixation en droit d'auteur et la numérisation des œuvres rend cet examen pressant, voire impératif. Il est difficile de penser que, du jour au lendemain, la notion de fixation devienne superflue : qu'elle n'ait cessé de faire partie du droit d'auteur depuis ses origines milite en faveur de son maintien. Cependant, les fonctions qui lui sont attribuées peuvent être légèrement modifiées, ce qui lui permettrait de demeurer pertinente tout en étant mieux adaptée aux réalités contemporaines du droit d'auteur.

Exiger la fixation d'une œuvre a toujours signifié vouloir s'assurer de son existence matérielle. Toutefois, l'évolution du droit d'auteur a conduit à reconnaître des œuvres dont l'essence même est d'échapper à l'emprise physique. On songe ici surtout aux œuvres orales, aux œuvres chorégraphiques, et même aux œuvres musicales. Les œuvres pour lesquelles des modes de fixation ont été trouvés - et reconnus - accèdent plus facilement au statut d'œuvres protégées que celles dont la mise en forme continue de demeurer trop aléatoire. Outre les œuvres qui ont fait l'objet de la présente analyse, d'autres exemples de créations dont le statut juridique demeure encore incertain illustrent ce propos. Ainsi, la question de la fixation des mises en scène est un des éléments qui sont pris en considération quand il s'agit de déterminer si ces activités sont protégées par le droit d'auteur (128). Autre débat : celui de la protection des personnages. Un personnage auquel on a donné une forme graphique bénéficie beaucoup plus facilement d'une protection par le droit d'auteur que le personnage strictement littéraire (129).

Faire de la fixation une condition essentielle de la protection par le droit d'auteur conduit parfois à des résultats critiquables parce que souvent contradictoires ; en faire *un* des éléments d'analyse dans la décision de protéger une œuvre, sans lui reconnaître un rôle décisif, serait plus conforme aux faits de la création contemporaine, si l'on veut assurer la pertinence continue du droit d'auteur. L'atténuation de l'importance du critère de fixation semble d'ailleurs inévitable : interprétation à l'extrême et figure d'exception laissent entrevoir sans peine.

La notion de fixation peut toutefois demeurer utile après l'étape de la déclaration de protection de l'œuvre. Comme il ne cesse d'être rappelé, la fixation d'une œuvre permet d'en établir l'existence. Il est toujours plus facile de prouver une atteinte au droit d'auteur quand on est en mesure d'apporter la preuve tangible de l'œuvre que lorsque cela est impossible. Cependant, tous les moyens de preuve devraient être à la disposition de tous les titulaires de droit d'auteur, quel que soit le type d'œuvre ou le pays où l'affaire est jugée. Un attachement quasi sentimental à une notion révolue ne saurait être la cause d'inégalités entre auteurs.

NOTES

L'auteur désire remercier M. Paul Geller pour ses renseignements bibliographiques, ainsi que Mlles Marie-Josée Lina Alepin et Pamela Larrea, alors

étudiantes à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, pour leur précieux concours à la recherche que nécessitait cet article. La collaboration de cette dernière a pu être retenue grâce à la subvention du Comité d'attribution des fonds internes de recherche de l'Université de Montréal.

(1) Voir Comité d'experts sur un éventuel protocole relatif à la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, "Questions concernant un éventuel protocole relatif à la Convention de Berne", (1993) 106 D.A. 74-76, 86-114.

(2) Voir F. Gotzen, "Le devenir de la propriété intellectuelle en Europe. II. Les droits d'auteur et les droits voisins" in *L'avenir de la propriété intellectuelle* (Colloque de l'IRPI Henri-Desbois du 26 octobre 1992), Paris, Librairies Techniques, 1993, p. 75.

(3) Accord de libre-échange nord-américain, chapitre XVII, art. 1705.

(4) Ces dernières années, le Canada et les États-Unis ont procédé à des amendements de leurs lois, tandis que la Grande-Bretagne et la Suisse ont voté des textes entièrement nouveaux.

(5) Voir S. Ricketson, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, Londres, Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College, 1987, pp. 238-243, nos 6.12-6.15; H. Desbois, A. Françon, & A. Kéréver, *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, Paris, Dalloz, 1976, pp. 159-161, n° 143; W. Nordemann, K. Vinck, & P.W. Hertin, *Droit d'auteur international et droits voisins dans les pays de langue allemande et les États membres de la Communauté Européenne*, Bruxelles, Bruylant, 1983, p. 56. La Convention universelle sur le droit d'auteur, quant à elle, ne fait que reprendre le droit américain en cette matière et ne fera pas ici l'objet de développements particuliers. Voir A. Bogsch, *The Law of Copyright Under the Universal Convention*, 3^e éd., Leyden, A.W. Sijthoff, 1968, pp. 8-9.

(6) Les législations de common law semblent toutes comporter un article où figurent les définitions des termes clés de la loi.

(7) Cette position date d'une décision de la Cour suprême en 1908 dans laquelle il était déclaré qu'un exemplaire d'une œuvre devait revêtir une forme lisible par l'œil humain. Ne pouvant pas répondre à ce critère, le phonogramme ne constituait pas une copie - et, en l'occurrence, une contrefaçon - de l'œuvre : *White-Smith Music Co. v. Apollo Co.*, 209 U.S. 1 (1908). La loi de 1976 maintient la distinction entre les "exemplaires" et les "phonogrammes", mais la reproduction et la fixation s'effectuent par la matérialisation de l'œuvre tant sous une forme que sous l'autre.

(8) Voir, *infra*, les développements sur le droit britannique et sur les œuvres littéraires.

(9) Voir Note, "Copyright - Study of the Term 'Writings' in the Copyright Clause of the Constitution", (1956) 31 N.Y.U.L. Rev. 1263; Note, "Copyright Protection for Uncopyrightables: the Common-Law Doctrines", (1960) 108 U. Pa. L. Rev. 699; P. Goldstein, "Federal System Ordering of the Copyright Interest", (1969) 69 Columbia L. Rev. 49, aux pp. 79-84; R.A. Gorman, "An Overview of the Copyright Act of 1976", (1978) 126 U. Pa. L. Rev. 856, aux pp. 865-867; M.B. Nimmer & D. Nimmer, *Nimmer on Copyright*, New York, Matthew Bender, 1992, n° 1.08 [C]; A. Françon, *La propriété littéraire et artistique en Grande-Bretagne et aux États-Unis*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1955, pp. 27-32, nos 17-20; J.-M. Baudel, *La législation des États-Unis sur le droit d'auteur*, Bruxelles, Editions Bruylant, 1990, pp. 18-29.

- (10) *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, c. C-42, art. 2.
- (11) *Canadian Admiral Corporation Ltd. v. Rediffusion, Inc.*, [1954] Ex.C.R. 382, à la p. 394. Voir H.G. Fox, *The Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 2e éd., Toronto, Carswell, 1967, pp. 140-141; J. Boncompain, *Le droit d'auteur au Canada-Étude critique*, Montréal, Le Cercle du livre de France, 1971, p. 53, n° 40.
- (12) Voir J.A.L. Sterling & M.C.L. Carpenter, *Copyright Law in the United Kingdom and The Rights of Performers, Authors and Composers in Europe*, Londres, Legal Books Pty Ltd., 1986, pp. 39-42, nos 203-206; H. Laddie, P. Prescott, & M. Vitoria, *The Modern Law of Copyright*, Londres, Butterworths, 1980, pp. 13-16, nos 2.12-2.17.
- (13) *Copyright Act 1962*, art. 7, al. 1 et art. 3, al. 8. Voir A. Brown & A. Grant, *The Law of Intellectual Property in New Zealand*, Wellington, Butterworths, 1989, pp. 230-238, nos 4.8-4.12.
- (14) "forme matérielle, par rapport à une œuvre ou à l'adaptation d'une œuvre, comprend toute forme (visible ou non) de stockage à partir de laquelle l'œuvre ou l'adaptation, ou une partie importante de l'œuvre ou de l'adaptation, peut être reproduite". *Copyright Act 1968*, art. 10, al. 1. Voir S. Ricketson, *The Law of Intellectual Property*, Sydney, The Law Book Co. Ltd., 1984, pp. 93-94, n° 5.29; J. Lahore, *Intellectual Property in Australia. Copyright*, Sydney, Butterworths, 1977, pp. 42-49, nos 307-315.
- (15) Voir E.P. Skone James, J.F. Mummery, J.E. Rayner James, & K.M. Garnett, eds, *Coptinger and Skone James on Copyright*, 13e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1991, pp. 68-69, n° 349; D. Lester & P. Mitchell, *Joyson-Hicks on UK Copyright Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1989, pp. 7-8, n° 1.18-1.19; W.R. Cornish, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, 2e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1989, pp. 277-278, n° 10-018 - 10-019; G. Dworkin & R.D. Taylor, *Blackstone's Guide to the Copyright, Designs & Patents Act 1988*, Londres, Blackstone Press Ltd., 1989, pp. 22-24; M.F. Flint, C.D. Thorne, & A.P. Williams, *Intellectual Property - The New Law: A Guide to the Copyright, Designs and Patents Act 1988*, Londres, Butterworths, 1989, pp. 10-11, nos 2.19-2.20; R. Merkin, *Richards Butler on Copyright, Designs and Patents: the New Law*, Londres, Longman, 1989, pp. 40-42, nos 4.3-4.5; P. Groves, *Copyright and Design Law: A Question of Balance*, Londres, Graham & Trotman, 1991, pp. 24-27.
- (16) On remarque, en effet, que les œuvres artistiques ne sont pas visées par la loi britannique. Il en sera question plus loin.
- (17) Voir S.M. Stewart, *International Copyright and Neighbouring Rights*, 2e éd., Londres, Butterworths, 1989, pp. 52-53, n° 4.05; C. Colombet, *Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde. Approche de droit comparé*, 2e éd., Paris, Litec & UNESCO, 1992, pp. 11-12.
- (18) *Ley federal de derechos de autor*, art. 7 *in fine*.
- (19) Voir J. Fors, "Sur une définition logique du concept de publication", (1951) 64 D.A. 51.
- (20) F. Hepp, "La notion d'œuvre littéraire et artistique", (1956) 69 D.A. 45, aux pp. 47 et 49. L'article 1er de cette loi "relative aux droits de propriété des auteurs *d'écrits* en tout genre, des compositeurs de musique, des peintres et des dessinateurs" portait que "les auteurs *d'écrits* en tout genre, les compositeurs de musique, les peintres et dessinateurs qui feront *graver* des tableaux ou dessins, jouiront durant leur vie entière du droit exclusif de vendre, faire vendre, distribuer leurs ouvrages dans le territoire de la République et d'en céder la propriété en tout ou en partie". (c'est nous qui soulignons)
- (21) Dès 1839, Renouard plaidait en faveur d'une telle évolution : A.-C. Renouard, *Traité des droits d'auteurs dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, t. 2, Paris, Jules Renouard et Cie, 1839, pp. 130-132, n° 58. Voir aussi E. Pouillet, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, 2e éd., Paris, Marchal et Billard, 1894, pp.

67-75, nos 54-59; H. Desbois, *Le droit d'auteur*, Paris, Dalloz, 1950, pp. 73-78, nos 57-62.

(22) Art. L.112-1 C.P.I.

(23) Art. 10, al. 1 de la Loi sur la propriété intellectuelle du 11 novembre 1987 (c'est nous qui soulignons).

(24) Art. 29, al. 1 de la Loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins du 9 octobre 1992.

(25) Voir, par exemple, la loi allemande sur le droit d'auteur du 9 septembre 1965.

(26) Les analyses sont, par ailleurs, assez laconiques. En France: A. Lucas, "Propriété littéraire et artistique. Exercice des droits des auteurs. Œuvres protégées", J.-cl.civ. annexe de propriété littéraire et artistique, vol. 1, fasc. 303, n° 13; R. Plaisant, "Propriété littéraire et artistique. Exercice des droits des auteurs. Œuvres protégées. Notions générales", J.-cl.civ. annexe de propriété littéraire et artistique, vol. 1, fasc. 302, n° 28; A. Bertrand, *Le droit d'auteur et les droits voisins*, Paris, Masson, 1991, pp. 128-131, n° 4.12; P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, Paris, P.U.F., 1991, pp. 49-53, n° 28-29; A. Françon, "La conception traditionnelle du droit d'auteur" in I. de Lambertier, éd., *Le droit d'auteur aujourd'hui*, Paris, Editions du CNRS, 1991, p. 15, aux pp. 20-21. En Espagne: M. del Corral Beltran, "Authors' Rights in Spain: Comments on the Intellectual Property Law of Spain", (1988-89) 13 Columbia-VIA J. Law & Arts 477, à la p. 482. En Suisse (à propos de l'ancienne disposition dont la teneur n'a pas été modifiée): I. Cherpillod, *L'objet du droit d'auteur*, Lausanne, CEDIDAC, 1985, p. 137, n° 225; I. Cherpillod, *Le droit d'auteur en Suisse*, Lausanne, CEDIDAC, 1986, p. 13; K. Troller, *Manuel du droit suisse des biens immatériels*, t. I, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1992, p. 210, no 20-3.3. En Allemagne: G. Schricker, *Urheberrecht-Kommentar*, Munich, Verlag C.H. Beck, 1987, pp. 94-95; F.K. Fromm & W. Nordemann, *Urheberrecht-Kommentar*, 7e éd., Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 1988, pp. 61-62.

(27) Les œuvres pour lesquelles le droit d'auteur relève surtout de l'exercice du droit de représentation, telles les œuvres dramatiques et les œuvres musicales, seront étudiées plus loin.

(28) Convention de Berne, art. 2, al. 1. La question de la fixation des œuvres orales est également abordée lors des discussions concernant la protection du folklore: voir J.G. Weiner, "Protection of Folklore: A Political and Legal Challenge", (1987) 18 I.I.C. 56, aux pp. 69-70.

(29) Voir, à titre d'exemple récent, le jugement de la première Chambre du Tribunal de grande instance de Paris du 20 novembre 1991, (janvier 1992) 151 R.I.D.A. 340, note A. Kéréver. Il est intéressant d'y voir l'importance que le tribunal accorde à la distinction que faisait Roland Barthes entre la forme orale et la forme écrite.

(30) Voir C. Colombet, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 6e éd., Paris, Dalloz, 1992, pp. 40-41, n° 60-63; Bertrand, *supra*, note 26, pp. 140-142, no 4.31. Voir aussi G. Lyon-Caen, "La publication des cours de professeurs d'université", (1967) 52 R.I.D.A. 137.

(31) *Loi sur le droit d'auteur*, art. 2.

(32) *Ibid.*

(33) *Ibid.*, art. 3, al. 1.

(34) Voir *Fly by Nite Music Ltd. v. Record Warehouse Ltd.*, [1975] C.F. 386, à la p. 394. Une application particulière de cette règle est celle de la protection des jugements qui sont rendus oralement par Les tribunaux. Voir G. Snow, "Who Owns Copyright in Law Reports?", (1982) 64 C.P.R. (2d) 49, aux pp. 54-80.

(35) L'auteur peut être un employé, en quel cas l'employeur détiendra le droit d'auteur à moins de stipulation contraire: *Loi sur le droit d'auteur*, art. 13, al. 3.

(36) *Loi sur le droit d'auteur*, art. 3, al. 1.

(37) Cette situation résulte de ce que le droit de faire ces enregistrements relève de l'exercice du droit d'auteur sur les œuvres littéraires, dramatiques et musicales. Voir l'article 3, al. 1d) de la *Loi*.

(38) *Loi sur le droit d'auteur*, art. 2.

(39) *Copyright, Designs and Patents Act 1988*, art. 3, al. 1.

(40) A savoir, les œuvres littéraires, dramatiques, musicales et artistiques.

(41) Voir, à ce sujet, J. Phillips, "Copyright in Spoken Words — Some Potential Problems", [1989] E.I.P.R. 231.

(42) Voir B.D. Williams, "The Protectibility of Spontaneous Oral Conversations Via Common Law Copyright", (1969-1970) 13 *Idea* 263; J.A. Neuenschwander, "Oral History and Copyright: An Uncertain Relationship", (1983-1984) 10 *J. College & University L.* 147.

(43) Pour une analyse de cette question, voir R. Belzile, "Everybody! Wave Hands!... Why? It's a Deaf View of the Copyright Law in Canada", (1992) 39 *C.P.R.* (3d) 161.

(44) Cass. Ass. plén. 7 mars 1986, (juillet 1986) 129 *R.I.D.A.* 136, note A. Lucas, *D.* 1986. Jur. 405, concl. J. Cabannes, note B. Edelman, (Soc. Atari Ireland L.T.D. c. Valadon). On y lit ceci à propos des jeux vidéo: "attendu qu'en se déterminant par ces motifs alors que sont considérés comme des œuvres de l'esprit au sens de la loi du 11 mars 1957, dès lors qu'ils répondent à la condition d'originalité, tant les dessins, images que les sons les accompagnant, ou les animations des êtres et des choses *s'ils sont fixés par écrit ou autrement*, la Cour d'appel a violé le texte susvisé". Voir également Trib. gr. inst. Paris, 1re ch., 21 septembre 1983, *D.* 1984. Jur. 77, note C. Le Stanc, *J.C.P.* 1984.II. 20249, obs. J. Wagret, (avril 1984) 120 *R.I.D.A.* 156, à la p. 158: "Attendu, sur le premier point, tout d'abord, que si les programmes d'ordinateur ne sont pas immédiatement perceptibles par les sens de tout un chacun comme le sont les œuvres littéraires ou plastiques, ils sont néanmoins accessibles et intelligibles grâce à leur transcription *sur divers supports matériels*, tels que les 'listings', les écrans ou les enregistrements magnétiques". Voir aussi Trib. gr. inst. Paris, 3e ch., 27 juin 1984, *Gaz. Pal.* 1985. 1er sem. Jur. 66, note J.-R. Bonneau.

(45) Voir G. Bertin & I. de Lamberterie, *La protection du logiciel*, Paris, L.G.D.J., 1985, p. 71; A. Lucas, *Le droit de l'informatique*, Paris, P.U.F., 1987, pp. 216-217, n° 194, pp. 318-319, n° 278; B. Edelman, *Droits d'auteur Droits voisins - Droit d'auteur et marché*, Paris, Dalloz, 1993, pp. 287-288, n° 376-378. La perceptibilité du logiciel par les sens a toutefois été soulignée: voir Cherpillod, *L'objet du droit d'auteur*, *supra*, note 26, p. 176, n° 279.

(46) Voir J.H. Spoor, "Copies in Continental Copyright" in *Copies in Copyright*, Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1980, p. 1, aux pp. 16-17, 30, et surtout 38, et 52-54; P.F. Nolan, "Copies in US Copyright" in *Copies in Copyright*, p. 173, aux pp. 173-176. Voir également les rapports qui ont été présentés lors des Journées néerlandaises de l'Association Henri-Capitant de 1986 sur le thème de la reproduction par la mise en mémoire sur ordinateurs: Travaux de l'Association Henri-Capitant, *Les nouveaux moyens de reproduction*, Paris, Economica, 1988, pp. 353-416.

(47) Voir, *supra*, le texte qui accompagne la note 7.

(48) Voir *Gates v. Swift* (1980), [1982] R.P.C. 339, à la p. 340; *Apple Computer Inc. v. Mackintosh Computers Ltd.*, (1986) 10 *C.P.R.* (3d) 1, aux pp. 20-21, 27-35 (voir T.J. Sinnott, "Copyright in Operating System Software on Computer Chips: A Tale of Two Apples", (1987) 3 *I.P.J.L.*; J. Fraser Mann, "Comment on *Apple Computer v. Mackintosh Computers*", (1986-1987) 32 *McGill L.J.* 437; F. Schanfield Freedman & B. Winters, "Copyright Goes Computer: A Case Law Survey of Recent Developments in Canada", (1985) 45 *R. du B.* 316).

Tandy Corporation v. Personal Micro Computers, Inc., 524 F.Supp.171 (1981), aux pp. 173-174; *Williams Electronics, Inc. v. Artic International, Inc.*, 685 F.2d 870 (1982), aux pp. 876-877; *Apple Computer, Inc. v. Franklin Computer Corp.*, 714 F.2d 1240 (1983), aux pp. 1247-1248 (voir W. Patry, "Electronic Audiovisual Games: Navigating the Maze of Copyright", (1983-84) 31 J.Copr.Soc'y U.S.A. 1, aux pp. 25-33). Voir cependant la décision australienne *Computer Edge Pty Ltd. v. Apple Computer Inc.*, (1986) 60 A.L.J.R. 313, aux pp. 316 et 325.

(49) *MAI Systems Corporation v. Peak Computer Inc.*, 991 F.2d 511 (1993), aux pp. 517-518.

(50) *Copyright Act of 1976*, art. 101.

(51) *Levits Galoob Toys, Inc. v. Nintendo of America, Inc.*, 964 F. 2d 965 (1992), aux pp. 967-968. Le jugement laisse toutefois entendre qu'une œuvre dérivée qui n'est pas fixée selon les critères de la loi peut porter atteinte aux droits du titulaire du droit d'auteur sans être susceptible d'être protégée elle-même. Cette distinction est critiquée, à juste titre semble-t-il, dans E.G. Black & M.H. Page, "Add-On Infringements: When Computer Add-Ons and Peripherals Should (and Should Not) Be Considered Infringing Derivative Works Under *Levits Galoob Toys, Inc. v. Nintendo of America, Inc.*, and Other Recent Decisions", (1992-1993) 15 Hastings COMM/ENT L.J.617, aux pp. 623-630. Voir aussi E.W. Olson, "Galoob v. Nintendo: Subject Matter Fixation and Consumer Fair Use Define the Scope of Copyright Protection for Interoperable Works", (1992) 18 Rutgers Comp. & Tech.L.J.879. Un motif autre que celui de l'absence de fixation aurait pu cependant servir de fondement. La fixation des jeux vidéo a été reconnue par les tribunaux à maintes reprises: *Atari, Inc v. Amusement World, Inc.*, 547 F.Supp.222 (1981); *Stern Electronics, Inc. v. Kaufman*, 669 F.2d 852 (1982); *Midway Mfg. Co. v. Artic International, Inc.*, 704 F. 2d 1009 (1983); *M. Kramer Manufacturing Co., Inc. v. Andrews*, 783 F. 2d 421 (1986).

(52) *Copyright (Computer Software) Amendment Act 1985*, c. 41, art. 2.

(53) *Copyright, Designs and Patents Act 1988*, art. 17, al. 2 et 6 (c'est nous qui soulignons). Voir *Joyson-Hicks on UK Copyright Law*, supra, note 15, à la p. 113, n° 5.18, qui admet que la reproduction sur mémoire vive est comprise dans cette définition. Voir aussi J.A.L. Sterling, *Intellectual Property Rights in Sound Recordings. Film & Video*, Londres, Sweet & Maxwell, 1992, pp. 88-91, n° 4.23.

(54) Comité d'experts sur un éventuel protocole relatif à la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, "Questions concernant un éventuel protocole relatif à la Convention de Berne - IIe Partie", (1992) 105 D.A. 70, à la p. 72, n° 72-75.

(55) Voir B. Nawrocki, "Évolution de l'art et droit d'auteur-Examen de quelques problèmes d'actualité", (1964) 77 D.A. 249. Voir également les divers rapports sur les créations "assistées ou générées" par ordinateur lors du congrès de l'ALAI sur l'informatique et le droit d'auteur: ALAI, éd., *L'informatique et le droit d'auteur*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1990, pp. 439 et ss.

(56) Sur ce sujet, voir P. Samuelson, "Digital Media and the Changing Face of Intellectual Property Law", (1990) 16 Rutgers Comp. & Tech.L.J. 323, ainsi que les textes des conférences qui ont été données lors du symposium mondial de l'O.M.P.I. sur l'impact de la technologie numérique sur le droit d'auteur et les droits voisins en mars 1993 à Harvard et en particulier ceux de T. Dreier, "Copyright Digitized: Philosophical Impacts and Practical Implications for Information Exchange in Digital Networks", P.E. Geller, "The Universal Electronic Archive: Issues in International Copyright", et P. Gyertyanfy, "Conflicts and Changes. The New Technologies in the Protection and Administration of Copyright": WIPO Worldwide symposium on the Impact of Digital Technology on Copyright and Neighboring Rights, Genève, WIPO, 1993, pp. 187 et ss, 213 et ss, et 157 et ss.

(57) Voir E. Ulmer, "Problèmes de droit d'auteur découlant de la mémorisation dans l'ordinateur et de la récupération d'œuvres protégées", (1972) 85 D.A. 36. Voir aussi V. Nabhan, *Droit d'auteur et banques d'information dans l'administration*, Québec, Les Publications du Québec, 1992, pp. 30-37.

(58) Proposition de directive du Conseil concernant la protection juridique des bases de données, COM (92) 24 final-SYN 393, J.O. 1992 C156/4, art. 9, al. 2.

(59) Le Grand Robert de la langue française, 2e éd.

(60) Ainsi, l'énoncé pourtant général de la condition de fixation dans le *Copyright, Designs and Patents Act 1988* à l'article 3, al. 2 ne vise pas les œuvres artistiques: voir, *supra*, le texte qui accompagne la note 15. La définition des œuvres artistiques dans la loi canadienne ne parle pas de leur fixation: *Loi sur le droit d'auteur*, art. 2.

(61) *Burrow-Giles Lithographic Company v. Sarony*, 111 U.S. 53 (1984).

(62) *Mazer v. Stein*, 347 U.S. 201 (1954).

(63) *Burrow-Giles Lithographic Company v. Sarony*, *supra*, note 61, à la p. 58.

(64) *Merchandising Corporation of America Inc. v. Harpbond Ltd.* (1981), [1983] F.S.R. 32, à la p. 46.

(65) *Komesaroff v. Mickle* (1986), [1988] R.P.C. 204, à la p. 210.

(66) Cette protection a effectivement été reconnue en droit français: Trib. corr. Paris, 11e ch., 12 juillet 1977, (janvier 1979) 99 R.I.D.A. 187.

(67) Voir D.E. Tomlinson & C.R. Harris, "Free-Lance Photojournalism in a Digital World: Copyright, Lanham Act and *Droit Moral* Considerations Plus a *Sui Generis* Solution", (1992-1993) 45 Fed. Comm. L.J. 1.

(68) Le texte de l'article L.112-2, 9° C.P.I., dont la teneur a été modifiée lors du vote de la loi du 3 juillet 1985 en France, est un exemple de texte législatif national qui suscite une telle interrogation. Voir Edelman, *supra*, note 45, aux pp. 40-42, nos 70-74.

(69) Voir Réunions de l'OMPI - Œuvres photographiques. "Document préparatoire pour le Comité d'experts gouvernementaux OMPI/Unesco et rapport de ce comité", (1988) 101 D.A. 280, pp. 289-290. Cette solution est par ailleurs conforme à celle qui a cours à propos des œuvres cinématographiques.

(70) *Loi sur le droit d'auteur*, art. 2.

(71) Voir, *supra*, note 11.

(72) Voir A. Tourmier, "Le Comité d'experts de Genève", (janvier 1964) 42 R.I.D.A. 27, aux pp. 29-31; S. Gerbrandy & F. Klaver, "La Révision de la Convention de Berne - De Bruxelles à Stockholm en passant par Genève", (1967) 52 R.I.D.A. 5, aux pp. 15-17; J. van Nus, "Les travaux préparatoires", (numéro spécial historique 1967) R.I.D.A. 121, aux pp. 129-131; J. Matthysens, "Œuvres protégées - Champ d'application - Durée", (numéro spécial - modifications adoptées 1967) R.I.D.A. 201, aux pp. 201-205; "Die Stockholmer Konferenz für geistiges Eigentum 1967", [1967] G.R.U.R. Int. 425, à la p. 432; Ricketson, *supra*, note 5, p. 248, n° 6.22; Desbois, Françon, Kéréver, *supra*, note 5.

(73) Voir R. Savatier, "Loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique", J.C.P.1957.I.1398, n° 21. Voir aussi l'article 2, al. 3 de la loi italienne et l'article 1, al. 2(4) de la loi polonaise.

(74) Voir S. Wood, "Two Left Feet: Government's Tango with Copyright and Choreography", (1991) 6 I.P.J. 291.

(75) Voir Bertrand, *supra*, note 26, pp. 153-154, n° 4.311; Edelman, *supra*, note 45, pp. 42-43, n° 75.

(76) Voir G.D. Ordway, "Choreography and Copyright", (1966) 13 Bull. Copr. Soc'y U.S.A. 225; M. Cook, "Moving to a New Beat: Copyright Protection for Choreographic Works", (1977) 24 U.C.L.A.L. Rev. 1287; K.A. Fisher, "The Copyright in Choreographic Works: A Technical Analysis of the Copyright Act of 1976", (1984) 31 ASCAP 145; A.K. Weinhardt, "Copyright

Infringement of Choreography: the Legal Aspects of Fixation", (1988) 13 J. Corporation L. 839; N. Arcomano. "The Copyright Law and Dance" in B. Weil & B. Freidman Polanski, *Modern Copyright Fundamentals*, New York, Van Nostrand Reinhold Co., 1985, p. 84.

(77) *Copyright, Designs and Patents Act 1988*, art. 3, al. 1 et 2.

(78) Des systèmes de notation propres à la chorégraphie existent, mais l'on peut aussi recourir à des moyens audiovisuels (dont la susceptibilité de constituer une fixation doit elle-même être reconnue...).

(79) *Horgan v. Macmillan, Inc.*, 789 F.2d 157 (1986), à la p. 158.

(80) *Patsilas v. National Ballet of Canada*, (1986) 13 C.P.R. (3d) 522. Il s'agissait d'une requête pour empêcher des actes qui auraient pu être qualifiés de contrefaçon selon la *Loi sur le droit d'auteur*; mais à aucun endroit n'est-il fait allusion à cette législation.

(81) Trib. civ. Seine, 1re ch., 2 juillet 1958, J.C.P. 1958. II.10762, obs. R. Plaisant, conf. par Paris, 1re ch., 8 juin 1960, J.C.P.1960. II. 11710, concl. Combaldieu. M. Plaisant opine, d'ailleurs, que la solution n'aurait pas été autre selon la loi du 11 mars 1957. Voir aussi Trib. corr. Seine, 10e ch., 9 février 1957, J.C.P. 1957. II. 10031, conf. par Paris, 13e ch., 3 mars 1958, D.1958. Somm. 159. Un jugement rendu presque un siècle plus tôt avait confirmé la protection d'une combinaison de pas sans évoquer sa fixation par le maître de ballet: Trib. civ. Seine, 11 juillet 1862, *Annales* 1863, p. 234, aux pp. 236-237.

(82) L'indécision fait en sorte que l'on oscille entre une caractérisation en tant qu'œuvre d'auteur et prestation d'auxiliaire : voir A. Schmidt, *Les sociétés d'auteurs SACEM - SACD: Contrats de représentation*, Paris, L.G.D.J. 1971, pp. 88-90, n° 94.

(83) A. Françon, *La propriété littéraire et artistique*, 2e éd., Paris, P.U.F., 1979, p. 19; Gautier, *supra*, note 26, p. 73, n° 47.

(84) "est... réservée... la faculté de prescrire que les œuvres... ne sont pas protégées *tant qu'elles n'ont pas été fixées* sur un support matériel" (c'est nous qui soulignons). Notre opinion repose en outre sur l'évolution de la Convention de Berne sur ce sujet.

(85) Avant le vote de la loi du 3 juillet 1985, qui introduisait formellement les numéros de cirque dans la liste des œuvres protégées, une décision de la Cour de Paris avait souligné qu'un enchaînement de sauts et culbutes avait été fixé par écrit pour être enregistré auprès du Copyright Office américain: Paris, 4e ch., 9 novembre 1984, *Annales* 1984, p. 147, à la p. 149.

(86) Bourges, 1er juin 1965, D.1966.Jur.44, note H. Delpech, conf. par Cass. crim., 12 février 1969, D.1969. Jur. 296; Orléans, 20 février 1967, (1967) 52 R.L.D.A. 26; Paris, 1re ch., 11 juin 1990, D.1991. Somm. 90, conf. par Cass. Civ. 1ère, 3 mars 1992, D.1993.jur.358, note B. Edelman.

(87) Trib. gr. inst. Paris, 20 novembre 1989, (avril 1990) 144 R.L.D.A. 146.

(88) Comité d'experts gouvernementaux chargé de faire l'évaluation et la synthèse des principes relatifs à différentes catégories d'œuvres, "Rapport", (1988) 101 D.A. 534, à la p.549, n° 155.

(89) Voir *Edison v. Lubin*, 122 F. 240 (1903), à la p. 242; *American Mutoscope & Biograph Co. v. Edison Mfg. Co.*, 137 F. 262 (1905); *Kalem Company v. Harper Brothers*, 222 U.S. 55 (1911), à la p. 62.

(90) Voir R. Fernay, "Œuvres cinématographiques et télévisuelles", (numéro spécial - modifications adoptées 1967) R.L.D.A. 319, aux pp. 331, 347-349; Tournier, *supra*, note 72, aux pp. 31-33; Gerbrandy & Klaver, *supra*, note 72, aux pp. 17-23; van Nus, *supra*, note 72, aux pp. 131-135; Matthysens, *supra*, note 72, aux pp. 205-209; Ricketson, *supra*, note 5, aux pp. 558-562, nos 10.12-10.15.

(91) Art. 10, al. 1 du *Copyright Act 1968*.

(92) Art. 2, al. 1 du *Copyright Act 1962*.

(93) Art. 2, al. 3 de la Loi sur le droit d'auteur. Sur la protection des vidéogrammes en droit japonais, voir T. Doi, "Copyright Protection of the Videogram" in T. Doi, *Intellectual Property Protection and Management - Law and Practice in Japan*, Tokyo, Institute of Comparative Law, Waseda University, 1992, p. 123.

(94) Art. 1, al. 2(4) de la Loi sur le droit d'auteur.

(95) C.G.I., art. 1621. Voir J.-C. Benoist & C. Cor, "Propriété littéraire et artistique. Cadre administratif. Régime juridique des activités cinématographiques", J.-cl.civ. annexe de propriété littéraire et artistique, vol. 1, fasc. 240, n° 1: Cet article "dispose en ce sens que les dispositions du Code de l'industrie cinématographique s'appliquent quels que soient le procédé de fixation ou de transmission et la nature du support des œuvres ou documents audiovisuels qui y sont présentés".

(96) Voir *Canadian Admtral Corporation Ltd. v. Rediffusion, Inc.*, *supra*, note 11, aux pp. 396-397. La loi canadienne définit les œuvres cinématographiques en y incluant seulement les œuvres exécutées par un *procédé* analogue à la cinématographie (article 2).

(97) *Copyright Act of 1976*, art. 101. Voir *Pacific and Southern Company, Inc. v. Duncan*, 744 F.2d 1490 (1984), à la p. 1494; *National Football League v. Mc Bee & Bruno's Inc.*, 792 F.2d 726 (1986), à la p. 732.

(98) J.T. McCarthy, *McCarthy's Desk Encyclopedia of Intellectual Property*, Washington, BNA Books, 1991, à la p. 132.

(99) "Dans le cadre d'une communication effectuée au titre de l'alinéa (1) f) [communication par télécommunication], une œuvre est fixée même si sa fixation se fait au moment de sa communication." *Loi sur le droit d'auteur*, art. 3, al. 1.1.

(100) La question s'était effectivement posée à propos d'un sketch qui passait à la radio en 1933: *Kantel v. Grant*, [1933] Ex. C.R. 84, aux pp. 94-96.

(101) Voir *Olson v. National Broadcasting Company, Inc.*, 855 F.2d 1446 (1988); *Green v. Broadcasting Corp. of New Zealand*, [1989] 2 All E.R. 1056, aux pp. 1057-1058; *Hutton v. Canadian Broadcasting Corp.*, (1989) 29 C.P.R. (3d) 398. conf. par *Hutton v. Canadian Broadcasting Corp.*, (1992) 41 C.P.R. (3d) 45; Trib. comm. Nanterre, 28 août 1992, inédit, commenté par A. Kéréver, "Chronique de jurisprudence", (janvier 1993) 155 R.I.D.A. 163, aux pp. 170-171; Versailles, 13e Ch., 11 mars 1993, (octobre 1993) 158 RIDA 219, note Y. Gaubiac. Voir aussi S. Lane & R. Mc D. Bridge, "The Protection of Formats under English Law Part 1", (1990) 3 Entertainment L. Rev. 96, aux pp. 100-101; E. Logeais, "Record Fine for Plagiarism of a Reality Show: Is it Safer under French Law to Sue for Unfair Competition rather than for Copyright Infringement?", (1993) 4 Entertainment L.Rev.116.

(102) Voir B.M. Levy, "Legal Protections in Improvisational Theater", (1984-1985) 9 Col.J.Art & Law 421; P.S. Bilker, "The Showdown Continues at the Circle C Ranch: Non preemption of State Copyright Protection for Unfixed Improvisational Works", (1989) 18 Southwestern U.L. Rev. 415.

(103) Voir W.H. Meagher, "Copyright Problems Presented by a New Art", (1955) 30 N.Y.U.L. Rev. 1081. Voir aussi G. Davies, "Problèmes juridiques découlant de l'utilisation de vidéogrammes", (1979) 92 D.A. 268, aux pp. 268-270.

(104) *Tom Hopkins International Inc. v. Wall & Redekop Realty Ltd.*, [1984] 5 W.W.R. 555, à la p. 560; *Arts Visuels de Lanaudière Inc. v. Perreault*, (1989) 18 C.I.P.R. 241, aux pp. 247-248. Voir aussi *Warner Bros. - Seven Arts Inc. v. CESM - TV Ltd.*, (1971) 65 C.P.R. 215, aux pp. 241-242.

- (105) Voir, *supra*, le texte qui accompagne la note 90. *Loi de mise en oeuvre de l'Accord de libre échange nord-américain*, L.C. 1993, c. 44, art. 55, al. 2. Voir S. Burshtein, "The Impact of the Copyright Aspects of NAFTA on the Television and Motion Picture Industry in Canada", (novembre 1993) 35 Copyright World 32.
- (106) Ainsi qu'il en résulte des alinéas 1 et 2 de l'article 3 du *Copyright, Designs and Patents Act 1988*.
- (107) Cass. civ. 1re, 1er juillet 1970, D. 1970. Jur. 734, note B. Edelman, (avril 1971) 68 R.I.D.A. 210, note B. Edelman; Cass. civ. 1re, 4 octobre 1988, D. 1989. Jur. 482, note P.-Y. Gautier.
- (108) Voir, *supra*, le texte qui accompagne la note 97.
- (109) *Copyright Act of 1976*, art. 101.
- (110) Nimmer, *supra*, note 9.
- (111) Sur cette question, mais à propos du droit antérieur à la loi de 1976, voir Comments, "Jazz and Copyright: A Study in Improvised Protection", (1972) 67 Northwestern U.L. Rev. 216 ; D. Pennington Keziah, "Copyright Registration for Aleatory and Indeterminate Musical Compositions", (1969-1970) 17 Bull. Copr. Soc'y U.S.A. 311. Voir aussi P. Goldstein, "Copyrighting the New Music", (1968) 16 ASCAP 1.
- (112) *Loi sur le droit d'auteur*, art. 2.
- (113) Qu'il s'agisse de musique ouverte, aléatoire, ou électroacoustique. L'enregistrement de la musique sur un phonogramme pourrait cependant donner naissance à un droit d'auteur sur l'enregistrement, ce qui pourrait éventuellement protéger l'œuvre: *Boulhane v. Service de Musique Bonanza Inc.* (1986), (1989) 18 C.I.P.R. 214, aux pp. 217-218. Sur ce sujet en général, voir J.E. Mosher, "20th Century Music: The Impoverishment in Copyright Law of a Strategy of Forms", (1989) 5 I.P.J. 51; R.G. Benson, "Legal Protection for Arrangements of Musical Works: A Modern Perspective", (1989) 22 C.P.R. (3d) 97, aux pp. 108-115; P. Sanderson, *Musicians and the Law in Canada*, 2e éd., Toronto, Carswell, 1992, pp. 4-5. Voir aussi F. Magnin, *Le compositeur et les artistes interprètes et exécutants de musique ouverte*, Lausanne, Université de Lausanne, Faculté de droit, 1980; B. Nawrocki, "Création musicale et société de consommation : quelques réflexions", (janvier 1975) 83 R.I.D.A. 57 et (avril 1975) 84 R.I.D.A. 3 ; B. Dufour, "Musique électroacoustique, droit d'auteur et droits voisins", (juillet 1977) 93 R.I.D.A. 85, aux pp. 111-115.
- (114) *Compo Company Ltd v. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 R.C.S. 357.
- (115) Voir D. Vaver, "Dramatic and Musical Reproductions and Performances : Copyright and Performers' Rights and Their Implications for Educators", (1991) 6 I.P.J. 239, aux pp. 246-247; D. Vaver, "Copyright Phase 2: The New Horizon", (1990) 6 I.P.J. 37, aux pp. 46-47, en français: "Le droit d'auteur, phase 2: De nouveaux horizons", (1989-1990) 2 Cahiers prop. int. 83, aux pp. 92-93; Benson, *supra*, note 113, aux pp. 125-129.
- (116) A.A. Keyes & C. Brunet, *Le droit d'auteur au Canada: Propositions pour la révision de la loi*, Ottawa, Consommation et Corporations Canada, 1977, pp. 43-45; Gouvernement du Canada, *De Gutenberg à Téléidon. Livre blanc sur le droit d'auteur. Propositions en vue de la révision de la loi canadienne sur le droit d'auteur*, Ottawa, Consommation et Corporations Canada, 1977, aux pp. 5-6; Canada, Chambre des Communes, Comité permanent des communications et de la culture, *Rapport du Sous-comité sur la révision du droit d'auteur. Une Charte des droits des créateurs et créatrices*, Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1985, aux pp. 33-34.
- (117) *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, L.C. 1993, c. 23, art. 1, al. 1.

(118) "Ensemble d'instructions ou d'énoncés destiné, quelle que soit la façon dont ils sont exprimés, fixés, incorporés ou emmagasinés, à être utilisé directement ou indirectement dans un ordinateur en vue d'un résultat particulier". *Loi sur le droit d'auteur*, art. 2.

(119) Tout comme en ce qui concerne les œuvres chorégraphiques, la pertinence de la fixation des œuvres musicales est contestée lors de réunions internationales. Voir Comité d'experts gouvernementaux, *supra*, note 88, à la p.550, n° 173.

(120) Voir, *supra*, note 11. Il s'agissait d'une œuvre artistique parce que l'émission était la rediffusion du film d'un match de football qui ne pouvait être qualifié d'œuvre dramatique, faute de mise en scène qui lui aurait donné un caractère original. Dans un tel cas, toutefois, la loi prévoit que ces œuvres sont protégées en tant que photographies.

(121) *Composers, Authors and Publishers Association of Canada Ltd (CAPAC) v. CTV Television Network Ltd.*, [1968] S.C.R. 676, à la p. 680.

(122) *Loi sur le droit d'auteur*, art. 2.

(123) Il s'agit de la définition des expressions "représentation", "exécution" ou "audition" de la loi: *Loi sur le droit d'auteur*, art. 2.

(124) Ancien article 3, al. 1(f) de la *Loi sur le droit d'auteur*.

(125) Nouvel article 3, al. 1(f) de la *Loi sur le droit d'auteur*. Voir C. Brunet, "Le projet de loi C130 - Vers un nouveau droit de retransmission", (1988-89) 1 Cahiers prop. int. 241; Y. Gendreau, "A Canadian Retransmission Right: A Reality at Last", (1988-1989) 4 I.P.J. 397.

(126) *Performing Rights Organization of Canada Ltd. v. CTV Television Network Ltd.*, (1993) 46 C.P.R. (3d) 343, aux pp. 351-357; *Canadian Cable Television Association v. Copyright Board*. (1993) 46 C.P.R. (3d) 359, aux pp. 363-368. Au contraire, en ne touchant pas à la définition de l'œuvre musicale, le Parlement aurait exprimé son approbation du raisonnement de la Cour.

(127) Voir, *supra*, la note 117 et le texte l'accompagnant.

(128) Voir P. Le Chevalier, *Le statut juridique du metteur en scène*, Thèse, Université de Paris II, 1989, pp. 163-170; P. Le Chevalier, "Pour une protection des mises en scènes théâtrales par le droit d'auteur", (octobre 1990) 146 R.I.D.A. 19, aux pp. 61-71; X. Desieux, "La mise en scène de théâtre est-elle une œuvre de l'esprit ?", (janvier 1973) 75 R.I.D.A. 43, aux pp. 53-61; G. Lyon-Caen, Note sous Trib. gr. inst. Seine, 10e ch. corr., 24 janvier 1961, D. 1962. Jur. 248. Une décision de la Cour d'appel de Paris comporte même le considérant suivant: "Considérant que l'article 2 de la Convention de Berne exige la fixation de la mise en scène par écrit ou autrement, c'est-à-dire par photographie, dessin, etc.": Paris, 1re ch., 5 février 1958, (juillet 1958) 20 R.I.D.A. 94, à la p. 95, Gaz. Pal. 1958. 1er sem. Jur. 312. Voir aussi *Tate v. Thomas*, [1921] 1 Ch. 503.

(129) Voir L.A. Kurtz, "The Rocky Road to Character Protection", (1990) 1 Entertainment L. Rev. 62, à la p. 63; A.L. Gentin, "A Picture is Worth a Thousand Words. The Basis for Copyrightability of Characters in Public Domain Works", (1987-1988) 12 Columbia-VLA J. Law & Arts 73, à la p. 97. Voir aussi *Columbia Broadcasting System, Inc. v. De Costa*, 377 F. 2d 315, commenté par B. Ringer, "Recent Judicial Developments in the United States", (octobre 1968) 58 R.I.D.A. 89, aux pp. 103-109. En droit français, voir M. Ristic de Groote, *Les problèmes posés par les personnages des œuvres de l'esprit en droit français*, Thèse, Université de Paris II, 1985, aux pp. 31-32, où il est question de la stabilité des personnages; Trib. gr. Inst. Paris, 3e Ch., 23 septembre 1992, (octobre 1993) 158 RIDA 257; Versailles 1ère Ch., 9 juillet 1992, (octobre 1993) 158 RIDA 208.